



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 2, Part 1

1998, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [1998] 2 F.C., 3-231

Renvoi [1998] 2 C.F., 3-231

Published by

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

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

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

Publié par

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

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

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

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I
Alberta v. Canada (Wheat Board) (T.D.)	156

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Canadian Wheat Board's grain delivery program — Federal Court Act, s. 18 giving Court jurisdiction to grant relief against any federal board, commission or other tribunal — S. 2 definition of "federal board, commission or other tribunal" including any body exercising jurisdiction conferred by Act of Parliament — In establishing grain delivery program, Board federal board, commission or other tribunal — Power to establish grain delivery program deriving directly from Canadian Wheat Board Act — Central to Board's function — S. 18.1 permitting anyone directly affected by "matter" in respect of which relief sought to apply for judicial review — Board's objective directed to implementation of public policy — As such, not subject to judicial review — Parliament not intending judicial review of such programs when enacting Federal Court Act, ss. 18, 18.1.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of Canadian Wheat Board's grain delivery program — Program aimed at orderly marketing of Canadian grain — Directed at implementation of broad public policy — Not matter subject to judicial review — Application dismissed on merits — That program neither relieving producers from all uncertainty nor resulting in Board taking all risks of downward turns in markets neither refusal to exercise jurisdiction nor other error in respect of which judicial review may be sought.

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Alberta c. Canada (Commission du blé) (1 ^{re} inst.) .	156

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — L'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour compétence pour accorder réparation contre tout office fédéral — La définition d'«office fédéral» figurant à l'art. 2 comprend tout conseil, bureau, commission ou autre organisme exerçant une compétence prévue par une loi fédérale — En instaurant le programme de livraison de grains, la Commission était un office fédéral — L'autorité nécessaire à l'instauration d'un programme de livraison de grains a sa source dans la Loi sur la Commission canadienne du blé — Elle forme un élément essentiel des fonctions de la Commission — L'art. 18.1 prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque est directement touché par «l'objet de la demande» — L'objectif de la Commission visait la mise en œuvre de mesures d'intérêt général — À ce titre, cette question ne se prêtait guère au contrôle judiciaire — Le législateur n'envisageait pas le contrôle judiciaire d'un tel programme à l'époque où il a adopté les art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — Programme visant à organiser la commercialisation du grain cultivé au Canada — Question liée à la mise en œuvre de mesures d'intérêt général — La question ne se prêtait pas au contrôle judiciaire — Demande rejetée sur le fond — Le programme ne permettait ni d'éviter aux producteurs toute incertitude, ni de faire assumer par la Commission tous les risques de baisse de la demande de grains sur les marchés — Cela ne veut pas dire que l'un ou l'ensemble de ces aspects sont constitutifs d'un refus d'exercer une compétence ou d'un autre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — Parties — Standing — Crown in right of province lacking standing to bring application for judicial review of Canadian Wheat Board's grain delivery program — Standing acquired: as person "directly affected" by matter in respect of which relief sought under Federal Court Act, s. 18.1; on basis of public interest; or as of right — Applicant not "directly affected" — Mere interest insufficient to establish direct effect — Public interest standing requiring no other reasonable, effective way matter could come before Court — Grain farmers directly affected by grain delivery program having access to Court, but none joined as applicants — Parliament expressly conferring standing on Attorney General under s. 18.1 — Failure to grant equivalent standing to provincial attorneys general not oversight.

Agriculture — Judicial review of Canadian Wheat Board's grain delivery program — Program directed at implementation of public policy not amenable to judicial review — Crown in right of province lacking standing to bring application — Application dismissed on merits — That program neither relieving producers from all uncertainty nor resulting in Board taking all risks of downward turns in markets neither refusal to exercise jurisdiction nor other error in respect of which judicial review may be sought.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dular (T.D.) 81

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Visa officer refusing to approve respondent's application for landing of adopted son as definition of "son" in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) not met — Adoption taking place 5 days after son's 19th birthday — Respondent able to sponsor adopted son for landing if son unmarried, under 19 years of age — Age 19 restriction creating distinction between parents of biological, adopted sons under 19 and parents adopting sons over 19 — Distinction amounting to discrimination under Charter, s. 15 but saved by s. 1 as objective (preventing use of adoption provisions to circumvent immigration requirements) pressing, substantial.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

manquement susceptible d'être corrigé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — La Couronne du chef d'une province n'a pas la qualité pour demander le contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — La personne a qualité pour agir lorsqu'elle est «directement touchée» par l'objet de la demande aux termes de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, ou encore dans l'intérêt public, ou encore de plein droit — La requérante n'était pas «directement touchée» — Le simple intérêt ne permet pas d'affirmer que la personne est directement touchée — Pour que soit reconnue la qualité pour agir dans l'intérêt public, il faut constater l'absence de tout autre moyen raisonnable et efficace de porter la question devant la Cour — Les producteurs de céréales qui étaient directement touchés pouvaient saisir la Cour, mais aucun d'entre eux n'a pris part à la présente demande — Le législateur a explicitement reconnu qualité pour agir au procureur général du Canada en vertu de l'art. 18.1 — Le fait de ne pas avoir reconnu la même qualité pour agir aux procureurs généraux des provinces n'était pas un simple oubli.

Agriculture — Contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — Programme visant la mise en œuvre de mesures d'intérêt général et ne se prêtant pas au contrôle judiciaire — La Couronne du chef d'une province n'a pas la qualité pour demander le contrôle judiciaire — Demande rejetée sur le fond — Le programme ne permettait ni d'éviter aux producteurs toute incertitude, ni de faire assumer par la Commission tous les risques de baisse de la demande de grains sur les marchés — Cela ne veut pas dire que l'un ou l'ensemble de ces aspects sont constitutifs d'un refus d'exercer une compétence ou d'un autre manquement susceptible d'être corrigé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dular (1^{re} inst.) 81

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — L'agent des visas a refusé la demande d'établissement présentée par l'intimé pour son fils adoptif parce que celui-ci ne répondait pas à la définition de «fils» prévue à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 — L'adoption a eu lieu cinq jours après son dix-neuvième anniversaire — L'intimé pouvait parrainer son fils adoptif en vue de son établissement au Canada si celui-ci n'était pas marié et avait moins de dix-neuf ans — La limite d'âge de 19 ans établit une distinction entre les parents qui ont des fils biologiques ou les parents qui ont adopté leurs fils avant l'âge de 19 ans et les parents qui ont adopté les leurs après l'âge de 19 ans — Cette distinction équivaut à de la discrimination au sens de l'art. 15 de la Charte, mais

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Immigration and Refugee Board finding age 19 restriction concerning adopted children in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) contravenes Charter, s. 15 — Respondent entitled to sponsor adopted son's application for landing only if son unmarried, under 19 years of age — Restriction creating distinction based on biological parents of children over 19, adoptive parents of children over 19 — Distinction discriminatory on basis of analogous ground of adoptive parentage — Age 19 restriction violating Charter, s. 15 but saved by s. 1 as objective (preventing use of adoption provisions to circumvent immigration requirements) pressing, substantial.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) concerning age 19 restriction for adopted sons found to contravene Charter, s. 15 — Whether saved by s. 1 — Application of test in *The Queen v. Oakes* — S. 1 analysis exercise based on facts, not abstractions — While state's justification need not be established to scientific certainty, must provide something sufficient in way of justification — One underlying purpose of provision to prevent adoptions of children over 19 to circumvent immigration requirements — Board erred in confusing s. 15(1) analysis of discriminatory effect with objectives of measure — Objective of age 19 restriction pressing, substantial — Where social science evidence inconclusive, sufficient Parliament had reasonable basis for means chosen.

Cannon v. Canada (Assistant Commissioner, RCMP) (T.D.) 104

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of RCMP adjudication board's decision quashing summons to prosecuting officer to appear as witness — Board investigating allegations of breach of RCMP Code of Conduct — Application premature — Court will not intervene to set aside interlocutory decisions unless exceptional circumstances i.e. attack on very existence of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

elle est sauvegardée par l'art. 1 en tant qu'objectif urgent et réel (empêcher le recours aux dispositions relatives à l'adoption pour se soustraire aux exigences de l'immigration).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la limite d'âge de 19 ans concernant les enfants adoptés prévue à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — L'intimé avait le droit de parrainer la demande d'établissement présentée par son fils adoptif seulement si celui-ci n'était pas marié et avait moins de 19 ans — Cette limite établit une distinction entre les parents biologiques d'enfants de plus de 19 ans et les parents adoptifs d'enfants de plus de 19 ans — Cette distinction est discriminatoire, car elle est fondée sur le motif analogue de la filiation adoptive — La limite d'âge de 19 ans viole l'art. 15 de la Charte, mais elle est sauvegardée par l'art. 1 en tant qu'objectif urgent et réel (empêcher le recours aux dispositions relatives à l'adoption pour se soustraire aux exigences de l'immigration).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Il a été jugé que l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 concernant la limite d'âge de 19 ans dans le cas des fils adoptifs va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — Est-il sauvegardé par l'art. 1? — Application du critère énoncé dans l'arrêt *La Reine c. Oakes* — L'analyse fondée sur l'art. 1 est un exercice reposant sur des faits et non sur des abstractions — Bien que la justification d'une mesure puisse se faire sans atteindre une certitude scientifique, l'État doit prévoir quelque chose de suffisant pour que la mesure soit justifiée — L'un des buts sous-jacents de la disposition est d'empêcher l'adoption d'enfants de plus de 19 ans pour se soustraire aux exigences de l'immigration — La Commission a commis une erreur en confondant son analyse, fondée sur l'art. 15(1), de l'effet discriminatoire de la limite d'âge de 19 ans avec les objectifs réels de la mesure — L'objectif de la limite d'âge de 19 ans est urgent et réel — Lorsque la preuve en matière de sciences humaines s'avère non concluante, il est suffisant que le choix du mode d'intervention du Parlement soit raisonnablement fondé.

Cannon c. Canada (Commissaire adjoint, GRC) (1^{re} inst.) 104

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage de la GRC a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur de présumées contraventions au code de déontologie de la GRC — Demande prématurée — La Cour n'intervient pour annuler une décision interlocu-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

tribunal — Decision not disposing of substantive question — Merely interlocutory decision, dealing with preliminary evidentiary issue — Error in procedural decision may be subject to appeal.

RCMP — Judicial review of adjudication board's decision quashing summons to witness — Board investigating sexual harassment allegations as breach of RCMP Code of Conduct — Summons to prosecuting officer issued, executed — On motion to remove as prosecuting officer, exclude from hearing room until called to testify, Board holding insufficient evidence of conspiracy in investigation, presentation of complaints — No error of jurisdiction — Administrative boards masters of own procedure, subject only to express constraints of empowering legislation, requirements of procedural fairness — Act, regulations not constraining board's authority as to procedural decisions — No violation of procedural fairness — Both sides having opportunity to present positions before board making reasoned decision — No error of law — Applicant not prevented from having full opportunity to present evidence, cross-examine witnesses, make representations as required by RCMP Act — Board's decision consistent with criminal cases holding persuasive burden to show relevance, necessity on lawyer seeking to force opposing counsel into witness box, relinquish role as counsel — That standard applicable to disciplinary matters — Given finding of insufficient evidence of conspiracy, testimony irrelevant to issues before board.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of RCMP adjudication board's decision quashing summons to prosecuting officer to appear as witness — Board investigating allegations of breach of RCMP Code of Conduct — Disciplinary proceedings under RCMP Act, even if possible sanction loss of employment, not giving rise to application of Charter, s. 7 (right not to be deprived of life, liberty and security of person, except in accordance with principles of fundamental justice) — Fundamental justice not demanding more than procedural fairness — No violation of fundamental justice by board's interlocutory decision dealing with preliminary evidentiary

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

toire que s'il existe des circonstances exceptionnelles, c.-à-d. s'il s'agit d'une question qui est dirigée à l'encontre de l'existence même du tribunal — La décision n'a pas tranché une question fondamentale — Il s'agissait d'une simple décision interlocutoire portant sur une question préliminaire de preuve — Toute erreur dont est entachée une décision procédurale donne ouverture à un appel.

GRC — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le comité d'arbitrage a annulé l'assignation ordonnant à un officier de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur des allégations de harcèlement sexuel, comme contraventions au code de déontologie de la GRC — Une assignation ordonnant à l'officier poursuivant de comparaître comme témoin a été délivrée et signifiée — Le comité a rejeté la requête visant à obtenir que l'officier poursuivant cesse d'occuper jusqu'à ce qu'il soit convoqué pour témoigner, au motif qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve établissant l'existence d'un complot relativement à l'enquête et au dépôt des plaintes — Le comité n'a pas outrepassé sa compétence — Les organismes administratifs sont maîtres de leur propre procédure, sous réserve uniquement des limites explicites imposées par leur loi habilitante et des exigences de l'équité procédurale — Ni la Loi ni son règlement d'application ne limitent les pouvoirs du comité en ce qui concerne ses décisions procédurales — Aucun manquement à l'équité procédurale — Le comité a rendu une décision raisonnée après que les deux parties ont eu l'occasion de faire valoir leur point de vue respectif — Aucune erreur de droit — Le requérant n'a pas été empêché d'avoir toute latitude de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins et de faire des observations, comme l'exige la Loi sur la GRC — La décision du comité était conforme à la jurisprudence en matière criminelle selon laquelle un fardeau de persuasion, qui consiste à faire la preuve de la pertinence et de la nécessité, est imposé à l'avocat qui cherche à forcer l'avocat de la partie adverse à venir à la barre et à lui faire renoncer à son rôle d'avocat — Cette norme s'applique en matière disciplinaire — Le comité ayant estimé que rien ne permettait de conclure à l'existence du prétendu complot, le témoignage ne serait pas pertinent aux questions soumises au comité.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage de la GRC a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur de présumées contraventions au code de déontologie de la GRC — La présente instance disciplinaire régie par la Loi sur la GRC, même si celle-ci prévoit la perte d'emploi comme sanction possible, ne donne pas lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale) — La justice fonda-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

issue.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Judicial review of RCMP adjudication board's decision quashing summons to prosecuting officer to appear as witness — Board investigating allegations of breach of RCMP Code of Conduct — Charter, s. 11(d) guaranteeing right of persons charged with offence to hearing by fair, impartial tribunal — Disciplinary proceedings not attracting application of s. 11 unless involving true penal consequences i.e. imprisonment or fine, magnitude of which indicating imposed to redress wrong done to society rather than to maintain internal discipline — RCMP disciplinary process neither inherently criminal, quasi-criminal nor involving proceedings of public nature — Sanctions intended to reinforce discipline — RCMP Act not providing for imprisonment as sanction for breach of Code of Conduct — Dismissal not penal consequence.

Da Costa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 182

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Judicial review of decision applicant danger to public in Canada — Found not guilty of crime due to mental disorder, detained in psychiatric hospital by order of Ontario Criminal Code Review Board — While appeal from deportation order pending, letter advising Minister considering rendering opinion applicant "danger to public" sent to parents' address — Copy sent to solicitor representing him in deportation appeal — Letter responding, describing circumstances of detention — Application allowed — Applicant under disability — Federal Court Rules, R. 1700(1)(a) applied i.e. procedures of Ontario Court (General Division) should be adhered to — No evidence service of Minister's possible opinion made in accord with Ontario law — Provincial officials, responsible for applicant's interests, not notified of proceedings — Decision set aside — Questions certified: (1) Whether notice of Immigration Act, s. 70(5) proceedings in accord with provincial law required to be provided to those responsible for person held in provincial facility by decision of Criminal Code Review Board; (2) if so, whether absence of evidence of such notice ground for setting aside opinion person constituting danger to public in Canada.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

mentale n'est pas plus exigeante que l'équité procédurale — Le comité n'a pas contrevenu aux principes de justice fondamentale en rendant sa décision interlocutoire, laquelle est une décision préliminaire portant sur la preuve.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage de la GRC a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur de présumées contraventions au code de déontologie de la GRC — L'art. 11(d) de la Charte garantit le droit de tout inculpé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial — Les procédures disciplinaires ne donnent pas lieu à l'application de l'art. 11, sauf si elles comportent de véritables conséquences pénales, c.-à-d. l'emprisonnement ou une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société plutôt que pour maintenir la discipline interne — Le processus disciplinaire de la GRC n'est pas intrinsèquement criminel ou quasi-criminel et il n'implique pas une procédure de nature publique — Les sanctions visent à renforcer la discipline — La Loi sur la GRC ne prévoit pas l'emprisonnement comme sanction possible en cas de contravention au code de déontologie — Le congédiement n'est pas une conséquence pénale.

Da Costa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 182

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant constituait un danger pour le public au Canada — Il a été déclaré non coupable d'un crime en raison d'un trouble mental, et détenu dans un hôpital psychiatrique sur ordonnance de la commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel — Alors que l'appel interjeté de la mesure d'expulsion était pendant, une lettre avisant que le ministre envisageait d'émettre l'avis selon lequel le requérant constituait un «danger pour le public» a été envoyée à l'adresse des parents — Une copie en a été envoyée à l'avocate qui le représentait dans l'appel interjeté de l'expulsion — L'avocate a répondu en décrivant les circonstances de la détention — Demande accueillie — Le requérant est frappé d'incapacité — La Règle 1700(1)a des Règles de la Cour fédérale s'applique, c'est-à-dire que les procédures de la Cour de l'Ontario (Division générale) devraient être respectées — Il n'existe aucune preuve que la signification de l'avis possible du ministre a été effectuée conformément au droit ontarien — Les autorités provinciales, responsables des intérêts du requérant, n'ont pas été avisées des procédures — Décision annulée — Questions certifiées: Dans les procédures engagées sous le régime de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration, un avis, conforme au droit provincial, doit-il être donné à ceux qui sont responsables de la personne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — Service — Judicial review of Immigration Act decision applicant “danger to public” — Applicant under disability due to mental illness — Detained by order of Ontario Criminal Code Review Board — Letter advising Minister considering rendering opinion applicant “danger to public” sent to parents’ address — Copy sent to solicitor representing him in deportation appeal — Federal Court Rules, R. 1700(1)(a) providing proceeding against person under disability may be brought in manner under which would be brought in superior court of province where person under disability residing — Procedures of Ontario Court (General Division) applied — No evidence service of Minister’s possible opinion made in accordance with Ontario law — Provincial officials responsible for applicant’s interests not notified of proceedings — Decision set aside.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Charter, s. 12 guaranteeing right not to be subjected to cruel, unusual treatment — Defect in service of notice of Immigration Act, s. 70(5) proceedings not cruel, unusual treatment.

Easton v. Canada (C.A.) 44

Income tax — Income calculation — Deductions — Taxpayers purchasing land for subdivision, building houses for sale — Title transferred to holding companies — Taxpayers required to extend personal guarantees to finance project — Called on to honour guarantees — Land not purchased as investment — Case law on tax treatment of advances, outlays by shareholders reviewed — Law presuming shares acquired for investment purposes, loss arising from advance, outlay by shareholder also on capital account — Taxpayers could not claim business loss as not in business of lending money, extending guarantees — Failed to rebut presumption losses from payment on guarantees on capital account.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

détenue dans une institution provinciale par suite de la décision de la Commission d’examen de l’Ontario constituée en vertu du Code criminel? 2) Dans l’affirmative, l’absence de preuve d’un tel avis constitue-t-elle un motif d’annulation de l’opinion selon laquelle la personne constitue un danger pour le public au Canada?

Pratique — Signification — Contrôle judiciaire de la décision, fondée sur la Loi sur l’immigration, selon laquelle le requérant constitue un «danger pour le public» — Le requérant est frappé d’incapacité en raison d’une maladie mentale — Détenue par ordonnance de la Commission d’examen de l’Ontario constituée en vertu du Code criminel — La lettre avisant que le ministre envisageait d’émettre l’avis selon lequel le requérant constituait un «danger pour le public au Canada» a été envoyée à l’adresse des parents — Une copie en a été envoyée à l’avocate qui le représentait dans l’appel interjeté de l’expulsion — La Règle 1700(1)a des Règles de la Cour fédérale prévoit qu’une procédure engagée contre un incapable peut être engagée de la façon dont une telle procédure serait engagée devant une cour supérieure de la province où l’incapable réside — Les procédures de la Cour de l’Ontario (Division générale) s’appliquent — Il n’existe aucune preuve que la signification de l’avis possible du ministre a été effectuée conformément au droit ontarien — Les autorités provinciales responsables des intérêts du requérant n’ont pas été avisées des procédures — Décision annulée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L’art. 12 de la Charte garantit le droit à la protection contre tous traitements cruels et inusités — Un vice de signification des procédures prévues à l’art. 70(5) de la Loi sur l’immigration ne constitue pas un traitement cruel et inusité.

Easton c. Canada (C.A.) 44

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Les contribuables ont acquis des terrains pour les lotir et y construire des maisons destinées à la revente — Le titre de propriété a été transféré à des sociétés de portefeuille — Les contribuables ont dû fournir des garanties personnelles pour financer le projet — Ils ont été invités à honorer leurs garanties — Les terrains n’ont pas été acquis comme un investissement — Examen de la jurisprudence sur le traitement fiscal des avances et des dépenses faites par des actionnaires — La loi présume que l’acquisition d’actions est faite dans le but de faire un placement et que la perte découlant d’une avance ou d’une dépense faite par un actionnaire est également une perte en capital — Les contribuables ne pouvaient pas réclamer une perte d’entreprise parce qu’ils ne prêtaient pas d’argent ni n’octroyaient de garanties — Ils n’ont pas réfuté la présomption que les pertes découlant du paiement effectué à l’occasion de garanties sont des pertes en capital.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Montana Band v. Canada (T.D.) 3

Practice — Parties — Third party proceedings — Capacity of Indian bands to sue and be sued — No need for separate representative as guardian *ad litem* for members of class under legal disability.

Native peoples — Capacity of Indian bands to sue and be sued — No need for separate representative as guardian *ad litem* for those under legal disability.

Public Service Alliance of Canada v. National Capital Commission (T.D.) 128

Public Service — Jurisdiction — Judicial review of PSSRB Chairperson's refusal to refer proposals to arbitration board — PSSRA, s. 66(1) conferring on Chairperson exclusive jurisdiction to determine terms of reference of board — Assuring consistency of rulings, finality in arbitration process — Such boards now ad hoc — Not involved in process beyond rendering award — Need for consistency as award binding on parties — Avoiding revision of Chairperson's ruling on mandate.

Public Service — Labour relations — Judicial review of PSSRB Chairperson's ruling Public Sector Compensation Act freezing terms, conditions of employment of NCC employees; refusing to refer to arbitration proposals respecting job evaluation, Art. 47.01 (permitting employer to contract out services if not resulting in loss of employment), Art. Y-1 (binding purchaser of respondent's business to collective agreement) — Public Sector Compensation Act applicable to respondent, employees — Job evaluation plan proposal contrary to PSSRA, s. 69(3)(a) because dealing with classification — Art. 47.01 proposal contrary to s. 69(3)(a), (b) because dealing with organization of respondent — Art. Y-1 proposal contrary to ss. 7 (prohibiting interference with employer's ability to organize itself), 69(2) (making s. 57(2) applicable to an arbitral award), 57(2)(a) (prohibiting changes to terms and conditions of employment requiring amendment of legislation), 69(3)(a).

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of PSSRB Chairperson's refusal to refer certain proposals to arbitration board — Standard of review that of reasonableness — In determining what matters properly included in arbitral award, Chairperson acting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Bande indienne de Montana c. Canada (1^{re} inst.) . 3

Pratique — Parties — Procédure de mise en cause — Capacité d'ester en justice des bandes indiennes — Il est inutile de désigner un tuteur à l'instance pour représenter les membres d'une bande qui sont frappés d'incapacité juridique.

Peuples autochtones — Capacité d'ester en justice des bandes indiennes — Il est inutile de désigner un tuteur à l'instance pour représenter les membres d'une bande qui sont frappés d'incapacité juridique.

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Commission de la Capitale nationale (1^{re} inst.) 128

Fonction publique — Compétence — Contrôle judiciaire du refus, de la part du président de la CRTFP, de porter certaines propositions devant un conseil d'arbitrage — L'art. 66(1) de la LRTFP confère au président la compétence exclusive pour fixer le mandat d'un conseil d'arbitrage — Cela permet d'assurer la cohérence et le caractère définitif des décisions arbitrales — Le conseil d'arbitrage est devenu un conseil ad hoc — Il est intéressé uniquement par la décision à rendre et non pas par le processus d'arbitrage en soi — La cohérence des décisions est nécessaire car elles s'imposent aux parties — Il faut éviter de remettre en cause la décision du président concernant le mandat.

Fonction publique — Relations du travail — Contrôle judiciaire de la décision du président de la CRTFP selon laquelle la Loi sur la rémunération du secteur public a gelé les conditions d'emploi des salariés de la CCN; refusant de porter en arbitrage les propositions concernant l'évaluation des emplois, la clause 47.01 (autorisant le recours à une collaboration extérieure si celle-ci n'entraîne la perte d'aucun emploi), la clause Y-1 (obligeant le repreneur des activités de la CCN à respecter la convention collective) — La Loi sur la rémunération du secteur public s'applique à l'intimée ainsi qu'aux salariés — La proposition touchant le plan d'évaluation des emplois est contraire à l'art. 69(3)(a) de la LRTFP car elle a trait à la classification — La proposition concernant la clause 47.01 est contraire à l'art. 69(3)(a) et (b) car elle porte sur l'organisation de l'intimée — La proposition concernant la clause Y-1 est contraire à l'art. 7 (qui interdit de s'immiscer dans le pouvoir d'organisation reconnu à l'employeur), à l'art. 69(2) (qui prévoit que l'art. 57(2) s'applique aux sentences arbitrales), à l'art. 57(2)(a) (interdisant toute modification des conditions d'emploi qui nécessiterait une modification législative) et à l'art. 69(3)(a).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire du refus, de la part du président de la CRTFP, de porter certaines propositions devant un conseil d'arbitrage — Le critère applicable en l'espèce en matière de contrôle judiciaire est celui de caractère raisonnable de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

within confines of jurisdiction conferred by Parliament — While no privative clause, also no statutory right of appeal — Chairperson specialized decision maker with considerable expertise — Standard of correctness applied to ruling Public Sector Compensation Act freezing terms, conditions of employment of NCC employees — Not established Chairperson frequently encountering that Act.

Samson Indian Nation and Band v. Canada (C.A.) 60

Practice — Privilege — Parameters of Crown's right to maintain claim of privilege in respect of solicitor and client communications in context of trust-like relationship between Crown and Indians with respect to 1946 surrender of rights in oil and gas resources in reserve lands.

Crown — Trusts — Native peoples — Interest of Indian bands as beneficiaries of trust-like arrangements with Crown warranting disclosure of any document in nature of legal advice received by Crown in administration of surrendered oil, gas resources in reserve lands and revenues derived therefrom.

Native peoples — Crown claiming privilege in breach of trust actions brought by Indian bands relating to Crown management of oil, gas resources and revenues derived therefrom in respect of reserve lands surrendered by three bands — Documents for which legal advice privilege claimed ordered to be produced in light of special trust-like relationship between Crown, Indians — Production ordered for documents relating to Crown programs, services including reference to oil and gas assets, or financial revenues therefrom.

Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) 198

Native peoples — Shubenacadie Band Council administers federally funded welfare program — Denying social assistance to non-Indian spouses of Band members living on Reserve — CHRT finding Band guilty of race, marital status discrimination — Canadian Human Rights Act, s. 67 not interpreted as removing from scope of Act all Indian band

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la décision — Lorsqu'il décide quelles sont les questions pouvant être tranchées par une décision arbitrale, le président agit dans les limites de la compétence que lui a conférée le législateur — Il n'existe en l'espèce aucune clause privative, ni de droit d'appel garanti par la loi — Le président est un décideur spécialisé pourvu d'une expertise considérable — La décision estimant que la Loi sur la rémunération du secteur public gèle les conditions d'emploi des salariés de la CCN doit se voir appliquer le critère de la justesse — Il n'a pas été établi qu'il s'agit là d'un texte que le président est souvent appelé à examiner.

Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada (C.A.) 60

Pratique — Communications privilégiées — Paramètres du droit de la Couronne de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens en ce qui a trait à la cession en 1946 de droits sur les ressources de pétrole et de gaz situées sur des terres des réserves.

Couronne — Fiducies — Peuples autochtones — L'intérêt des bandes indiennes à titre de bénéficiaires des arrangements de nature fiduciaire conclus avec la Couronne justifie la communication de tout document de la nature de conseils juridiques reçus par la Couronne dans l'administration des ressources de pétrole et de gaz cédées et situées sur des terres des réserves ainsi que des revenus en découlant.

Peuples autochtones — Revendication d'un privilège par la Couronne dans des actions pour violation de fiducie intentées par des bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne des ressources de pétrole et de gaz et des revenus en découlant en ce qui concerne des terres situées sur des réserves et cédées par trois bandes — On a ordonné la communication de documents à l'égard desquels est revendiqué le privilège concernant les conseils juridiques, compte tenu d'un rapport particulier de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens — La communication a été ordonnée dans le cas des documents concernant les programmes et les services de la Couronne, notamment lorsqu'ils font référence aux ressources de pétrole et de gaz ou aux fonds qui en proviennent.

Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne) (1^{re} inst.) 198

Peuples autochtones — Le Conseil de la bande indienne de Shubenacadie administre un programme de bien-être social financé par le gouvernement fédéral — Il refuse de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de membres de la bande demeurant dans la réserve — Le TCDP a conclu que le conseil de bande avait exercé une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

council decisions — Immunizes only decisions authorized by Indian Act, Regulations — Discrimination not justified on basis of preserving Band's traditions, culture, languages — Right to administer federally funded welfare program originates from federal spending power, not from Aboriginal treaty rights.

Human rights — Human Rights Tribunal finding Indian Band guilty of discrimination based on race, marital status — Band denying social assistance benefits to non-Indian spouses of Band members living on Indian reserve — Band Council's policy allowing all non-Indian spouses to reside on Reserve — Social assistance not available from other sources — Non-Indian spouses members of "general public" for whom social assistance services customarily available on Reserve under CHRA, s. 5 — Act, s. 67 not precluding Tribunal's jurisdiction — No *bona fide* justification for discrimination.

Constitutional law — Distribution of powers — Social assistance provided to non-Indian spouses originating with federal spending power — Federal spending within Parliament's legislative authority under CHRA, s. 2 — Jurisdiction of Human Rights Tribunal over Band Council's distribution of social assistance funds not "regulation" of provincial matter — Band Council statutory body under Indian Act, subject to CHRA — Indian Act not conferring authority on Band Council to decide on eligibility for social assistance.

Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc. (C.A.) 22

Copyright — Appeal from F.C.T.D. judgment holding no copyright in compilation of information in Yellow Pages as only minimal degree of skill, judgment, labour in organization of information — Copyright Act amended in 1993 to implement NAFTA — Definitions of artistic, dramatic, literary, musical works amended to include compilations thereof — Events herein occurring pre-, post-1993 amendments — (1) 1993 amendments not altering state of copyright law with respect to compilations of data — Selection, arrangement of data protected compilation only if end result original intellectual creation — (2) Where work sought to be protected by copyright compilation of data

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial — On ne peut dire que l'art. 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne enlève du champ de la Loi toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes — Il ne protège que les décisions autorisées par la Loi sur les Indiens et son Règlement — La préservation des traditions, de la culture et des langues de la bande ne justifie pas la discrimination — Le droit d'administrer un programme d'aide sociale financé par le gouvernement fédéral trouve sa source dans l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser et non dans les droits des Autochtones issus de traités.

Droits de la personne — Le tribunal des droits de la personne a conclu que le conseil de bande avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial — Le conseil de bande refuse de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de membres de la bande demeurant dans la réserve — La politique du conseil de bande autorise tous les conjoints non indiens à demeurer dans la réserve — L'aide sociale ne peut être reçue d'autres sources — Les conjoints non indiens, dans le contexte de l'art. 5 de la LCDP, font partie du «public» à qui des services d'aide sociale sont destinés dans la réserve — L'art. 67 de la Loi ne prive pas le tribunal de sa compétence — Absence de motif justifiable de discrimination.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'aide sociale fournie aux conjoints non indiens trouve sa source dans le pouvoir fédéral de dépenser — Le pouvoir fédéral de dépenser figure parmi les compétences législatives du Parlement prévues à l'art. 2 de la LCDP — Le Tribunal des droits de la personne ne «réglemente» pas une matière de compétence provinciale parce qu'il a le pouvoir de statuer sur la manière dont le conseil de bande distribue les fonds d'aide sociale — Le conseil de bande est un organisme administratif établi en vertu de la Loi sur les Indiens et soumis à la LCDP — La Loi sur les Indiens ne donne pas au conseil de bande le pouvoir de prendre des décisions en matière d'admissibilité à l'aide sociale.

Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc. (C.A.) 22

Droit d'auteur — Appel d'un jugement de la C.F. 1^{re} inst. statuant que la compilation de renseignements contenus dans les Pages Jaunes n'est pas protégée par un droit d'auteur car l'organisation des renseignements n'a nécessité qu'un degré minimal de talent, de jugement et de travail — La Loi sur le droit d'auteur a été modifiée en 1993 pour donner effet à l'ALENA — La définition d'œuvres artistique, dramatique, littéraire et musicale a été modifiée pour inclure les compilations — Les faits en cause se sont produits avant et après les modifications — (1) Les modifications de 1993 n'ont pas changé le droit en matière de droit d'auteur concernant les compilations de données — La sélection et l'arrangement de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

appearing within larger compilation of data, more correct to begin assessment of originality with fragment — Trial Judge looked at fragments of directory first because directory as whole not at issue — (3) For compilation to be original, must be work independently created by author, display at least minimal degree of skill, judgment and labour — Labour alone not determinative of originality — Sub-compilation neither new product of inventive labour nor intellectual creation within NAFTA Implementation Act, Art. 1705 — Compilation so obvious, commonplace not meriting copyright protection.

Construction of statutes — Copyright Act — Prior to 1993 amendments to Act, compilations protected only in so far as characterized as literary works — Compilations may now also be related to artistic, dramatic, musical works — Earlier cases to be applied with caution — Compilations not qualifying for copyright protection as literary work possibly qualifying under new legislation — As definition of “compilation” introduced to implement NAFTA, Art. 1705, where feasible, without departing from fundamental principles, Canadian courts interpreting provisions of Copyright Act tracking wording of American legislation should adopt interpretation satisfying both Anglo-Canadian wording of provision and American standards.

SOMMAIRE (Fin)

données ne devient une compilation protégée que si le résultat final est une création intellectuelle originale — (2) Lorsque l'œuvre qu'on veut protéger est une compilation de données comprise dans une compilation plus vaste de données, il est plus correct d'évaluer l'originalité en commençant par la sous-compilation — Le juge de première instance a commencé par examiner des parties parce que la question ne se posait pas pour l'ensemble de l'annuaire — (3) Pour qu'une compilation soit originale, il doit s'agir d'une création indépendante de l'auteur qui témoigne au moins d'un degré minimal de talent, de jugement et de travail — Le travail seul n'est pas une garantie d'originalité — La sous-compilation n'est ni un nouveau produit issu d'un travail inventif ni une création intellectuelle au sens de l'art. 1705 de la Loi de mise en œuvre de l'ALENA — La compilation est si évidente et anodine qu'il n'y a pas lieu de la protéger par un droit d'auteur.

Interprétation des lois — Loi sur le droit d'auteur — Avant que la Loi soit modifiée en 1993, les compilations n'étaient protégées que si elles constituaient des œuvres littéraires — Maintenant, il peut aussi y avoir des compilations d'œuvres artistiques, dramatiques et musicales — La jurisprudence antérieure doit être appliquée avec prudence — Des compilations qui ne pouvaient être protégées par droit d'auteur, sous l'ancienne Loi, parce qu'elles n'étaient pas des œuvres littéraires pourraient maintenant l'être sous la nouvelle — Comme la définition de «compilation» a été introduite pour la mise en œuvre de l'art. 1705 de l'ALENA, les tribunaux canadiens interprétant des dispositions de la Loi sur le droit d'auteur inspirées de dispositions américaines devraient, lorsqu'ils peuvent le faire sans s'écarter des principes fondamentaux, retenir une interprétation compatible avec le libellé anglo-canadien et les normes américaines.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net, [1996] 1 F.C. 787 (C.A.), a decision dealing with contempt of court was affirmed by a decision of the Supreme Court of Canada dated 9/4/98. The decision dealing with Federal Court jurisdiction, published at [1996] 1 F.C. 804 (C.A.), was reversed by the same decision, which will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Caplan v. Canada (Minister of Human Resources Development), Pratte J.A., judgment dated 15/10/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 2/4/98.

Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band, Isaac C.J., judgment dated 25/11/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 2/4/98.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net, [1996] 1 C.F. 787 (C.A.), une décision qui concerne l'outrage au tribunal, a été confirmée par une décision de la Cour suprême du Canada en date du 9-4-98. La décision qui concerne la compétence de la Cour fédérale, publiée à [1996] 1 C.F. 804 (C.A.), a été infirmée par la même décision, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Caplan c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines), le juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 15-10-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 2-4-98.

Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui, le juge en chef Isaac, jugement en date du 25-11-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 2-4-98.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 2, Part 1

1998, Vol. 2, 1^{er} fascicule

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 Terry Buffalo, Clifford Potts, Frank Buffalo, Florence Buffalo, Dolphus Buffalo, Lawrence Saddleback, Larron Northwest, Nancy Yellowbird, Barb Louis, Keith Johnson, Rose Saddleback and Jim Omeasoo, Councillors of the Samson Band, sued on their own behalf and on behalf of the members of the Samson Band of Indians (*Third Party*)

and

Ermineskin Band, Chief Gerald Robert Ermineskin and Arthur Morris Littlechild, Earl Ted Ermineskin, Maurice Wolfe, Richard Leonard Lightning, Carol Margaret Wildcat, Carol Elizabeth Roasting, Glenda Rae White, Craig Alton Makinaw, Councillors of the Ermineskin Band, sued on their own behalf and on behalf of the Ermineskin Band of Indians (*Third Party*)

T-782-97

Chief Florence Buffalo acting on her own behalf and on behalf of all of the other 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 (*Defendants*)

T-617-85

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

c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

et

Bande indienne de Samson, le chef Terry Buffalo, Clifford Potts, Frank Buffalo, Florence Buffalo, Dolphus Buffalo, Lawrence Saddleback, Larron Northwest, Nancy Yellowbird, Barb Louis, Keith Johnson, Rose Saddleback et Jim Omeasoo, conseillers de la bande indienne de Samson, en leur nom personnel et au nom de tous les membres de la bande indienne de Samson (*mis en cause*)

et

Bande indienne d'Ermineskin, le chef Gerald Robert Ermineskin et Arthur Morris Littlechild, Earl Ted Ermineskin, Maurice Wolfe, Richard Leonard Lightning, Carol Margaret Wildcat, Carol Elizabeth Roasting, Glenda Rae White, Craig Alton Makinaw, conseillers de la bande indienne d'Ermineskin, en leur nom personnel et au nom de la bande indienne d'Ermineskin (*mis en cause*)

T-782-97

Le chef Florence Buffalo, en son nom personnel et au nom de tous les autres membres de la nation Crie et de la bande indienne de Samson et nation Crie et 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 (*défendeurs*)

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

Trial Division, Reed J.—Calgary, September 18; Ottawa, November 3, 1997.

Practice — Parties — Third party proceedings — Capacity of Indian bands to sue and be sued — No need for separate representative as guardian ad litem for members of class under legal disability.

Native peoples — Capacity of Indian bands to sue and be sued — No need for separate representative as guardian ad litem for those under legal disability.

The Montana Band initiated an action against the Crown to have a 1909 surrender of reserve lands declared invalid. The Crown issued notices adding the Samson and Ermineskin bands as third parties. The Crown then brought this motion for third party directions pursuant to Rule 1729 of the *Federal Court Rules*. It also sought an order requiring the band council members to defend on behalf of those members of their respective bands who are not under a legal disability and an order requiring that the chief of each of the third party bands be appointed guardians *ad litem* of the infant and mentally incompetent members of their respective bands.

Held, an order as to third party directions in the usual form should issue, omitting the additional positions asked.

Bands can sue and be sued in their own names and the orders sought are unnecessary. The basis of that juridical status cannot be found in constitutional documents, which make no reference to “bands”, nor in the case law of the United States of America, because American experience in this respect is much too different from the Canadian experience, nor on an analogy to municipalities, which have been given the capacity to sue or be sued by legislation or other legal instrument.

The band has been described as an enduring entity with its own government, a unique type of legal entity under Canadian law, in a class by itself. Case law has recognized that because of the particular powers and obligations imposed by statute on a band council there must exist an implied capacity to sue and be sued with respect to the exercise of those powers and the meeting of those obligations. Uncertainties as to the extent of that capacity have been avoided by framing claims as representative or class actions.

The manner in which the parties have been named, that is naming the band first and then stating that certain band

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE MONTANA c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Reed—Calgary, 18 septembre; Ottawa, 3 novembre 1997.

Pratique — Parties — Procédure de mise en cause — Capacité d’ester en justice des bandes indiennes — Il est inutile de désigner un tuteur à l’instance pour représenter les membres d’une bande qui sont frappés d’incapacité juridique.

Peuples autochtones — Capacité d’ester en justice des bandes indiennes — Il est inutile de désigner un tuteur à l’instance pour représenter les membres d’une bande qui sont frappés d’incapacité juridique.

La bande indienne de Montana a intenté une poursuite contre la Couronne pour faire déclarer invalide une cession de terres de réserve consentie en 1909. La Couronne a délivré aux bandes indiennes de Samson et d’Ermineskin des avis de mise en cause. Elle a ensuite déposé la présente requête pour directives aux mis en cause en vertu de la Règle 1729 des *Règles de la Cour fédérale*. Elle a également demandé à la Cour d’ordonner aux membres des conseils de bande de contester l’action au nom des membres de leur bande respective qui ne sont pas frappés d’incapacité juridique et de désigner le chef de chacune des bandes mises en cause à titre de tuteurs à l’instance des mineurs et des incapables de leur bande respective.

Jugement: une ordonnance donnant des directives aux mis en cause sera prononcée en la forme habituelle, sans les dispositions supplémentaires demandées.

Les bandes peuvent ester en justice en leur propre nom et les ordonnances demandées sont inutiles. Le fondement de cette personnalité juridique ne réside ni dans des documents constitutionnels, qui ne parlent pas de «bandes», ni dans la jurisprudence américaine, parce que l’expérience des États-Unis à cet égard est beaucoup trop différente de celle du Canada, ni dans une analogie avec les municipalités, à qui la capacité d’ester en justice a été attribuée par une loi ou un autre acte juridique.

La bande a été définie comme une entité durable dotée de son propre gouvernement, un type unique d’entité juridique en droit canadien, une catégorie en elle-même. Il est de jurisprudence constante qu’en raison des obligations et pouvoirs particuliers que la loi impose aux conseils de bandes, il doit exister une capacité implicite d’ester en justice pour exercer ces pouvoirs et respecter ces obligations. On a évité l’incertitude qui existe au sujet de la portée de cette capacité en formulant des demandes en justice sous forme de recours collectifs.

La façon dont les parties ont été désignées, c’est-à-dire en nommant d’abord la bande, puis en précisant que certains

members (usually the elected councillors) are acting on their own behalf as well as on behalf of all other members of the band, covers any uncertainties about legal status that might exist. This is a normal way of proceeding. It will be open to individuals who fall within the class covered by the class action to apply to the Court not to be included in the represented class but to have independent status.

membres de la bande (habituellement les conseillers élus) agissent en leur nom personnel et au nom de tous les autres membres de la bande, dissipe toute incertitude qui pourrait exister au sujet du statut juridique. Cette façon de procéder est normale. Les personnes qui entrent dans la catégorie visée par le recours collectif pourront demander à la Cour d'être exclues de la catégorie de personnes ainsi représentées et de se faire accorder le statut de demandeurs ou de défendeurs indépendants, selon le cas.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(24), 132.
- Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], s. 1.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], Part VII.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1700, 1711, 1729, Form 55 (as am. by SOR/79-57, s. 36).
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2 "band", 74.
- Indian Act, 1876 (The)*, S.C. 1876, c. 18.
- Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11.
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- Rupert's Land and North-Western Territory Order*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9, s. 14.
- Urban Municipality Act, 1970 (The)*, S.S. 1970, c. 78.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Keewatin Tribal Council Inc. v. Thompson (City)*, [1989] 5 W.W.R. 292; (1989), 61 Man. R. (2d) 241; [1989] 3 C.N.L.R. 121; [1989] 2 C.T.C. 206 (Q.B.); *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Clow Darling Ltd. v. Big Trout Lake Band* (1989), 70 O.R. (2d) 56; [1990] 4 C.N.L.R. 7 (Dist. Ct.); *Joe v. Findlay* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 166; [1987] 2 C.N.L.R. 75 (S.C.).

LOIS ET RÉGLEMENTS

- Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 9, art. 14.
- L'Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24), 132.
- Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], art. 1.
- 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], partie VII.
- Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 «bande», 74.
- Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 1700, 1711, 1729, formule 55 (mod. par DORS/79-57, art. 36).
- Urban Municipality Act, 1970 (The)*, S.S. 1970, ch. 78.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Keewatin Tribal Council Inc. v. Thompson (City)*, [1989] 5 W.W.R. 292; (1989), 61 Man. R. (2d) 241; [1989] 3 C.N.L.R. 121; [1989] 2 C.T.C. 206 (B.R.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Clow Darling Ltd. v. Big Trout Lake Band* (1989), 70 O.R. (2d) 56; [1990] 4 C.N.L.R. 7 (C. dist.); *Joe v. Findlay* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 166; [1987] 2 C.N.L.R. 75 (C.S.).

DISTINGUISHED:

Mount Pearl (City) et al. v. Newfoundland (Minister of Provincial and Municipal Affairs) (1991), 99 Nfld. & P.E.I.R. 271; 315 A.P.R. 271 (S.C.T.D.); *Cholod et al. v. Baker et al.*, [1976] 2 S.C.R. 484; (1976), 59 D.L.R. (3d) 728; [1976] 2 W.W.R. 609; 6 N.R. 525; *Gallagher vs. Armstrong* (1911), 3 Alta. L.R. 443 (S.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band, [1997] 2 C.N.L.R. 16 (F.C.T.D.); *King v. Gull Bay Indian Band* (1983), 38 C.P.C. 1 (Ont. Dist. Ct.); *Bannon v. Pervais* (1989), 68 O.R. (2d) 276; [1990] 2 C.N.L.R. 17 (Dist. Ct.); *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438; (1987), 57 Sask. R. 29; [1987] 3 C.N.L.R. 68; 16 C.P.C. (2d) 59 (C.A.); *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.); *Afton Band of Indians v. A.G.N.S.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 454 (N.S.S.C.).

AUTHORS CITED

Gilbert, Larry. *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Henderson, W. "Litigating Native Claims" (1985), 19 *Gazette* 174.
 Imai, Shin *et al. Aboriginal Law Handbook*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Imai, Shin. *The 1997 Annotated Indian Act*. Scarborough: Carswell, 1997.
 Reiter, Robert A. *An Examination of the Evolving Concept of Band Councils, their Authorities and Responsibilities, and their Statutory Instruments of Power*. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990.
 Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Agincourt, Ont.: Carswell, 1997.
 Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto: Carswell, 1990.

MOTION for third party directions pursuant to Rule 1729 of the *Federal Court Rules* following addition of Samson and Ermineskin Bands as third parties (*Montana Band v. Canada*, [1991] 2 F.C. 273; [1993] 2 C.N.L.R. 123; (1991), 44 F.T.R. 183 (T.D.); *affd* by [1993] 2 C.N.L.R. 134; leave to appeal to S.C.C. denied, [1993] 2 S.C.R. v; 3 C.N.L.R. v; 185 N.R. 320n).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Mount Pearl (City) et al. v. Newfoundland (Minister of Provincial and Municipal Affairs) (1991), 99 Nfld. & P.E.I.R. 271; 315 A.P.R. 271 (C.S. 1^{re} inst.); *Cholod et autres c. Baker et autres*, [1976] 2 R.C.S. 484; (1976), 59 D.L.R. (3d) 728; [1976] 2 W.W.R. 609; 6 N.R. 525; *Gallagher vs. Armstrong* (1911), 3 Alta. L.R. 443 (C.S. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui, [1997] 2 C.N.L.R. 16 (C.F. 1^{re} inst.); *King v. Gull Bay Indian Band* (1983), 38 C.P.C. 1 (C. dist. Ont.); *Bannon v. Pervais* (1989), 68 O.R. (2d) 276; [1990] 2 C.N.L.R. 17 (C. dist.); *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438; (1987), 57 Sask. R. 29; [1987] 3 C.N.L.R. 68; 16 C.P.C. (2d) 59 (C.A.); *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.); *Afton Band of Indians v. A.G.N.S.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 454 (C.S.N.-É.).

DOCTRINE

Gilbert, Larry. *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Henderson, W. "Litigating Native Claims" (1985), 19 *Gazette* 174.
 Imai, Shin *et al. Aboriginal Law Handbook*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Imai, Shin. *The 1997 Annotated Indian Act*. Scarborough: Carswell, 1997.
 Reiter, Robert A. *An Examination of the Evolving Concept of Band Councils, their Authorities and Responsibilities, and their Statutory Instruments of Power*. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990.
 Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Agincourt, Ont.: Carswell, 1997.
 Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto: Carswell, 1990.

REQUÊTE pour directives aux mis en cause en vertu de la Règle 1729 des *Règles de la Cour fédérale* à la suite de la mise en cause des bandes indiennes de Samson et d'Ermineskin (*Bande Montana c. Canada*, [1991] 2 C.F. 273; [1993] 2 C.N.L.R. 123; (1991), 44 F.T.R. 183 (1^{re} inst.); *conf. par* [1993] 2 C.N.L.R. 134; autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1993] 2 R.C.S. v; 3 C.N.L.R. v; 185 N.R. 320n).

COUNSEL:

Edward H. Masters for plaintiff.
Geoffrey S. Lester for defendant.
Priscilla E. S. Kennedy for third party Samson Band.
Maria A. Morellato for third party Ermineskin Band.

SOLICITORS:

Burke-Robertson, Ottawa, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.
Parlee McLaws, Edmonton, for third party, Samson Band.
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for third party, Ermineskin Band.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.:

Request for Third Party Directions

[1] The defendant in T-617-85 brings a motion for third party directions pursuant to Rule 1729 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The validity of the notices issued by the defendant adding the third parties to that action was confirmed by Mr. Justice Strayer in a decision dated February 1, 1991.¹ While a motion for directions was originally part of the motion before Mr. Justice Strayer, this was not proceeded with at that time because counsel expected that these matters could be resolved by agreement among counsel. Mr. Justice Strayer's decision confirming the validity of the addition of the third parties to the action was affirmed by the Federal Court of Appeal on October 8, 1992 [[1993] 2 C.N.L.R. 134]. Leave to appeal that decision was denied by the Supreme Court on May 27, 1993 (S.C.C. File No. 23349) [[1993] 2 S.C.R. v].

Nature of the Actions

[2] The cause of action (T-617-85) to which this motion relates is one in which the plaintiffs (the

AVOCATS:

Edward H. Masters pour la demanderesse.
Geoffrey S. Lester pour la défenderesse.
Priscilla E. S. Kennedy pour la mise en cause, la bande indienne de Samson.
Maria A. Morellato pour la mise en cause, la bande indienne d'Ermineskin.

PROCUREURS:

Burke-Robertson, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.
Parlee McLaws, Edmonton, pour la mise en cause, la bande indienne de Samson.
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour la mise en cause, la bande indienne d'Ermineskin.

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

LE JUGE REED:

Demande de directives aux mis en cause

[1] La Cour statue sur une requête présentée par la défenderesse dans l'action T-617-85 en vertu de la Règle 1729 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] en vue d'obtenir des directives à l'intention des mis en cause. Le juge Strayer a confirmé le 1^{er} février 1991¹ la validité des avis envoyés par la défenderesse en vue de constituer les mis en cause parties à l'action en question. La requête dont le juge Strayer était saisi était assortie d'une demande de directives, mais la défenderesse n'y a pas donné suite à l'époque, parce que les avocats croyaient pouvoir s'entendre entre eux pour régler ces questions. La Cour d'appel fédérale a confirmé le 8 octobre 1992 [[1993] 2 C.N.L.R. 134] le jugement par lequel le juge Strayer avait confirmé la validité de l'ajout des mis en cause à l'action. La Cour suprême a refusé le 27 mai 1993 d'accorder l'autorisation de former un pourvoi à l'encontre de cette décision (dossier n° 23349 de la C.S.C.) [[1993] 2 R.C.S. v].

Nature des actions

[2] Dans l'action T-617-85 à laquelle la présente requête se rapporte, les demandeurs (la bande indienne

Montana Band) assert that in 1909 the defendant accepted a surrender of certain reserve lands from individuals who had by that time become members of the Samson and Ermineskin bands. The Montana Band asserts that it was they or their ancestors from whom the surrender should have been obtained and that the surrender that was accepted is therefore invalid. The defendant Crown issued third party notices claiming that if the plaintiffs are correct, then, the Crown can seek a contribution or indemnity from the Samson and Ermineskin Bands (or band members) for funds paid to them pursuant to the invalid surrender.

[3] The third party Samson Band subsequently commenced an action (T-782-97) against the Crown asserting a continuing right in the reserve lands and claiming that the 1909 surrender was invalid because it was obtained by fraud and without legal authority. The Samson Band argues, alternatively, that if the 1909 surrender by the Samson and Ermineskin band members was valid, an earlier surrender of part of the reserve by the Montana Band, in 1901, is invalid. Actions T-617-85 and T-782-97 have now been consolidated.

Third Party Directions Necessary for those under a Legal Disability?

[4] Many of the provisions of the proposed third party directions, sought by the present motion, follow in form and content those set out in Form 55 of the *Federal Court Rules* [as am. by SOR/79-57, s. 36]. Those provisions are not in dispute. Counsel for the Montana Band, however, expressed concern that the involvement of the third parties not be allowed to delay the progress of his client's claim. That claim was commenced in 1985. In order to accommodate that concern, it was agreed that qualifying words (unless otherwise ordered) be included in several paragraphs of the directions to make it clear that further orders of the Court could modify the terms of participation by the third parties, including, if necessary, an order requiring that the third party issue be

de Montana) affirment qu'en 1909, la défenderesse a accepté la cession de certaines terres de réserve de personnes physiques qui, à ce moment-là, étaient devenues membres des bandes indiennes de Samson et d'Ermineskin. La bande indienne de Montana affirme que c'est d'elle ou des ancêtres de ses membres que la cession aurait dû être obtenue et que la cession qui a été acceptée est par conséquent invalide. La Couronne défenderesse a signifié des avis de mis en cause dans lesquels elle affirme que, si les demandeurs ont raison, Sa Majesté peut réclamer une contribution ou une indemnité aux bandes indiennes de Samson et d'Ermineskin (ou aux membres de ces bandes) en raison des sommes qui leur ont été versées en vertu de la cession invalide.

[3] La bande de Samson mise en cause a par la suite introduit une action (T-782-97) contre Sa Majesté. Elle y affirme posséder toujours des droits sur les terres de réserve et soutient que la cession de 1909 est invalide, parce qu'elle a été obtenue par la fraude et sans pouvoir légal. La bande de Samson affirme, à titre subsidiaire, que si la cession de 1909 consentie par les membres des bandes de Samson et d'Ermineskin est valide, la cession d'une partie de la réserve qui avait été consentie antérieurement par la bande indienne de Montana en 1901 est invalide. Il y a depuis eu jonction des actions T-617-85 et T-782-97.

Est-il nécessaire de donner des directives aux mis en cause au sujet des incapables?

[4] Bon nombre des dispositions des directives aux mis en cause qui sont demandées par la présente requête suivent, tant sur le plan de la forme que sur celui du fond, celles qui se trouvent à la formule 55 des *Règles de la Cour fédérale* [mod. par DORS/79-57, art. 36]. Ces dispositions ne sont pas contestées. L'avocat de la bande indienne de Montana exprime toutefois l'avis que l'on ne devrait pas permettre que la participation des mis en cause retarde l'instruction de la demande de sa cliente. Cette demande a été introduite en 1985. Pour répondre à cette préoccupation, il a été convenu d'insérer une réserve (sauf ordonnance contraire) dans plusieurs paragraphes des directives pour bien préciser que la Cour pouvait subséquemment modifier les conditions de la participa-

tried separately from the Montana Band's claim against the defendant. Equally the terms of consolidation of T-617-85 and T-782-97 make it clear that those actions can be ordered to be tried separately, despite their present consolidation, should the result of that consolidation be that the plaintiffs' action in T-617-85 is subjected to delay.

[5] The main point of contention between the defendant and the third parties is the defendant's request for directions that certain named individuals be ordered to represent the band members for the purposes of this litigation. An order is sought requiring the band council members to defend on behalf of those members of their respective bands who are not under a legal disability. An order is requested that the Chief of each band (Victor Buffalo in one case, Gerald Robert Ermineskin in the other) be appointed guardians *ad litem* of the infant and mentally incompetent members of their respective bands.

[6] These requests raise in the eyes of the third parties the contentious question of whether Indian bands can sue and be sued in their own names—whether they have juridical status. Counsel for the third parties assert categorically that bands can sue and be sued in their own names and that orders requiring band council members to act on behalf of all legally competent band members, and requiring the band chiefs to act on behalf of those who are under a legal disability are simply inappropriate and unnecessary.

Indian Band (Band Council) Capacity to Sue and be Sued

[7] The argument that Indian bands have the capacity to sue and be sued proceeded from several different legal starting points.

tion des mis en cause, en ordonnant notamment au besoin que les questions relatives à la bande indienne de Montana soient instruites séparément de la demande introduite par la bande indienne de Montana contre la défenderesse. Par ailleurs, il est bien précisé dans les conditions de la jonction des actions T-617-85 et T-782-97 que la Cour peut ordonner l'instruction séparée de ces actions, malgré leur jonction actuelle, si cette jonction d'instances a pour conséquence de retarder l'instruction de l'action T-617-85 des demandeurs.

[5] Le principal point litigieux qui oppose la défenderesse et les mis en cause est la demande présentée par la défenderesse en vue d'obtenir des directives enjoignant à certaines personnes physiques nommément désignées de représenter les membres de la bande dans la présente instance. La défenderesse demande à la Cour d'ordonner aux membres du conseil de la bande de contester l'action au nom des membres de leur bande respective qui ne sont pas frappés d'incapacité juridique. La défenderesse demande également à la Cour de désigner le chef de chacune des bandes (Victor Buffalo, dans un cas, Gerald Robert Ermineskin, dans l'autre) à titre de tuteurs à l'instance des mineurs et des incapables de leur bande respective.

[6] Ces demandes soulèvent, aux yeux des mis en cause, la question litigieuse de savoir si les bandes indiennes peuvent ester en justice en leur propre nom, en d'autres termes la question de savoir si elles ont la personnalité juridique. L'avocat des mis en cause affirme catégoriquement que les bandes peuvent ester en justice en leur nom personnel et qu'il est tout simplement inopportun et inutile d'obliger les membres d'un conseil de bande d'agir au nom de tous les membres de la bande qui ont la capacité juridique et d'obliger les chefs de bandes à agir au nom de tous ceux qui sont frappés d'incapacité juridique.

La capacité d'ester en justice de la bande indienne (du conseil de la bande)

[7] La thèse suivant laquelle les bandes indiennes ont la capacité d'ester en justice repose sur plusieurs prémisses différentes sur le plan juridique.

a) Constitutional Recognition

[8] If I understand counsel's argument correctly, one such argument is that the bands have juridical status because they have been recognized in various constitutional documents,² and have been recognized, at least in the United States jurisprudence, as having such status. In that country the concept of domestic dependent nations was adopted to describe Indian tribes.

[9] I did not find in the documents to which I was referred, apart from Treaty No. 6, references to Indian bands. The documents contain references, for example, to Indian tribes, Indians and lands reserved for Indians, and Aboriginal treaty or other rights, but not to Indian bands. Treaty No. 6, which is not a constitutional document, was negotiated in 1876; the relevant admission for present purposes was signed in 1877.

[10] It has been noted that the term "band" was created by the federal government when it enacted *The Indian Act, 1876* [S.C. 1876, c. 18], to describe any "tribe, band or body of Indians" who have a reserve or an annuity.³ Larry Gilbert provides the following explanation:

It is an historical fact that Indians across North America were organized into tribes, not bands. The federal government created the term "band".⁴

And further at pages 73-74:

"band" is a word that was foreign to many aboriginal communities in 1850. For example, in the Algonquin world, there were villages but there were many hunters, fishermen and families who lived in the bush and travelled between villages according to the season. The "band" or the idea of a stationary body of Indians is an invention of the Government of Canada.

[11] "Band" is presently defined in section 2 of the *Indian Act*:⁵

2. . . .

"band" means a body of Indians

a) La reconnaissance constitutionnelle

[8] Si j'ai bien compris le plaidoyer de l'avocat, un des éléments de cette thèse est que les bandes ont la personnalité juridique parce que leur existence a été reconnue dans divers textes constitutionnels² et qu'il a été reconnu, du moins dans la jurisprudence américaine, qu'elles ont cette personnalité. Aux États-Unis, le concept des nations internes dépendantes a été retenu pour désigner les tribus indiennes.

[9] Exception faite du traité n° 6, je ne trouve dans les textes qui m'ont été cités aucune mention de bandes indiennes. Les documents parlent par exemple de tribus indiennes, d'Indiens et de terres réservées aux Indiens, de droits, notamment de droits ancestraux et de droits issus de traités, mais pas de bandes indiennes. Le traité n° 6, qui n'est pas un texte constitutionnel, a été négocié en 1876. Or, le texte qui nous intéresse en l'espèce a été signé en 1877.

[10] Un auteur a fait remarquer que le terme «bande» avait été créé par le gouvernement fédéral lors de l'adoption de *l'Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18 pour désigner tout «tribu, une peuplade ou un corps de Sauvages» qui possède une réserve ou qui reçoit une rente³. Larry Gilbert donne l'explication suivante:

[TRADUCTION] C'est un fait historique que, partout en Amérique du Nord, les Indiens étaient organisés en tribus et non en bandes. C'est le gouvernement fédéral qui a créé le terme «bande»⁴.

L'auteur ajoute, aux pages 73 et 74:

[TRADUCTION] Le terme «bande» est un mot qui était inconnu de bon nombre de collectivités autochtones en 1850. Ainsi, chez les Algonquins, il existait des villages, mais de nombreux chasseurs, pêcheurs et familles vivaient dans les bois et se déplaçaient de village en village au gré des saisons. La «bande» ou le concept d'un groupe sédentaire d'Indiens est une invention du gouvernement du Canada.

[11] Voici la définition que l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*⁵ donne présentement du terme «bande»:

2. (1) . . .

«bande» Groupe d'Indiens, selon le cas:

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act.

a) à l'usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l'usage et au profit communs desquels Sa Majesté détient des sommes d'argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l'application de la présente loi.

[12] Section 74 provides a system of band government by band council. It has been asserted that the *Indian Act* system of political organization is not likely rooted in tradition:

First Nations had many different types of political organizations at the time of first contact with Europeans, but it is unlikely that any First Nation structured its society in the way prescribed by the Indian Act. The Indian Act imposed the European system for elections by secret ballot on Aboriginal communities. It was fiercely resisted by some First Nations, particularly those belonging to the Six Nations, and traditional councils continue to exist on some reserves. Adherents to traditional councils continue to refuse to recognize chiefs elected under the Indian Act. Canadian courts, however, do not recognize traditional councils as having governing authority.⁶

[12] L'article 74 prévoit un système de gouvernement de la bande par un conseil de bande. Suivant certains auteurs, le régime d'organisation politique instauré par la *Loi sur les Indiens* ne tire probablement pas son origine de la tradition:

[TRADUCTION] Les Premières Nations possédaient de nombreux types différents d'organisations politiques à l'époque de leur premier contact avec les Européens, mais il est peu probable que l'une ou l'autre d'entre elles ait structuré sa société de la façon prescrite par la Loi sur les Indiens. La Loi sur les Indiens a imposé aux collectivités autochtones le système européen d'élection au scrutin secret. Certaines des Premières Nations, particulièrement celles qui appartenaient aux Six Nations, se sont farouchement opposées à ce système, et il existe encore des conseils traditionnels dans certaines réserves. Les partisans des conseils traditionnels refusent toujours de reconnaître les chefs élus sous le régime de la Loi sur les Indiens. Les tribunaux canadiens ne reconnaissent cependant aucune autorité aux conseils traditionnels⁶.

[13] In so far as the United States jurisprudence is concerned, it is well to remember that that country commenced as a union of the original thirteen colonies located along the eastern seaboard and, then, expanded westward acquiring territory, incrementally, by a variety of methods including war. In Canada, however, sovereignty over almost the whole territory (certainly over that relevant for present purposes) was asserted from an early date by Britain. The issuance of the Hudson's Bay Charter in 1670 is an example of the assertion of that sovereignty. I am not prepared to accept the United States jurisprudence as relevant to the issue presently before the Court.

[13] Pour ce qui est de la jurisprudence américaine, il est bon de se rappeler que les États-Unis sont nés de l'union des treize premières colonies qui étaient situées le long de la côte Est et qu'ils se sont développés vers l'Ouest en agrandissant graduellement leur territoire de diverses façons, notamment par des guerres. Au Canada, en revanche, la Grande-Bretagne a dès le début affirmé sa souveraineté sur la presque totalité du territoire (certainement sur celui qui nous intéresse en l'espèce). L'établissement de la Charte de la Baie d'Hudson en 1670 est un exemple de cette affirmation de souveraineté. Je ne suis pas disposée à considérer que la jurisprudence des États-Unis est pertinente à la question dont la Cour est saisie.

b) Analogous to Municipalities

[14] Counsel argues that because Indian bands are elected bodies, they have the capacity to sue and be sued, in the same way that a municipality has such

b) Analogie avec les municipalités

[14] L'avocat soutient que, comme les bandes indiennes sont des organismes élus, elles ont la capacité d'ester en justice au même titre qu'une

capacity. Under Canadian law, however, an elected body does not have juridical status simply because it is an elected body representing electors. Parliament does not have the capacity to sue or be sued; the Prime Minister and provincial premiers do not have legal capacity to sue or be sued on behalf of the respective governments over which they preside. It is Her Majesty in Right of Canada or the province, as a corporation sole, that is the legal personality.

[15] Even if I were to accept that Indian band councils are similar to municipal governments,⁷ municipalities are bodies that have been given a corporate status as a result of legislation or some other legal instrument.⁸ The extent of the authority to sue or be sued may vary depending upon the relevant legislation or legal instrument. For example, in Ontario a municipality derives its right to sue and be sued from the Ontario *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, which states that any words making any association or number of persons a corporation or body politic and corporate, vest in the corporation the power to sue and be sued.

[16] Three cases were submitted as authority for the proposition that municipalities have the right to sue and be sued, on behalf of all the residents or electors of the municipality, not because they have been given such capacity by legislation or other legal instrument but because they are elected bodies with governmental responsibilities over a defined geographical area. The decisions do not support that position.

[17] *Mount Pearl (City) et al. v. Newfoundland (Minister of Provincial and Municipal Affairs)* (1991), 99 Nfld. & P.E.I.R. 271 (S.C.T.D.), was an action brought in the name of the city, and by the mayor (as plaintiff in both a representative capacity, as representing all of the taxpayers of the City of Mount Pearl, and in his own right as a taxpayer). The action sought to prevent the implementation of a provincial enactment that would have the effect of amalgamating Mount Pearl with other towns, and would transfer Mount Pearl's fire department to the City of St. John's. Preliminary questions were raised as to the

municipalité. Toutefois, en droit canadien, un organisme élu n'a pas la personnalité juridique du simple fait qu'il est un organisme élu représentant des électeurs. Ainsi, le législateur fédéral n'a pas la capacité d'ester en justice et le premier ministre fédéral et les premiers ministres provinciaux n'ont pas la capacité juridique d'ester en justice au nom des gouvernements qu'ils dirigent. C'est Sa Majesté la Reine du chef du Canada ou de la province qui, en tant que personne morale simple, possède la personnalité juridique.

[15] Même si je devais accepter la thèse que les conseils des bandes indiennes sont semblables à des gouvernements municipaux⁷, les municipalités sont des organismes à qui la qualité de personne morale a été attribuée par une loi ou par un autre acte juridique⁸. L'étendue du pouvoir d'ester en justice dépend de la loi ou de l'acte juridique applicable. Par exemple, en Ontario, les municipalités tirent leur droit d'ester en justice de la *Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, qui dispose que la constitution par la loi d'une association ou d'un groupe en personne morale ou en corps constitué donne à cette personne morale la capacité d'ester en justice.

[16] Les avocats des mis en cause m'ont cité trois décisions à l'appui de la proposition que les municipalités ont le droit d'ester en justice au nom de l'ensemble de leurs résidents ou électeurs, non pas parce que ce pouvoir leur a été conféré par une loi ou par un acte juridique, mais parce qu'elles sont des organismes élus chargés d'exercer des fonctions gouvernementales sur un territoire géographique donné. Or, les décisions citées n'appuient pas cette thèse.

[17] Dans l'affaire *Mount Pearl (City) et al. v. Newfoundland (Minister of Provincial and Municipal Affairs)* (1991), 99 Nfld. & P.E.I.R. 271 (C.S. 1^{re} inst.), une action avait été intentée au nom de la ville, ainsi que par le maire (en qualité de demandeur représentant l'ensemble des contribuables de la ville de Mount Pearl, et de son propre chef, comme contribuable). L'action visait à empêcher la mise en application d'une loi provinciale qui aurait eu pour effet de fusionner Mount Pearl et d'autres villes et de transférer le service d'incendie de Mount Pearl à la ville de St. John's. Des questions préliminaires étaient soulevées

standing of both the councillors and the mayor in the proceeding. There is nothing in the decision that indicates that the city was not incorporated and lacked capacity to sue under its incorporating instrument. The capacity of the mayor to represent all the residents of the city was raised and argument thereon was postponed to a later date. The decision is not authority for the proposition that an unincorporated municipality (if such could in fact exist) has the capacity to sue or be sued.

[18] *Cholod et al. v. Baker et al.*, [1976] 2 S.C.R. 484, was a relator action brought by the Attorney General for Saskatchewan, instituted by three plaintiff citizens/voters. The citizens applied for a writ of *mandamus* to compel the mayor and six named members of the council of the City of Regina to carry out their functions as required by the relevant statute. The City of Regina was also named as a defendant. In this case the plaintiffs (Cholod et al.) objected to a by-law for the expenditure of funds for a new City Hall without first putting the question to the voters as required by *The Urban Municipality Act, 1970*, [S.S. 1970, c. 78]. There is nothing to indicate that the City of Regina was not a corporation with the capacity to sue and be sued. This was an action in which several residents of a city sought to require the mayor and councillors to comply with the legislation governing the exercise of their authority. There is nothing in the decision, or in the way it was brought, that indicates either that a collectivity of voters have a juridical personality or that the mayor and councillors have a juridical status to sue or be sued different from that which accrues to them as natural persons.

[19] In *Gallagher vs. Armstrong* (1911), 3 Alta. L.R. 443 (S.C.T.D.), there are many references to the fact that the City of Edmonton was a corporation and the plaintiffs were acting in a capacity analogous to that of shareholders of a corporation, given standing to sue the directors or trustees of the corporation (i.e., the

vées au sujet de la qualité pour agir des conseillers et du maire. Il n'y a rien dans cette décision qui permette de penser que la ville n'était pas constituée en personne morale et qu'elle n'avait pas la capacité d'ester en justice en vertu de son acte constitutif. La question de la capacité du maire de représenter l'ensemble des résidents de la ville a été soulevée et le débat sur cette question a été reporté à plus tard. Cette décision ne constitue pas un précédent qui appuie la proposition qu'une municipalité qui n'est pas constituée en personne morale (si une telle municipalité pouvait effectivement exister) a la capacité d'ester en justice.

[18] L'affaire *Cholod et al. c. Baker et al.*, [1976] 2 R.C.S. 484, était une action par quasi-demandeur qui avait été intentée par le procureur général de la Saskatchewan sur l'initiative de trois citoyens électeurs. Les citoyens demandaient la délivrance d'un bref de *mandamus* pour forcer le maire et six membres nommément désignés du conseil de la ville de Régina à s'acquitter des fonctions que la loi applicable mettait à leur charge. La ville de Régina était également constituée codéfenderesse. Dans cette affaire, les demandeurs (Cholod et al.) s'opposaient à un règlement prévoyant la dépense de deniers pour la construction d'un nouvel hôtel de ville avant que la question ne soit soumise aux électeurs, comme l'exigeait *The Urban Municipality Act, 1970* [S.S. 1970, ch. 78]. Là encore, il n'y a rien qui permet de penser que la ville de Régina n'était pas une personne morale qui avait la capacité d'ester en justice. Il s'agissait d'une action dans laquelle quelques résidents d'une ville cherchaient à obliger le maire et les conseillers à se conformer à la loi régissant l'exercice de leurs pouvoirs. Il n'y a rien dans la décision, ou dans la façon dont elle a été intentée, qui permette de penser qu'un groupe d'électeurs possède la personnalité juridique ou que le maire et les conseillers ont une capacité d'ester en justice différente de celle qu'ils possèdent en tant que personnes physiques.

[19] Dans la décision *Gallagher vs. Armstrong*, (1911), 3 Alta. L.R. 443 (C.S. 1^{re} inst.), il y a de nombreuses allusions au fait que la ville d'Edmonton était une personne morale et que les demandeurs agissaient en une capacité analogue à celle des actionnaires d'une compagnie, qui ont la capacité de pour-

council members) on behalf of all the shareholders. This case does not assist in the argument that an elected body that has been given no express capacity to sue or be sued acquires such as a result of its elected or governmental status.

c) Implied Capacity Arising from Statutorily Imposed Rights and Obligations and Class or Representative Actions

[20] Neither a band nor a band council have corporate status; nor is either a natural person in the eyes of the law.⁹ A band is not an unincorporated association; it is not a group of tenants-in-common because membership does not confer a present right of possession of band property.¹⁰ In *Keewatin Tribal Council Inc. v. Thompson (City)*, [1989] 5 W.W.R. 202 (Man. Q.B.), at page 215, Jewers J. described a band as an unincorporated association of a unique nature, because it is created by statute rather than by consent of its members.

[21] The nature of a band as a party has been described:

The band, as an enduring entity with its own government, is a unique type of legal entity under Canadian law. The rights and obligations of the band are quite distinct from the accumulated rights and obligations of the members of the band. . . . In law a band is in a class by itself. No doubt the law will develop forms of proceeding appropriate to this special class of litigant without necessarily slavishly following precedents established for associations of a different nature.¹¹

[22] I turn then to the jurisprudence respecting the capacity of a band (band council) to sue or be sued. The jurisprudence establishes that because of the particular powers and obligations imposed by statute on a band council there must exist an implied capacity to sue and be sued with respect to the exercise of those powers and the meeting of those obligations.¹²

[23] A significant decision in this regard is *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2

suivre les dirigeants ou les administrateurs de la compagnie (c.-à-d. les membres du conseil d'administration) au nom de tous les actionnaires. Cette décision n'appuie pas l'argument qu'un organisme élu à qui aucune capacité d'ester en justice n'a été expressément conférée acquiert cette capacité en raison de son statut d'organisme élu ou d'organisme gouvernemental.

c) Capacité implicite découlant de droits et obligations imposés par la loi et recours collectifs

[20] Les bandes et les conseils de bandes ne sont pas des personnes morales; ils ne sont pas non plus des personnes physiques aux yeux de la loi⁹. Une bande n'est pas une association sans personnalité morale; elle n'est pas un groupe de tenants communs, parce que l'appartenance à la bande ne confère pas un droit effectif de possession sur les biens de la bande¹⁰. Dans le jugement *Keewatin Tribal Council Inc. v. Thompson (City)*, [1989] 5 W.W.R. 202 (B.R. Man.), à la page 215, le juge Jewers définit les bandes indiennes comme des associations sans personnalité morale de nature unique, parce qu'elles sont créées par la loi et non par la volonté de leurs membres.

[21] Voici en quels termes la nature des bandes en tant que justiciables a été définie:

[TRADUCTION] La bande, en tant qu'entité durable dotée de son propre gouvernement, est un type unique d'entité juridique en droit canadien. Les droits et les obligations de la bande sont tout à fait distincts des droits et obligations cumulatifs des membres de la bande. . . . En droit, la bande constitue en elle-même une catégorie. Le droit élaborera sans nul doute des formes de procédure qui conviennent à cette catégorie spéciale de justiciables sans nécessairement suivre servilement les modèles qui existent déjà pour des regroupements de nature différente¹¹.

[22] Je passe donc à la jurisprudence relative à la capacité d'ester en justice des bandes (des conseils de bandes). Il est de jurisprudence constante qu'en raison des obligations et pouvoirs particuliers que la loi impose aux conseils de bandes, il doit exister une capacité implicite d'ester en justice pour exercer ces pouvoirs et respecter ces obligations¹².

[23] Une décision importante à cet égard est l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Fran-*

S.C.R. 72. In that decision it was held that while the relevant legislation did not establish a band or band council as a corporate body, it did grant the band council powers which if exercised required that the band council be subject to the same liabilities as the law imposes on natural persons exercising those powers. Thus, the band council's status as an entity with legal capacity to act as an employer arose by necessary implication.

[24] This decision was applied in *Clow Darling Ltd. v. Big Trout Lake Band* (1989), 70 O.R. (2d) 56 (Dist. Ct.). That decision contains reference to several earlier decisions,¹³ all of which held that a band council's legal status to sue or be sued in its own name arises as a result of various powers and obligations having been conferred on it, by statute. Thus a band council has the capacity to function and to take on obligations separate and apart from its individual members, as does a corporation, and representative orders were held to be not always necessary in proceedings involving Indian bands.

[25] In *Joe v. Findlay* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 166 (S.C.) it was held that a band council's authority to bring and defend legal proceedings on behalf of the band, although not expressed in the Act, must be inferred as a necessary adjunct to give effect to the band's powers under the Act. The litigation in question was an action by the council to recover possession of part of the reserve lands which had been leased by one of the band members to non-band members. In addition to confirming that the council had legal capacity to bring such an action the Court also confirmed that it was not necessary for the elected council to seek the consent of the band to do so [at page 172]:

I do not accept the contention that the right to bring an action should be regarded as a "power", to be sought in the statute and closely limited. The matter seems to me not to be one of power, in that sense, so much as a matter of

cis et autres, [1982] 2 R.C.S. 72. Dans cet arrêt, il a été jugé que, même si la loi applicable ne conférerait pas la personnalité morale à une bande ou à un conseil de bande donné, elle conférerait bel et bien au conseil de la bande des pouvoirs qui, s'ils étaient exercés, assujettissaient le conseil de la bande aux mêmes obligations que celles que la loi impose aux personnes physiques qui exercent ces pouvoirs. La qualité du conseil de la bande en tant qu'entité dotée de la capacité juridique d'agir comme employeur en découlait nécessairement.

[24] Cet arrêt a été appliqué dans le jugement *Clow Darling Ltd. v. Big Trout Lake Band* (1989), 70 O.R. (2d) 56 (C. dist.). Cette décision renvoie à plusieurs décisions antérieures¹³, dans lesquelles les tribunaux ont tous statué que la capacité juridique d'un conseil de bande d'ester en justice en son nom personnel découle des divers pouvoirs et devoirs qui lui sont conférés par la loi. Ainsi, un conseil de bande a, au même titre qu'une personne morale, le pouvoir d'agir et de contracter des obligations distinctes de celles de ses membres, et il a été jugé qu'il n'était pas toujours nécessaire de prononcer une ordonnance désignant un représentant dans les instances mettant en cause des bandes indiennes.

[25] Par ailleurs, dans le jugement *Joe v. Findlay* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 166 (C.S.), il a été jugé que, même s'il n'est pas prévu par la Loi, le pouvoir d'un conseil de bande d'ester en justice au nom de la bande doit être inféré parce qu'il est nécessaire pour donner effet aux pouvoirs que la Loi confère à la bande. Le procès en question était une action qui avait été intentée par le conseil de la bande en vue de reprendre possession d'une partie des terres de la réserve qui avait été louée par un des membres de la bande à des non-membres. En plus de confirmer que le conseil avait la capacité juridique pour introduire une telle action, la Cour a également confirmé qu'il n'était pas nécessaire pour le conseil élu de chercher à obtenir le consentement des membres de la bande [à la page 172].

[TRADUCTION] Je n'accepte pas l'argument que le droit d'intenter une action devrait être considéré comme un «pouvoir» qu'on doit rechercher dans la loi et qui doit être strictement délimité. Il me semble qu'il ne s'agisse pas tant

status, to be inferred from the nature of the council's functions.

This band council is elected by its members to exercise statutory and other rights and duties, including the allocation of permits for the occupation of reserve land. To say that it has the power to allocate reserve land but no status to recover possession when rights it has granted have expired would, it seems to me, be to deny the council the ability effectively to carry out this important function. Council cannot exercise the legal authority vested in it if it has not the status in law to bring such an action as this against those who overhold. [Emphasis added.]

[26] Because the capacity of a band (band council) to sue or be sued arises by implication from and is tied to the statutory powers and obligations conferred on it, the extent of its capacity to sue or be sued has uncertain boundaries. That is, the band or band council has not been given corporate status commensurate with the powers of a natural person. Uncertainties as to the extent of the capacity of a band to sue and be sued have been avoided, however, by framing claims as class actions.¹⁴

Analysis of the Motion

[27] Interestingly, counsel for the defendant agrees that bands can sue and be sued in their own name. He argues that the extent to which such is effective depends upon the nature of the particular case. This accords with the jurisprudence. He argues that in this case he will be seeking a remedy against the trust funds of the band and a tracing remedy to follow monies into the hands of individual band members. He characterizes the interest each individual member has in the band trust account as comparable to the interest a beneficiary has in an unadministered estate. Counsel for the third parties, on the other hand characterize the band trust fund as a collective right—the interest of each band member being comparable to the rights each has in reserve lands. Thus any remedy that might be given, in their view, can only exist against the band.

d'une question de pouvoir que d'une question de qualité, qualité qui doit être inférée de la nature des fonctions du conseil.

Le présent conseil de bande est élu par ses membres pour exercer des droits et accomplir des obligations provenant ou non de la loi, et notamment pour délivrer des permis d'occupation des terres de réserve. Dire qu'il a le pouvoir d'attribuer des terres de réserve, mais qu'il n'a pas la qualité d'en récupérer la possession lorsque les droits qu'il a accordés sont expirés reviendrait, à mon sens, à nier au conseil la capacité de s'acquitter efficacement de cette importante fonction. Le conseil ne peut exercer les pouvoirs que lui confère la loi s'il n'a pas en droit la qualité pour intenter une action comme la présente contre ceux qui continuent à occuper les terres en question une fois qu'ils ont perdu leurs droits. [Non souligné dans l'original.]

[26] Parce que la capacité d'ester en justice de la bande (du conseil de la bande) découle implicitement des pouvoirs et obligations qui lui sont conférés par la loi et qu'elle y est liée, l'étendue de sa capacité d'ester en justice est incertaine. En d'autres termes, la bande ou le conseil de la bande ne se voit pas accorder une personnalité juridique dont l'étendue est proportionnée aux pouvoirs d'une personne physique. On a toutefois évité l'incertitude qui existe au sujet de la portée de la capacité d'une bande d'ester en justice en formulant des demandes en justice sous forme de recours collectifs¹⁴.

Analyse de la requête

[27] Fait intéressant, l'avocat de la défenderesse convient que les bandes indiennes peuvent ester en justice en leur nom propre. Il soutient que la mesure dans laquelle elles peuvent le faire dépend de la nature du cas particulier. Cette façon de voir est conforme à la jurisprudence. Il fait valoir qu'en l'espèce, il cherchera à obtenir une réparation sur les fonds en fiducie de la bande et à exercer un droit de suite pour récupérer l'argent qui se trouve entre les mains des membres individuels de la bande. À son avis, l'intérêt que chacun des membres possède sur le compte en fiducie de la bande est comparable à l'intérêt qu'un bénéficiaire possède dans une succession non administrée. En revanche, les avocats des mis en cause considèrent les fonds en fiducie de la bande comme un droit collectif. L'intérêt de chacun des membres de la bande serait comparable selon eux aux droits que

[28] Counsel for the Samson Band invites me to decide whether the remedy the defendant seeks can properly be sought from individual band members or is only exigible (if at all) against the band as a collectivity. It is not appropriate to decide this kind of issue, on an interlocutory motion. It is not appropriate to decide whether the nature of the funds held in trust is for a band or for its members, and whether there is any practical, meaningful difference between characterizing the individual band member's interest as comparable to that of a beneficiary's interest in an unadministered estate or as an interest comparable to that held by the collectivity in reserve lands. Nor is it appropriate to decide whether or not the remedy the defendant seeks to pursue is viable. There are certainly difficulties with it. Regardless of the answers to these questions, I am not persuaded that the representative orders sought by the defendant are necessary.

[29] The plaintiffs when they commenced this action did so under the following style of cause:

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,

[30] When the defendant issued third party notices, the parties were described as follows:

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, Councilors of the Samson Band, sued on their own behalf and on behalf of the members of the Samson Band of Indians,

and

ERMINESKIN BAND, Chief Eddie Littlechild, and Ken Cutarm, Gerry Ermineskin, John Ermineskin, Lester Frayn,

chacun possède sur les terres de la réserve. Ainsi, tout recours qui pourrait être ouvert ne peut, à leur avis, être exercé que contre la bande.

[28] L'avocat de la bande indienne de Samson m'invite à déterminer si la réparation que la défenderesse sollicite peut à bon droit être réclamée des membres individuels de la bande ou si elle ne peut être réclamée, s'il y a lieu, que de la bande en tant que collectivité. Il ne convient pas de trancher ce genre de question dans le cadre d'une requête interlocutoire. Il ne convient pas non plus de décider si les sommes détenues en fiducie le sont pour la bande dans son ensemble ou pour ses membres individuels, et s'il existe une différence pratique et significative entre le fait de comparer l'intérêt que possèdent les membres individuels de la bande à celui que possède un bénéficiaire sur une succession non administrée et le fait de comparer cet intérêt à celui que possède la collectivité sur les terres de la réserve. Il ne convient pas non plus de décider si le recours que la défenderesse cherche à exercer est viable. Ce recours soulève indubitablement des questions. Indépendamment des réponses qu'on donne à ces questions, je ne suis pas persuadée que les ordonnances de désignation sollicitées par la défenderesse sont nécessaires.

[29] Lorsqu'ils ont introduit la présente action, les demandeurs ont utilisé l'intitulé de cause suivant:

BANDE INDIENNE DE MONTANA, le chef Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit et Darrell Strongman, en leur nom personnel et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Montana, résidant tous dans la réserve de Montana n° 139, dans la province d'Alberta.

[30] Dans ses avis de mise en cause, la défenderesse a désigné comme suit les parties:

BANDE INDIENNE DE SAMSON, le chef Terry Buffalo, 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, les conseillers de la bande indienne de Samson, en leur nom personnel et au nom de tous les membres de la bande indienne de Samson,

et

BANDE INDIENNE D'ERMINESKIN, le chef Eddie Littlechild, Ken Curtam, Gerry Ermineskin, John

Brian Lee, Gordon Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emile 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 Bank of Indians,

Ermineskin, Lester Fraynn, Brian Lee, Gordon Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emile Minde, Lawrence Rattlesnake, Curtis Ermineskin et Maurice Wolfe, de la bande indienne d'Ermineskin, en leur nom personnel et au nom de la bande indienne d'Ermineskin.

[31] One of the third parties, the Samson Band et al., as has been noted, commenced an action (T-782-97), against the defendant which is now consolidated with the present action. When doing so, the style of cause that was adopted to describe the plaintiffs was:

CHIEF FLORENCE BUFFALO acting on her own behalf and on behalf of all of the other members of the SAMSON CREE NATION AND BAND

- and -

THE SAMSON CREE NATION AND INDIAN BAND

Plaintiffs

[32] The manner in which the parties have been named, that is naming the band first and then stating that certain band members (usually the elected councillors) are acting on their own behalf as well as on behalf of all other members of the band covers any uncertainties about legal status that might exist. As I have noted, this is a normal way of proceeding. I have been referred to no case in which it has been thought necessary to name a guardian *ad litem* for those members of the band who are under a legal disability. Also, if one characterizes the style of cause as describing a representative or class action, again, I have been referred to no jurisprudence that requires a separate representation as a guardian *ad litem*, for members of the class who are under a legal disability.

[33] Federal Court Rule 1711 provides for proceeding by way of class action. All that is required, in the first instance, is to frame the cause of action in a representative fashion or to name the defendants as a class represented by one or more individuals. Unless an objection is subsequently made, there is no need for a further order of the Court to allow the claim to proceed in a representative fashion as a class action. An individual that falls within the class may apply to the Court, not to be included in the represented class but to have independent status, as a plaintiff, or

[31] L'un des mis en cause, la bande indienne de Samson a, comme il a déjà été souligné, introduit contre la défenderesse une action (T-782-97) qui a été jointe à la présente action. L'intitulé de la cause a alors été remplacé par l'intitulé suivant:

LE CHEF FLORENCE BUFFALO, en son nom personnel et au nom de tous les autres membres de la NATION CRIE ET DE LA BANDE INDIENNE DE SAMSON,

et

NATION CRIE ET BANDE INDIENNE DE SAMSON,

demandeurs.

[32] La façon dont les parties ont été désignées, c'est-à-dire en nommant d'abord la bande, puis en précisant que certains membres de la bande (habituellement les conseillers élus) agissent en leur nom personnel et au nom de tous les autres membres de la bande, dissipe toute incertitude qui pourrait exister au sujet du statut juridique. Ainsi que je l'ai fait remarquer, cette façon de procéder est normale. On ne m'a cité aucune décision dans laquelle il a été jugé nécessaire de désigner un tuteur à l'instance pour représenter les membres d'une bande qui sont frappés d'incapacité. De plus, si l'on considère que l'intitulé de cause vise un recours collectif, je répète que l'on ne m'a cité aucune décision qui exige que les personnes frappées d'incapacité soient représentées séparément par un tuteur à l'instance.

[33] La Règle 1711 des *Règles de la Cour fédérale* permet l'introduction d'une instance sous forme de recours collectif. Tout ce qui est exigé, en premier lieu, c'est de libeller l'action sous forme de recours collectif ou de désigner les défendeurs en tant que groupe représenté par une ou plusieurs personnes. À moins qu'une exception ne soit soulevée par la suite, la Cour n'a pas à prononcer d'autre ordonnance pour permettre que la demande soit entendue sous forme de recours collectif. Les personnes qui entrent dans la catégorie visée peuvent demander à la Cour d'être

defendant, as the case may be. In this case counsel for the third parties have accepted and continue to accept service of the various procedural documents on behalf of their clients. In such circumstances, notice of the proceedings and their nature will be made known to the class members.

[34] Counsel for the defendant is concerned that after trial of the action, and if he obtains the tracing remedy he seeks, that one or more of the members of the class will apply under subsection 1711(5) of the Rules for exemption from execution because they were not properly represented, being under a legal disability, or perhaps because the nature of the remedy he seeks somehow makes it necessary for them to have been named as individual defendants. I have been referred to no jurisprudence that gives a foundation to these concerns.

[35] In addition, counsel for the Ermineskin Band notes that an order under Rule 1700, to appoint a guardian *ad litem*, is not appropriate because the action in question is not a proceeding against infants or mentally incompetent persons. She also notes that requiring one person, the Chief of the Ermineskin Band, to act as guardian *ad litem* for the over 1,000 infant members of the Band would be totally impractical—it would be a procedural nightmare.

[36] Given the way these actions and the third party claims have been framed, I have not been persuaded that it is necessary to include additional representation orders in the directions.

[37] For the reasons given, an order as to third party directions in the usual form will issue, without the additional provisions respecting representation that counsel for the defendant seeks.

exclues de la catégorie de personnes ainsi représentées et de se faire accorder le statut de demandeurs ou de défendeurs indépendants, selon le cas. En l'espèce, les avocats des mis en cause ont accepté et acceptent toujours la signification des divers actes de procédure au nom de leurs clients. Dans ces conditions, les personnes qui font partie de la catégorie en question seront avisées des procédures et de leur nature.

[34] L'avocat de la défenderesse craint qu'après l'instruction de l'action, s'il obtient la réparation qu'il sollicite en vertu du droit de suite qu'il invoque, un ou plusieurs membres de la catégorie en question ne présentent une demande en vertu du paragraphe 1711(5) des Règles en vue d'être soustraits à l'exécution du jugement au motif qu'ils n'ont pas été régulièrement représentés, compte tenu du fait qu'ils sont frappés d'incapacité juridique, ou peut-être parce que la nature de la réparation que l'avocat sollicite exigeait d'une certaine manière qu'ils soient désignés comme défendeurs individuels. Aucune décision ne m'a été citée pour justifier ces préoccupations.

[35] De surcroît, l'avocate de la bande indienne d'Ermineskin souligne qu'il ne convient pas de rendre une ordonnance désignant un tuteur à l'instance en vertu de la Règle 1700, étant donné que l'action en question n'est pas une instance visant des mineurs ou des incapables mentaux. Elle fait également remarquer qu'exiger qu'une personne, en l'occurrence le chef de la bande indienne d'Ermineskin, agisse comme tuteur à l'instance pour représenter le millier de mineurs que compte la bande ne serait absolument pas réaliste; ce serait un cauchemar sur le plan procédural.

[36] Compte tenu de la façon dont ces actions et les mises en cause ont été libellées, on ne m'a pas persuadée qu'il était nécessaire de prévoir dans les directives d'autres mesures pour désigner un représentant.

[37] Par ces motifs, une ordonnance donnant des directives aux mis en cause sera prononcée en la forme habituelle, sans les dispositions supplémentaires que l'avocat de la défenderesse sollicite en ce qui concerne la désignation d'un représentant.

¹ [1991] 2 F.C. 273 (T.D.)

¹ [1991] 2 C.F. 273 (1^{re} inst.).

² *Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1; *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.) Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] (formerly *British North America Act, 1867*), ss. 132 and 91(24); *Rupert's Land and North-Western Territory Order*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9, s. 14; *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. v, c. 26 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26]], s. 1; *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] Part VII; Treaty No. 6 (1867).

³ L. Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1996), at p. 14.

⁴ *Id.*, at p. 14.

⁵ R.S.C., 1985, c. 1-5.

⁶ S. Imai, *et al. Aboriginal Law Handbook* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1993), at pp. 113-114.

⁷ *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1997] 2 C.N.L.R. 16 (F.C.T.D.), at p. 45, the analogy to municipalities, on the basis of the authorities cited to the Court in that case, was rejected.

⁸ I. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2d ed. (Agincourt, Ont.: Carswell, 1997), at pp. 1-2:

"A municipal corporation, in its strict and proper sense, is the body politic and corporate constituted by the incorporation of the inhabitants of a city or town for the purposes of local government thereof or more freely it can be defined as the "body corporate constituted by the incorporation of the inhabitants residing within a defined area upon which the legislature has, either directly or indirectly through some intermediate agency conferred corporate status, rights and liabilities, including the right to administer through the agency of an elected council or other governing body, such matters of local concern as are expressly specified, or as are necessarily implied from the nature and extent of the authority conferred".

See also pages 10, 1313-1314.

⁹ R. Reiter, *An Examination of the Evolving Concept of Band Councils, their Authorities and Responsibilities, and their Statutory Instruments of Power* (Edmonton: First Nations Resource Council, 1990), at p. 1.10 referring to *Afton Band of Indians v. A.G.N.S.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 454 (N.S.S.C.); see p. 1.18 of the text.

¹⁰ J. Woodward, *Native Law* (Toronto: Carswell, 1990), at p. 14.

¹¹ *Id.*, at pp. 397-398.

¹² See, for example, S. Imai, *The 1997 Annotated Indian Act* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997), at p. 6. See also J. Woodward, *supra*, at pp. 395-396:

² *Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1; *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]] (anciennement *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*), art. 132 et 91(24); *Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 9, art. 14; *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. v, ch. 26 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26]], art. 1; *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], partie VII; Traité n° 6 (1867).

³ L. Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*, Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, à la p. 14.

⁴ *Id.*, à la p. 14.

⁵ L.R.C (1985), ch. 1-5.

⁶ S. Imai, *et al. Aboriginal Law Handbook*, Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, aux p. 113 et 114.

⁷ Dans la décision *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1997] 2 C.N.L.R. 16 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 45, le tribunal a rejeté l'analogie faite avec les municipalités sur le fondement des précédents cités dans cette affaire.

⁸ I. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2^e éd., Agincourt, Ont.: Carswell, 1997, aux p. 1 et 2:

[TRADUCTION] «Une municipalité est, au sens strict et au sens propre, la personne morale créée par suite de la constitution des habitants d'une ville en municipalité aux fins de l'administration locale de celle-ci. On peut la définir plus librement comme «la personne morale constituée par suite de la constitution en municipalité des habitants résidents sur un territoire déterminé à qui le législateur a, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'un mandataire quelconque, conféré la qualité, les droits et les devoirs d'une personne morale, notamment le droit d'administrer, par l'intermédiaire d'un conseil élu ou d'un autre organisme directeur, les questions d'intérêt local qui sont expressément énumérées ou qui découlent nécessairement de la nature et de la portée des pouvoirs conférés».

Voir également les p. 10 et 1313 et 1314.

⁹ R. Reiter, *An Examination of the Evolving Concept of Band Councils, their Authorities and Responsibilities, and their Statutory Instruments of Power*, Edmonton: First Nations Resource Council, 1990, à la p. 1.10, citant *Afton Band of Indians v. A.G.N.S.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 454 (C.S.N.-É.); voir à la p. 1.18 du texte.

¹⁰ J. Woodward, *Native Law*, Toronto: Carswell, 1990, à la p. 14.

¹¹ *Id.*, aux p. 397 et 398.

¹² Voir, par exemple, S. Imai, *The 1997 Annotated Indian Act*, Scarborough, Ont.: Carswell, 1997, à la p. 6. Voir également J. Woodward (précité), aux p. 395 et 396:

Most modern cases make it clear that a band can sue and be sued. A band is a legal entity with rights and obligations under the law. The band must be empowered to sue to enforce those rights, and should be sueable [*sic*] on those obligations. Any other conclusion would render the rights and obligation meaningless.

See also note 9, *supra*, Reiter, at p. 2.11.

¹³ In *King v. Gull Bay Indian Band* (1983), 38 C.P.C. 1 (Ont. Dist. Ct.), it was held that Indian bands, being the creations of federal statute and having the same status in every province, are suable entities.

In *Bannon v. Pervais* (1989), 68 O.R. (2d) 276 (Dist. Ct.), this Court also found that Indian bands are legal entities and therefore capable of being sued *eo nomine*.

In *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438 (Sask. C.A.), it was held that the band council may sue or be sued in its own name, and that it has an existence in law which goes beyond that of its individual members (meaning individual members).

Similarly, in *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (Sask. C.A.), it was held that Indian band councils that are given statutory rights to incur legal obligations may sue or be sued in their own name.

¹⁴ See W. Henderson, "Litigating Native Claims" (1985), 19 *Gazette* 174.

[TRADUCTION] Dans la plupart des décisions récentes, les tribunaux précisent bien que les bandes peuvent ester en justice. Une bande est une entité juridique à qui la loi confère des droits et impose des obligations. La bande doit être habilitée à ester en justice pour faire valoir ces droits et devrait pouvoir être poursuivie pour répondre de l'inexécution de ces obligations. Toute autre conclusion priverait de leur sens ces droits et ces obligations.

Voir également n° 9, Reiter, à la p. 2.11

¹³ Dans le jugement *King v. Gull Bay Indian Band* (1983), 38 C.P.C. 1 (C. dist. Ont.), il a été jugé que les bandes indiennes sont des entités qui peuvent être poursuivies en justice, étant donné qu'elles sont créées par une loi fédérale et qu'elles possèdent le même statut dans chaque province.

Dans le jugement *Bannon v. Pervais* (1989), 68 O.R. (2d) 276 (C. dist.), la même Cour a aussi conclu que les bandes indiennes sont des entités juridiques qui peuvent par conséquent être poursuivies *eo nomine*.

Dans l'arrêt *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438 (C.A. Sask.), il a été jugé que le conseil de la bande peut ester en justice en son propre nom et qu'il possède une existence juridique qui va au-delà de celle de ses membres individuels.

De la même façon, dans l'arrêt *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.), il a été jugé que les conseils de bandes indiennes qui se voient conférer par la loi le droit de contracter des obligations juridiques peuvent ester en justice en leur nom personnel.

¹⁴ Voir W. Henderson, «Litigating Native Claims» (1985), 19 *Gazette* 174.

A-553-96

Tele-Direct (Publications) Inc. (Appellant) (Plaintiff)

v.

**American Business Information, Inc. (Respondent)
(Defendant)****INDEXED AS: TELE-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. v.
AMERICAN BUSINESS INFORMATION, INC. (C.A.)**Court of Appeal, Denault J.A. (*ex officio*), Décary J.A.
and Chevalier D.J.—Montréal, October 6 and 7;
Ottawa, October 27, 1997.

Copyright — Appeal from F.C.T.D. judgment holding no copyright in compilation of information in Yellow Pages as only minimal degree of skill, judgment, labour in organization of information — Copyright Act amended in 1993 to implement NAFTA — Definitions of artistic, dramatic, literary, musical works amended to include compilations thereof — Events herein occurring pre-, post-1993 amendments — (1) 1993 amendments not altering state of copyright law with respect to compilations of data — Selection, arrangement of data protected compilation only if end result original intellectual creation — (2) Where work sought to be protected by copyright compilation of data appearing within larger compilation of data, more correct to begin assessment of originality with fragment — Trial Judge looked at fragments of directory first because directory as whole not at issue — (3) For compilation to be original, must be work independently created by author; display at least minimal degree of skill, judgment and labour — Labour alone not determinative of originality — Sub-compilation neither new product of inventive labour nor intellectual creation within NAFTA Implementation Act, Art. 1705 — Compilation so obvious, commonplace not meriting copyright protection.

Construction of statutes — Copyright Act — Prior to 1993 amendments to Act, compilations protected only in so far as characterized as literary works — Compilations may now also be related to artistic, dramatic, musical works — Earlier cases to be applied with caution — Compilations not qualifying for copyright protection as literary work possibly qualifying under new legislation — As definition of “compilation” introduced to implement NAFTA, Art. 1705, where

A-553-96

**Télé-Direct (Publications) Inc. (appelante) (demande-
resse)**

c.

**American Business Information, Inc. (intimée)
(défenderesse)****RÉPERTORIÉ: TÉLÉ-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. c.
AMERICAN BUSINESS INFORMATION, INC. (C.A.)**Cour d'appel, juges Denault, J.C.A. (de droit), Décary,
J.C.A., et juge suppléant Chevalier—Montréal, 6 et
7 octobre; Ottawa, 27 octobre 1997.

Droit d'auteur — Appel d'un jugement de la C.F. 1^{re} inst. statuant que la compilation de renseignements contenus dans les Pages Jaunes n'est pas protégée par un droit d'auteur car l'organisation des renseignements n'a nécessité qu'un degré minimal de talent, de jugement et de travail — La Loi sur le droit d'auteur a été modifiée en 1993 pour donner effet à l'ALENA — La définition d'œuvres artistique, dramatique, littéraire et musicale a été modifiée pour inclure les compilations — Les faits en cause se sont produits avant et après les modifications — (1) Les modifications de 1993 n'ont pas changé le droit en matière de droit d'auteur concernant les compilations de données — La sélection et l'arrangement de données ne devient une compilation protégée que si le résultat final est une création intellectuelle originale — (2) Lorsque l'œuvre qu'on veut protéger est une compilation de données comprise dans une compilation plus vaste de données, il est plus correct d'évaluer l'originalité en commençant par la sous-compilation — Le juge de première instance a commencé par examiner des parties parce que la question ne se posait pas pour l'ensemble de l'annuaire — (3) Pour qu'une compilation soit originale, il doit s'agir d'une création indépendante de l'auteur qui témoigne au moins d'un degré minimal de talent, de jugement et de travail — Le travail seul n'est pas une garantie d'originalité — La sous-compilation n'est ni un nouveau produit issu d'un travail inventif ni une création intellectuelle au sens de l'art. 1705 de la Loi de mise en œuvre de l'ALENA — La compilation est si évidente et anodine qu'il n'y a pas lieu de la protéger par un droit d'auteur.

Interprétation des lois — Loi sur le droit d'auteur — Avant que la Loi soit modifiée en 1993, les compilations n'étaient protégées que si elles constituaient des œuvres littéraires — Maintenant, il peut aussi y avoir des compilations d'œuvres artistiques, dramatiques et musicales — La jurisprudence antérieure doit être appliquée avec prudence — Des compilations qui ne pouvaient être protégées par droit d'auteur, sous l'ancienne Loi, parce qu'elles n'étaient

feasible, without departing from fundamental principles, Canadian courts interpreting provisions of Copyright Act tracking wording of American legislation should adopt interpretation satisfying both Anglo-Canadian wording of provision and American standards.

This was an appeal from the Trial Judge's finding that copyright did not exist in the compilation of information contained in Yellow Pages directories. It was conceded that the Yellow Pages, taken as a whole and given the visual aspects of the pages and their arrangement, are protected by copyright. The appellant claimed copyright in the organization of the subscriber information and in respect of the collection of additional data, such as facsimile numbers, trade-marks and number of years in operation. The Trial Judge concluded that the appellant exercised only a minimal degree of skill, judgment or labour in its overall arrangement which was insufficient to support a claim of originality in the compilation so as to warrant copyright protection.

Prior to the 1993 *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, compilations were protected only in so far as they could be characterized as "literary works". In order to implement the *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, the *Copyright Act* was substantially amended so that artistic, dramatic, literary and musical works included compilations thereof. The definition of "every original literary, dramatic, musical and artistic work" in section 2 was amended to include "compilations" as "a mode or form of its expression". Also, a definition of "compilation" was added to section 2 of the *Copyright Act*. The chain of events giving rise to the present claim both pre-dated and post-dated the amendments.

The issues were: (1) whether the amendment modified the state of the law; (2) what was the correct approach for assessing the originality of the compilation; and (3) whether the compilation involved a sufficient degree of skill, judgment or labour to qualify for copyright protection.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) Prior to the 1993 amendments, courts had to find a way to relate compilations to literary works. Since the amendments, "compilations" may be related to artistic, dramatic and musical works as well as to literary works. Earlier cases must, therefore, be applied with caution.

pas des œuvres littéraires pourraient maintenant l'être sous la nouvelle — Comme la définition de «compilation» a été introduite pour la mise en œuvre de l'art. 1705 de l'ALENA, les tribunaux canadiens interprétant des dispositions de la Loi sur le droit d'auteur inspirées de dispositions américaines devraient, lorsqu'ils peuvent le faire sans s'écarter des principes fondamentaux, retenir une interprétation compatible avec le libellé anglo-canadien et les normes américaines.

Il s'agit de l'appel de la décision du juge de première instance concluant qu'il n'existe pas de droit d'auteur sur la compilation de renseignements contenus dans les annuaires de Pages Jaunes. Il a été admis que les Pages Jaunes prises dans leur ensemble et compte tenu de l'aspect visuel et de l'organisation de leurs pages, sont protégées par un droit d'auteur. L'appelante revendique un droit d'auteur sur l'organisation des renseignements concernant les abonnés de même que sur les renseignements supplémentaires comme les numéros de télécopieur, les marques de commerce et le nombre d'années d'exploitation de l'entreprise. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait fait preuve que d'un minimum de talent, de jugement et de travail dans l'organisation globale des éléments, ce qui ne suffisait pas pour conférer à la compilation une originalité telle qu'elle justifierait la protection par un droit d'auteur.

Avant la *Loi de mise en œuvre de l'Accord du libre-échange nord-américain*, en 1993, les compilations n'étaient protégées que si elles pouvaient être qualifiées d'«œuvres littéraires». Pour mettre en œuvre l'*Accord du libre-échange nord-américain* (l'ALENA), il a fallu modifier substantiellement la *Loi sur le droit d'auteur* pour que les œuvres artistiques, dramatiques, littéraires et musicales comprennent les compilations de telles œuvres. La définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale», énoncée à l'article 2, a été modifiée pour comprendre les «compilations», comme «mode ou [. . .] forme d'expression». En outre, une définition du mot «compilation» a été ajoutée à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'enchaînement des événements ayant donné lieu à l'action couvre à la fois la période précédant la modification et la période la suivant.

Il s'agissait de déterminer (1) si la modification a changé l'état du droit, (2) de quelle façon il convenait d'évaluer l'originalité de la compilation et (3) si la compilation dénotait un degré suffisant de talent, de jugement ou de travail pour justifier qu'elle soit protégée par un droit d'auteur.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

(1) Avant les modifications de 1993, les tribunaux devaient trouver une façon de rattacher les compilations à des œuvres littéraires. Depuis, les «compilations» peuvent se rattacher aussi bien aux œuvres artistiques, dramatiques et musicales. Il faut donc appliquer la jurisprudence antérieure

Compilations which did not qualify for copyright protection because they could not be related to literary works may possibly qualify under the new definition.

The definition of "compilation" must be interpreted in relation to the context in which it was introduced i.e. to implement the North American Free Trade Agreement (NAFTA), Article 1705. What the parties to the Agreement wanted to protect were compilations of data that "embody original expression within the meaning of [the Berne] Convention" and that constitute "intellectual creations". The last two words indicate that compilations of data are to be measured by standards of intellect and creativity. As these standards were already present in Anglo-Canadian case law, the Canadian Government in signing the Agreement and the Canadian Parliament in adopting the 1993 amendments to the *Copyright Act*, must have expected the Court to follow the "creativity" school of cases rather than the "industrious collection" school.

The 1993 amendments did not alter the state of the law of copyright with respect to compilations of data. They reinforced in clear terms what the state of the law was, or ought to have been: the selection or arrangement of data results in a protected compilation only if the end result qualifies as an original intellectual creation.

As a result of the 1993 amendments, Canadian courts may seek more assistance from authoritative decisions of American courts when interpreting provisions of the *Copyright Act* that were amended or added to implement NAFTA, provided they proceed with caution. Where feasible, without departing from fundamental principles, Canadian courts should not hesitate to adopt an interpretation that satisfies both the Anglo-Canadian standards and the American standards where the wording of the provision tracks the wording of the American legislation.

(2) The more correct approach to assessing the originality of a compilation where the work sought to be protected by copyright is a compilation of data which appears within a larger compilation of data is to begin the analysis with the fragment. The compilation at issue before the Trial Judge was not the directory as a whole (the main compilation), but fragments of that directory i.e. the in-column listings (the sub-compilation). The Trial Judge looked at the sub-compilation first because the main compilation was not at issue.

(3) The Act is clear: only those works which are original are protected. For a compilation of data to be original, it must be a work that was independently created by the author, and display at least a minimal degree of skill, judgment and labour in its overall selection or arrangement. Cases in which the expression "skill, judgment or labour"

avec prudence. Il se pourrait que des compilations qui ne pouvaient être protégées par un droit d'auteur parce qu'elles ne pouvaient se rattacher à une œuvre littéraire, aient droit à cette protection sous le régime de la nouvelle définition.

La définition de «compilation» doit s'interpréter en tenant compte du contexte dans lequel elle a été introduite: la mise en œuvre de l'article 1705 de l'ALENA. Les parties à l'ALENA voulaient protéger les compilations de données qui constituent des «œuvres d'expression originale au sens de ladite convention [de Berne]» et des «créations intellectuelles». Les deux derniers mots indiquent que les compilations de données doivent être évaluées en fonction de leur caractère intellectuel et créateur. Ces caractéristiques étant déjà reconnues par la jurisprudence anglo-canadienne, il faut présumer que le gouvernement du Canada, lorsqu'il a signé l'Accord, et le Parlement, lorsqu'il a adopté les modifications de 1993 visant la *Loi sur le droit d'auteur*, s'attendaient à ce que la Cour adopte la thèse de la «créativité» plutôt que celle du «travail industriel».

Les modifications de 1993 n'ont pas changé l'état du droit en matière de droits d'auteur en ce qui concerne les compilations. Elles ont confirmé de façon claire quel était ou quel aurait dû être l'état du droit: le choix ou l'arrangement de données ne produit une compilation protégée que si celle-ci constitue une création originale et intellectuelle.

Par suite des modifications de 1993, les tribunaux canadiens peuvent se tourner davantage vers les décisions américaines faisant autorité pour interpréter les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui ont été modifiées ou ajoutées afin de mettre en œuvre l'ALENA, dans la mesure où ils le font avec prudence. Les tribunaux canadiens ne devraient pas hésiter à adopter une interprétation compatible à la fois avec les normes anglo-canadiennes et avec les normes américaines, lorsqu'ils peuvent le faire sans s'écarter des principes fondamentaux et lorsque le libellé de la disposition s'inspire de la loi américaine.

(2) La méthode la plus correcte pour évaluer l'originalité d'une compilation lorsque l'œuvre pour laquelle la protection du droit d'auteur est revendiquée est une compilation de données au sein d'une compilation plus vaste est de commencer par examiner la sous-compilation. La compilation en cause devant le juge de première instance n'était pas l'annuaire dans son ensemble (la compilation principale), mais une partie de l'annuaire, savoir les inscriptions en colonne (la sous-compilation). Le juge de première instance a examiné d'abord la sous-compilation parce que la compilation principale n'était pas en cause.

(3) La Loi est claire: seules les œuvres originales sont protégées. La compilation de données, pour être originale, doit être une œuvre que son auteur a créée de façon indépendante et qui, par les choix dont elle résulte et par son arrangement, dénote un degré minimal de talent, de jugement et de travail. Dans les décisions où l'expression

was used to describe the test to be met by a compilation to qualify as original must have used the expression in a conjunctive rather than a disjunctive way. Considerable labour combined with a negligible degree of skill and judgment will not be sufficient in most situations to make a compilation of data original. One of the purposes of copyright legislation has been to protect and reward the intellectual effort of the author. The word "author" conveys a sense of creativity and ingenuity. The amount of labour is not a determinative source of originality. The Trial Judge correctly found that there was not a sufficient degree of originality in the sub-compilation. The sub-compilation was neither a "new product of inventive labour" nor an "intellectual creation" within Article 1705. The compilation of the in-column listings was so obvious and commonplace as not to qualify for copyright protection.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, concluded at Berne on September 9, 1886, including the Paris Act of 1971.

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 "artistic work" (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53), "compilation" (as enacted *idem*), "dramatic work" (as am. *idem*), "every original literary, dramatic, musical and artistic work" (as am. *idem*), "literary work" (as am. *idem*), "musical work" (as am. *idem*), 5(1) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 57), 41 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 9).

Copyrights Act, 17 U.S.C. § 101 (1994).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1208, Tariff B, Part II (as am. by SOR/95-282, s. 5).

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1705.

North American Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1993, c. 44.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd., [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.).

CONSIDERED:

Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co., [1985] 1 W.W.R. 112; (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (B.C.S.C.); *U & R Tax Services Ltd. v.*

«talent, jugement ou travail» a été employée pour décrire le critère auquel une compilation doit satisfaire pour être considérée comme originale, elle a dû l'être à titre conjonctif et non disjonctif. Une somme importante de travail alliée à un degré négligeable de talent et de jugement ne suffirait pas, la plupart du temps, à conférer un caractère original à une compilation. Les dispositions législatives relatives au droit d'auteur ont toujours eu pour objet, notamment, de «protéger et récompenser les efforts intellectuels des auteurs». Le mot «auteur» a une connotation de créativité et d'ingéniosité. La somme de travail n'est pas en soi une source déterminante d'originalité. Le juge de première instance a conclu correctement que la sous-compilation ne présentait pas suffisamment d'originalité. La sous-compilation n'était ni un «produit nouveau issu du travail inventif» ni une «création intellectuelle» au sens de l'article 1705. La compilation des inscriptions en colonne est une opération si évidente et si anodine qu'elle ne saurait être protégée par un droit d'auteur.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1705.

Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, conclue à Berne le 9 septembre 1886, y compris l'Acte de Paris de 1971.

Copyrights Act, 17 U.S.C., § 101 (1994).

Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 «compilation» (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 53), «œuvre artistique» (mod., *idem*), «œuvre dramatique» (mod., *idem*), «œuvre littéraire» (mod., *idem*), «œuvre musicale» (mod., *idem*), «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale» (mod., *idem*), 5(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 57), 41 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 9).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1208, Tarif B, partie II (mod. par DORS/95-282, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd., [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co., [1985] 1 W.W.R. 112; (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S.C.-B.); *U & R Tax Services Ltd. c.*

H & R Block Canada Inc. (1995), 62 C.P.R. (3d) 257; 97 F.T.R. 259 (F.C.T.D.); *Sayre and Others v. Moore* (1785), 1 East 316 n.5; 102 E.R. 139; *Cramp (G.A.) & Sons, Ltd. v. Frank Smythson, Ltd.*, [1944] 2 All E.R. 92 (H.L.); *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 111 S. Ct. 1282 (1991); *BellSouth Advertising & Pub. Corp. v. Donnelley Information Pub., Inc.*, 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993); *Key Publications Inc. v. Chinatown Today Publishing Enterprises Inc.*, 20 USPQ2d 1122 (2nd Cir. 1991).

REFERRED TO:

Moreau, Alfred v. St. Vincent, Roland, [1950] Ex. C.R. 198; [1950] 3 D.L.R. 713; (1950), 12 C.P.R. 32; 10 Fox Pat. C. 194; *Compo Company Ltd. v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (T.D.); affd [1988] 1 F.C. 673; (1987), 44 D.L.R. (4th) 74; 16 C.I.P.R. 15; 18 C.P.R. (3d) 129; 81 N.R. 3 (C.A.); affd *sub nom. Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*; *Apple Computer, Inc. v. 115778 Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 209; (1990), 71 D.L.R. (4th) 95; 30 C.P.R. (3d) 257; 110 N.R. 66.

AUTHORS CITED

Siebrasse, N. "Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada" (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191.

APPEAL from trial judgment (*Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 1; 113 F.T.R. 123 (F.C.T.D.)) holding that copyright did not subsist in the compilation of information in the Yellow Pages. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Hugues G. Richard and *L. Carrière* for appellant.

Roger T. Hughes and *John N. Allport* for respondent.

SOLICITORS:

Léger Robic Richard, s.e.n.c., Montréal, for appellant.
Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto, for respondent.

H & R Block Canada Inc. (1995), 62 C.P.R. (3d) 257; 97 F.T.R. 259 (C.F. 1^{re} inst.); *Sayre and Others v. Moore* (1785), 1 East 316 n.5; 102 E.R. 139; *Cramp (G.A.) & Sons, Ltd. v. Frank Smythson, Ltd.* [1944] 2 All E.R. 92 (H.L.); *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 111 S. Ct. 1282 (1991); *BellSouth Advertising & Pub. Corp. v. Donnelley Information Pub., Inc.*, 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993); *Key Publications Inc. v. Chinatown Today Publishing Enterprises Inc.*, 20 USPQ2d 1122 (2nd Cir. 1991).

DÉCISIONS CITÉES:

Moreau, Alfred v. St. Vincent, Roland, [1950] R.C.É. 198; [1950] 3 D.L.R. 713; (1950), 12 C.P.R. 32; 10 Fox Pat. C. 194; *Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357; (1979), 105 D.L.R. (3d) 249; 45 C.P.R. (2d) 1; 29 N.R. 296; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (1^{re} inst.); conf. par [1988] 1 C.F. 673; (1987), 44 D.L.R. (4th) 74; 16 C.I.P.R. 15; 18 C.P.R. (3d) 129; 81 N.R. 3 (C.A.); conf. par *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*; *Apple Computer, Inc. c. 115778 Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 209; (1990), 71 D.L.R. (4th) 95; 30 C.P.R. (3d) 257; 110 N.R. 66.

DOCTRINE

Siebrasse, N. «Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada» (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191.

APPEL du jugement de première instance (*Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 1; 113 F.T.R. 123 (C.F. 1^{re} inst.)) statuant que la compilation des renseignements contenus dans les Pages Jaunes n'était pas protégée par un droit d'auteur. Appel rejeté.

AVOCATS:

Hugues G. Richard et *L. Carrière* pour l'appelante.

Roger T. Hughes et *John N. Allport* pour l'intimée.

PROCUREURS:

Léger Robic Richard, s.e.n.c., Montréal, pour l'appelante.
Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: The main issue in this appeal is whether copyright subsists in the compilation of information contained in Yellow Pages directories (the Yellow Pages) published by Tele-Direct (Publications) Inc. (the appellant), an affiliate of Bell Canada. American Business Information, Inc. (the respondent) has conceded that the Yellow Pages, when taken as a whole and given the visual aspects of the pages and their arrangement, enjoy the protection of copyright.

[2] In essence, the appellant, who itself is conceding that it does not claim copyright in the subscriber information given to it by Bell Canada (the subscriber information consists of the heading description of the business and the name, address and telephone number of the business), claims copyright in respect of the organization of the subscriber information received in a disorganized state from Bell Canada and in respect of the collection of additional data such as facsimile numbers, trade-marks and number of years in operation which the appellant itself obtains from Bell Canada's customers.

[3] Madam Justice McGillis (the Trial Judge) has found that copyright does not subsist in the compilation at issue. As her fairly extensive findings of facts are not questioned by the parties and as her reasons for judgment have already been reported¹ I shall not waste any time repeating what she has already so aptly described.

[4] As a preliminary matter, the respondent has alleged that the action was barred by the three-year limitation period in section 41 of the *Copyright Act*² (the Act). The Trial Judge found, on the facts, that it was not and I see no reason to interfere with that finding.

[5] On the main issue, the Trial Judge held that the principles to be applied in determining the extent to which copyright exists in a compilation are those

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le présent appel porte principalement sur la question de savoir s'il existe un droit d'auteur sur la compilation de renseignements contenus dans les annuaires de Pages Jaunes (les Pages Jaunes) publiés par Télé-Direct (Publications) Inc. (l'appelante), société affiliée de Bell Canada. American Business Information Inc. (l'intimée) a reconnu que ces annuaires, pris dans leur ensemble et compte tenu de l'aspect visuel et de l'organisation de leurs pages, sont protégés par un droit d'auteur.

[2] L'appelante, qui admet elle-même ne pas revendiquer de droit d'auteur sur les renseignements concernant les abonnés que lui fournit Bell Canada (et qui comprennent le titre de la rubrique décrivant l'entreprise ainsi que le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de l'entreprise), soutient essentiellement que le droit d'auteur porte sur l'organisation des renseignements qu'elle reçoit non classés de Bell Canada de même que sur les renseignements supplémentaires comme les numéros de télécopieur, les marques de commerce et le nombre d'années d'exploitation de l'entreprise, que l'appelante se procure elle-même auprès des abonnés de Bell Canada.

[3] M^{me} le juge McGillis (le juge de première instance) a statué qu'aucun droit d'auteur ne protégeait la compilation visée en l'espèce. Comme les parties ne contestent pas les conclusions de fait passablement exhaustives qu'elle a tirées et comme ses motifs ont déjà été publiés¹, je ne perdrai pas de temps à répéter ce qui a été si correctement décrit.

[4] L'intimée a soulevé la question préliminaire de la prescription triennale prévue à l'article 41 de la *Loi sur le droit d'auteur*² (la Loi), soutenant qu'elle s'appliquait à la présente action. Le juge de première instance a conclu, au vu des faits, que l'action n'était pas prescrite, et je ne vois aucune raison de revenir sur cette conclusion.

[5] Au sujet de la question principale, le juge de première instance a statué qu'il fallait avoir recours, pour déterminer la portée du droit d'auteur applicable

outlined by McLachlin J. (as she then was) in *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co.*, [1985] 1 W.W.R. 112 (B.C.S.C.), at pages 115-116:

The defendants suggest that there is no copyright in the brochure because it used ideas and elements which are also found in the brochures of other competitors. That, however, does not defeat a claim for copyright. It is well established that compilations of material produced by others may be protected by copyright, provided that the arrangement of the elements taken from other sources is the product of the plaintiff's thought, selection and work. It is not the several components that are the subject of the copyright, but the overall arrangement of them which the plaintiff through his industry has produced. The basis of copyright is the originality of the work in question. So long as work, taste and discretion have entered into the composition, that originality is established. In the case of compilation, the originality requisite to copyright is a matter of degree depending on the amount of skill, judgment or labour that has been involved in making the compilation: *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.). Where copyright is claimed in a compilation it is not the correct approach to dissect the work in fragments and, if the fragments are not entitled to copyright, then deduce that the whole compilation is not so entitled; rather, the court should canvass the degree of industry, skill or judgment which has gone into the overall arrangement: *Ladbroke, supra*. See also *T.J. Moore Co. Ltd. v. Accessoires du [sic] Bureau de Québec Inc.* (1973), 14 C.P.C. (2d) 113 (Fed. Ct. T.D.); *Jarrold v. Houlston* (1857), 3 K & J. 708, 69 E.R. 1294 (Ch.Div); *MacMillan & Co., Ltd. v. Cooper* (1923), 40 T.L.R. 186 (P.C.)

The proposition that arrangements of common ideas may be copyright is subject to certain limitations. First, it appears that the compiler can claim no copyright unless he or she had a right to use the materials constituting his compilation: *T.J. Moore Co. Ltd. v. Accessoires de Bureau de Québec Inc.*, *supra*, at p. 116. Secondly, in so far as component ideas may be in the public domain, they themselves may be copied with impunity, without breaching the compiler's copyright, which rests not in the components, but in the overall arrangement: Fox, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2nd ed. (1967), p. 118.³

[6] The Trial Judge went on to conclude as follows:⁴

en matière de compilation, aux principes que M^{me} le juge McLachlin (tel était alors son titre) a énoncés dans l'affaire *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co.*, [1985] 1 W.W.R. 112 (C.S.C.-B.), aux pages 115 et 116:

[TRADUCTION] Les défenderesses laissent entendre qu'il n'existe pas de droit d'auteur sur la brochure parce qu'on y a utilisé des idées et des éléments qui existent déjà dans les brochures d'autres concurrents. Mais cela ne permet pas de rejeter une revendication de droit d'auteur. Chacun sait que les compilations de contenus produits par d'autres peuvent être protégées par un droit d'auteur, pourvu que l'organisation des éléments tirés d'autres sources soit le produit de l'imagination, du choix et du travail de la demanderesse. Ce ne sont pas les divers éléments de composition qui font l'objet du droit d'auteur, mais leur arrangement général, fruit du travail de la demanderesse. Le fondement du droit d'auteur est l'originalité du travail en question. Du moment que la composition renvoie à un travail, à un goût et à des décisions précises, il y a originalité. Dans le cas d'une compilation, l'originalité justifiant le droit d'auteur est une question de degré, selon l'importance du talent, du jugement ou du travail en cause dans ladite compilation: voir *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.). Lorsqu'on revendique un droit d'auteur sur une compilation, il ne convient pas de disséquer l'œuvre en fragments et de conclure que, si les fragments ne peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur, l'ensemble de la compilation ne peut en faire l'objet non plus. La Cour devrait plutôt évaluer l'importance du travail, du talent ou du jugement en jeu dans l'arrangement général: voir *Ladbroke*, précité. Voir aussi *T.J. Moore Co. Ltd. c. Accessoires du [sic] Bureau de Québec Inc.* (1973), 14 C.P.C. (2d) 113 (C.F. 1^{re} inst.); *Jarrold v. Houlston* (1857), 3 K & J. 708, 69 E.R. 1294 (Ch.Div); *MacMillan & Co., Ltd. v. Cooper* (1923), 40 T.L.R. 186 (C.P.)

La proposition que les arrangements d'idées communes puissent être assujettis à un droit d'auteur comporte certaines limites. Premièrement, il semble que le compilateur ne puisse pas revendiquer de droit d'auteur à moins d'avoir un droit sur l'utilisation des documents compilés: voir *T.J. Moore Co. Ltd. c. Accessoires de Bureau de Québec Inc.*, *supra*, p. 116. Deuxièmement, dans la mesure où les idées qui composent la compilation peuvent être du domaine public, elles peuvent être elles-mêmes des copies en toute impunité, sans qu'il y ait violation du droit d'auteur du compilateur, lequel n'a pas trait aux éléments de la compilation, mais à leur arrangement général: voir Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^e éd. (1967), p. 118³.

[6] Le juge de première instance a alors conclu ce qui suit⁴:

In conclusion, Tele-Direct arranged its information, the vast majority of which is not subject to copyright, according to accepted, commonplace standards of selection in the industry. In doing so, it exercised only a minimal degree of skill, judgment or labour in its overall arrangement which is insufficient to support a claim of originality in the compilation so as to warrant copyright protection. In my opinion, the defendant has successfully displaced the presumption in favour of copyright created by paragraph 34(3)(a) of the *Act*.

[7] I find no error in that conclusion.

[8] A word, first, on the applicable legislation. The question arises in this appeal because the *Copyright Act* was amended in 1993 to insert the definition of “compilation” in section 2 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 53]. As the chain of events that gave rise to the present claim span both the period preceding this amendment and the period following it, the Court has to ascertain whether the amendment modified the state of the law.

[9] Compilations have been known to the Canadian law of copyright for ages, but it is only recently that they have been formally defined in the *Act*.

[10] Prior to the 1993 *North American Free Trade Agreement Implementation Act*⁵ (NAFTA Implementation Act), compilations were only protected in so far as they could be characterized as “literary works”.⁶

[11] In order to implement the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA), the *Copyright Act* was substantially amended. “Artistic work”, “dramatic work”, “literary work” and “musical work” were from now on to include, respectively, “compilations of artistic works”, “any compilation of dramatic works”, “compilations of literary works” and “any compilation [of any work of music or musical composition]” (subsection 53(2) of the NAFTA Implementation Act). In the same vein, the definition of “every original literary, dramatic, musical and artistic work” in section

Pour conclure, Télé-Direct a structuré ses renseignements, dont la grande majorité n’est pas protégée par un droit d’auteur, selon des normes courantes et reconnues de sélection dans son domaine d’activité. Ce faisant, elle n’a fait preuve que d’un minimum de talent, de jugement et de travail dans l’organisation globale des éléments, ce qui ne suffit pas à établir que la compilation dénote une originalité telle qu’elle justifierait la protection du droit d’auteur. Selon moi, la défenderesse a réussi à écarter la présomption de droit d’auteur créée par l’alinéa 34(3)a) de la *Loi*.

[7] Je ne relève aucune erreur dans sa conclusion.

[8] Il importe d’abord de dire un mot des dispositions législatives applicables. La question soulevée par le présent appel fait suite à une modification apportée en 1993 à la *Loi sur le droit d’auteur*, qui a ajouté la définition du mot «compilation» à l’article 2 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 53]. Comme l’enchaînement des événements ayant donné lieu à l’action couvre à la fois la période précédant la modification et la période la suivant, la Cour doit déterminer si la modification a changé l’état du droit.

[9] Les compilations sont depuis fort longtemps présentes dans le droit canadien relatif au droit d’auteur, mais ce n’est que récemment que le terme a été expressément défini dans la *Loi*.

[10] Avant la *Loi de mise en œuvre de l’Accord du libre-échange nord-américain*⁵ (la *Loi de mise en œuvre*), les compilations n’étaient protégées que si elles pouvaient être qualifiées d’«œuvres littéraires»⁶.

[11] La mise en œuvre de l’Accord du libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, [1994] R.T. Can. n° 2] (ALENA) a nécessité une modification substantielle de la *Loi sur le droit d’auteur*. Les expressions «œuvre artistique», «œuvre dramatique», «œuvre littéraire» et «œuvre musicale» ont alors inclus, respectivement, «les compilations d’œuvres artistiques», «les compilations d’œuvres dramatiques», «les compilations d’œuvres littéraires» et «toute compilation [d’œuvres ou de compositions musicales]» (paragraphe 53(2) de la *Loi de mise en œuvre*). Pareillement, la définition de «toute œuvre littéraire,

2 was now including “compilations” as “a mode or form of its expression”:

2. . . .

“every original literary, dramatic, musical and artistic work” includes every original production in the literary, scientific or artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as compilations, . . .

Furthermore, a definition of “compilation” was added to section 2 of the *Copyright Act* by subsection 53(3) of the NAFTA Implementation Act. It reads as follows:

2. . . .

“compilation” means

(a) a work resulting from the selection or arrangement of literary, dramatic, musical or artistic works or of parts thereof, or

(b) a work resulting from the selection or arrangement of data;

[12] The 1993 amendments may not be without significance, even though they were down-played by counsel who considered them to be a mere codification of the existing law. Prior to these amendments, “compilations” were seen as “literary works” and courts had therefore to find a way to relate them to literary works. Since the amendments, “compilations” may be related to artistic, dramatic and musical works as well as to literary works, with the result that earlier cases which examined compilations of data as being part of literary works must now be applied with caution: it could be that compilations which did not qualify for copyright protection because they could not be related to literary works, would qualify under the new definition.

[13] More importantly, the addition of the definition of “compilation” in so far as it relates to “a work resulting from the selection or arrangement of data”

dramatique, musicale ou artistique originale», énoncée à l’article 2, était modifiée pour comprendre les «compilations», comme «mode ou . . . forme d’expression»:

2. . . .

«toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale» S’entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu’en soit le mode ou la forme d’expression, tels les compilations, . . .

En outre, le paragraphe 53(3) de la Loi de mise en œuvre a ajouté une définition du mot «compilation» à l’article 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, laquelle est ainsi conçue:

2. . . .

«compilation» Les œuvres résultant du choix ou de l’arrangement de tout ou partie d’œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données.

[12] Les modifications de 1993 ne sont peut-être pas sans répercussion, même si les avocats ne leur ont pas accordé beaucoup d’importance, les considérant comme une simple codification du droit existant. Avant les modifications, les «compilations» étaient considérées comme des œuvres littéraires; les tribunaux devaient donc trouver une façon de les rattacher à ce type d’œuvres. Depuis les modifications, il peut y avoir des compilations d’œuvres artistiques, dramatiques et musicales en plus des compilations d’œuvres littéraires, ce qui fait que la jurisprudence antérieure, qui ne portait que sur la compilation de données dans le cadre d’œuvres littéraires, doit être appliquée avec prudence. Il se pourrait, en effet, que des compilations qui ne pouvaient être protégées par un droit d’auteur parce qu’elles ne pouvaient se rattacher à une œuvre littéraire, aient droit à cette protection sous le régime de la nouvelle définition.

[13] De façon plus importante, l’ajout d’une définition de «compilation» comportant les mots «œuvres résultant du choix ou de l’arrangement . . . de don-

appears to me to have decided the battle which was shaping up in Canada between partisans of the “creativity” doctrine—according to which compilations must possess at least some minimal degree of creativity—and the partisans of the “industrious collection” or “sweat of the brow” doctrine—wherein copyright is a reward for the hard work that goes into compiling facts.

[14] The definition of “compilation” must be interpreted in relation to the context in which it was introduced. Simply put, it was introduced as a result of the signature of the North American Free Trade Agreement and with the specific purpose of implementing it. It is therefore but natural when attempting to interpret the new definition to seek guidance in the very words of the relevant provision of NAFTA which the amendment intends to implement. The applicable provision is Article 1705 which reads as follows:

Article 1705: Copyright

1. Each Party shall protect the works covered by Article 2 of the Berne Convention, including any other works that embody original expression within the meaning of that Convention. In particular:

(a) all types of computer programs are literary works within the meaning of the Berne Convention and each Party shall protect them as such; and

(b) compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, shall be protected as such.

The protection a Party provides under subparagraph (b) shall not extend to the data or material itself, or prejudice any copyright subsisting in that data or material.

[15] Clearly, what the parties to the Agreement wanted to protect were compilations of data that “embody original expression within the meaning of [the Berne] Convention”⁷ and that constitute “intellectual creations”. The use of these last two words is most revealing: compilations of data are to be measured by standards of intellect and creativity. As these standards were already present in Anglo-Canadian jurisprudence—as we shall see later—I can

nées» me semble avoir scellé le sort de la bataille que commençait à se livrer au Canada les tenants de la thèse de la «créativité»—pour qui les compilations doivent témoigner d’un degré minimal de créativité—et ceux de la thèse du «travail industriel» ou de la «transpiration»—qui voient le droit d’auteur comme la récompense du dur labeur de la compilation.

[14] La définition de «compilation» doit s’interpréter en tenant compte du contexte dans lequel elle a été introduite. En termes simples, cette définition a été ajoutée par suite de la signature de l’Accord du libre-échange nord-américain (l’ALENA), dans le but précis de mettre en œuvre cet accord. Il n’est que naturel, alors, pour tenter d’interpréter cette définition de se tourner vers le texte de la disposition pertinente de l’ALENA que la modification vise à mettre en œuvre. Cette disposition est l’article 1705, dont voici le texte:

Article 1705 : Droit d’auteur

1. Chacune des Parties protégera les œuvres visées par l’article 2 de la Convention de Berne, ainsi que toutes autres œuvres d’expression originale au sens de ladite convention. Ainsi, notamment,

a) tous les genres de programmes d’ordinateur sont des œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne, et chacune des Parties les protégera à ce titre, et

b) les compilations de données ou d’autres éléments, qu’elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles, seront protégées à ce titre.

La protection assurée par une Partie en vertu de l’alinéa b), qui ne s’étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d’auteur subsistant pour ces données ou éléments.

[15] De toute évidence, les parties à l’ALENA voulaient protéger les compilations de données qui constituent des «œuvres d’expression originale au sens de ladite convention [de Berne]»⁷ et des «créations intellectuelles». L’emploi de ces deux derniers mots est très significatif: les compilations de données doivent être évaluées en fonction de leur caractère intellectuel et créateur. Ces caractéristiques étant déjà reconnues par la jurisprudence anglo-canadienne—

only assume that the Canadian government in signing the Agreement and the Canadian Parliament in adopting the 1993 amendments to the *Copyright Act* expected the Court to follow the “creativity” school of cases rather than the “industrious collection” school.

[16] Whether compilations of data have been, through the amendments, protected “as such”, as is stipulated by Article 1705(1)(b) of NAFTA, remains to be seen. If, at first blush, the fact that “compilations” is also defined as meaning “a work resulting from the selection or arrangement of data” appears to confer on compilations of data a status of their own, equal to that of literary, dramatic, musical or artistic works, yet the definition, when read in context, may not have that effect. Under subsection 5(1) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 57] of the Act, copyright subsists not in a compilation of data *per se*, but in an original work, whether it be literary, dramatic, musical and artistic, with which presumably the type of data can best be related. Furthermore, the definition in section 2 of the words “every original literary, dramatic, musical and artistic work”, which are the very words used in subsection 5(1), refers to compilations as being but “the mode or form” of expression of any of these four types of work. Whether, therefore, Canada has fully lived up to its commitments under Article 1705 of NAFTA is an open question which I need not resolve in order to decide this appeal.

[17] All in all, apart from the possible qualifications one might wish to make with respect to some earlier decisions, I have come to the conclusion that the 1993 amendments did not alter the state of the law of copyright with respect to compilations of data. The amendments simply reinforce in clear terms what the state of the law was, or ought to have been: the selection or arrangement of data only results in a protected compilation if the end result qualifies as an original intellectual creation. I shall therefore, as have counsel and the Trial Judge, use the post-1993 amend-

comme nous le verrons plus tard—je ne puis que présumer que le gouvernement du Canada, lorsqu’il a signé l’Accord, et le Parlement, lorsqu’il a adopté les modifications de 1993 visant la *Loi sur le droit d’auteur*, s’attendaient à ce que la Cour adopte la thèse de la «créativité» plutôt que celle du «travail industriel».

[16] Il reste à voir si les modifications ont apporté protection aux compilations de données «à ce titre», comme le prévoit l’alinéa 1705(1)b de l’ALENA. Si le fait que la «compilation» est également définie comme une œuvre «résultant du choix ou de l’arrangement . . . de données» semble, au premier abord, conférer aux compilations leur propre statut, équivalent à celui des œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques, il n’est pas sûr que cet effet ressorte lorsque cette définition reçoit une interprétation contextuelle. Aux termes du paragraphe 5(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 57] de la Loi, le droit d’auteur ne protège pas une compilation en tant que telle, mais une œuvre originale, littéraire, dramatique, musicale ou artistique, à laquelle, selon toute probabilité, le type de données se rattache le mieux. En outre, la définition de l’expression «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale»—les mots mêmes employés au paragraphe 5(1)—énoncée à l’article 2, fait état des compilations comme n’étant qu’un «mode ou la forme d’expression» de l’un ou l’autre de ces quatre types d’œuvres. La question de savoir si le Canada s’est pleinement acquitté des engagements découlant de l’article 1705 de l’ALENA continue donc de se poser, mais il n’est pas nécessaire que je la tranche pour statuer sur le présent appel.

[17] Mis à part les réserves qui pourraient être formulées au sujet de certaines décisions antérieures, je suis, somme toute, parvenu à la conclusion que les modifications de 1993 n’ont pas changé l’état du droit en matière de droits d’auteur en ce qui concerne les compilations. Ces modifications n’ont fait que confirmer de façon claire quel était ou quel aurait dû être l’état du droit: le choix ou l’arrangement de données ne produit une compilation protégée que si celle-ci constitue une création originale et intellectuelle. Par conséquent, j’emploierai la terminologie postérieure

ments terminology as if it had applied throughout the years at issue in these proceedings.

[18] Another impact of the 1993 amendments may well be that more assistance can henceforth be sought from authoritative decisions of the United States courts when interpreting these very provisions that were amended or added in the *Copyright Act* in order to implement NAFTA.⁸ I do not wish to be interpreted as saying that Canadian courts, when interpreting these provisions, should move away from following the Anglo-Canadian trend. I am only suggesting that where feasible without departing from fundamental principles, Canadian courts should not hesitate to adopt an interpretation that satisfies both the Anglo-Canadian standards and the American standards where, as here, it appears that the wording of Article 1705 of NAFTA and, by extension, of the added definition of “compilation” in the Canadian *Copyright Act*, tracks to a certain extent the wording of the definition of “compilation” found in the United States *Copyrights Act*.⁹ I note that contrary to what happened in Canada, the United States did not find it necessary in order to implement NAFTA to amend the definition of “compilation” which they already had in their legislation.

[19] Returning now to the main issue in this appeal, the appellant’s principal grounds of attack are the following: (a) the Trial Judge adopted an incorrect approach in assessing the originality of the compilation, and (b) she erred in finding that there was not a sufficient degree of skill, judgment or labour.

(a) the correct approach

[20] Counsel for the appellant has argued that the Trial Judge erred in assessing the originality of the compilation at issue by looking at its fragments rather than at its overall arrangement. According to counsel, the Trial Judge first asked herself whether the fragments allegedly copied could be by themselves the subject of copyright and failed to ask herself the only relevant question at that stage, i.e. whether the work as a whole was original.

aux modifications de 1993, ainsi que l’ont fait le juge de première instance et les avocats, comme si elle s’était appliquée pendant toutes les années visées par la présente instance.

[18] Il se peut fort bien, également, que depuis les modifications de 1993 il soit possible de se tourner davantage vers les décisions américaines faisant autorité pour interpréter les dispositions mêmes de la *Loi sur le droit d’auteur* qui ont été modifiées ou ajoutées afin de mettre en œuvre l’ALENA⁸. Ce qui précède ne veut pas dire que les tribunaux canadiens doivent se garder de suivre l’école anglo-canadienne lorsqu’ils interprètent ces dispositions. Je préconise simplement que les tribunaux canadiens n’hésitent pas à adopter une interprétation compatible à la fois avec les normes anglo-canadiennes et avec les normes américaines, quand ils peuvent le faire sans s’écarter des principes fondamentaux, comme en l’espèce, où il appert que le texte de l’article 1705 de l’ALENA et, par extension, de la définition de «compilation» ajoutée à la *Loi sur le droit d’auteur* canadienne, s’inspire dans une certaine mesure du libellé de la définition de ce même terme énoncée dans le *Copyrights Act* des États-Unis⁹. Signalons que, contrairement au Canada, les États-Unis n’ont pas jugé nécessaire de modifier la définition de «compilation» figurant déjà dans leur loi, pour mettre en œuvre l’ALENA.

[19] En ce qui concerne la principale question soulevée par l’appel, les motifs essentiels de l’appelante sont les suivants: a) le juge de première instance a appliqué une méthode erronée d’évaluation de l’originalité de la compilation, b) elle a conclu à tort à l’insuffisance du talent, du jugement et du travail.

a) La méthode à appliquer

[20] L’avocat de l’appelante soutient que le juge de première instance a mal évalué l’originalité de la compilation en examinant ses parties plutôt que l’arrangement global. Selon lui, le juge de première instance s’est d’abord demandée si les parties qu’on prétendait avoir été copiées auraient elles-mêmes pu être protégées par un droit d’auteur, et elle ne s’est pas posé la seule question pertinente à ce stade: celle de savoir si l’œuvre dans son ensemble était originale.

[21] The principles in that regard have been set out by Lord Reid in *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*:¹⁰

The appellants' dissection theory is derived from some statements in infringement cases and I must, therefore, examine at this point the law regarding infringement. Copyright gives the exclusive right to do certain things including "reproducing the work in any material form" (section 2(5)), and reproduction includes reproduction of a substantial part of the work (section 49(1)). Broadly, reproduction means copying, and does not include cases where an author or compiler produces a substantially similar result by independent work without copying. And, if he does copy, the question whether he has copied a substantial part depends much more on the quality than on the quantity of what he has taken. One test may be whether the part which he has taken is novel or striking, or is merely a commonplace arrangement of ordinary words or well-known data. So it may sometimes be a convenient short cut to ask whether the part taken could by itself be the subject of copyright. But, in my view, that is only a short cut, and the more correct approach is first to determine whether the plaintiffs' work as a whole is "original" and protected by copyright, and then to inquire whether the part taken by the defendant is substantial.

A wrong result can easily be reached if one begins by dissecting the plaintiffs' work and asking, could section A be the subject of copyright if it stood by itself, could section B be protected if it stood by itself, and so on. To my mind, it does not follow that, because the fragments taken separately would not be copyright, therefore the whole cannot be. Indeed, it has often been recognised that if sufficient skill and judgment have been exercised in devising the arrangements of the whole work, that can be an important or even decisive element in deciding whether the work as a whole is protected by copyright.

[22] I note, to start with, that Lord Reid did not qualify the suggested approach as the only correct one, but as the more correct approach. There may be cases where the more correct approach will not be suitable.

[23] In the case at bar, the Trial Judge found herself in an unusual situation. The action had begun as a trade-mark infringement action. During the course of the proceedings, the appellant amended its statement of claim to include a copyright infringement claim. The trade-mark issues were settled by a consent

[21] Les principes applicables ont été formulés par lord Reid dans la décision *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*:¹⁰:

[TRADUCTION] La théorie de la dissection soumise par l'appelante découle d'énoncés jurisprudentiels en matière de violation du droit d'auteur; il me faut donc analyser le droit applicable en cette matière. Le droit d'auteur confère à son titulaire le droit exclusif d'accomplir certains actes, dont celui de «reproduire l'œuvre sous une forme matérielle quelconque» (paragraphe 2(5)), et la reproduction comprend la reproduction d'une partie importante de l'œuvre (paragraphe 49(1)). De façon générale, reproduire signifie copier, et cet acte n'inclut pas l'œuvre substantiellement similaire réalisée par un auteur ou un compilateur au moyen d'un travail indépendant et sans copier. S'il y a copie, la question de savoir si elle porte sur une partie importante dépend beaucoup plus de la qualité que de la quantité de ce qui a été copié. On peut examiner notamment si la partie copiée est nouvelle ou frappante, ou s'il s'agit de l'arrangement banal de mots ordinaires ou de données connues. Se demander si la partie copiée pourrait elle-même être protégée par droit d'auteur peut donc quelquefois se révéler un raccourci commode mais, à mon avis, ce n'est qu'un raccourci, et il est plus correct de déterminer d'abord si l'œuvre dans son ensemble est «originale» et protégée par un droit d'auteur et d'examiner ensuite si la partie prise par le défendeur est importante.

On peut facilement parvenir à une mauvaise solution lorsqu'on commence par disséquer l'œuvre du demandeur et par se demander si la partie A, prise isolément, pourrait être protégée par un droit d'auteur et si la partie B, prise isolément, pourrait l'être aussi, et ainsi de suite. Selon moi, le fait que des parties d'une œuvre ne peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur ne veut pas dire que l'ensemble de l'œuvre ne peut l'être. De fait, il a souvent été reconnu que si la production de l'ensemble de l'œuvre a demandé suffisamment de talent et de jugement, cela peut constituer un élément important sinon déterminant dans la question de savoir si l'œuvre dans son ensemble est protégée par un droit d'auteur.

[22] Disons, pour commencer, que lord Reid n'a pas présenté la méthode qu'il proposait comme la seule correcte mais comme la méthode plus correcte. Il peut arriver que la méthode plus correcte ne convienne pas.

[23] En l'espèce, le juge de première instance se trouvait dans une situation inhabituelle. L'action a été intentée pour usurpation de marque de commerce. Au cours de l'instance, l'appelante a modifié sa déclaration pour y ajouter une allégation de violation de droit d'auteur. Les questions relatives à la marque de

judgment. The action proceeded to trial only on the copyright issues. And at trial, the respondent conceded that the appellant's Yellow Pages directories, taken as a whole, given the visual aspects of the pages and their arrangement, would have copyright.

[24] Paragraph 5.3 of the amended statement of claim had claimed copyright in the Yellow Pages directories as "original works of compilation and original literary works of joint authorship protected under the *Copyright Act*".¹¹ Paragraph 14.7 had alleged infringement of "a substantial part of the Plaintiff's copyright compilation works, namely the classified listings of all Yellow Pages directories published in the provinces of Ontario and Quebec since 1989".¹² One of the remedies sought was a declaration "that copyright subsists in the YELLOW PAGES and PAGES JAUNES directories"¹³. And as a result of the concession made by the respondent, the appellant, in its memorandum of fact and law, recognized in paragraph 88 that "it is the compilation of in-column listings in which TELE-DIRECT claims to have protection under the *Copyright Act*".

[25] The issue has therefore evolved from one of trade-mark, to one of copyright in directories as original works of compilation, to one of copyright in the compilation of in-column listings in these directories. The compilation at issue before the Trial Judge was no longer the directory as a whole, which I would describe as the main compilation, but fragments of that directory, i.e. the in-column listings, which fragments constituted what I would describe as a sub-compilation of their own.

[26] In these circumstances, one can hardly blame the Trial Judge for having looked at the sub-compilation first, because the main compilation was no longer at issue. Indeed, the Trial Judge did follow the method

commerce ont été réglées par jugement sur consentement, et l'instruction n'a porté que sur les seules questions relatives au droit d'auteur. Au procès, l'intimée a reconnu que les annuaires de Pages Jaunes de l'appelante, pris dans leur ensemble, seraient protégés par un droit d'auteur, compte tenu de l'aspect visuel des pages et de leur arrangement.

[24] Au paragraphe 5.3 de la déclaration modifiée, l'appelante a revendiqué un droit d'auteur pour les annuaires de Pages Jaunes en tant que [TRADUCTION] «œuvres originales de compilation et œuvres littéraires créées en collaboration, protégées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*»¹¹. Elle a allégué, au paragraphe 14.7 qu'il y a eu atteinte à [TRADUCTION] «une partie importante de l'œuvre de compilation de la demanderesse protégée par un droit d'auteur, savoir les inscriptions contenues dans tous les annuaires de Pages Jaunes publiés dans les provinces d'Ontario et de Québec depuis 1989»¹². L'appelante demandait notamment un jugement déclaratoire portant que [TRADUCTION] «les annuaires PAGES JAUNES et YELLOW PAGES sont protégés par un droit d'auteur»¹³. Par suite des concessions faites par l'intimée, l'appelante a reconnu, au paragraphe 88 de son exposé des faits et du droit, que [TRADUCTION] «c'est à l'égard de la compilation d'inscriptions en colonnes que TÉLÉ-DIRECT revendique la protection prévue par la *Loi sur le droit d'auteur*».

[25] L'affaire, donc, a d'abord porté sur les marques de commerce, puis sur le droit d'auteur protégeant les annuaires en tant qu'œuvres originales de compilation puis, enfin, sur le droit d'auteur existant relativement à la compilation des inscriptions en colonne contenues dans ces annuaires. La compilation que devait examiner le juge de première instance n'était plus l'annuaire dans son ensemble, que je qualifierais de compilation principale, mais des parties de cet annuaire, savoir les inscriptions en colonne, lesquelles constituent en elles-mêmes ce que je décrirais comme une sous-compilation.

[26] Dans ces circonstances, on peut difficilement reprocher au juge de première instance d'avoir d'abord examiné les sous-compilations, car la compilation principale n'était plus en cause. De fait, le juge de

suggested by Lord Reid: she examined the overall arrangement of the sub-compilation, rather than its fragments which were made up of data with respect to most of which the appellant was not seeking copyright protection.

[27] It is counsel for the appellant himself who followed an improper approach. He argued that the Trial Judge having found at the outset that:¹⁴

. . . the Tele-Direct process which results in the “get-up” or overall arrangement of the “Yellow Pages” and “Pages Jaunes”, in which the defendant admits the subsistence of copyright, is a sophisticated, tightly controlled, multi-layered system which is replete with deadlines, schedules and various means of ensuring the accuracy of the information and advertisements.

she could no longer find a lack of originality in the sub-compilation. Counsel might have lost sight of the fact that the issue had become, not whether copyright subsisted in the Yellow Pages directories (the main compilation), but whether it subsisted in the compilation of the information contained in those directories (the sub-compilation). Counsel having sought to establish copyright in a fragment of the main compilation, the Court could not but begin its analysis by analysing that very fragment. That approach is obviously the more correct approach where the work sought to be protected by copyright is a compilation of data which appears within a larger compilation of data.

(b) the test of originality

[28] Essentially, for a compilation of data to be original, it must be a work that was independently created by the author and which displays at least a minimal degree of skill, judgment and labour in its overall selection or arrangement. The threshold is low, but it does exist. If it were otherwise, all types of selections or arrangements would automatically qualify, for they all imply some degree of intellectual effort, and yet the Act is clear: only those works which are original are protected. There can therefore be compilations that do not meet the test. Counsel for the appellant has put a great, if not disproportionate emphasis on the amount of labour that went into the

première instance a bien suivi la méthode préconisée par lord Reid: elle a examiné l’arrangement général de la sous-compilation, plutôt que les parties de celle-ci, formées de données à l’égard de la plupart desquelles l’appelante ne revendiquait pas de droit d’auteur.

[27] C’est l’avocat de l’appelante qui n’a pas employé la bonne méthode. Il soutient que le juge de première instance, ayant affirmé dès le départ que¹⁴:

. . . le processus adopté par Télé-Direct et conduisant à la «présentation» ou à l’arrangement général des «Pages Jaunes» et des «Yellow Pages», sur lequel la défenderesse admet l’existence d’un droit d’auteur, est un système complexe, très contrôlé et à multiples niveaux, assorti de toutes sortes d’échéances et de calendriers et de moyens divers de s’assurer de l’exactitude des renseignements et des annonces.

elle ne pouvait plus conclure à l’absence d’originalité de la compilation. L’avocat a pu perdre de vue le fait que la question n’était plus de savoir s’il y avait un droit d’auteur sur les annuaires de Pages Jaunes (la compilation principale), mais s’il y en avait un sur la compilation des renseignements contenus dans ces annuaires (la sous-compilation). L’avocat ayant tenté d’établir l’existence du droit d’auteur sur une partie de la compilation principale, la Cour ne pouvait faire autrement que de commencer son analyse par cette même partie. Cette méthode est de toute évidence la plus correcte lorsque l’œuvre pour laquelle la protection du droit d’auteur est revendiquée est une compilation de données au sein d’une compilation plus vaste.

b) Le critère de l’originalité

[28] Essentiellement, la compilation, pour être originale, doit être une œuvre que son auteur a créée de façon indépendante et qui, par les choix dont elle résulte et par son arrangement, dénote un degré minimal de talent, de jugement et de travail. Ce n’est pas une haute exigence, mais c’en est une. S’il en était autrement, n’importe quel type de choix ou d’arrangement suffirait, puisque ces opérations supposent un certain effort intellectuel. Toutefois, la Loi est claire: seules les œuvres originales sont protégées. Il se peut donc que certaines compilations ne satisfassent pas à ce critère. L’avocat de l’appelante a accordé une importance considérable, pour ne pas dire démesurée,

main compilation it has made, and has said little of the required labour, let alone the skill and judgment expanded in the development of the sub-compilation. His position is best described in paragraph 129 of his memorandum of fact and law:

129. . . . What the trial judge appears inadequately to assess is whether there was sufficient originality in the cumulative work of TELE-DIRECT in:

- i) organizing the subscribers information received in a disorganized state from BELL CANADA;
- ii) verifying BELL CANADA's determination of headings and, where necessary, making appropriate corrections;
- iii) arranging for businesses to appear under more than one heading;
- iv) collecting and adding to data supplied by BELL CANADA such information as facsimile numbers, trade-marks, years of establishing and any other information that ABI copies from the **YELLOW PAGES** directories of TELE-DIRECT whenever the information is available in these directories.

[29] It is true that in many of the cases we have been referred to, the expression "skill, judgment or labour" has been used to describe the test to be met by a compilation in order to qualify as original and, therefore, to be worthy of copyright protection. It seems to me, however, that whenever "or" was used instead of "and", it was in a conjunctive rather than in a disjunctive way. It is doubtful that considerable labour combined with a negligible degree of skill and judgment will be sufficient in most situations to make a compilation of data original. One should always keep in mind that one of the purposes of the copyright legislation, historically, has been "to protect and reward the intellectual effort of the author (for a limited period of time) in the work" (my emphasis).¹⁵ The use of the word "copyright" in the English version of the Act has obscured the fact that what the Act fundamentally seeks to protect is "*le droit d'auteur*". While not defined in the Act, the word "author" conveys a sense of creativity and ingenuity. I do not read these cases which have adopted the "sweat of the brow" approach in matters of compilations of data as having asserted that the amount of labour would in itself be a determinative source of originality.¹⁶ If they

à la quantité de travail demandée par la compilation principale, mais il a peu parlé du travail requis pour l'élaboration de la sous-compilation, et encore moins du talent et du jugement. Le paragraphe 129 de son exposé des faits et du droit décrit bien sa position:

[TRADUCTION] 129. . . . Le point que le juge paraît examiner de façon inadéquate est la question de la suffisance de l'originalité du travail cumulatif apporté par Télé-Direct pour:

- i) organiser les renseignements sur les abonnés reçus non classés de BELL CANADA;
- ii) vérifier les titres de rubrique donnés par BELL CANADA et faire les corrections appropriées;
- iii) voir à ce que des entreprises figurent sous plus d'une rubrique;
- iv) recueillir et ajouter aux données fournies par BELL CANADA des renseignements comme les numéros de télécopieur, les marques de commerce, le nombre d'années d'exploitation et tout autre renseignement paraissant dans les annuaires de **PAGES JAUNES** de TÉLÉ-DIRECT et copiés par ABI.

[29] Il est vrai que dans beaucoup des décisions qui nous ont été citées, l'expression «talent, jugement ou travail» a été employée pour décrire le critère auquel une compilation doit satisfaire pour être considérée comme originale et jouir de la protection du droit d'auteur. Il me semble toutefois que, chaque fois qu'on a employé «ou» au lieu de «et», on l'a fait à titre conjonctif et non disjonctif. Il n'est pas certain qu'une somme importante de travail alliée à un degré négligeable de talent et de jugement suffirait, la plupart du temps, à conférer un caractère original à une compilation. Il importe de ne jamais perdre de vue que les dispositions législatives relatives au droit d'auteur ont toujours eu pour objet, notamment, de «protéger et récompenser les efforts intellectuels des auteurs, pendant un certain temps¹⁵» (je souligne). L'emploi du mot «*copyright*» dans la version anglaise de la Loi a obscurci le fait que l'objet fondamental de la Loi est de protéger «le droit d'auteur». Bien que la Loi ne le définisse pas, le mot «auteur» a une connotation de créativité et d'ingéniosité. Il ne me paraît pas que les décisions fondées sur la thèse de la «transpiration», en matière de compilation de données, aient affirmé que la somme de travail est en soi une source

did, I suggest that their approach was wrong and is irreconcilable with the standards of intellect and creativity that were expressly set out in NAFTA and endorsed in the 1993 amendments to the *Copyright Act* and that were already recognized in Anglo-Canadian law.

[30] *Cramp (G.A.) & Sons*¹⁷ is a good illustration in the House of Lords of the indifferent use of the words “or” and “and” in the application of the “skill, judgment and/or labour test”; yet no one will argue that the proper test was that defined by Lord Porter:

It is conceded that, if the work, labour and skill required to make the selection and to compile the tables which form its items are negligible, then no copyright can subsist in it. Whether enough work, labour and skill is involved, and what its value is, must always be a question of degree.

[31] As noted by Lord Macmillan in *Cramp (G.A.) & Sons*,¹⁸ “on questions of degree different minds may naturally reach different conclusions”. McGillis J. found on the facts that there was not a sufficient degree of originality in the sub-compilation. I have reached the same conclusion.

[32] Commenting [at page 192] on Lord Mansfield’s statement in *Sayre and Others v. Moore* (1785), 1 East 316 n.5; 102 E.R. 139 [at page 140] to the effect that:

... we must take care to guard against two extremes equally prejudicial: the one, that men of ability, who have employed their time for the service of the community, may not be deprived of their just merits, and the reward of their ingenuity and labour; the other, that the world may not be deprived of improvements, nor the progress of the arts be retarded.

Professor Siebrasse¹⁹ observed that “intellectual property law must strike a balance between protecting the new products of inventive labour and allowing these to be freely available so as to form the basis for future progress”. In the case at bar, it can hardly be said that the sub-compilation was a “new product of

déterminante d’originalité¹⁶. Si elles l’ont fait, j’estime qu’elles sont erronées et que leur approche est incompatible avec les normes d’apport intellectuel et créatif expressément prévues par l’ALENA, puis confirmées par les modifications apportées à la *Loi sur le droit d’auteur* en 1993, et déjà reconnues par le droit anglo-canadien.

[30] La décision *Cramp (G.A.) & Sons*¹⁷, de la Chambre des lords, illustre bien que le tribunal a indifféremment employé les conjonctions «et» et «ou» dans l’application du critère du [TRADUCTION] «talent, du jugement et/ou du travail». Pourtant, personne ne contestera que le critère applicable a été défini par lord Porter:

[TRADUCTION] Il a été concédé que, si le travail, les efforts et le talent requis pour procéder aux choix et pour compiler les tableaux qui forment les éléments de l’œuvre sont négligeables, l’œuvre ne peut faire l’objet d’un droit d’auteur. La suffisance du travail, des efforts et du talent ainsi que leur valeur sont toujours une question de degré.

[31] Comme l’a fait remarquer lord Macmillan dans la décision *Cramp (G.A.) & Sons*¹⁸, [TRADUCTION] «sur les questions de degré, différents esprits peuvent parvenir naturellement à différentes conclusions». M^{me} le juge McGillis a conclu, selon les faits, que la sous-compilation ne présentait pas suffisamment d’originalité. C’est également ma conclusion.

[32] Commentant [à la page 192] le passage suivant du jugement de lord Mansfield dans l’affaire *Sayre and Others v. Moore* (1785), 1 East 316 n.5; 102 E.R. 139 [à la page 140]:

[TRADUCTION] ... nous devons nous garder de deux positions extrêmes tout aussi nocives: l’une voulant que les gens de talent qui ont mis leur temps au service de la collectivité ne peuvent être privés de leur juste mérite non plus que de la récompense de leur ingéniosité et de leur travail, et l’autre, qu’on ne saurait priver le monde d’améliorations et que le progrès des arts ne peut souffrir de retards.

Le professeur Siebrasse¹⁹ écrit que [TRADUCTION] «le droit de la propriété intellectuelle doit maintenir l’équilibre entre la protection des produits nouveaux issus du travail inventif et la libre circulation de ces produits de façon à ce qu’ils puissent former la base de nouveaux progrès». En l’espèce, on peut difficile-

inventive labour” to use the learned professor’s words or that it amounted to an “intellectual creation” within the meaning of Article 1705 of NAFTA. The compilation of the in-column listings is of such an obvious and commonplace character as to be unworthy of copyright protection. Certain compilations of routine data are so mechanical as to be devoid of a creative element.

[33] I wish to say a few words, finally, on some recent American jurisprudence which counsel for the respondent has invoked, not as binding authorities but as useful guides, in support of his position. As I have noted before, it is permissible for Canadian courts to “find some assistance” in authoritative United States courts decisions in matters of copyright, provided that Canadian courts proceed “very carefully” in doing so. For reasons I have already explained, it could be useful in the instant case to have regard to the United States experience.

[34] In *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*,²⁰ decided prior to the coming into force of NAFTA, the United States Supreme Court has found that names, towns and telephone numbers of subscribers in local white pages telephone directories were uncopyrightable facts and that these bits of information were not selected, coordinated, or arranged in an original way. In the course of her reasons, O’Connor J. stated the following, at page 1296:

As mentioned, originality is not a stringent standard; it does not require that facts be presented in an innovative or surprising way. It is equally true, however, that the selection and arrangement of facts cannot be so mechanical or routine as to require no creativity whatsoever. The standard of originality is low, but it does exist.

These words, in my view, could have been said in a Canadian context.

[35] In *BellSouth Advertising & Pub. Corp. v. Donnelley Information Pub., Inc.*,²¹ the United States Court of Appeals, 11th Circuit, in a “rehearing en

ment dire que la sous-compilation était un «produit nouveau issu du travail inventif», pour reprendre les termes employés par le professeur Siebrasse, ou qu’elle équivalait à une «création intellectuelle» au sens de l’article 1705 de l’ALENA. La compilation des inscriptions en colonne est une opération si évidente et si anodine qu’elle ne saurait être protégée par le droit d’auteur. Certaines compilations de renseignements usuels sont dressées si mécaniquement qu’il n’y a aucun élément créatif.

[33] Je ferai quelques commentaires, en terminant, sur certaines décisions récentes de la jurisprudence américaine que l’avocat de l’intimée a invoquées au soutien de sa position, non à titre de décisions ayant force obligatoire mais comme guides utiles. Comme je l’ai déjà mentionné, les tribunaux canadiens peuvent avoir recours aux décisions américaines faisant autorité en matière de droit d’auteur, pourvu qu’ils le fassent «avec prudence». Pour les raisons que j’ai déjà données, il peut être utile en l’espèce d’examiner l’expérience américaine.

[34] Dans l’arrêt *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*²⁰, rendu avant l’entrée en vigueur de l’ALENA, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les noms et numéros de téléphone des abonnés inscrits dans les pages blanches des annuaires téléphoniques et le nom des villes où ils habitaient ne pouvaient faire l’objet d’un droit d’auteur et que ces éléments d’information n’étaient pas choisis, organisés ou arrangés d’une façon originale. Dans ses motifs, M^{me} le juge O’Connor tient les propos suivants, à la page 1296:

[TRADUCTION] Comme il en a été fait mention, l’originalité n’est pas une norme rigoureuse; elle ne nécessite pas que les faits soient présentés d’une manière innovatrice ou surprenante. Toutefois, il faut dire également que le choix et l’arrangement des faits ne peuvent être effectués de façon si mécanique et routinière qu’ils excluent toute créativité. La norme de l’originalité n’est pas élevée, mais elle existe.

Je crois que ces propos sont applicables au Canada.

[35] Dans l’arrêt *BellSouth Advertising & Pub. Corp. v. Donnelley Information Pub., Inc.*²¹, la Cour d’appel des États-Unis, onzième circuit, a jugé, à l’issue d’une

banc” in which seven of the eleven members of the Court participated, held, one member of the Court dissenting, that Donnelley had copied no original element of selection, coordination, or arrangement by copying the name, address, telephone number, business type, and unit of advertisement for each listing in Bell’s directory. In that case, as in ours, the parties had stipulated that the directory, which was a typical yellow pages directory, qualified for compilation copyright protection. The dispute had focused on what elements of a classified directory constitute copyrightable compilations. The Court found that the acts of selection were not “acts of authorship, but techniques for the discovery of facts” (at page 1441) and held that (at page 1445):

Although the amount of material taken from the BAPCO directory was substantial in a purely quantitative sense, Donnelley did not, by this process, appropriate whatever original elements might arguably inhere in the BAPCO directory.

[36] The facts in *BellSouth, supra*, are remarkably similar to the ones in the within appeal and I take comfort from the approach adopted by the Court of Appeals in its analysis of the concept of originality as applied to Yellow Pages telephone directories.

[37] Counsel for the appellant responded by referring us to the decision of the Court of Appeals, 2nd Circuit in *Key Publications Inc. v. Chinatown Today Publishing Enterprises Inc.*²² which found copyright in the yellow pages of Key’s Chinese Business Guide Directory. The Court did not apply a standard different from that applied in *Feist*²³ or in *BellSouth*.²⁴ It simply found on the evidence that Key’s directory was copyrightable,²⁵ a point which is not at issue in this appeal since the respondent has conceded that the appellant’s Yellow Pages directories were copyrightable. In *Key Publications*, the facts of the case indicated to the Court that there was evidence of “thought and creativity in the selection” process used by the compiler of the directory. As to the arrangement component of the analysis, the Court identified alphabetical, chronological and sequential listings of

nouvelle audition *in banco* à laquelle sept des onze membres de la Cour ont participé, que Donnelley n’avait copié aucun élément original du choix, de l’organisation ou de l’arrangement en copiant le nom, l’adresse, le numéro de téléphone, le type d’entreprise et la rubrique publicitaire de chaque inscription à l’annuaire Bell. Dans cette affaire, les parties avaient reconnu, comme en l’espèce, que l’annuaire en question, un annuaire de pages jaunes typique, pouvait constituer une compilation protégée par un droit d’auteur. Le différend portait sur la question de savoir quels éléments d’un annuaire d’annonces classées constituaient une compilation pouvant être protégée par un droit d’auteur. La Cour, dont un membre était dissident, a conclu que les choix effectués n’étaient pas des [TRADUCTION] «actes de création, mais des techniques de découverte de faits» (à la page 1441), et a statué ainsi (à la page 1445):

[TRADUCTION] Bien qu’en termes strictement quantitatifs, le volume des données prises dans l’annuaire BAPCO ait été substantiel, Donnelley ne s’est pas appropriée, en agissant ainsi, des éléments originaux pouvant être considérés comme caractéristiques de l’annuaire.

[36] Les faits de l’affaire *BellSouth* ressemblent singulièrement à ceux de la présente espèce, et je trouve pertinente la façon dont la Cour d’appel a analysé le concept d’originalité en rapport avec des annuaires téléphoniques de Pages Jaunes.

[37] L’avocat de l’appelante nous a, quant à lui, cité l’arrêt de la Cour d’appel du deuxième circuit dans l’affaire *Key Publications Inc. v. Chinatown Today Publishing Enterprises Inc.*²² concluant à l’existence d’un droit d’auteur dans les pages jaunes de l’annuaire des entreprises chinoises publié par Key. La Cour n’a pas appliqué, dans cette affaire, de norme différent de celle qui avait été appliquée dans les arrêts *Feist*²³ ou *BellSouth*²⁴. Elle a simplement jugé, au vu de la preuve, que l’annuaire de Key pouvait être protégé par le droit d’auteur²⁵. Cette question ne se pose pas en l’espèce puisque l’intimée a reconnu que les annuaires de Pages Jaunes de l’appelante pouvaient faire l’objet d’un droit d’auteur. Dans l’affaire *Key Publications*, la Cour a conclu que les faits démontraient l’existence d’un apport [TRADUCTION] «intellectuel et créatif dans le processus de sélection» utilisé par le compilateur de

data as “mechanical groupings” lacking a minimum degree of originality. In the Court’s opinion, however, the arrangement of data by Key Publications went beyond the mere mechanical grouping of data and “involved creativity”. The Court went on to find that there was no infringement. This decision only goes to confirm that creativity must be present and that whether or not there is creativity is a question of degree.

[38] At the end of the day, I come to the conclusion that there is a fortunate similarity in matters of compilation of data between the American approach and our own. I need not say more.

[39] In view of my finding that no copyright can be claimed by the appellant, I do not find it necessary to examine the issue of infringement. I do not therefore endorse nor disapprove the observations and findings made in that regard by the Trial Judge.

[40] I would therefore dismiss the appeal with costs.

[41] Counsel for the appellant having filed a memorandum of fact and law of 108 pages (!) in clear violation of Rule 1208 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], I would order the Taxing Officer to apply the maximum tariff authorized under Column V of Part II of Tariff B [as am. by SOR/95-282, s. 5] of the Rules with respect to item 19 (memorandum of fact and law) and item 22 (counsel fee on hearing of appeal).

DENAULT J.A. (*ex officio*): I concur.

CHEVALIER D.J.: I concur.

l’annuaire. Dans son analyse de l’arrangement effectué, la Cour qualifie les listes de données présentées en ordre alphabétique, chronologique ou séquentiel de [TRADUCTION] «groupements mécaniques» ne répondant pas à l’exigence d’un degré minimal d’originalité. Selon la Cour, toutefois, Key Publications ne s’était pas contentée d’organiser les données de façon simplement mécanique et [TRADUCTION] «avait fait preuve de créativité». La Cour a conclu qu’il n’y avait pas eu atteinte au droit d’auteur. Cette décision ne fait que confirmer qu’il doit exister un apport créatif et que l’existence de la créativité est une question de degré.

[38] Tout bien pesé, j’estime qu’il existe une heureuse similitude entre l’approche américaine et la nôtre relativement aux questions de compilation de données. Je n’ai pas besoin d’en dire plus.

[39] Ma conclusion selon laquelle l’appelante ne peut prétendre être titulaire d’un droit d’auteur rend inutile l’examen de la question de l’atteinte à ce droit. Je m’abstiens donc d’approuver ou de désapprouver les observations et les conclusions du juge de première instance à ce sujet.

[40] Je suis donc d’avis de rejeter l’appel avec dépens.

[41] L’avocat de l’appelante ayant déposé un exposé des faits et du droit de cent huit pages (!) contrevenant clairement à la Règle 1208 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], je suis d’avis d’ordonner à l’officier taxateur d’appliquer le tarif maximal autorisé à la colonne V de la partie II du Tarif B des Règles [mod. par DORS/95-282, art. 5], relativement à l’article 19 (exposé des faits et du droit) et à l’article 22 (honoraires d’avocat lors de l’audition de l’appel).

LE JUGE DENAULT, J.C.A. (de droit): Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Je souscris à ces motifs.

¹ *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.).

¹ *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.).

² R.S.C., 1985, c. C-42, as amended up to, but not including S.C. 1997, c. 24, s. 41 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 9).

³ *Supra*, note 1, at p. 24.

⁴ *Supra*, note 1, at p. 26.

⁵ S.C. 1993, c. 44, assented to 23 June 1993.

⁶ See: *Cramp (G.A.) & Sons, Ltd. v. Frank Smythson, Ltd.*, [1944] 2 All E.R. 92 (H.L.); *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (F.C.T.D.) and *Moreau, Alfred v. St. Vincent, Roland*, [1950] Ex. C.R. 198.

⁷ Under Art. 1701(2)(b) of NAFTA, the *Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (the Berne Convention) is that of 1971.

⁸ In a decision rendered before the United States signed the Berne Convention, Estey J. has observed that United States decisions "must be scrutinized very carefully because of some fundamental differences in copyright concepts which have been adopted in the legislation of that country" but he did not discourage Canadian courts from "find[ing] some assistance in examining the experience in the United States". (*Compo Company Ltd v. Blue Crest Music Inc. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 367). I take these observations as referring only to authoritative decisions of the United States courts.

⁹ The definition of "compilation" is found in § 101 of the United States *Copyrights Act*, 17 U.S.C. (1994). It reads: "A 'compilation' is a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship."

¹⁰ [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.), at pp. 276-277.

¹¹ A.B., Vol. 1, at p. 19.

¹² A.B., Vol. 1, at p. 23.

¹³ A.B., Vol. 1, at p. 25.

¹⁴ *Tele-Direct (Publications) Inc.*, *supra*, note 1, at pp. 22-23.

¹⁵ Reed J. in *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at p. 200; aff'd [1988] 1 F.C. 673 (C.A.) aff'd [1990] 2 S.C.R. 209.

¹⁶ For an analysis of the "sweat of the brow" approach see N. Siebrasse, "Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada" (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191; for a recent application of that approach, see *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.*, *supra*, note 6, where Richard J. after having stated that "Industriousness ("sweat of the brow") as opposed to creativity is enough to give a work sufficient originality to make it copyrightable" (at p. 264), nevertheless went on to decide "based on the evidence before [him] . . . that the creation of the form involved labour, skill and judgment" (at p. 265).

² L.R.C. (1985), ch. C-42, modifiée par les lois modificatrices antérieures à L.C. 1997, ch. 24, art. 41 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 9).

³ *Supra*, note 1, à la p. 24.

⁴ *Supra*, note 1, à la p. 26.

⁵ L.C. 1993, ch. 44, sanctionnée le 23 juin 1993.

⁶ Voir: *Cramp (G.A.) & Sons, Ltd. v. Frank Smythson, Ltd.*, [1944] 2 All E.R. 92 (H.L.); *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1^{re} inst.) et *Moreau, Alfred v. St. Vincent, Roland*, [1950] R.C.É. 198.

⁷ L'art. 1701(2)(b) de l'ALENA précise que la *Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (la Convention de Berne) est celle de 1971.

⁸ Dans une décision rendue avant que les États-Unis ne signent la Convention de Berne, le juge Estey a affirmé que la jurisprudence américaine devait «être analysée avec prudence . . . car la loi américaine repose sur des conceptions du droit d'auteur fondamentalement différentes des nôtres», tout en signalant que cela ne «rend[ait] pas la jurisprudence américaine non pertinente» pour les tribunaux canadiens (*Compo Company Ltd. c. Blue Crest Music Inc. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 357, à la p. 367). Je considère que ces remarques ne visent que les décisions faisant autorité émanant des tribunaux américains.

⁹ La définition de «compilation» est énoncée à § 101 de la *Copyrights Act* des États-Unis, 17 U.S.C. (1994). Elle est ainsi libellée [TRADUCTION] «"Compilation" œuvre formée par la collecte et l'assemblage d'éléments préexistants ou de données qui sont choisis, organisés ou arrangés de telle sorte que l'œuvre résultante, dans son ensemble, constitue une œuvre originale de création».

¹⁰ [1964] 1 W.L.R. 273 (H.L.), aux p. 276 et 277.

¹¹ D.A., vol. 1, à la p. 19.

¹² D.A., vol. 1, à la p. 23.

¹³ D.A., vol. 1, à la p. 25.

¹⁴ *Télé-Direct (Publications) Inc.*, *supra*, note 1, aux p. 22 et 23.

¹⁵ Le juge Reed dans *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.), à la p. 200; confirmé par [1988] 1 C.F. 673 (C.A.); confirmé par [1990] 2 R.C.S. 209.

¹⁶ Pour une analyse de la thèse de la «transpiration», voir N. Siebrasse, «Copyright in Facts and Information: *Feist Publications* is Not, and Should Not Be, the Law in Canada» (1994), 11 *Can. Intell. Prop. Rev.* 191; pour une application récente de cette thèse, voir *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.*, *supra*, note 6, où le juge Richard, après avoir énoncé que «la créativité n'est pas le seul critère. Un travail industriel («à la sueur de son front») suffit à conférer à une œuvre suffisamment d'originalité pour qu'elle puisse faire l'objet d'un droit d'auteur» (à la p. 264), n'en a pas moins conclu, «[à] la lumière de la preuve qui [lui] a été présentée», que «[l]a création [du formulaire] a exigé du travail, des connaissances et du jugement» (à la p. 265).

¹⁷ *Supra*, note 6, at p. 97.

¹⁸ *Ibid.*, at p. 96.

¹⁹ *Supra*, note 16, at p. 198.

²⁰ 111 S. Ct. 1282 (1991).

²¹ 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993).

²² 20 USPQ2d 1122 (2nd Cir. 1991).

²³ *Supra*, note 20.

²⁴ *Supra*, note 21.

²⁵ *Supra*, note 22, at pp. 1125-1126.

¹⁷ *Supra*, note 6, à la p. 97.

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 96.

¹⁹ *Supra*, note 16, à la p. 198.

²⁰ 111 S. Ct. 1282 (1991).

²¹ 999 F.2d 1436 (11th Cir. 1993).

²² 20 USPQ2d 1122 (2nd Cir. 1991).

²³ *Supra*, note 20.

²⁴ *Supra*, note 21.

²⁵ *Supra*, note 22, aux p. 1125 et 1126.

<p>A-196-92</p> <p>M. Donald Easton (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen and The Minister of National Revenue (<i>Respondents</i>)</p>	<p>A-196-92</p> <p>M. Donald Easton (<i>appellant</i>)</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine et le ministre du Revenu national (<i>intimés</i>)</p>
<p>A-197-92</p> <p>Harold Freeman (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p>	<p>A-197-92</p> <p>Harold Freeman (<i>appellant</i>)</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p>

INDEXED AS: EASTON v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Denault J.A. (*ex officio*), Linden and Robertson JJ.A.—Toronto, September 4; Ottawa, October 3, 1997.

Income tax — Income calculation — Deductions — Taxpayers purchasing land for subdivision, building houses for sale — Title transferred to holding companies — Taxpayers required to extend personal guarantees to finance project — Called on to honour guarantees — Land not purchased as investment — Case law on tax treatment of advances, outlays by shareholders reviewed — Law presuming shares acquired for investment purposes, loss arising from advance, outlay by shareholder also on capital account — Taxpayers could not claim business loss as not in business of lending money, extending guarantees — Failed to rebut presumption losses from payment on guarantees on capital account.

These were appeals from a decision of the Trial Division that losses incurred by shareholders arising from advances or outlays made to their holding companies were of a capital nature. In 1976, the taxpayers decided to purchase a parcel of land with a view to subdividing it and constructing homes for sale. After obtaining subdivision approval, they took title in their respective names and then transferred the lands to their holding companies. To finance the project, the corporations obtained a bank loan which required each taxpayer to extend an individual guarantee of \$300,000. When the real estate market collapsed in British Columbia in the fall of 1981, the taxpayers had to honour their guarantee. Each claimed a non-capital loss of \$300,000. The Minister of National Revenue characterized the payment as a capital

RÉPERTORIÉ: EASTON c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Denault, J.C.A. (de droit), Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 4 septembre; Ottawa, 3 octobre 1997.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Les contribuables ont acquis des terrains pour les lotir et y construire des maisons destinées à la revente — Le titre de propriété a été transféré à des sociétés de portefeuille — Les contribuables ont dû fournir des garanties personnelles pour financer le projet — Ils ont été invités à honorer leurs garanties — Les terrains n'ont pas été acquis comme un investissement — Examen de la jurisprudence sur le traitement fiscal des avances et des dépenses faites par des actionnaires — La loi présume que l'acquisition d'actions est faite dans le but de faire un placement et que la perte découlant d'une avance ou d'une dépense faite par un actionnaire est également une perte en capital — Les contribuables ne pouvaient pas réclamer une perte d'entreprise parce qu'ils ne prêtaient pas d'argent ni n'octroyaient de garanties — Ils n'ont pas réfuté la présomption que les pertes découlant du paiement effectué à l'occasion de garanties sont des pertes en capital.

Il s'agit d'appels d'une décision de la Section de première instance portant que les pertes subies par des actionnaires à la suite d'avances faites à leurs sociétés de portefeuille ou de dépenses faites au nom de celles-ci étaient imputables au compte de capital. En 1976, les contribuables ont décidé d'acquérir des terrains dans l'intention de les lotir et d'y construire des maisons destinées à la revente. Après avoir obtenu l'approbation du lotissement, les contribuables ont pris le titre de propriété en leur nom respectif et ont ensuite transféré les terrains à leurs sociétés de portefeuille. Pour financer le projet, les personnes morales ont obtenu un prêt bancaire qui obligeait chaque contribuable à fournir une garantie personnelle de 300 000 \$. À l'automne 1981, le marché immobilier s'est effondré en Colombie-Britannique

loss for the taxation year in which the guarantees were paid. The Trial Judge also ruled that the outlay on the guarantee was on capital account and concluded that, had the taxpayers eventually sold the real estate development at a profit, it would have been treated as a capital gain. The issue raised on appeal was whether an amount paid by a shareholder as guarantor on funds borrowed by his corporation is to be treated as an outlay on account of capital or a loss deductible from other income sources.

Held, the appeals should be dismissed.

The Trial Judge erred in concluding that the taxpayers would have incurred either a capital loss or profit had they not conveyed the real estate to their holding companies. The development project was not intended to provide the taxpayers with an enduring benefit which would produce an ongoing stream of income. The real estate was not purchased as an investment. Shares acquired for the purpose of generating income are held on capital account and those acquired with the intent of reselling at a profit are on income account. In two cases, the Supreme Court of Canada seemed to assume that shares were acquired on income account because the taxpayers had from the outset been involved in a business or adventure. An advance or outlay made by a shareholder to a corporation will be treated as a loan extended for the purpose of providing that corporation with working capital; if the loan is not repaid, the loss is deemed to be of a capital nature. The law presumes that shares are acquired for investment purposes and that a loss arising from an advance or outlay made by a shareholder is also on capital account. There are two recognized exceptions to the general proposition that losses of that nature are on capital account. First, the taxpayer may be able to establish that the loan was made in the ordinary course of his business of lending money or granting guarantees. The second exception is applicable to those who are held to be traders in shares. Where a taxpayer holds shares in a corporation as a trading asset and not as an investment, any loss arising from an incidental outlay, including payment on a guarantee, will be on income account. The taxpayers failed to establish that the payment on the guarantee came within one of these two exceptions. As they were not in the business of lending money or extending guarantees, they could not claim a business loss. Nor did they seek to establish that the guarantee was given in the ordinary course of their other business endeavours or that they held the shares in their respective holding companies as trading assets. They have failed to rebut the presumption that the losses arising from the payment on the guarantees were on capital account.

et les contribuables ont été invités à honorer leur garantie. Ils ont chacun déclaré une perte autre qu'en capital de 300 000 \$. Le ministre du Revenu national a qualifié le paiement de perte en capital subie pendant l'année d'imposition au cours de laquelle les garanties ont été payées. Le juge de première instance a également statué que le paiement de la garantie était imputable au compte de capital et a conclu que si les contribuables avaient finalement vendu le projet d'aménagement immobilier à profit, le montant touché aurait été traité comme un gain en capital. La question que soulevait les appels était de savoir si un paiement effectué par un actionnaire à titre de garant d'un emprunt contracté par la société de cet actionnaire doit être considéré comme une dépense en immobilisations ou comme une perte entièrement déductible du revenu provenant d'autres sources.

Arrêt: les appels doivent être rejetés.

Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les contribuables auraient subi une perte en capital ou réalisé un bénéfice en capital s'ils n'avaient pas transféré le bien-fonds à leurs sociétés de portefeuille. Le projet d'aménagement ne visait pas à procurer aux contribuables un avantage durable qui produirait un revenu continu. Le bien-fonds n'a pas été acquis dans l'intention de faire un placement. Les actions acquises dans l'intention de produire un revenu font partie du compte de capital et celles qui sont acquises dans l'intention de les revendre à profit font partie du compte de revenu. Dans deux arrêts, la Cour suprême a semblé présumer que l'acquisition des actions était imputable au compte de revenu pour la seule raison que les contribuables étaient engagés depuis le début dans une entreprise ou un projet comportant un risque. Une avance faite par un actionnaire à une société ou une dépense faite par un actionnaire au nom d'une société sera considérée comme un prêt consenti dans l'intention de fournir un fonds de roulement à cette société; si le prêt n'est pas remboursé, la perte est réputée être une perte en capital. La loi présume que l'acquisition d'actions est faite dans le but de faire un placement et que la perte découlant d'une avance ou d'une dépense faite par un actionnaire est également une perte en capital. Il existe deux exceptions reconnues au principe général que des pertes de cette nature sont des pertes en capital. Premièrement, il se peut que le contribuable soit en mesure de démontrer que le prêt a été consenti dans le cours normal des activités de son entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de garanties. La deuxième exception s'applique aux personnes qui sont considérées comme des négociants en actions. Lorsqu'un contribuable possède des actions dans une société non pas comme un placement mais comme un actif commercial, la perte résultant d'une dépense accessoire, y compris un paiement effectué à l'occasion d'une garantie, sera imputable au compte de revenu. Les contribuables n'ont pas prouvé que le paiement effectué à l'occasion de la garantie était visé par l'une de ces deux exceptions. Comme ils n'étaient pas dans l'entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de garanties, ils ne pouvaient pas

réclamer une perte d'entreprise. Ils n'ont pas cherché non plus à démontrer qu'ils ont donné la garantie dans le cours normal de leurs autres activités commerciales ou que les actions qu'ils possédaient dans leurs sociétés de portefeuille respectives étaient un actif commercial. Ils n'ont pas réfuté la présomption que les pertes découlant du paiement effectué à l'occasion de garanties sont des pertes en capital.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 39(1)(c) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 42, s. 3; 1979, c. 5, s. 11; 1980-81-82-83, c. 48, s. 16; 1985, c. 45, s. 14; 1986, c. 6, s. 17).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Cull (P.J.) v. The Queen, [1987] 2 C.T.C. 63; (1987), 87 DTC 5322; 14 F.T.R. 232 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Fraser v. Minister of National Revenue, [1964] S.C.R. 657; (1964), 47 D.L.R. (2d) 98; [1964] CTC 372; 64 DTC 5224; *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] S.C.R. 75; (1968), 70 D.L.R. (2d) 306; [1968] CTC 438; 68 DTC 5279; *K.J. Beamish Construction Ltd. v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2199; (1990), 90 DTC 1584 (T.C.C.); *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] S.C.R. 34; [1966] CTC 731; (1966), 66 DTC 5481; *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237; (1961), 61 DTC 1150 (Ex. Ct.); *Lachappelle (R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2396; (1990), 90 DTC 1876 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Moluch, Harry v. Minister of National Revenue, [1967] 2 Ex. C.R. 158; [1966] CTC 712; (1966), 66 DTC 5463; *Stewart & Morrison Ltd. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 477; *Mandryk (O.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317; (1992), 92 DTC 6329; 141 N.R. 371 (F.C.A.); *Becker v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 459; [1983] CTC 11; (1982), 83 DTC 5032; 46 N.R. 251 (C.A.); *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551.

APPEALS from Trial Division decision ([1992] 1 C.T.C. 334; (1992), 92 DTC 6218) that losses incurred by shareholders arising from advances or outlays made to their holding companies were on capital account. Appeals dismissed.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 39(1)c) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 42, art. 3; 1979, ch. 5, art. 11; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 16; 1985, ch. 45, art. 14; 1986, ch. 6, art. 17).

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Cull (P.J.) c. La Reine, [1987] 2 C.T.C. 63; (1987), 87 DTC 5322; 14 F.T.R. 232 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Fraser v. Minister of National Revenue, [1964] R.C.S. 657; (1964), 47 D.L.R. (2d) 98; [1964] CTC 372; 64 DTC 5224; *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] R.C.S. 75; (1968), 70 D.L.R. (2d) 306; [1968] CTC 438; 68 DTC 5279; *K.J. Beamish Construction Ltd. c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2199; (1990), 90 DTC 1584 (C.C.I.); *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] R.C.S. 34; [1966] CTC 731; (1966), 66 DTC 5481; *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237; (1961), 61 DTC 1150 (C. de l'É.); *Lachappelle (R.) c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2396; (1990), 90 DTC 1876 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Moluch, Harry v. Minister of National Revenue, [1967] 2 R.C.É. 158; [1966] CTC 712; (1966), 66 DTC 5463; *Stewart & Morrison Ltd. c. M.N.R.*, [1974] R.C.S. 477; *Mandryk (O.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317; (1992), 92 DTC 6329; 141 N.R. 371 (C.A.F.); *Becker c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 459; [1983] CTC 11; (1982), 83 DTC 5032; 46 N.R. 251 (C.A.); *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551.

APPELS d'une décision de la Section de première instance ([1992] 1 C.T.C. 334; (1992), 92 DTC 6218) portant que les pertes subies par des actionnaires à la suite d'avances faites à leurs sociétés de portefeuille ou de dépenses faites au nom de celles-ci étaient imputables au compte de capital. Appels rejetés.

COUNSEL:

Werner H. G. Heinrich for appellants.
William Mah for respondents.

SOLICITORS:

Koffman Birnie & Kalef, Vancouver, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROBERTSON J.A.: Narrowly defined, the issue raised on these appeals is whether an amount paid by a shareholder as guarantor on funds borrowed by the shareholder's corporation is to be treated as an outlay on account of capital or a loss fully deductible from other income sources. The Trial Judge [*Easton (M.D.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 334] concluded that the loss was of a capital nature, a conclusion with which I am in respectful agreement. That being said it is apparent that there is at least one decision of the Supreme Court of Canada which offers *prima facie* support to the taxpayers' argument on appeal: *Fraser v. Minister of National Revenue*, [1964] S.C.R. 657. In the reasons that follow I conclude that the *Fraser* decision has been overtaken by another: *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] S.C.R. 75. On this point my conclusion is in conflict with the opinion expressed by the Tax Court of Canada in *K.J. Beamish Construction Ltd. v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2199. The taxpayers also rely on a decision of the Trial Division of this Court: *Cull (P.J.) v. The Queen*, [1987] 2 C.T.C. 63. The correctness of that decision has been questioned in the Tax Court and, subsequently, in this Court. In my respectful view, both the *Beamish* and *Cull* decisions can no longer be considered persuasive authorities.

[2] The salient facts leading up to these appeals are straightforward. In 1976 the taxpayers, co-venturers, decided to purchase a parcel of land with a view to

AVOCATS:

Werner H. G. Heinrich pour les appelants.
William Mah pour les intimés.

PROCUREURS:

Koffman Birnie & Kalef, Vancouver, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Strictement définie, la question que soulève les présents appels consistent à savoir si un paiement effectué par un actionnaire à titre de garant d'un emprunt contracté par la société de cet actionnaire doit être considéré comme une dépense en immobilisations ou comme une perte entièrement déductible du revenu provenant d'autres sources. Le juge de première instance [*Easton (M.D.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 334] a conclu que la perte était une perte en capital, et je souscris à cette conclusion. Cela dit, il existe de toute évidence au moins une décision de la Cour suprême du Canada qui appuie à première vue l'argument invoqué par les contribuables en appel, soit l'arrêt *Fraser v. Minister of National Revenue*, [1964] R.C.S. 657. Dans les motifs qui suivent, je conclus que l'arrêt *Fraser* a été supplanté par un autre arrêt, à savoir *Minister of National Revenue v. Freud*, [1969] R.C.S. 75. Sur ce point, ma conclusion est incompatible avec l'opinion exprimée par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *K.J. Beamish Construction Ltd. c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2199. Les contribuables invoquent également la décision rendue par la Section de première instance de la Cour dans l'affaire *Cull (P.J.) c. La Reine*, [1987] 2 C.T.C. 63. La justesse de cette décision a été mise en doute devant la Cour de l'impôt et, par la suite, devant la présente Cour. À mon avis, les décisions *Beamish* et *Cull* ne peuvent plus être considérées comme des sources convaincantes.

[2] Les faits essentiels qui sont à l'origine des présents appels sont simples. En 1976, les contribuables, qui sont des coentrepreneurs, ont décidé d'acquies-

subdividing it and then constructing homes for resale. Under the terms of the purchase agreement the contract was conditional on subdivision approval being obtained from the necessary authorities in British Columbia. Ultimately, such approval was obtained and the taxpayers took title in their respective names. In turn, they transferred the lands to their respective holding companies. That real estate became the sole asset of each holding company. In order to finance the project the corporations obtained a \$4.1 million credit facility with a local bank. As a condition precedent to the granting of the loan, each taxpayer was required to extend an individual guarantee in the amount of \$300,000. The real estate project proceeded during 1979 and 1980 with some of the residences being marketed. In the fall of 1981 the real estate market in British Columbia collapsed and the taxpayers were called on to honour their guarantee. Each taxpayer claimed a non-capital loss of \$300,000. The Minister of National Revenue characterized the payment as a capital loss (by way of an "allowable business investment loss" as provided for under paragraph 39(1)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 42, s. 3; 1979, c. 5, s. 11; 1980-81-82-83, c. 48, s. 16; 1985, c. 45, s. 14; 1986, c. 6, s. 17)]) for the taxation year in which the guarantees were paid.

[3] Aside from the principal finding that the outlay on the guarantee was on capital account, the Trial Judge also concluded that had the taxpayers eventually sold the real estate development at a profit it would have been treated as a capital gain. The inference to be drawn from that conclusion is that the taxpayers were not engaged in a business or an adventure in the nature of trade (hereinafter "an adventure") but rather a capital transaction, prior to conveying the real estate to their holding companies. The taxpayers take exception to the finding because it undermines their argument on appeal. That argument is premised on the understanding that they were engaged in a business venture and that any profit or loss that would have been realized would have been placed on income and not capital account. Moreover, the taxpayers maintain

rir des terrains dans l'intention de les lotir et d'y construire des maisons destinées à la revente. La convention d'achat stipulait que le contrat était subordonné à l'approbation du lotissement par les autorités compétentes de la Colombie-Britannique. Après avoir finalement obtenu cette approbation, les contribuables ont pris le titre de propriété en leur nom respectif. Ils ont ensuite transféré les terrains à leur société de portefeuille respective. Ce bien-fonds constituait le seul élément d'actif de chaque société de portefeuille. Afin de financer le projet, les personnes morales ont emprunté 4,1 millions de dollars à une banque locale. La banque a exigé, comme condition préalable à l'octroi du prêt, que chaque contribuable fournisse une garantie personnelle de 300 000 \$. La réalisation du projet de construction s'est poursuivie en 1979 et en 1980, et quelques résidences ont été mises en vente. À l'automne 1981, il y a eu un effondrement du marché immobilier en Colombie-Britannique et les contribuables ont été invités à honorer leur garantie. Ils ont chacun déclaré une perte autre qu'en capital de 300 000 \$. Le ministre du Revenu national a qualifié le paiement de perte en capital (à titre de «perte déductible au titre d'un placement d'entreprise» par application de l'alinéa 39(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (édité par S.C. 1977-78, ch. 42, art. 3; 1979, ch. 5, art. 11; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 16; 1985, ch. 45, art. 14; 1986, ch. 6, art. 17)]) subie pendant l'année d'imposition au cours de laquelle les garanties ont été payées.

[3] Outre la conclusion principale que le paiement de la garantie était imputable au compte de capital, le juge de première instance est également arrivé à la conclusion que si les contribuables avaient finalement vendu le projet d'aménagement immobilier à profit, le montant touché aurait été traité comme un gain en capital. On peut inférer de cette conclusion que les contribuables n'exploitaient pas une entreprise ou un projet comportant un risque de nature commerciale (ci-après un projet comportant un risque), mais avaient plutôt fait une opération en capital avant de transférer le bien-fonds à leurs sociétés de portefeuille. Les contribuables contestent cette conclusion parce qu'elle sape l'argument qu'ils invoquent en appel. Cet argument repose sur la thèse qu'ils exploitaient une entreprise commerciale et que le bénéfice qui aurait

that the fact that they used the corporate vehicle to pursue their profit-making activities does not alter the characterization of the resulting profit or loss. In their view, payment on the guarantees constitutes an incidental expense and, therefore, this particular loss should also be on income account. In support of their argument the taxpayers rely on two decisions of the Supreme Court, *Fraser* and *Freud*, and the decision rendered in the Trial Division of this Court, namely *Cull*.

[4] The application of conventional tax wisdom might lead some practitioners to reject the taxpayers' argument out of hand because it is simply antithetical to the doctrine of corporate personality. But as there is some judicial support for their position, and the case law is not consistent, I am obliged to pursue the matter further. I shall deal first with the Trial Judge's conclusion that the taxpayers were engaged in a capital transaction.

[5] I am prepared to accept that the Trial Judge erred in concluding that the taxpayers would have incurred either a capital loss or profit had they not conveyed the real estate to their holding companies. The taxpayers acquired the real estate with a view to subdividing it, constructing houses and selling each lot at a profit. Paragraph 13 of the agreed statement of facts incorporates what I regard as critical concessions on the part of the Minister. That paragraph is worth reproducing:

In early 1975 the Plaintiff and Easton conceived the idea to develop certain property located in Secret Cove, British Columbia. Their joint intention was to acquire lands adjacent to the Secret Cove Marina referred to in subparagraphs 11(d) and (h) above, and to subdivide the land, develop and ready it for construction and to construct housing thereon. Part of their intention was to include a portion of the Secret Cove Marina lands in the development project. . . They planned to market the housing to the general public through private sales, real estate agents and other third parties who might introduce purchasers to the project.

été réalisé ou la perte qui aurait été subie auraient été imputés au compte de revenu et non au compte de capital. De plus, les contribuables affirment que le fait d'avoir eu recours à des personnes morales pour exercer leurs activités visant la réalisation d'un bénéfice ne modifie pas la qualification du bénéfice ou de la perte qui en résulte. Selon eux, le paiement effectué à l'occasion des garanties constitue une dépense accessoire et, par conséquent, la perte qu'ils ont subie devrait également être considérée comme imputable au compte de revenu. Au soutien de leur argument, les contribuables invoquent les arrêts *Fraser* et *Freud* de la Cour suprême et la décision rendue par la Section de première instance de la Cour dans l'affaire *Cull*.

[4] La voix de la sagesse fiscale classique pourrait amener certains juristes à rejeter d'emblée cet argument parce qu'il s'oppose tout simplement à la théorie de la personnalité morale. Mais comme il existe certaines décisions judiciaires au soutien du point de vue des contribuables et que la jurisprudence n'est pas uniforme, je suis obligé d'approfondir l'affaire. Je vais d'abord examiner la conclusion du juge de première instance selon laquelle les contribuables ont fait une opération en capital.

[5] Je suis prêt à convenir que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les contribuables auraient subi une perte en capital ou réalisé un bénéfice en capital s'ils n'avaient pas transféré le bien-fonds à leurs sociétés de portefeuille. Les contribuables ont acquis le bien-fonds dans l'intention de le lotir, d'y construire des maisons et de vendre chaque lot à profit. Le paragraphe 13 de l'exposé conjoint des faits contient ce que je considère comme des concessions importantes de la part du ministre. Ce paragraphe mérite d'être cité:

[TRADUCTION] Au début de 1975, le demandeur et Easton ont conçu l'idée de mettre en valeur un bien-fonds sis à Secret Cove (Colombie-Britannique). Ils avaient ensemble l'intention d'acquérir des terrains adjacents à la Secret Cove Marina mentionnée aux alinéas 11d) et h) ci-dessus, et de lotir le terrain, de le mettre en valeur, de le rendre propre à la construction et d'y construire des maisons. Ils avaient entre autres l'intention d'inclure une partie des terrains de la Secret Cove Marina dans le projet d'aménagement . . . Ils prévoyaient vendre les maisons au grand public au moyen de ventes privées et par l'entremise d'agents immobiliers et

[6] It is patently clear that the development project was not intended to provide the taxpayers with an enduring benefit which would produce an ongoing stream of income. In short, the real estate was not purchased for investment purposes. What the taxpayers did was no different than what a person engaged in the business of land development would do. Accordingly, I am compelled to accept that the Trial Judge erred on this issue and if judicial support for my conclusion were required then I am prepared to invoke *Moluch, Harry v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 158. In my view, however, this error does not alter the outcome of these appeals. I turn now to the jurisprudence of the Supreme Court in *Fraser* and *Freud* which is relevant to the taxpayers' argument.

[7] In *Fraser*, the appellant taxpayer and an associate purchased lands which were subsequently transferred to two corporations in return for all the shares in the corporations. Two years later the taxpayers disposed of their shares and then argued that the gain was of a capital nature. The Minister maintained that the profit was taxable as income and the Supreme Court of Canada agreed. Writing for the Court, Judson J. held that the taxpayers were two skilled real estate promoters who had made a profit in the ordinary course of their business. The fact that the taxpayers had incorporated companies to hold the real estate was held to make "no difference" (at page 661). It was simply an alternative method for achieving the same end—to realize a profit from the sale of the land.

[8] It cannot be denied that the taxpayers' argument is supported by the Supreme Court's decision in *Fraser*. Standing alone that decision justifies the understanding that a person who embarks upon a business or an adventure and, subsequently, pursues that endeavour through a corporate entity will be taxed as if it never existed. It is important to note that in *Fraser* the Supreme Court gave no consideration to

d'autres tiers qui pourraient faire connaître le projet aux acheteurs.

[6] Il ne fait absolument aucun doute que le projet d'aménagement ne visait pas à procurer aux contribuables un avantage durable qui produirait un revenu continu. Bref, le bien-fonds n'a pas été acquis dans l'intention de faire un placement. Les contribuables ont fait exactement ce que ferait une personne exploitant une entreprise d'aménagement immobilier. Je suis donc obligé de convenir que le juge de première instance a commis une erreur sur ce point, et si ma conclusion exigeait un appui judiciaire, alors je suis prêt à invoquer la décision *Moluch, Harry v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C.É. 158. À mon avis, toutefois, cette erreur ne modifie pas l'issue des présents appels. J'en viens maintenant aux arrêts *Fraser* et *Freud* de la Cour suprême qui se rapportent à l'argument invoqué par les contribuables.

[7] Dans l'affaire *Fraser*, le contribuable appelant et un associé avaient acquis des terrains qui ont par la suite été transférés à deux sociétés en échange de toutes les actions de ces sociétés. Deux ans plus tard, les contribuables ont vendu leurs actions et ont ensuite soutenu qu'ils avaient fait un gain en capital. Le ministre a soutenu que le bénéfice était imposable comme un revenu et la Cour suprême du Canada a souscrit à cette affirmation. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Judson a statué que les contribuables étaient deux promoteurs immobiliers chevronnés qui avaient fait un bénéfice dans le cours normal des activités de leur entreprise. Selon lui, le fait que les contribuables avaient constitué des sociétés pour détenir le bien-fonds [TRADUCTION] «ne changeait rien» (à la page 661). C'était simplement un autre moyen d'arriver au même résultat, c'est-à-dire vendre les terrains à profit.

[8] On ne saurait nier que l'arrêt *Fraser* de la Cour suprême appuie l'argument des contribuables. Pris isolément, cet arrêt permet d'affirmer que la personne qui se lance dans une entreprise ou un projet comportant un risque et qui poursuit ensuite l'exploitation de cette entreprise par le truchement d'une société sera imposée comme si la société n'avait jamais existé. Il est important de faire remarquer que la Cour suprême

whether the taxpayer had acquired the shares for investment purposes or as trading assets. In my respectful view, *Fraser* is a clear example of a court ignoring the axiom that a corporation is a legal entity separate and distinct from its shareholders. At the same time, it is equally clear that the destabilizing effect which *Fraser* could have had on the doctrine of corporate personality was soon recognized by the Supreme Court. In *Freud* that Court took the opportunity to revisit the reasoning underlying its earlier decision in *Fraser*.

[9] Writing for the Court in *Freud*, Pigeon J. reasoned that *Fraser* was not a case in which the Supreme Court had ignored the fact that the taxpayer had utilized the corporate structure. Rather it was a case in which that Court recognized that had the taxpayer disposed of his shares any profit would have been characterized as a trading profit and not a capital one. That is to say the shares were acquired as trading assets and not as an investment and, therefore, the profit arising from the disposition of the shares in *Fraser* was taxable on income account. (Note that at the time *Fraser* and *Freud* were decided capital gains were excluded from the tax base.) This reformulation of the *ratio* in *Fraser* is found at pages 80 and 81 of Pigeon J.'s reasons:

On the first question, the decision of this Court in *Fraser v. Minister of National Revenue* appears to be in point. It was there held that where two real estate operators had incorporated companies to hold real estate, the sale of shares in those companies rather than the sale of the land was merely an alternative method of putting through the real estate transactions and the profit was therefore taxable. This decision does not in my view necessarily imply that the existence of the companies as separate legal entities was disregarded for income tax assessment purposes. On the contrary, it must be presumed that the companies remained liable for taxes on their operations and their title to the land, unchallenged. I must therefore consider that the decision rests on the view that was taken of the nature of the outlay involved in the acquisition of the companies' shares by the promoters.

dans l'arrêt *Fraser* n'a pas examiné la question de savoir si le contribuable avait acquis les actions pour faire un placement ou en tant qu'actif commercial. Selon moi, l'arrêt *Fraser* offre un exemple évident d'une cour de justice qui ne tient aucun compte de l'axiome qu'une société est une entité juridique distincte de ses actionnaires. Par ailleurs, il est tout aussi évident que la Cour suprême a vite reconnu l'effet déstabilisateur que l'arrêt *Fraser* pourrait avoir eu sur la théorie de la personnalité morale. Dans l'arrêt *Freud*, cette Cour a profité de l'occasion pour revoir le raisonnement qui sous-tend la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Fraser*.

[9] S'exprimant au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Freud*, le juge Pigeon a soutenu que l'arrêt *Fraser* n'était pas une affaire dans laquelle la Cour suprême n'avait tenu aucun compte du fait que le contribuable avait eu recours à la structure de la personne morale. Il s'agissait plutôt d'une affaire dans laquelle cette Cour a reconnu que si le contribuable avait vendu ses actions, le bénéficiaire aurait été qualifié de bénéficiaire commercial et non de gain en capital. En d'autres termes, les actions avaient été acquises comme un actif commercial et non pour faire un placement et, par conséquent, le bénéfice résultant de la vente des actions dans l'affaire *Fraser* était imposable comme un revenu. (Il convient de noter qu'au moment du prononcé des arrêts *Fraser* et *Freud*, les gains en capital étaient exclus de l'assiette fiscale.) C'est aux pages 80 et 81 de ses motifs que le juge Pigeon a reformulé le raisonnement de l'arrêt *Fraser*:

[TRADUCTION] En premier lieu, l'arrêt que cette cour a prononcé dans l'affaire *Fraser c. Le ministre du Revenu national* semble pertinent. La Cour a jugé dans cette affaire que lorsque deux agents immobiliers avaient constitué des compagnies en corporation pour détenir des biens-fonds, la vente des actions de ces compagnies au lieu de la vente de terrain était simplement un autre moyen de conclure des opérations immobilières et que le bénéficiaire était donc imposable. J'estime que cet arrêt n'implique pas nécessairement que l'existence de ces compagnies comme entités juridiques distinctes ait été écartée en fixant la cotisation d'impôt sur le revenu. Au contraire, il faut supposer que les compagnies restaient imposables en raison de leurs opérations et que leur titre de propriété sur les terrains restait incontesté. Je dois donc estimer que l'arrêt se fonde sur l'opinion formée quant à la nature de la dépense que

It is clear that while the acquisition of shares may be an investment (*Minister of National Revenue v. Foreign Power Securities Corp. Ltd.*, [1967] S.C.R. 295, [1967] C.T.C. 116, 67 D.T.C. 5084), it may also be a trading operation depending upon circumstances (*Osler Hammond and Nanton Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1963] S.C.R. 432, [1963] C.T.C. 164, 63 D.T.C. 1119, 38 D.L.R. (2d) 178; *Hill-Clarke-Francis Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1963] S.C.R. 452, [1963] C.T.C. 337, 63 D.T.C. 1211). Due to the definition of business as including an adventure in the nature of trade, it is unnecessary for an acquisition of shares to be a trading operation rather than an investment that there should be a pattern of regular trading operations. In the Fraser case, the basic operation was the acquisition of land with a view to a profit upon resale so that it became a trading asset. The conclusion reached implies that the acquisition of shares in companies incorporated for the purpose of holding such land was of the same nature seeing that upon selling the shares instead of the land itself, the profit was a trading profit not a capital profit on the realization of an investment. [Emphasis added.]

[10] In my opinion, there can be no doubt that the Supreme Court's decision in *Freud* was intended to limit the breadth of its earlier pronouncement in *Fraser*. It goes without saying that the Supreme Court is free to reformulate the *ratio* of an earlier decision without expressly overruling it. Indeed, I would go so far as to say that it would introduce "intolerable uncertainty" into tax law and tax planning to apply the *ratio* in *Fraser* without regard to the subsequent jurisprudence.

[11] As outlined earlier, the taxpayers seek to convince us that *Fraser* and *Freud* stand for the proposition that if, from the outset, an individual taxpayer is engaged in a trading transaction then any subsequent outlay related to that transaction will receive the same tax treatment. That is to say any loss will be on income account even though the taxpayer decided to use the corporate vehicle for purposes of pursuing the business or adventure. The fallacy in this part of the taxpayers' argument can be traced to the fact that in *Freud* the taxpayer did not succeed because the outlay was incidental to a business or an adventure. He succeeded because he was able to

comportait l'acquisition des actions des compagnies par les promoteurs.

Il est clair que si l'acquisition d'actions peut être un placement (*Le ministre du Revenu national c. Foreign Power Securities Corp. Ltd.*, [1967] R.C.S. 295; [1967] C.T.C. 116; 67 D.T.C. 5084), elle peut aussi, selon les circonstances, être une opération commerciale (*Osler Hammond and Nanton Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1963] R.C.S. 432; [1963] C.T.C. 164, 63 D.T.C. 1119, 38 D.L.R. (2d) 178; *Hill-Clarke-Francis Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, [1963] R.C.S. 452; [1963] C.T.C. 337, 63 D.T.C. 1211). Puisque la définition de l'entreprise comporte une initiative de nature commerciale, il n'est pas nécessaire que l'acquisition d'actions soit une opération commerciale plutôt qu'un placement pour qu'il s'agisse d'un type d'opérations commerciales ordinaires. Dans l'affaire Fraser, l'opération principale était l'acquisition de terrain en vue de réaliser un bénéfice à la revente, de sorte que le terrain devenait un actif commercial. La conclusion de la Cour implique que l'acquisition d'actions de compagnies constituées en corporations afin de posséder des terrains était de la même nature, vu qu'à la vente des actions au lieu de terrains, le bénéfice était un bénéfice commercial et non un bénéfice d'immobilisation à la réalisation d'un placement. [Non souligné dans l'original.]

[10] À mon avis, il ne saurait faire de doute que l'arrêt *Freud* de la Cour suprême visait à restreindre la portée du jugement qui a été prononcé dans l'affaire *Fraser*. Il va sans dire que la Cour suprême est libre de reformuler le fondement d'une décision antérieure sans rejeter expressément cette décision. J'irais même jusqu'à dire que l'application du fondement de la décision *Fraser* sans tenir compte des décisions ultérieures introduirait une [TRADUCTION] «incertitude intolérable» dans le droit fiscal et la planification fiscale.

[11] Comme je viens de l'indiquer, les contribuables cherchent à nous convaincre que les arrêts *Fraser* et *Freud* appuient la proposition voulant que si, depuis le début, un contribuable est partie à une opération commerciale, alors une dépense ultérieure faite dans le cadre de cette opération fera l'objet du même traitement fiscal. Autrement dit, une perte sera imputable au compte de revenu même si le contribuable a décidé d'exploiter l'entreprise ou le projet comportant un risque par le truchement d'une personne morale. On peut imputer l'erreur commise par les contribuables dans cette partie de leur argumentation au fait que le contribuable dans *Freud* n'a pas eu gain de cause

convince the Supreme Court that the outlay (loss) should receive the same tax treatment as would any profit or loss arising on the disposition of his shares. In other words, if a shareholder can establish that his or her shares were acquired as trading assets, and not for investment purposes, then any loss arising from an advance or outlay made by the shareholder to or on behalf of the corporation, including payments on a guarantee, will also be taxed on income account. In my view this is the true import of *Freud*. This is a convenient place to recite the essential facts of that case.

[12] In *Freud*, the individual taxpayer incorporated a U.S. company for the purpose of promoting and developing his invention, a prototype sports car. The taxpayer's intention was to sell the concept to a manufacturer. He had no intention of manufacturing or selling cars. At a time when the company was in financial difficulty the taxpayer advanced it \$13,840. Shortly thereafter the taxpayer abandoned the project. He then sought to deduct the amount advanced from other income. The Minister conceded that had the taxpayer pursued the venture in his own name the loss would have been on income account as it arose in respect of an adventure. Nonetheless, he disallowed the deduction on the ground that it was an outlay on account of capital. Both the Exchequer Court and the Supreme Court disagreed with this characterization.

[13] Assuming that the \$13,840 advance could be considered a loan, Pigeon J. observed "that a loan made by a person who is not in the business of lending money is ordinarily to be considered as an investment" (at page 82). He went on to reason, however, that in "exceptional or unusual circumstances" such loans could be characterized as a trade and not an investment. The facts of *Freud* were held to be "quite unusual and exceptional" (at page 82). As

parce que la dépense était accessoire à une entreprise ou un projet comportant un risque. Il a eu gain de cause parce qu'il a été capable de convaincre la Cour suprême que la dépense (perte) devrait recevoir le même traitement fiscal qu'un bénéfice réalisé ou une perte subie à l'occasion de la vente de ses actions. En d'autres termes, si un actionnaire peut démontrer qu'il a acquis ses actions comme un actif commercial, et non dans l'intention de faire un placement, alors la perte découlant d'une avance faite par un actionnaire à la société ou d'une dépense faite par un actionnaire au nom de la société, y compris des paiements effectués à l'occasion d'une garantie, sera également imposée comme une perte imputable au compte de revenu. À mon avis, telle est la signification véritable de l'arrêt *Freud*. Le moment est bien choisi pour exposer les faits essentiels de cette affaire.

[12] Dans l'affaire *Freud*, le contribuable avait constitué une société américaine dans le but de promouvoir et de perfectionner son invention, à savoir un prototype de voiture sport. Il avait l'intention de vendre le concept à un fabricant. Il n'avait pas l'intention de fabriquer ni de vendre des voitures. À un moment donné, la société a eu des ennuis d'argent et le contribuable lui a avancé la somme de 13 840 \$. Peu de temps après, le contribuable a abandonné le projet. Il a ensuite tenté de déduire l'avance de son revenu provenant d'autres sources. Le ministre a reconnu que si le contribuable avait réalisé le projet en son nom personnel, la perte aurait été imputable au compte de revenu puisqu'elle aurait été subie dans le cadre d'un projet comportant un risque. Il a toutefois refusé la déduction au motif qu'il s'agissait d'une dépense en immobilisations. Tant la Cour de l'Échiquier que la Cour suprême se sont trouvées en désaccord avec cette qualification.

[13] En supposant que l'avance de 13 840 \$ puisse être considérée comme un prêt, le juge Pigeon a fait remarquer [TRADUCTION] «qu'un prêt consenti par une personne qui n'est pas dans l'entreprise de prêt d'argent doit habituellement être considéré comme un investissement» (à la page 82). Il a toutefois ajouté que [TRADUCTION] «dans des circonstances exceptionnelles ou inhabituelles», un prêt semblable pourrait être considéré comme une opération commerciale et

I understand the reasons for judgment, the exceptional circumstances were that the shares were acquired as a trading asset and not as an investment and therefore the advance was not made for the purpose of securing a stream of income. This understanding comes from the observation by Pigeon J. that had the taxpayer been successful in selling the prototype sports car then any profit realized on the disposition of his shares would have been on income and not capital account. At page 81 of his reasons Pigeon J. made this point clear:

If the respondent and his friends had been successful in selling the prototype sports car, they might well have done it by selling their shares in the company instead of having the company sell the prototype, and there can be no doubt that if they had thus made a profit it would have been taxable.

[14] It would be misleading on my part to suggest that the Supreme Court in *Freud* did not attach great significance to the fact that the taxpayer was, from the outset, engaged in an adventure. Moreover, it cannot be denied that the Supreme Court failed to consider the taxpayer's intention at the time the shares were acquired before determining whether their disposition would have been on income as opposed to capital account. It is trite law today that shares acquired for the purpose of generating income are held on capital account and those acquired with the intent of reselling at a profit are on income account. In both *Fraser* and *Freud* the Supreme Court seemed to assume that the shares were acquired on income account simply because the taxpayers in those cases had from the outset been involved in a business or adventure. Finally, I cannot help but observe that both *Fraser* and *Freud* appear sceptical to the manipulation of the corporate vehicle as a means of achieving tax planning objectives.

[15] Notwithstanding any perceived imprecision on the part of the Supreme Court in *Freud*, that decision

non comme un investissement. Les faits dans l'affaire *Freud* ont été jugés [TRADUCTION] «tout à fait inhabituels et exceptionnels» (à la page 82). Si je comprends bien les motifs du jugement, les circonstances exceptionnelles étaient que les actions avaient été acquises comme un actif commercial et non comme un investissement, de sorte que l'avance n'avait pas été faite dans le but d'en retirer un revenu continu. Cette compréhension s'appuie sur l'observation du juge Pigeon que si le contribuable avait réussi à vendre le prototype de voiture sport, le bénéfice qu'il aurait fait en vendant ses actions aurait été imputable au compte de revenu et non au compte de capital. Le juge Pigeon a bien précisé ce point à la page 81 de ses motifs:

[TRADUCTION] Si le requérant et ses amis avaient réussi à vendre le prototype de voiture sport, ils auraient bien pu le faire en vendant les actions de la compagnie au lieu de faire vendre le prototype par la compagnie, et il ne saurait y avoir de doute que s'ils avaient ainsi réalisé un bénéfice, celui-ci était imposable.

[14] Il serait trompeur de ma part de dire que la Cour suprême dans l'arrêt *Freud* n'a pas accordé beaucoup d'importance au fait que le contribuable était, depuis le début, engagé dans un projet comportant un risque. Par ailleurs, on ne saurait nier que la Cour suprême n'a pas examiné l'intention du contribuable au moment de l'acquisition des actions avant de déterminer si leur vente aurait été imputable au compte de revenu plutôt qu'au compte de capital. Il est maintenant bien établi en droit que les actions acquises dans l'intention de produire un revenu font partie du compte de capital et que celles qui sont acquises dans l'intention de les revendre à profit font partie du compte de revenu. Dans les arrêts *Fraser* et *Freud*, la Cour suprême a semblé présumer que l'acquisition des actions était imputable au compte de revenu pour la seule raison que les contribuables dans ces affaires étaient engagés depuis le début dans une entreprise ou un projet comportant un risque. Enfin, je ne peux pas ne pas faire remarquer que la Cour suprême dans ces deux arrêts paraît sceptique quant à la manipulation de la personne morale pour réaliser des objectifs de planification fiscale.

[15] Malgré l'impression d'imprécision que donne la Cour suprême dans l'arrêt *Freud*, cet arrêt est impor-

is significant because it establishes an exception to the general legal framework to be applied when assessing the tax treatment of losses incurred by shareholders arising from advances or outlays made to or on behalf of their corporations. This is a convenient opportunity to restate basic precepts underlying the tax treatment of advances and outlays made by shareholders.

[16] As a general proposition, it is safe to conclude that an advance or outlay made by a shareholder to or on behalf of the corporation will be treated as a loan extended for the purpose of providing that corporation with working capital. In the event the loan is not repaid the loss is deemed to be of a capital nature for one of two reasons. Either the loan was given to generate a stream of income for the taxpayer, as is characteristic of an investment, or it was given to enable the corporation to carry on its business such that the shareholder would secure an enduring benefit in the form of dividends or an increase in share value. As the law presumes that shares are acquired for investment purposes it seems only too reasonable to presume that a loss arising from an advance or outlay made by a shareholder is also on capital account. The same considerations apply to shareholder guarantees for loans made to corporations. In *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] S.C.R. 34, it was held that a guarantee given to a bank for a company's indebtedness by the taxpayer in consideration for shares in the company was to be treated as a deferred loan to the company and that monies paid to discharge that indebtedness were to be treated as a capital loss. That case, however, does not stand for the proposition that every time a corporation fails to reimburse a shareholder with respect to an advance, outlay or payment on a guarantee that the loss is necessarily on capital account. There is only a rebuttable presumption of such. I turn now to the circumstances in which that presumption can be rebutted.

[17] There are two recognized exceptions to the general proposition that losses of the nature described

tant parce qu'il crée une exception au cadre juridique général à appliquer au moment d'établir le traitement fiscal des pertes subies par les actionnaires qui ont fait des avances à leurs sociétés ou des dépenses en leur nom. Le moment est bien choisi pour énoncer à nouveau les préceptes fondamentaux qui sous-tendent le traitement fiscal des avances et des dépenses faites par les actionnaires.

[16] En guise d'énoncé général, il est raisonnable de conclure qu'une avance faite par un actionnaire à une société ou une dépense faite par un actionnaire au nom d'une société sera considérée comme un prêt consenti dans l'intention de fournir un fonds de roulement à cette société. Dans le cas où le prêt n'est pas remboursé, la perte est réputée être une perte en capital pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Le contribuable a consenti le prêt soit pour en retirer un revenu continu, ce qui est typique d'un investissement, soit pour permettre à la société d'exploiter son entreprise de manière à procurer à l'actionnaire un avantage durable sous forme de dividendes ou grâce à une augmentation de la valeur des actions. Comme la loi présume que l'acquisition a été faite dans le but de faire un placement, il ne semble que trop raisonnable de supposer que la perte découlant d'une avance ou d'une dépense faite par un actionnaire est également une perte en capital. Les mêmes considérations s'appliquent aux garanties données par les actionnaires à l'occasion de prêts consentis à des sociétés. Dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Steer*, [1967] R.C.S. 34, il a été statué que la garantie donnée à une banque par un contribuable relativement à la dette d'une société en contrepartie d'actions de la société devait être traitée comme un prêt différé consenti à la société et que le paiement effectué pour régler cette dette devait être considéré comme une perte en capital. Cet arrêt n'appuie toutefois pas la proposition que chaque fois qu'une société omet de rembourser un actionnaire relativement à une avance, à une dépense ou à un paiement effectué à l'occasion d'une garantie, la perte est nécessairement une perte en capital. Il existe simplement une présomption réfutable à cet égard. J'en viens maintenant aux circonstances dans lesquelles cette présomption peut être réfutée.

[17] Il existe deux exceptions reconnues au principe général que des pertes semblables à celles dont il vient

above are on capital account. First, the taxpayer may be able to establish that the loan was made in the ordinary course of the taxpayer's business. The classic example is the taxpayer/shareholder who is in the business of lending money or granting guarantees. The exception, however, also extends to cases where the advance or outlay was made for income-producing purposes related to the taxpayer's own business and not that of the corporation in which he or she holds shares. For example, in *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237 (Ex. Ct.) the corporate taxpayer made voluntary payments to the suppliers of its subsidiary for the purpose of protecting its own goodwill. The subsidiary had defaulted on its obligations and as the taxpayer had been doing business with the suppliers it wished to continue doing so in future. (*Berman* was cited with apparent approval in the Supreme Court decision in *Stewart & Morrison Ltd. v. M.N.R.*, [1974] S.C.R. 477, at page 479.)

[18] The second exception is found in *Freud*. Where a taxpayer holds shares in a corporation as a trading asset and not as an investment then any loss arising from an incidental outlay, including payment on a guarantee, will be on income account. This exception is applicable in the case of those who are held to be traders in shares. For those who do not fall within this category, it will be necessary to establish that the shares were acquired as an adventure in the nature of trade. I do not perceive this "exceptional circumstance" as constituting a window of opportunity for taxpayers seeking to deduct losses. I say this because there is a rebuttable presumption that shares are acquired as capital assets: see *Mandryk (O.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317 (F.C.A.), at pages 323-324.

[19] Accordingly, for the taxpayers to succeed on these appeals they had to establish that the payment on the guarantee came within one of the recognized exceptions to the general proposition. As the taxpayers were not in the business of lending money or extending guarantees they could not claim a business loss.

d'être question sont des pertes en capital. Premièrement, il se peut que le contribuable soit en mesure de démontrer que le prêt a été consenti dans le cours normal des activités de son entreprise. L'exemple classique est celui du contribuable/actionnaire qui est dans l'entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de garanties. Cette exception s'applique toutefois aussi aux situations dans lesquelles l'avance ou la dépense a été faite dans un but productif de revenu lié à la propre entreprise du contribuable et non à celle de la société dont le contribuable est actionnaire. À titre d'exemple, dans l'affaire *Berman, L., & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1961] CTC 237 (C. de l'É.), la société contribuable avait volontairement effectué des paiements aux fournisseurs de sa filiale afin de protéger sa clientèle. La filiale avait manqué à ses obligations et comme la contribuable avait traité avec les fournisseurs, elle désirait continuer de le faire plus tard. (La Cour suprême a cité et paru approuver la décision *Berman* dans l'arrêt *Stewart & Morrison Ltd. c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 477, à la page 479.)

[18] La deuxième exception est exposée dans l'arrêt *Freud*. Lorsqu'un contribuable possède des actions dans une société non pas comme un placement mais comme un actif commercial, la perte résultant d'une dépense accessoire, y compris un paiement effectué à l'occasion d'une garantie, sera imputable au compte de revenu. Cette exception s'applique aux personnes qui sont considérées comme des négociants en actions. Les personnes qui n'appartiennent pas à cette catégorie devront prouver qu'elles ont acquis les actions dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial. Selon moi, cette «circonstance exceptionnelle» ne constitue pas une solution pour les contribuables qui cherchent à déduire des pertes. Je dis cela parce qu'il existe une présomption réfutable voulant que les actions soient acquises à titre d'immobilisations: voir l'arrêt *Mandryk (O.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 317 (C.A.F.), aux pages 323 et 324.

[19] Par conséquent, pour avoir gain de cause dans les présents appels, les contribuables devaient prouver que le paiement effectué à l'occasion de la garantie était visé par l'une des exceptions reconnues au principe général. Comme les contribuables n'étaient pas dans l'entreprise de prêt d'argent ou d'octroi de

Nor did they seek to establish that the guarantee was given in the ordinary course of the taxpayers' other business endeavours. Alternatively, the taxpayers could have sought to establish that they held the shares in their respective holding companies as trading assets and, therefore, any gain or loss arising from the disposition of those shares would have been on income and not capital account. The taxpayers failed to establish such and it is unlikely that they could have convinced the Trial Judge the guarantee was given at a time when the taxpayers intended to sell the shares in their respective holding companies for a profit. It is for these reasons that I am of the opinion that the taxpayers are unable to succeed on these appeals.

[20] I recognize that in *K.J. Beamish Construction Ltd. v. M.N.R.*, *supra*, the Tax Court rejected the proposition that an advance or outlay, including payments made on guarantees by shareholders, can be described as being on current account based on whether the shareholder acquired his or her shares as trading assets. In the opinion of the Tax Court Judge the exceptional circumstance outlined in *Freud* by Pigeon J. is *obiter*. With respect, I do not agree. In my view, the exception articulated in *Freud* provided the legal basis on which the taxpayer in that case was successful. Though *Beamish* can no longer be considered persuasive with respect to its understanding of the significance of the Supreme Court's decisions in *Fraser* and *Freud*, I am not suggesting that *Beamish* was wrongly decided. On the facts the Tax Court Judge in that case found that the taxpayer had acquired the shares as an investment and, therefore, the exception to the proposition articulated in *Freud* did not apply in any event. In short, what was said of *Fraser* and *Freud* in *Beamish* is itself *obiter*. My understanding of what was decided in *Freud* is reinforced by another decision of the Tax Court: *Lachappelle (R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2396. I do not propose to review all that is clearly set out in those reasons. For purposes of deciding these appeals it is sufficient to note that in *Lachappelle*, Brulé J.T.C.C. approaches *Freud* in the manner I have

garanties, ils ne pouvaient pas réclamer une perte d'entreprise. Ils n'ont pas cherché non plus à démontrer qu'ils ont donné la garantie dans le cours normal de leurs autres activités commerciales. Subsidiairement, les contribuables auraient pu chercher à démontrer que les actions qu'ils possédaient dans leurs sociétés de portefeuille respectives étaient un actif commercial, de sorte que le gain ou la perte résultant de la vente de ces actions aurait été imputable au compte de revenu et non au compte de capital. Les contribuables n'en ont rien fait, et il est peu probable qu'ils eussent été capables de convaincre le juge de première instance qu'ils avaient l'intention de vendre à profit les actions qu'ils détenaient dans leurs sociétés de portefeuille respectives lorsqu'ils ont donné la garantie. Ce sont les motifs pour lesquels que je suis d'avis que les contribuables doivent être déboutés des présents appels.

[20] Je reconnais que dans la décision *K.J. Beamish Construction Ltd. c. M.N.R.*, *supra*, la Cour de l'impôt a rejeté l'affirmation qu'une avance ou une dépense, y compris un paiement effectué à l'occasion d'une garantie par des actionnaires, peut être considérée comme fondée sur un compte courant si l'actionnaire a acquis les actions comme un actif commercial. De l'avis du juge de la Cour de l'impôt, la circonstance exceptionnelle exposée par le juge Pigeon dans l'arrêt *Freud* est une opinion incidente. Il ne me paraît pas possible d'être d'accord avec lui. Selon moi, l'exception mentionnée dans cet arrêt a fourni le fondement juridique qui a permis au contribuable dans cette affaire d'avoir gain de cause. Bien que la décision *Beamish* ne puisse plus être considérée comme convaincante en ce qui concerne sa compréhension de l'importance des arrêts *Fraser* et *Freud* de la Cour suprême, je ne prétends pas qu'elle est mal fondée. Dans cette affaire, le juge de la Cour de l'impôt a conclu, à partir des faits, que le contribuable avait acquis les actions comme un placement, de sorte que l'exception au principe énoncé dans l'arrêt *Freud* ne s'appliquait pas de toute façon. Bref, les remarques qui ont été faites sur les arrêts *Fraser* et *Freud* dans l'affaire *Beamish* sont elles-mêmes des remarques incidentes. Ma compréhension de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Freud* est renforcée par une autre décision de la Cour de l'impôt, à savoir *Lachappelle (R.) c.*

outlined above. Our understanding is consistent with this Court's decision in *Becker v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 459 (C.A.).

[21] Finally, the taxpayers rely on a decision of the Trial Division of this Court in support of their argument; namely *Cull (P.J.) v. The Queen, supra*. In *Mandryk* this Court noted that in *Beamish* the Tax Court refused to apply or follow *Cull* (MacGuigan J.A., writing for the Court in *Mandryk*, found it unnecessary to decide whether *Cull* was correctly decided). In *Lachappelle* the Tax Court Judge observed that *Cull* is "a difficult decision to explain" (at page 2403). There is no question that *Cull* is problematic. Briefly, the facts are as follows. In 1976 the taxpayer acquired one-third of the shares in a company which was developing land in two subdivisions and gave a guarantee for one-third of the company's indebtedness. By 1981 the company ran into financial difficulties and the taxpayer ended up advancing monies to cover certain financial obligations with the company's creditors. The taxpayer then sought to deduct various losses from income.

[22] In *Cull*, the Trial Judge allowed the appeal on grounds which reflect the tension between the Supreme Court's decisions in *Fraser* and *Freud*. On the one hand, there are passages in the reasons for judgment which suggest that the separate existence of the corporation can be overlooked (at pages 67-69). In this regard the reasoning in *Fraser* was invoked. On the other hand, the Trial Judge relies on *Freud* to support the finding that losses will be on income account if shares were acquired for resale (as an adventure) and not for investment purposes (at pages 67-68). Admittedly, and with great respect, the reasoning offered in *Cull* is not entirely clear. Where I have the greatest difficulty is in accepting the finding that the taxpayer in that case acquired the shares for

M.R.N., [1990] 2 C.T.C. 2396. Je n'ai pas l'intention d'examiner tout ce qui est clairement exposé dans ces motifs. Pour statuer sur les présents appels, il est suffisant de mentionner que dans la décision *Lachappelle*, le juge Brulé traite l'arrêt *Freud* de la manière que je viens de décrire. Notre analyse est conforme à la décision rendue par cette Cour dans *Becker c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 459 (C.A.).

[21] En dernier lieu, les contribuables invoquent la décision *Cull (P.J.) c. La Reine, supra*, de la Section de première instance de cette Cour à l'appui de leur argument. Dans l'arrêt *Mandryk*, la Cour a fait remarquer que dans *Beamish*, la Cour de l'impôt a refusé d'appliquer ou de suivre la décision *Cull* (le juge MacGuigan, J.C.A., qui a prononcé les motifs de la Cour dans l'arrêt *Mandryk*, a estimé qu'il était inutile de déterminer si la décision *Cull* était bien fondée). Dans *Lachappelle*, le juge de la Cour de l'impôt a fait remarquer que la décision *Cull* était «difficile à expliquer» (à la page 2403). Il ne fait aucun doute que cette décision pose un problème. En gros, les faits sont les suivants. En 1976, le contribuable avait acquis le tiers des actions d'une société qui mettait en valeur des terrains situés sur deux lotissements et donné une garantie pour le tiers de la dette de la société. En 1981, la société a eu des ennuis d'argent et le contribuable a fini par lui consentir une avance pour lui permettre de faire face à certaines obligations financières envers ses créanciers. Le contribuable a ensuite cherché à déduire diverses pertes de son revenu.

[22] Dans l'affaire *Cull*, le juge de première instance a accueilli l'appel en prononçant des motifs qui reflètent la tension entre les arrêts *Fraser* et *Freud* de la Cour suprême. D'une part, il y a des passages des motifs du jugement qui indiquent que l'existence séparée de la société peut ne pas être prise en considération (aux pages 67 à 69). Le raisonnement fait dans l'arrêt *Fraser* est invoqué à cet égard. D'autre part, le juge de première instance invoque l'arrêt *Freud* au soutien de la conclusion que les pertes seront imputables au compte de revenu si les actions ont été acquises dans le but d'être revendues (dans le cadre d'un projet comportant un risque) et non dans l'intention de faire un placement (aux pages 67 et 68). En toute déférence, il faut reconnaître que le raisonnement fait

purposes of resale when in fact they were retained for a period of at least five years. In my opinion, *Cull* is not helpful to the taxpayers' appeals and should not be followed in future. (That being said, I am aware that *Cull* was cited in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at page 125 in support of the proposition that land can constitute inventory.)

[23] In conclusion, the taxpayers have failed to rebut the presumption that the losses arising from the payment on the guarantees are on capital account. Furthermore, they cannot lay claim to one of the exceptions to that general proposition. First, they failed to establish that the guarantees were given in the course of profit-making endeavours unrelated to the real estate development. Second, they failed to establish that the shares in their respective holding companies were held as trading assets and, therefore, that payments on the guarantees were incidental expenses giving rise to losses on income account. Accordingly, the appeals should be dismissed with costs, the respondent being entitled to one set of counsel fees for both appeals.

DENAULT J.A. (*ex officio*): I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

dans la décision *Cull* n'est pas tout à fait limpide. Ce qui me paraît le plus difficile à accepter, c'est la conclusion que le contribuable dans cette affaire a acquis les actions pour les revendre, alors qu'en réalité il les a conservées pendant une période d'au moins cinq ans. À mon avis, la décision *Cull* n'est pas utile dans le cadre des présents appels et ne devrait pas être suivie à l'avenir. (Cela étant dit, je n'ignore pas que la décision *Cull* a été invoquée dans l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, à la page 125, au soutien de la proposition qu'un terrain peut constituer un bien figurant dans un inventaire.)

[23] En conclusion, les contribuables n'ont pas réfuté la présomption que les pertes découlant du paiement effectué à l'occasion des garanties sont des pertes en capital. De plus, ils ne peuvent pas se réclamer de l'une des exceptions à ce principe général. Premièrement, ils n'ont pas démontré que les garanties ont été données dans le cadre d'entreprises visant la réalisation d'un bénéfice qui ne se rapportaient pas à l'aménagement immobilier. Deuxièmement, ils n'ont pas démontré que les actions de leurs sociétés de portefeuille respectives étaient détenues comme un actif commercial et, partant, que les paiements effectués à l'occasion des garanties étaient des dépenses accessoires qui ont entraîné des pertes imputables au compte de revenu. Par conséquent, les appels devraient être rejetés avec dépens, et l'intimée a droit à un mémoire d'honoraires d'avocat pour les deux appels.

LE JUGE DENAULT, J.C.A. (de droit): Je souscris.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris.

A-756-96

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

v.

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

A-757-96

Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Appellant*) (*Defendant*)

v.

Chief Jerome Morin acting on his own behalf as well as on behalf of all the members of Enoch's Band of Indians and the residents thereof on and of Stony Plain Reserve No. 135 (*Respondents*) (*Plaintiffs*)

A-758-96

Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Honourable Thomas R. Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Honourable Donald Mazankowski, Minister of Finance (*Appellants*) (*Defendants*)

v.

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

INDEXED AS: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (C.A.)

A-756-96

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

c.

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

A-757-96

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*appelante*) (*défenderesse*)

c.

Le chef Jerome Morin agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Bande des Indiens Enoch et des résidents de la réserve n° 135 de Stony Plain (*intimés*) (*demandeurs*)

A-758-96

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, monsieur Thomas R. Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et monsieur Donald Mazankowski, ministre des Finances (*appelants*) (*défendeurs*)

c.

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

RÉPERTORIÉ: NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Desjardins and McDonald J.J.A.—Ottawa, September 24, 25 and October 27, 1997.

Practice — Privilege — Parameters of Crown's right to maintain claim of privilege in respect of solicitor and client communications in context of trust-like relationship between Crown and Indians with respect to 1946 surrender of rights in oil and gas resources in reserve lands.

Crown — Trusts — Native peoples — Interest of Indian bands as beneficiaries of trust-like arrangements with Crown warranting disclosure of any document in nature of legal advice received by Crown in administration of surrendered oil, gas resources in reserve lands and revenues derived therefrom.

Native peoples — Crown claiming privilege in breach of trust actions brought by Indian bands relating to Crown management of oil, gas resources and revenues derived therefrom in respect of reserve lands surrendered by three bands — Documents for which legal advice privilege claimed ordered to be produced in light of special trust-like relationship between Crown, Indians — Production ordered for documents relating to Crown programs, services including reference to oil and gas assets, or financial revenues therefrom.

Claims of privilege, on solicitor and client basis, were made by the Crown with respect to documents covered by affidavits of documents filed in actions involving a variety of claims in regard to alleged wrongs by the Crown in the management and exploitation of oil and gas resources in reserve lands surrendered to Her Majesty in 1946, in the management of the revenues derived therefrom, and in the funding of programs and services. Enormous sums of money are involved.

These were an appeal and a cross-appeal from two orders of the case management Judge, one dealing with legal documents claimed as privileged by the Crown, the other with the application of that earlier order.

The main issue related to the parameters of the appellants' right to maintain a claim of privilege in respect of solicitor and client communications in the context of the relationship between the appellants and the respondents, in light of the Supreme Court of Canada decisions in *Blueberry River*

Cour d'appel, juges Stone, Desjardins et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 24, 25 septembre et 27 octobre 1997.

Pratique — Communications privilégiées — Paramètres du droit de la Couronne de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens en ce qui a trait à la cession en 1946 de droits sur les ressources de pétrole et de gaz situées sur des terres des réserves.

Couronne — Fiducies — Peuples autochtones — L'intérêt des bandes indiennes à titre de bénéficiaires des arrangements de nature fiduciaire conclus avec la Couronne justifie la communication de tout document de la nature de conseils juridiques reçus par la Couronne dans l'administration des ressources de pétrole et de gaz cédées et situées sur des terres des réserves ainsi que des revenus en découlant.

Peuples autochtones — Revendication d'un privilège par la Couronne dans des actions pour violation de fiducie intentées par des bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne des ressources de pétrole et de gaz et des revenus en découlant en ce qui concerne des terres situées sur des réserves et cédées par trois bandes — On a ordonné la communication de documents à l'égard desquels est revendiqué le privilège concernant les conseils juridiques, compte tenu d'un rapport particulier de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens — La communication a été ordonnée dans le cas des documents concernant les programmes et les services de la Couronne, notamment lorsqu'ils font référence aux ressources de pétrole et de gaz ou aux fonds qui en proviennent.

La Couronne a revendiqué le privilège visant les communications entre procureur et client à l'égard de documents mentionnés dans des affidavits de documents qui ont été déposés dans des actions concernant diverses revendications relatives à des fautes qui auraient été commises par la Couronne dans la gestion et l'exploitation des ressources de pétrole et de gaz situées sur des terres des réserves cédées à Sa Majesté en 1946, dans la gestion des revenus en découlant et dans le financement de programmes et de services. D'énormes sommes d'argent sont en cause.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident interjetés contre deux ordonnances du juge responsable de la gestion de l'instance, la première traitant des documents juridiques visés par le privilège revendiqué par la Couronne et la deuxième concernant l'application de son ordonnance précédente.

L'affaire portait principalement sur les paramètres du droit des appelants de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport existant entre les appelants et les intimés, compte tenu des décisions rendues par la Cour suprême du Canada

Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development), St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City) and R v. Van der Peet.

The appellants proposed a narrow application of the trust principle in light of the trust-like relationship between the Crown and the Indians. They argued that since the Crown wore many hats and represented many interests, the documents in respect of which the privilege was claimed should not be disclosed unless they were obtained by the Crown in the administration of the "res" or in the course of the Crown carrying out its duties as "trustee" for the exclusive or dominant benefit of the respondent bands. The bands argued for a large application of the trust principle. In their submission, they had only to establish *prima facie* that they were beneficiaries of a trust or other fiduciary obligation and that the documents were relevant to the issues in the litigation. In this sense, the respondents submitted that the Crown's trust obligations clearly required disclosure of any document which had a direct or significant impact on the administration of their assets or on the propriety of the Crown's administration of the respondents' trust, and which directly related to an issue in the context of the present litigation.

Held, the appeal should be dismissed.

In *Blueberry River Indian Band*, Gonthier J., writing for the majority, made it clear, *inter alia*, that his reasons should not be interpreted to equate a trust in Indian land with a common law trust. While the Supreme Court of Canada has yet to define the true nature and scope of the special fiduciary relationship between the Crown and the Indians, it would seem that, in the context of a trust in Indian land, the effects of a "true" trust are generally applicable.

On one side there was the privilege asserted by the Crown with regard to legal documents on account of the many hats She was wearing, on the other, the affirmation of the respondents' interests, i.e. the rights of the respondents to claim access to those legal documents, which originated in the trust-like relationship created by the surrenders. The Crown could not claim any privilege with respect to those documents that related to the assets under management when She was only wearing the hat of the trustee for the respondents' assets under management. She could have if, in respect of the same document, She could successfully claim other interests. Once these two values are properly assessed, any doubt must be resolved under the principles established by the Supreme Court of Canada in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski* (any conflict should be resolved in favour of protecting confidentiality). Thus, production of documents relating to legal advice referring specifically to administration of the mineral assets surrendered or the management of

dans les affaires *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville) et R. c. Van der Peet.*

Les appelants ont proposé une application stricte du principe de la fiducie compte tenu du rapport de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens. Ils ont soutenu que, comme la Couronne représentait beaucoup d'intérêts à des titres divers, les documents à l'égard desquels le privilège était revendiqué ne devraient pas être divulgués à moins qu'ils n'aient été obtenus par la Couronne dans l'administration du «patrimoine» ou dans l'exercice de ses obligations à titre de «fiduciaire» dans l'intérêt exclusif ou principal des bandes intimées. Les bandes favorisaient une application large du principe de la fiducie. À leur avis, elles devaient seulement établir à première vue qu'elles étaient bénéficiaires d'une fiducie ou d'une autre obligation fiduciaire et que les documents se rapportaient aux questions en litige. En ce sens, les intimés ont soutenu que les obligations fiduciaires de la Couronne exigeaient manifestement la divulgation de tout document qui avait des répercussions directes ou importantes sur l'administration de leurs biens ou le bien-fondé de l'administration par la Couronne de la fiducie des intimés, et qui se rapportait directement à une question dans le contexte du présent litige.

Arrêt: il convient de rejeter l'appel.

Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, le juge Gonthier, au nom de la majorité, a précisé, entre autres, qu'il ne fallait pas interpréter ses motifs comme ayant pour effet d'assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law. Bien que la Cour suprême du Canada doive encore définir la nature et la portée véritables du rapport fiduciaire particulier existant entre la Couronne et les Indiens, il semblerait que, dans le contexte d'une fiducie visant les terres indiennes, les effets d'une «véritable» fiducie sont généralement applicables.

D'un côté, il y avait le privilège revendiqué par la Couronne à l'égard des documents juridiques à divers titres; de l'autre côté, il y avait l'affirmation des droits des intimés, c'est-à-dire le droit des intimés de demander l'accès à ces documents juridiques, qui prenait naissance dans le rapport de nature fiduciaire créé par les cessions. La Couronne ne pouvait pas revendiquer de privilège à l'égard des documents qui se rapportaient aux biens à gérer lorsqu'elle agissait uniquement à titre de fiduciaire en ce qui concerne les biens des intimés à gérer. Elle le pouvait si, au sujet du même document, elle pouvait réussir à revendiquer avec succès d'autres intérêts. Une fois que ces deux valeurs ont été bien évaluées, tout doute doit être dissipé en vertu des principes établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski* (tout litige devrait être résolu de manière à favoriser la protection de la confidentialité). Ainsi, pour les fins de la communication des documents de la nature de conseils juridiques qui concernent

moneys derived therefrom, or programs and services discussed with any reference to the oil and gas interests will treat the respondent bands and nations much like beneficiaries of a private trust, entitled to access legal advice obtained by the Crown as "trustee". This is because, as beneficiaries of a variation of a trust in Indian lands, the respondents share an interest in that advice with the Crown, which is responsible for the administration and management of the mineral assets and revenues therefrom for the benefit exclusively of the respondent bands and nations.

It would frustrate the nature of the process to exclude documents which belong "by necessary implication" to the trusteeship in Indian land since, by definition, they were necessarily linked to the assets under administration. The exclusive or dominant benefit test proposed by the appellants was too narrow considering the intention of the parties at the time of the 1946 surrenders: "to have and to hold . . . forever, in trust to grant . . . to such person or persons, and upon such terms and conditions as the Government . . . may deem most conducive to our welfare and that of our people". The production of documents relating directly to cuts in programs and services that would have occurred considering the revenues of the assets under administration was indispensable to the actions. They were part of the total picture of the administration of the trusteeship in Indian land in terms of the conduct of the trustee during Her administration.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 450 (as am. *idem*).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5.
Indian Oil and Gas Act, R.S.C., 1985, c. 1-7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; (1997), 147 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

l'administration des ressources minérales cédées, ou la gestion des revenus en découlant, ou la mise en œuvre de programmes et la prestation de services examinés en rapport avec les droits sur les ressources de pétrole et de gaz, les bandes et nations intimées seront traitées de façon comparable aux bénéficiaires d'une fiducie privée et elles pourront avoir accès aux conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne à titre de «fiduciaire». La raison en est qu'en tant que bénéficiaires d'une modification d'une fiducie visant des terres indiennes, les intimées ont intérêt à prendre connaissance de ces conseils, au même titre que la Couronne, qui est responsable de l'administration et de la gestion des ressources minérales et des revenus tirés de ces ressources au profit exclusif des bandes et nations intimées.

Cela irait à l'encontre de la nature du processus que d'exclure les documents qui appartiennent «par déduction nécessaire» à la fiducie visant les terres indiennes puisque, par définition, ils sont nécessairement reliés aux biens à gérer. Le critère de l'intérêt exclusif ou principal proposé par les appelants était trop strict vu l'intention des parties à l'époque des cessions de 1946: «définitivement, en fiducie, pour cession, . . . à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement . . . jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple». La production des documents se rapportant directement aux coupures de programmes et de services qui seraient survenues étant donné les revenus des biens à administrer est indispensable à la poursuite des actions. Ils faisaient partie de l'image d'ensemble de l'administration de la fiducie visant les terres indiennes en ce qui a trait à la conduite du fiduciaire durant son administration.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. (1985), ch. 1-7.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. 1-5.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 450 (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; (1997), 147 D.L.R. (4th) 385; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

CONSIDERED:

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.

REFERRED TO:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; (1976), 70 D.L.R. (3d) 257; [1976] 6 W.W.R. 10; 11 N.R. 48; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

AUTHORS CITED

Oosterhoff, A. H. and E. E. Gillese. *A.H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1992.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEAL and cross-appeal from orders of the case management Judge (*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528; (1996), 110 F.T.R. 96 (T.D.), and *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1996), 119 F.T.R. 161 (F.C.T.D.)) following this Court's decision in *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.), revg *Samson Indian Band v. Canada*, [1994] F.C.J. No. 1448 (T.D.) (QL), relating to the parameters of the Crown's right to maintain a claim of privilege in respect of solicitor and client communications in the context of the trust-like relationship between the appellants and the respondents. Appeal and cross-appeal dismissed.

COUNSEL:

Barbara S. Ritzen, Douglas B. Titosky, Cara Stelmack and William J. Blain for appellants.
Edward H. Molstad, Q.C. and James O'Reilly for respondent, Samson Band.

DÉCISION EXAMINÉE:

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.

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; (1976), 70 D.L.R. (3d) 257; [1976] 6 W.W.R. 10; 11 N.R. 48; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

DOCTRINE

Oosterhoff, A. H. and E. E. Gillese. *A.H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1992.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEL et appel incident formés contre des ordonnances du juge responsable de la gestion de l'instance (*Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528; (1996), 110 F.T.R. 96 (1^{re} inst.), et *Buffalo et autres c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et autres* (1996), 119 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.) suivant la décision rendue par notre Cour dans *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.), infirmant *Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1994] F.C.J. n° 1448 (1^{re} inst.) (QL), portant sur les paramètres du droit de la Couronne de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport de nature fiduciaire existant entre les appelants et les intimés. Appel et appel incident rejetés.

AVOCATS:

Barbara S. Ritzen, Douglas B. Titosky, Cara Stelmack et William J. Blain pour les appelants.
Edward H. Molstad, c.r., et James O'Reilly pour l'intimée la Bande des Indiens Samson.

Maria A. Morellato for respondent, Ermineskin Band.

Maria A. Morellato pour l'intimée la Bande des Indiens Ermineskin.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.

Parlee McLaws, Edmonton, for respondent, Samson Band.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for respondent, Ermineskin Band.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.

Parlee McLaws, Edmonton, pour l'intimée la Bande des Indiens Samson.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour l'intimée la Bande des Indiens Ermineskin.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal from two orders of MacKay J. The first, dated March 20, 1996 [[1996] 2 F.C. 528], deals with legal documents claimed as privileged by the appellants, (the Crown). The second, dated September 10, 1996 [(1996), 119 F.T.R. 161], concerns the application of his earlier order dated March 20, 1996. The respondents, in turn, have cross-appealed both of MacKay J.'s orders. These two orders were rendered in the context of pre-trial conferences held under the case management system.

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre deux ordonnances du juge MacKay. La première, en date du 20 mars 1996 [[1996] 2 C.F. 528], traite des documents juridiques visés par le privilège revendiqué par les appelants (la Couronne). La deuxième, en date du 10 septembre 1996 [(1996), 119 F.T.R. 161], concerne l'application de son ordonnance précédente en date du 20 mars 1996. Les intimés, à leur tour, ont interjeté un appel incident contre les deux ordonnances du juge MacKay. Ces deux ordonnances ont été rendues dans le contexte de conférences préalables à l'instruction tenues en vertu du système de gestion des instances.

[2] The main issue in this appeal and in this cross-appeal relates to the parameters of the appellants' right to maintain a claim of privilege in respect of solicitor and client communications in the context of the relationship between the appellants and the respondents.

[2] Le présent appel et le présent appel incident portent principalement sur les paramètres du droit des appelants de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport existant entre les appelants et les intimés.

Nature of the proceedings

La nature de l'instance

[3] The respondents commenced actions against the Crown for breach of trust or fiduciary obligations resulting from the Crown's management of oil and gas resources in reserve lands surrendered by the three respondent Indian bands to the Crown in 1946 (the oil and gas issues), from the Crown's management of moneys derived as royalties or other revenues from leases or sales of the oil and gas resources thus surrendered (the moneys issues), and from the Crown's provision of programs and services to the

[3] Les intimés ont intenté des actions contre la Couronne pour violation de fiducie ou d'obligations fiduciaires découlant de la gestion, par la Couronne, des ressources de pétrole et de gaz situées sur des terres des réserves cédées par les trois bandes indiennes intimées à la Couronne en 1946 (les questions relatives au pétrole et au gaz), de l'administration, par la Couronne, des fonds perçus sous forme de redevances ou d'autres revenus tirés de la concession ou de la vente des ressources de pétrole et de gaz ainsi cédées

respondent bands (the programs and services issues).

[4] The alleged trust or fiduciary obligations arise from the Treaty No. 6 of 1876 and subsequent surrenders by way of which the ancestors of, and the respondent bands, surrendered to the Crown their rights in oil and gas mineral resources. The land was part of Indian reserves which had been set aside for the use and benefit of the respondent bands, including the Pigeon Lake Reserve No. 138A, which was set apart for the benefit of the respondent bands as well as that of other Indian bands. Since then, the Parliament of Canada has enacted different legislation, including various versions of the *Indian Act*¹ and the *Indian Oil and Gas Act*,² and regulations thereunder, in regard to the management, administration and control of oil and gas resources and the royalties, payments and moneys therefrom, for the benefit of Indian bands.

[5] The moneys and royalties derived from the surrenders of the respondents' rights in oil and mineral resources are staggering. Suffice it to say that as of March 31, 1989, there were approximately 744 million dollars in Indian "capital monies" in the Consolidated Revenue Fund, 90% of which was derived from the production of oil and gas on the Pigeon Lake Indian Reserve.³ Needless to say, the interests at stake are enormous.

[6] The proceedings leading to the present appeal and cross-appeal can be summarized as follows. As required by subsection 448(1) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)], the Crown filed its affidavits of documents in respect of the respondents' actions. Pursuant to subsection 448(2) [as am. *idem*], the Crown identified, in separate lists, those documents for which privilege was claimed. The respondents, by way of motion, sought an order requiring production of the documents over which the Crown had claimed privilege. By order dated September 9, 1994, MacKay J. ordered the

(les questions relatives à la gestion des sommes d'argent) et de la prestation, par la Couronne, de programmes et de services aux bandes intimées (les questions relatives aux programmes et aux services).

[4] La présumée fiducie et les présumées obligations fiduciaires découlent du Traité n° 6 de 1876 et de cessions subséquentes au moyen desquels les bandes intimées et leurs ancêtres ont cédé à la Couronne leurs droits sur les ressources minérales de pétrole et de gaz. Les terres faisaient partie des réserves indiennes qui avaient été mises de côté au bénéfice des bandes intimées, dont la Réserve n° 138A du lac Pigeon, qui a été mise de côté au bénéfice des bandes intimées et à celui d'autres bandes indiennes. Depuis lors, le Parlement du Canada a adopté différentes lois, dont diverses versions de la *Loi sur les Indiens*¹ et la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*² et leurs règlements d'application, en ce qui concerne la gestion, l'administration et le contrôle des ressources de pétrole et de gaz ainsi que des redevances, des paiements et des fonds qui en sont tirés, au bénéfice des bandes indiennes.

[5] Les fonds et les redevances découlant de la cession des droits des intimés sur les ressources de pétrole et de gaz sont incroyables. Qu'il suffise de dire qu'au 31 mars 1989, il y avait environ 744 millions de dollars au titre des «deniers versés aux comptes de capital» des Indiens dans le Fonds consolidé du revenu, dont 90 pour 100 découlaient de la production de pétrole et de gaz sur la Réserve indienne du lac Pigeon³. Il va sans dire que les intérêts en jeu sont considérables.

[6] L'instance qui a mené au présent appel et au présent appel incident pourrait se résumer ainsi. Comme l'exige le paragraphe 448(1) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15)], la Couronne a déposé ses affidavits de documents relativement aux actions des intimés. Conformément au paragraphe 448(2) [mod., *idem*], la Couronne a indiqué, dans des listes séparées, les documents à l'égard desquels le privilège était revendiqué. Les intimés ont, par voie de requête, demandé une ordonnance exigeant la production des documents à l'égard desquels la Couronne avait revendiqué un

Crown to file an amended affidavit of documents, pursuant to Rules 448 and 450 [as am. *idem*] of the *Federal Court Rules*, identifying five categories of documents in respect of which privilege had been claimed by the Crown and made directions with respect to the production of documents in each of those categories. For the purpose of the present appeal, the only documents giving rise to dispute are those in the nature of legal advice and for which solicitor and client privilege is claimed.

[7] MacKay J.'s September order was appealed to this Court and the appeal was allowed in part. Before the Court of Appeal, the respondents claimed that the special trust-like relationship between the Crown and the Indians precluded the Crown from claiming privilege over documents in the nature of legal advice. The respondents relied on the "trust principle" by virtue of which no privilege attaches to communications between a solicitor and the trustee as against the beneficiaries who have a joint interest with the trustee in the subject-matter of the communications.

[8] By decision dated May 12, 1995,⁴ this Court concluded that the trust principle could not apply to "Crown trusts", such as the one in issue, in the same manner and to the same extent as if it were a private trust. After an analysis with respect to the degree of applicability of the trust principle in light of a conceded *prima facie* trust-type relationship between the Crown and the Indians, the Court concluded that it was not possible, at the discovery stage of the proceedings, to assess with specificity which documents, or class of documents, would be producible pursuant to a "Crown trust". The matter was referred back to the case management Judge in order for the respondents to challenge the claim of privilege document by document bearing in mind, as suggested by the Supreme Court of Canada in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*,⁵ that any conflict should be resolved in favour of protecting confidentiality. I shall return to this Court's decision in greater detail later on.

privilege. Par ordonnance en date du 9 septembre 1994, le juge MacKay a ordonné à la Couronne de déposer un affidavit modifié des documents, conformément aux Règles 448 et 450 [mod., *idem*] des *Règles de la Cour fédérale*, mentionnant cinq catégories de documents à l'égard desquels le privilège avait été revendiqué par la Couronne et il a formulé des directives relativement à la production de documents dans chacune de ces catégories. Aux fins du présent appel, les seuls documents donnant lieu au litige sont de la nature de conseils juridiques et sont visés par le privilège revendiqué relativement aux communications entre avocat et client.

[7] Il a été interjeté appel de l'ordonnance de septembre du juge MacKay et l'appel a été accueilli en partie. Devant la Cour d'appel, les intimés ont prétendu que le rapport spécial de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les Indiens empêchait la Couronne de revendiquer le privilège à l'égard de documents de la nature de conseils juridiques. Les intimés ont invoqué le «principe de la fiducie» en vertu duquel aucun privilège n'est relié aux communications entre avocat et le fiduciaire plutôt que les bénéficiaires qui ont un intérêt conjoint avec le fiduciaire en matière de communications.

[8] Dans une décision en date du 12 mai 1995⁴, notre Cour a conclu que le principe de la fiducie ne pouvait pas s'appliquer aux «fiducies de la Couronne», comme celle en litige, de la même manière et dans la même mesure que s'il s'agissait d'une fiducie privée. Après avoir analysé le degré d'applicabilité du principe de la fiducie compte tenu de l'existence admise d'un rapport fiduciaire à première vue entre la Couronne et les Indiens, la Cour a conclu qu'il n'était pas possible, à l'étape de l'enquête préalable, d'évaluer précisément quels documents ou catégories de documents pourraient être produits conformément à une «fiducie de la Couronne». L'affaire a été renvoyée au juge responsable de la gestion de l'instance afin que les intimés puissent contester la revendication de privilège pour chaque document en n'oubliant pas, comme le suggère la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*⁵, que tout litige devrait être résolu de manière à favoriser la protection de la confidentialité. Je reviendrai plus loin à la décision de notre Cour plus en détail.

Orders appealed and cross-appealed from

[9] In light of the principles adopted by this Court's decision dated May 12, 1995, the parties re-attended before MacKay J. in order to present further submissions concerning the disclosure of documents in the nature of legal advice. In the meantime, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*.⁶ On March 20, 1996, after having taken account of the pronouncements of Gonthier J., for the majority,⁷ in *Blueberry River Indian Band*, the case management Judge made the following order:⁸

1. For purposes of discovery, the Crown shall produce any document in the nature of, and heretofore claimed as being privileged as, legal advice, which is not otherwise claimed as privileged under the litigation privilege, that concerns the administration of, or the discharge of, responsibilities of the Crown as trustee for the benefit of the Respondent Bands and peoples arising from the surrenders to the Crown, in 1946, by the Respondents of their rights in oil and gas mineral resources on their respective reserve lands: including the Crown's responsibilities for:

- a) the management of oil and gas mineral resources;
- b) the management of funds derived as royalties or otherwise from the oil and gas resources;
- c) the establishment or operation of programs and services operated under the aegis of the Crown where the advice sought or received makes reference to the mineral resources surrendered by the Respondents or revenues derived therefrom.

2. This order to produce does not extend to documents claimed as privileged under the legal advice privilege which are general in nature and do not, by express terms or necessary implication, relate to the special trust-like arrangement created by the surrenders.

[10] Still in the context of the case management system, the parties attended a further hearing during which they submitted to the case management Judge sample lists of privileged documents,⁹ and asked him to identify which of those documents would be

Les ordonnances faisant l'objet d'un appel et d'un appel incident

[9] Compte tenu des principes adoptés dans la décision de notre Cour en date du 12 mai 1995, les parties ont comparu de nouveau devant le juge MacKay afin de présenter d'autres arguments concernant la divulgation de documents de la nature de conseils juridiques. Dans l'intervalle, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*.⁶ Le 20 mars 1996, après avoir pris en considération les motifs exposés par le juge Gonthier, au nom de la majorité⁷, dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, le juge responsable de la gestion de l'instance a rendu l'ordonnance suivante⁸:

1. Pour les fins de l'enquête préalable, la Couronne produira tous les documents qui sont de la nature de conseils juridiques, visés jusqu'ici par le privilège revendiqué mais non spécifiquement en vertu du privilège des communications liées à une instance, ayant trait à l'administration ou à l'exécution des responsabilités de la Couronne en sa qualité de fiduciaire au profit des bandes demanderesse et de leurs membres en raison de la cession consentie à Sa Majesté par les demandeurs, en 1946, de leurs droits miniers concernant les ressources de pétrole et de gaz situées sur les terres des réserves, notamment les responsabilités de la Couronne ayant trait:

- a) à la gestion des ressources de pétrole et de gaz;
- b) à l'administration des fonds perçus sous forme de redevances ou d'autres revenus tirés des ressources de pétrole et de gaz;
- c) à l'établissement ou à l'application de programmes et à la prestation de services sous l'égide de la Couronne lorsque les conseils demandés ou reçus font référence aux ressources minérales cédées par les demandeurs ou aux revenus tirés de ces ressources.

2. La présente ordonnance ne s'étend pas aux documents de nature générale visés par le privilège des conseils juridiques et qui, expressément ou implicitement, ne portent pas sur le rapport spécial de nature fiduciaire créé par les cessions.

[10] Encore dans le contexte du système de gestion des instances, les parties ont comparu à une autre audience durant laquelle elles ont présenté au juge responsable de la gestion de l'instance des listes de documents visés par le privilège revendiqué⁹ et lui ont

produçible en lumière des principes énoncés dans l'ordonnance du 20 mars 1996. Par l'ordonnance du 10 septembre 1996, le juge MacKay J. a conclu que les documents mentionnés dans la liste d'échantillons étaient produçibles:¹⁰

A. où ils se rapportent expressément à l'administration de la Couronne en relation avec la «res» ou le sujet de la relation de confiance, c.à.d. les intérêts en pétrole et en gaz cédés par les plaignants en 1946 ou les fonds qui en sont tirés et qui sont détenus pour les bandes plaignantes;

B. où, bien que générale de nature sans référence spécifique à la «res», les documents par implication nécessaire sont considérés comme se rapportant à l'administration de la «res» ou le sujet de la relation de confiance, y compris

- 1) un document joint ou incorporé par renvoi à un autre document produçible,
- 2) un document qui traite expressément ou implicitement de la «res», qui a été obtenu ou demandé en raison de questions soulevées par les plaignants concernant l'administration de leurs intérêts en la «res»,
- 3) un document se rapportant à la création ou l'opération d'un fonds de confiance par une bande plaignante, créé à partir de fonds détenus par la Couronne pour la bande,
- 4) un document se rapportant à l'administration de la «res» mais sans référence spécifique aux plaignants, qui sont les bénéficiaires, c.à.d. Pigeon Lake Reserve ou les intérêts en pétrole et en gaz ou les revenus qui en sont tirés,
- 5) un document, bien que général, sans référence spécifique à la «res» ou les plaignants, qui se rapporte à l'application de la **Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes** ou des règlements qui y sont énoncés (mais excluant l'application à des tiers et excluant les propositions de changement législatif), et
- 6) un document concernant les intérêts d'une autre bande qui est ultérieurement spécifiquement référé à l'administration de la «res» des plaignants.

C. Finalement, il peut y avoir des documents traitant de programmes et services, émis par d'autres autorités ou responsables de la Couronne, dans lesquels la détermination de ces responsabilités est examinée en tenant compte de la richesse comparée des plaignants en raison de leurs intérêts en la «res».

[11] Dans l'annexe B de sa décision, chaque document de l'échantillon était accompagné d'une indication de

demandé d'indiquer lesquels de ces documents pouvaient être produits compte tenu des principes énoncés dans l'ordonnance du 20 mars 1996. Dans une ordonnance en date du 10 septembre 1996, le juge MacKay a conclu que les documents mentionnés dans la liste d'échantillons pouvaient être produits¹⁰:

A. Les documents se rapportant expressément à l'administration des responsabilités de la Couronne relativement au «patrimoine» ou à l'objet du rapport fiduciaire, c'est-à-dire les droits sur les ressources de pétrole et de gaz cédés par les demandeurs en 1946 ou les fonds qui en sont tirés et qui sont détenus pour les bandes demanderesse;

B. Quoique de nature générale, les documents ne font pas expressément référence au «patrimoine» mais sont considérés, par déduction nécessaire, comme se rapportant à l'administration du «patrimoine» ou de l'objet du rapport fiduciaire, et notamment:

- 1) le document joint ou incorporé par renvoi à un autre document pouvant être produit,
- 2) le document portant expressément ou implicitement sur le «patrimoine» qui a été obtenu ou demandé à la suite des questions posées par les demandeurs au sujet de l'administration de leurs droits sur le «patrimoine»,
- 3) le document renvoyant à la création ou à la gestion par une bande demanderesse d'un fonds en fiducie créé grâce à des fonds détenus par la Couronne pour la bande,
- 4) le document ayant trait à l'administration du «patrimoine» mais qui ne fait pas expressément référence aux demandeurs, qui sont les bénéficiaires, par exemple la réserve de Pigeon Lake ou les droits sur les ressources de pétrole ou de gaz ou les revenus qui en sont tirés,
- 5) le document qui, bien que de nature générale et sans référence expresse au «patrimoine» ni aux demandeurs, renvoie à l'application de la **Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes** ou de son règlement d'application (les documents visant l'application de ces textes à des tiers et ceux portant sur des projets de modifications législatives sont exclus),
- 6) le document concernant les droits d'une autre bande qui est par la suite expressément rattaché à l'administration du «patrimoine» des demandeurs.

C. Enfin, les documents concernant les programmes et les services, fournis en vertu d'autres pouvoirs et responsabilités de la Couronne, dans lesquels la détermination de ces responsabilités est examinée en tenant compte de la richesse comparée des demandeurs en raison de leurs droits sur le «patrimoine» de la fiducie.

[11] À l'annexe B de sa décision, chaque document de l'échantillon était accompagné d'une indication de

it stood in terms of its classification and production.

[12] The Crown, before this Court, challenges the March 20, 1996, order. With respect to the September 10, 1996, order, the Crown contends that the case management Judge erred in ordering that the documents found in categories B1, B2, B3, B5, B6 and C should be produced. She does not object to category A except to say that some documents do not belong to it. The respondents cross-appeal the March 20, 1996, and September 10, 1996, orders, in so far as they exclude from production those documents which dealt with proposals for legislative changes or general advice relating to the administration of Indian moneys or Indian oil and gas resources. Even if they do not mention specifically the “res” of the trust relationship, these last documents, say the respondents, deal directly or by necessary implication with the Crown’s fiduciary obligations.

Positions of the parties in the appeal and the cross-appeal

[13] Before this Court, the appellants propose a narrow application of the trust principle in light of the trust-like relationship between the Crown and the Indians. According to the appellants, since the Crown wears many hats and represents many interests, the documents over which privilege is claimed should not be disclosed unless they were obtained by the Crown in the administration of the “res” or in the course of the Crown carrying out its duties as “trustee” for the exclusive or dominant benefit of the respondent bands.

[14] The respondent bands favour a large application of the trust principle in light of the trust-like relationship between the Indians and the Crown. According to the respondents, the claimant must only establish *prima facie* that he or she is a beneficiary of a trust or other fiduciary obligation and that the documents are relevant to the issues in the litigation. In this sense, the respondents submit that the Crown’s trust obligations clearly require disclosure of any document which

l’endroit où il se trouvait en ce qui concerne sa classification et sa production.

[12] La Couronne conteste devant notre Cour l’ordonnance du 20 mars 1996. Quant à l’ordonnance du 10 septembre 1996, la Couronne prétend que le juge responsable de la gestion de l’instance a commis une erreur en ordonnant que les documents se trouvant dans les catégories B1, B2, B3, B5, B6 et C devraient être produits. Elle ne s’oppose pas à la catégorie A, si ce n’est pour dire que certains documents n’en font pas partie. Les intimés interjettent un appel incident contre les ordonnances du 20 mars 1996 et du 10 septembre 1996, dans la mesure où elles empêchent la production des documents qui traitent de propositions de modifications législatives ou de conseils généraux relativement à l’administration des fonds des Indiens ou des ressources de pétrole et de gaz des Indiens. Même s’ils ne mentionnent pas précisément l’«objet» du rapport fiduciaire, ces derniers documents, selon les intimés, traitent directement ou par déduction nécessaire des obligations fiduciaires de la Couronne.

Les positions des parties à l’appel et l’appel incident

[13] Devant notre Cour, les appelants proposent une application stricte du principe de la fiducie compte tenu du rapport de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens. D’après les appelants, comme la Couronne représente beaucoup d’intérêts à des titres divers, les documents à l’égard desquels le privilège est revendiqué ne devraient pas être divulgués à moins qu’ils n’aient été obtenus par la Couronne dans l’administration du «patrimoine» ou dans l’exercice de ses obligations à titre de «fiduciaire» dans l’intérêt exclusif ou principal des bandes intimées.

[14] Les bandes intimées favorisent une application large du principe de la fiducie compte tenu du rapport de nature fiduciaire existant entre les Indiens et la Couronne. Selon les intimés, celui qui revendique doit établir seulement à première vue qu’il bénéficie d’une fiducie ou d’une autre obligation fiduciaire et que les documents se rapportent aux questions en litige. En ce sens, les intimés soutiennent que les obligations fiduciaires de la Couronne exigent manifestement la

has a direct or significant impact on the administration of their assets or on the propriety of the Crown's administration of the respondents' trust, and which directly relates to an issue in the context of the present litigation.

Analysis

[15] As a starting proposition, this Court's decision of May 12, 1995, must be reviewed in the light of the recent decisions of the Supreme Court of Canada in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*,¹¹ *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*,¹² and *R. v. Van der Peet*.¹³

[16] In its May 12, 1995, decision, this Court held that, for the trust principle to apply at the discovery stage of an action for breach of duty in the administration of a trust, two conditions had to be met. Firstly, the alleged trust relationship must be established on a *prima facie* basis. Secondly, the documents allegedly belonging to the beneficiaries must be documents obtained or prepared by the trustee in the administration of the trust and in the course of the trustee carrying out his duties as trustee.¹⁴

[17] The Court was prepared, because of the very special relationship between the Crown and the Indians, and because the Crown was to be held to a "high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal people",¹⁵ to accept that whatever was the precise nature of the relationship between the Crown and the respondent bands, it would qualify *prima facie* as a trust-type relationship for the purposes of the application of the trust principle at the discovery stage. The Court's concern, however, was with respect to the second condition.

[18] The Court was of the opinion that the rules and practices developed with respect to private trust did not automatically apply to "Crown trusts" such as the one in this case. This was explained the following way:¹⁶

divulgarion de tout document qui a des répercussions directes ou importantes sur l'administration de leurs biens ou le bien-fondé de l'administration par la Couronne de la fiducie des intimés et qui se rapporte directement à une question dans le contexte du présent litige.

Analyse

[15] D'abord, il faut examiner la décision rendue par notre Cour le 12 mai 1995 en tenant compte des arrêts récents de la Cour suprême du Canada *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*¹¹; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*¹²; et *R. c. Van der Peet*¹³.

[16] Dans sa décision du 12 mai 1995, notre Cour a jugé que, pour que le principe de la fiducie s'applique à l'étape de l'enquête préalable d'une action pour violation d'une obligation dans l'administration d'une fiducie, il fallait satisfaire à deux conditions. Premièrement, il faut présenter une preuve à première vue de l'existence du rapport fiduciaire allégué. Deuxièmement, les documents qui appartiendraient aux bénéficiaires doivent être des documents obtenus ou préparés par le fiduciaire dans l'administration de la fiducie et dans l'exercice de ses fonctions de fiduciaire¹⁴.

[17] Compte tenu du rapport très particulier qui lie la Couronne aux Indiens et du fait que la Couronne doit être tenue au respect «d'une norme élevée—celle d'agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones»¹⁵, la Cour était disposée à reconnaître que, peu importe la nature exacte du rapport existant entre la Couronne et les Indiens, il pourrait être considéré à première vue comme un rapport de nature fiduciaire aux fins de l'application du principe de la fiducie à l'étape de l'enquête préalable. Toutefois, la Cour s'est intéressée à la deuxième condition.

[18] La Cour était d'avis que les règles et les pratiques élaborées relativement à la fiducie privée ne s'appliquaient pas automatiquement aux «fiducies de la Couronne» comme celle dont il s'agit en l'espèce. Elle l'a expliqué de la façon suivante¹⁶:

It is settled law that where there is a trust relationship, no privilege attaches to communications between a solicitor and the trustee as against the beneficiaries who have a joint interest with the trustee in the subject-matter of the communications. The matter was recently canvassed by Lederman J. in *Re Ballard Estate*, where it was said:

Both counsel recognized the principle that communications passing between an executor or trustee and a solicitor are not privileged as against beneficiaries who are claiming under the will or trust. The rationale was set out in the classic statement of Lord Wrenbury in *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581 at pp. 626-27, [1920] All E.R. Rep. 1 (H.L.), as follows:

If the plaintiff is right in saying that he is a beneficiary, and if the documents are documents belonging to the executors as executors, he has a right to access to the documents which he desires to inspect upon what has been called in the judgments in this case a proprietary right. The beneficiary is entitled to see all trust documents because they are trust documents and because he is a beneficiary. They are in this sense his own. Action or no action, he is entitled to access to them. This has nothing to do with discovery. The right to discovery is a right to see someone else's documents. The proprietary right is a right to access to documents which are your own. No question of professional privilege arises in such a case. Documents containing professional advice taken by the executors as trustees contain advice taken by trustees for their cestuis que trust, and the beneficiaries are entitled to see them because they are beneficiaries.

...

The basis of the trust principle, as appears from Mr. Justice Lederman's reasons in *Re Ballard Estate*, is the assumption, in cases of private trusts, that legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries "because the very reason that the solicitor was engaged and advice taken by the trustees was for the due administration of the estate and for the benefit of all beneficiaries who take or may take under the will or trust".

That assumption cannot be applied to Crown "trusts". The Crown can be no ordinary "trustee". It wears many hats and represents many interests, some of which cannot but be conflicting. It acts not only on behalf or in the interest of the Indians, but it is also accountable to the whole Canadian population. It is engaged in many regards in continuous

Il est bien établi en droit qu'en présence d'un rapport fiduciaire, aucun privilège protégeant les communications entre l'avocat et le fiduciaire ne peut être opposé aux bénéficiaires qui ont un intérêt conjoint avec le fiduciaire dans l'objet des communications. Cette question a été analysée récemment par le juge Lederman, dans l'affaire *Re Ballard Estate*:

[TRADUCTION] Les deux avocats ont reconnu le principe selon lequel les communications entre un exécuteur ou un fiduciaire et un avocat ne sont pas protégées par un privilège opposable aux bénéficiaires qui font valoir leurs droits en vertu du testament ou de la fiducie. La raison d'être de ce principe a été énoncée dans l'extrait classique du jugement de Lord Wrenbury dans l'affaire *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581, pp. 626 et 627, [1920] All E.R. Rep. 1 (Ch. des lords):

Si le demandeur a raison d'affirmer qu'il est un bénéficiaire, et si les documents sont des documents appartenant aux exécuteurs en cette qualité, il a le droit d'avoir accès aux documents qu'il désire examiner en vertu de son droit que les jugements en l'espèce ont qualifié de droit propriétaire. Le bénéficiaire est autorisé à consulter tous les documents de la fiducie parce que ce sont des documents de la fiducie et parce qu'il est un bénéficiaire. En ce sens, ils lui appartiennent. Qu'une action soit intentée ou non, il a le droit d'y avoir accès. Ce droit n'a aucun rapport avec la divulgation de documents. Le droit à la divulgation de documents est le droit de voir des documents appartenant à quelqu'un d'autre. Le droit propriétaire est un droit d'accès aux documents qui nous appartiennent. Aucune question relative au privilège du secret professionnel ne saurait être en cause en l'espèce. Les documents contenant des conseils professionnels reçus par les exécuteurs en leur qualité de fiduciaires contiennent des conseils reçus par les fiduciaires au nom des bénéficiaires et ces derniers ont le droit de les consulter parce qu'ils sont bénéficiaires.

...

Si l'on se reporte aux motifs du juge Lederman dans l'affaire *Re Ballard Estate*, le fondement du principe de la fiducie est la présupposition, dans le cas des fiducies privées, que les conseils juridiques demandés par le fiduciaire appartiennent aux bénéficiaires «parce que la véritable raison pour laquelle les services de l'avocat ont été retenus et ses conseils ont été reçus par les fiduciaires était la bonne administration de la succession, dans l'intérêt de tous les bénéficiaires qui bénéficient ou peuvent bénéficier du testament ou de la fiducie.»

Cette présupposition ne peut s'appliquer aux «fiducies» de la Couronne. La Couronne ne saurait être un «fiduciaire» ordinaire. Elle agit à plusieurs titres et elle représente de nombreux intérêts, dont certains sont nécessairement opposés. Non seulement agit-elle au nom ou dans l'intérêt des Indiens, mais encore doit-elle rendre compte à l'ensem-

litigation. It has always to think in terms of present and future legal and constitutional negotiations, be they with the Indians or with the provincial governments, which negotiations, it might be argued, can be equated in these days and ages with continuous litigation. Legal advice may well not have been sought or obtained for the exclusive or dominant benefit of the Indians, let alone that of the three bands involved in these proceedings. Legal advice may well relate to policy decisions in a wide variety of areas which have nothing or little to do with the administration of the "trusts". It is doubtful that payment of the legal opinions given to the Crown is made out of the "private" funds of the "trusts" it administers [Emphasis added.]

[19] The Court concluded that it was simply not possible at that stage of the proceedings to assume in a general way which of the documents at issue, in whole and in part, were documents which were obtained or prepared by the Crown in the course of carrying out its duties as "trustee" for the respondents. The Court held:¹⁷

As noted by Dickson J. (as he then was) in *Solosky*, "privilege can only be claimed document by document". We have not seen the documents at issue; we do not know what argument nor what line of argument, if any, may be developed by the parties with respect to each of the documents and, eventually, to a class of them. Furthermore, we cannot rely on any practical precedent in the case law, for this is an approach to the law of privilege which is peculiar to the yet unsettled relationship between the Crown and the Indians. It is not possible in the abstract to resolve the conflict between the alleged right of the Crown to privilege and the alleged right of the respondents to disclosure otherwise than in the manner suggested by the Supreme Court in *Descôteaux*, i.e. in favour of protecting privilege. [Emphasis added.]

[20] At issue in *Blueberry River Indian Band*, pronounced by the Supreme Court of Canada a few months later, was the alleged breach of fiduciary obligation on the part of the Crown with regard, in particular, to two surrenders which had occurred, one in 1940 and one in 1945. Gonthier J., for the majority, was of the view that principles of common law property were not helpful in the context of that case. Since Indian title in reserves is *sui generis*, it would

ble de la population canadienne. Elle participe, à de nombreux égards, à des litiges en instance. Elle doit toujours tenir compte des négociations juridiques et constitutionnelles en cours et à venir, avec les Indiens ou avec les gouvernements provinciaux, et on peut soutenir que ces négociations peuvent, à notre époque, être assimilées à des litiges en instance. Les conseils juridiques en cause peuvent très bien ne pas avoir été demandés, ni obtenus, dans l'intérêt exclusif ou principal des Indiens, et encore moins dans celui des trois bandes qui sont parties à l'instance. Il se peut très bien que ces conseils juridiques soient liés à des décisions en matière de politique, dans une grande diversité de secteurs qui n'ont que peu ou pas de liens avec l'administration des «fiducies». Il est peu probable que le paiement des opinions juridiques données à la Couronne ait été prélevé sur les fonds «privés» des «fiducies» qu'elle administre . . . [Non souligné dans l'original.]

[19] La Cour a conclu qu'il n'était tout simplement pas possible à cette étape de l'instance de présumer de façon générale lesquels des documents en cause, en tout ou en partie, étaient des documents qui avaient été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'exercice de ses fonctions à titre de «fiduciaire» des intimés. La Cour a statué¹⁷:

Comme l'a précisé le juge Dickson (alors juge puiné) dans *Solosky*, «le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement». Nous n'avons pas vu les documents en cause; nous ne connaissons pas la plaidoirie, ni l'orientation de la plaidoirie que les parties pourraient élaborer, le cas échéant, relativement à chaque document et, peut-être, à une catégorie de documents. De plus, nous ne pouvons nous en remettre en pratique à aucun précédent, car la façon d'aborder le droit des privilèges en l'espèce est particulière aux rapports entre les Indiens et la Couronne, dont la nature n'a pas encore été établie. Il n'est pas possible de trancher hors contexte le conflit qui oppose le prétendu droit de la Couronne à un privilège et le prétendu droit des intimés à la divulgation, si ce n'est conformément à l'arrêt *Descôteaux* de la Cour suprême, c'est-à-dire en faveur du respect du privilège. [Non souligné dans l'original.]

[20] L'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, rendu par la Cour suprême du Canada quelques mois plus tard, portait notamment sur la violation présumée de l'obligation fiduciaire de la Couronne à l'égard, notamment, de deux cessions qui étaient survenues l'une en 1940 et l'autre en 1945. Le juge Gonthier, au nom de la majorité, était d'avis que les principes généraux du droit des biens en common law n'étaient pas utiles dans le contexte de ce pourvoi. Puisque le

have been most unfortunate if the technical land transfer requirements embodied in the common law were to frustrate the intention of the parties and, in particular, the Band, in relation to their dealings. The *sui generis* nature of aboriginal title requires courts, he said, to go beyond the usual restrictions imposed by the common law, in order to give effect to the true purpose of the dealings.¹⁸ He made it clear that his reasons should not be interpreted to equate a trust in Indian land with a common law trust. He was well aware, he said,¹⁹ that this issue was not resolved in *Guerin et al. v. The Queen et al.*,²⁰ and he had no wish to pronounce upon it in that case. He noted that the Supreme Court did recognize in *Guerin* that the “trust-like” obligations and principles would be relevant to the analysis of a surrender of Indian lands. Both surrenders in the *Blueberry River Indian Band* case had been framed as trusts. The parties, therefore, according to Gonthier J., had intended to create a trust-like relationship which he characterized, for lack of a better label, as “trusts in Indian lands”.

titre indien sur les réserves a un caractère *sui generis*, il serait fort malencontreux que les exigences de forme de la common law en matière de transfert foncier viennent frustrer l'intention des parties, tout particulièrement celle de la bande, à l'égard de leurs opérations. Compte tenu du caractère *sui generis* du titre autochtone, les tribunaux doivent faire abstraction, a-t-il déclaré, des restrictions habituelles imposées par la common law afin de donner effet à l'objet véritable de ces opérations¹⁸. Il a précisé qu'il ne fallait pas interpréter ses motifs comme ayant pour effet d'assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law. Il était bien conscient, disait-il¹⁹, que cette question n'a pas été tranchée dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*²⁰, et il ne désirait pas le faire en l'espèce. Il a noté que la Cour suprême a effectivement reconnu dans cet arrêt que les obligations et principes «semblables à ceux d'une fiducie» étaient pertinents dans le cadre de l'analyse d'une cession des terres indiennes. Les deux cessions en cause dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry* étaient conçues comme des fiducies. Les parties avaient en conséquence, selon le juge Gonthier, l'intention de créer des rapports semblables à ceux créés par une fiducie, qu'il a qualifiés, en l'absence d'une expression plus appropriée, de «fiducies visant des terres indiennes».

[21] Although it is settled that there is a special fiduciary relationship between the Crown and the Indians, the Supreme Court of Canada has yet to define its true nature and scope. And, although the rights of the Indians and the responsibilities of the Crown remain to be spelled out, the Supreme Court held in *Blueberry River Indian Band* that the Crown (DIA), having taken on the obligations as a trustee, was under a fiduciary duty to deal with the matter in the best interests of the Band members.²¹ Furthermore, when Gonthier J. stated, at page 364, that “[t]he DIA’s failure to continue the leasing arrangement could be excused if the Department had received a clear mandate from the Band to sell the mineral rights”, he applied a trust law defence which can be used by a trustee in order to refute a breach of trust.²² The requirement upon a trustee to act with reasonable diligence, which Gonthier J. attributed to the Crown later on (at page 366), is also to be found in the

[21] Bien qu'elle ait établi qu'il existe un rapport fiduciaire particulier entre la Couronne et les Indiens, la Cour suprême du Canada doit encore définir sa nature et sa portée véritables. Et, même s'il reste à expliquer bien clairement les droits des Indiens et les responsabilités de la Couronne, la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry* que la Couronne (MAI), en assumant les obligations d'un fiduciaire, avait l'obligation de fiduciaire d'agir dans les meilleurs intérêts des membres de la bande dans cette affaire²¹. De plus, lorsque le juge Gonthier a dit, à la page 364, que «[l']omission du MAI de continuer la location pourrait être excusée si le Ministère avait reçu de la bande le mandat clair de vendre les droits miniers», il a appliqué un moyen de défense fondé sur le droit des fiducies que le fiduciaire peut invoquer afin de réfuter une violation de fiducie²². L'obligation pour un fiduciaire d'agir avec diligence raisonnable, que le

principles of a common law trust.²³ It would appear, therefore, that in the context of a trust in Indian land,²⁴ the effects of a “true” trust are generally applicable.²⁵

[22] The Supreme Court of Canada’s decision in *St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook (City)*,²⁶ which was rendered after the case management Judge’s orders, is largely an application of the *Blueberry River Indian Band* decision. The case of *R. v. Van der Peet*,²⁷ also pronounced after the two orders of the case management Judge were issued, is an affirmation that Indian treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] are to be given a generous and liberal interpretation,²⁸ and that where there is any doubt or ambiguity with regard to the scope and definition of subsection 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of Aboriginal peoples.

[23] There are two important values at stake in the case at bar. One is the privilege asserted by the Crown with regard to legal documents. The other is the affirmation of the respondents’ interests. The line of demarcation lies between the rights of the respondents to claim access to those legal documents, which originate in the trust-like relationship created by the surrenders (the nature and scope of which remaining undefined), and the extent to which the Crown may claim privilege on those documents on account of the many hats She is wearing. The Crown cannot claim any privilege on those documents that relate to the assets under management when She is only wearing the hat of the trustee for the respondents’ assets under management. She may if, on the same document, She can successfully claim other interests. Once these two values are properly assessed, any doubt must be resolved under the principles established by the Supreme Court of Canada in *Descôteaux*.

juge Gonthier a attribuée à la Couronne plus loin (à la page 366), se trouve également dans les principes d’une fiducie en common law²³. Il semblerait donc que, dans le contexte d’une fiducie visant les terres indiennes²⁴, les effets d’une «véritable» fiducie sont généralement applicables²⁵.

[22] L’arrêt de la Cour suprême du Canada *Bande indienne de St. Mary’s c. Cranbrook (Ville)*²⁶, qui a été rendu après les ordonnances du juge responsable de la gestion de l’instance, est en grande partie une application de l’arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*. L’arrêt *R. c. Van der Peet*²⁷, également prononcé après que les deux ordonnances du juge responsable de la gestion de l’instance eurent été rendues, constitue une confirmation que les droits des Indiens issus de traités et visés à l’article 35 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]] doivent recevoir une interprétation libérale et généreuse²⁸ et que, lorsqu’il existe un doute ou une ambiguïté relativement à la portée et à la définition du paragraphe 35(1), ce doute ou cette ambiguïté doivent jouer en faveur des peuples autochtones.

[23] Il y a deux valeurs importantes en cause dans la présente affaire. L’une est le privilège revendiqué par la Couronne à l’égard des documents juridiques. L’autre est l’affirmation des droits des intimés. La ligne de démarcation se trouve entre le droit des intimés de demander l’accès à ces documents juridiques, qui prend naissance dans le rapport de nature fiduciaire créé par les cessions (dont la nature et la portée ne sont pas encore définies) et la mesure dans laquelle la Couronne peut revendiquer le privilège à l’égard de ces documents à divers titres. La Couronne ne peut pas revendiquer de privilège à l’égard des documents qui se rapportent aux biens à gérer lorsqu’elle agit uniquement à titre de fiduciaire en ce qui concerne les biens des intimés à gérer. Elle le peut si, au sujet du même document, elle peut réussir à revendiquer avec succès d’autres intérêts. Une fois que ces deux valeurs ont été bien évaluées, tout doute doit être dissipé en vertu des principes établis par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Descôteaux*.

[24] The case management Judge correctly directed himself in the law when he stated, in his reasons for judgment of March 20, 1996:²⁹

That production will treat the plaintiff bands and nations much like beneficiaries of a private trust, entitled to access to legal advice obtained by the Crown as "trustee". This is because, as beneficiaries of a variation of a trust in Indian land, the plaintiffs share an interest in that advice with the Crown, which is responsible for administration and management of the mineral assets and revenues therefrom for the benefit exclusively of the plaintiff bands and nations.

He took the correct view of the respondents' joint interests when he ordered, on March 20, 1996, that the Crown produce any document in the nature of legal advice that concerns the administration of, or the discharge of, responsibilities of the Crown as trustee for the benefit of the plaintiff bands and peoples arising from the 1946 surrenders of rights in oil and gas mineral resources, including the royalties derived and the operation of programs and services where the advice sought made reference to the mineral resources surrendered and the revenues derived. He sought to make clear that documents claimed as privileged under the legal advice privilege, which were general in nature but which did not, by express terms or necessary implication, relate to the special trust-like arrangements resulting from the surrenders, were not to be disclosed. He clarified that order on September 10, 1996. The appellants do not object to category A of the second order except to say that certain specific documents classified by the Judge as belonging to that category do not in fact belong to it. The appellants object, however, to categories B1, B2, B3, B5, B6, which render documents of a general nature but related to the "*res*" by necessary implication, producible, and to category C, dealing with programs.

[25] In my view, it would frustrate the nature of the process to exclude documents which belong "by necessary implication" to the trusteeship in Indian land

[24] Le juge responsable de la gestion de l'instance a bien suivi le droit lorsqu'il a déclaré dans les motifs du jugement rendu le 20 mars 1996²⁹:

Pour les fins de la communication de ces documents, les bandes et nations demandereses seront traitées de façon comparable aux bénéficiaires d'une fiducie privée et elles pourront avoir accès aux conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne à titre de «fiduciaire». La raison en est qu'en tant que bénéficiaires d'une modification d'une fiducie visant des terres indiennes, les demandeurs ont intérêt à prendre connaissance de ces conseils, au même titre que la Couronne qui est responsable de l'administration et de la gestion des ressources minérales et des revenus tirés de ces ressources au profit exclusif des bandes et nations demandereses.

Il a bien évalué les intérêts conjoints des intimés lorsqu'il a ordonné, le 20 mars 1996, que la Couronne produise tout document de la nature de conseils juridiques qui concerne l'administration ou l'exercice de ses responsabilités à titre de fiduciaire dans l'intérêt des bandes demandereses et des demandeurs, responsabilités découlant de la cession en 1946 des droits sur les ressources minérales de pétrole et de gaz, dont les redevances qui en ont été tirées et la mise en œuvre de programmes et la prestation de services où les conseils demandés faisaient référence aux ressources minérales cédées et aux revenus en découlant. Il a cherché à préciser que les documents visés par le privilège revendiqué en vertu du privilège protégeant les conseils juridiques, qui étaient de nature générale mais qui, directement ou par déduction nécessaire, se rapportent à des arrangements particuliers de nature fiduciaire découlant des cessions, n'avaient pas à être divulgués. Il a clarifié cette ordonnance le 10 septembre 1996. Les appelants ne s'opposent pas à la catégorie A de la deuxième ordonnance si ce n'est pour dire que certains documents particuliers considérés par le juge comme faisant partie de cette catégorie n'en font pas partie de fait. Les appelants s'opposent cependant aux catégories B1, B2, B3, B5, B6, qui font que des documents de nature générale mais reliés au «patrimoine» par déduction nécessaire peuvent être produits, et à la catégorie C, qui traite des programmes.

[25] À mon avis, cela irait à l'encontre de la nature du processus que d'exclure les documents qui appartiennent «par déduction nécessaire» à la fiducie visant

since, by definition, they are necessarily linked to the assets under administration. The exclusive or dominant benefit test proposed by the appellants is too narrow considering the intention of the parties, as reflected in the confident terms of the 1946 surrenders used by the Indians³⁰—and the important responsibilities assumed by the Crown that day.

[26] In addition to the “necessary implication” requirement, the documents under B1 must be incorporated by reference in another which is producible. Documents under B2 are those obtained or requested as a result of questions raised by the respondents with regard to the administration of their assets. Documents under B3 refer to the creation of a trust fund from moneys under trusteeship. All three categories are intimately related to the Indian assets under administration and were correctly added by the case management Judge.

[27] The case management Judge also included in the “by necessary implication” category, documents which, though general and without reference to the assets under administration, refer to the application of the *Indian Oil and Gas Act* or regulations. This addition in B5 was reasonable since those legal documents have a direct bearing on the conduct adopted by the trustee with regard to the assets. He was right to exclude those applicable to third parties’ interests since the respondents have no business in that regard. He was also right to exclude those dealing with legislative changes since the Crown, at that stage, acts in Her legislative capacity and not as trustee of Indian land.

[28] Documents concerning interests of another band, which are subsequently made referable to the assets under administration, were correctly added by the case management Judge in the B category as B6. Those documents deal directly with the assets under trusteeship in Indian land.

[29] The production of documents in category C is indispensable to the actions. They relate directly to

les terres indiennes puisque, par définition, ils sont nécessairement reliés aux biens à gérer. Le critère de l’intérêt exclusif ou principal proposé par les appelants est trop strict vu l’intention des parties, que reflètent les termes pleins d’assurance utilisés par les Indiens dans les cessions de 1946³⁰ et les responsabilités importantes assumées par la Couronne ce jour-là.

[26] En plus de l’exigence de la «déduction nécessaire», les documents de la catégorie B1 doivent être incorporés par renvoi dans un autre qui peut être produit. Les documents de la catégorie B2 sont ceux obtenus ou demandés à la suite de questions soulevées par les intimés relativement à l’administration de leurs biens. Les documents de la catégorie B3 font référence à la création d’un fonds en fiducie à partir de sommes d’argent à gérer en fiducie. Ces trois catégories sont intimement liées aux biens des Indiens à administrer et ont été ajoutées à bon droit par le juge responsable de la gestion de l’instance.

[27] Le juge responsable de la gestion de l’instance a également inclus dans la catégorie dite «par déduction nécessaire» les documents qui, tout en étant généraux et sans rapport avec les biens à gérer, se rapportent à l’application de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* ou du règlement. Cet ajout à la catégorie B5 était raisonnable puisque ces documents juridiques ont un effet direct sur la conduite adoptée par le fiduciaire en ce qui concerne les biens. Il a eu raison d’exclure les documents applicables aux intérêts des tiers puisque les intimés n’ont rien à faire à cet égard. Il a eu raison également d’exclure ceux traitant des modifications législatives puisque la Couronne, à ce stade, agit en qualité de législateur et non pas de fiduciaire des terres indiennes.

[28] Les documents concernant les intérêts d’une autre bande, qui peuvent subséquemment se rapporter aux biens à gérer, ont été ajoutés à bon droit par le juge responsable de la gestion de l’instance à la catégorie B sous la mention B6. Ces documents traitent directement des biens soumis à une fiducie visant les terres indiennes.

[29] La production des documents de la catégorie C est indispensable à la poursuite des actions. Ils se

cuts in programs and services that would have occurred considering the revenues of the assets under administration. They are part of the total picture of the administration of the trusteeship in Indian land in terms of the conduct of the trustee during Her administration. I accept the statement made by the case management Judge in this regard on March 20, 1996:³¹

In my opinion, the plaintiffs are entitled to access to any legal advice obtained by the Crown in relation to programs and services which advice makes reference to the mineral assets surrendered by these bands or moneys derived therefrom. The Crown in its role of trustee for the plaintiff bands had certain responsibilities. Legal advice, if there was any, about meeting those responsibilities, and any possible conflicting responsibilities of the Crown as provider of programs and services under treaty and statute, in my view, should be disclosed to the plaintiffs as beneficiaries of the Crown's trustee responsibilities arising from the 1946 surrenders.

[30] I finally accept the case management Judge's rejection of the wider claim made by the respondents, plaintiffs in these actions:³²

The plaintiffs urge that the general fiduciary relationship of the Crown to the Indians, in light of its treaty, statutory and contractual responsibilities has trust-like responsibilities that warrant close examination of any claim to privilege of relevant documents. I am not persuaded at this stage that the general relationship of the parties, aside from relations arising out of the specific variation of a trust in Indian land created by the surrenders of natural resources, and derivative responsibilities arising from the surrenders, warrants an order to produce documents on a wider scale than that now outlined.

[31] In the end result, I would confirm the two orders rendered by the case management Judge. I would dismiss the appeal with costs. I would dismiss the cross-appeal without costs, since the appellants do not ask for costs.

STONE J.A.: I agree.

rapportent directement aux coupures de programmes et de services qui seraient survenues étant donné les revenus des biens à administrer. Ils font partie de l'image d'ensemble de l'administration de la fiducie visant les terres indiennes en ce qui a trait à la conduite du fiduciaire durant son administration. J'accepte la déclaration du juge responsable de la gestion de l'instance à cet égard le 20 mars 1996³¹:

À mon avis, les demandeurs ont le droit d'avoir accès à tous les conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne relativement à des programmes et à des services, lorsque les conseils font référence aux ressources minérales cédées par ces bandes ou aux fonds qui en proviennent. À titre de fiduciaire pour les bandes demandesses, la Couronne avait certaines responsabilités. Les conseils juridiques, s'il en est, qui ont été obtenus pour lui permettre de s'acquitter de ses responsabilités et de toutes les responsabilités peut-être incompatibles incombant à la Couronne en tant que responsable de la mise en œuvre de programmes et la prestation de services aux termes de traités et de lois devraient à mon avis être communiqués aux demandeurs auxquels la Couronne devait rendre compte puisqu'ils sont les bénéficiaires des arrangements de nature fiduciaire résultant des cessions de 1946.

[30] J'accepte enfin le rejet, par le juge responsable de la gestion de l'instance, de la demande plus générale faite par les intimés, demandeurs dans les actions³²:

Les demandeurs font également valoir que le rapport fiduciaire général qui lie les Indiens et la Couronne, au vu des responsabilités de cette dernière découlant des traités, de lois ou de contrats, comporte des devoirs de nature fiduciaire qui justifient un examen minutieux de toute revendication de privilège touchant des documents pertinents. Je ne suis pas convaincu à ce stade que le rapport général qui existe entre les parties, abstraction faite des rapports qui découlent de la modification spécifique d'une fiducie visant des terres indiennes créée par les cessions des ressources naturelles, et les responsabilités qui découlent de ces cessions justifient l'émission d'une ordonnance de portée plus générale que la présente concernant la production de documents.

[31] En dernier lieu, je confirmerais les deux ordonnances rendues par le juge responsable de la gestion de l'instance. Je rejetterais l'appel avec dépens. Je rejetterais l'appel incident sans dépens, puisque les appelants ne les ont pas demandés.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ R.S.C., 1985, c. I-5.

² R.S.C., 1985, c. I-7.

³ Statement of facts in relation to application regarding solicitor and client privilege documents. Common appeal book, Vol. III, at p. 642.

⁴ *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.).

⁵ [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875.

⁶ [1995] 4 S.C.R. 344.

⁷ This statement was made by the case management Judge in his reasons for judgment for both orders. See *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528 (T.D.), at p. 547; *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1996), 119 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), at p. 166, para. 12.

⁸ Common Appeal Book, Vol. III, at p. 569.

⁹ The Samson list included forty-two documents numbered 1-42. The Ermineskin list included twenty-one documents numbered 43-63. The Crown produced a list in two parts. It claimed the solicitor and client privilege in both lists. The sample included fifty-nine documents plus two which were added when the matter was heard.

¹⁰ (1996), 119 F.T.R. 161 (T.D.), at pp. 171-172.

¹¹ [1995] 4 S.C.R. 344.

¹² [1997] 2 S.C.R. 657.

¹³ [1996] 2 S.C.R. 507.

¹⁴ [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at pp. 771-775.

¹⁵ The Court relied on *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335. See *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1109.

¹⁶ [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at pp. 771-772, 774-775.

¹⁷ [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at pp. 775-776.

¹⁸ [1995] 4 S.C.R. 344, at pp. 358-359.

¹⁹ *Id.*, at p. 362.

²⁰ [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 363.

²¹ [1995] 4 S.C.R. 344, at p. 363.

²² D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1984), at p. 1008; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. by A. H. Oosterhoff and E. E. Gillesse (Toronto: Carswell, 1992), at pp. 760ff.

²³ D. W. M. Waters, *Law of Trust in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1984), at p. 750; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. by A. H. Oosterhoff and E. E. Gillesse (Toronto: Carswell, 1992), at

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-5.

² L.R.C. (1985), ch. I-7.

³ Exposé des faits relativement à la demande concernant les documents visés par le privilège protégeant les communications entre avocat et client. Dossier conjoint d'appel, vol. III, à la p. 642.

⁴ *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.).

⁵ [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875.

⁶ [1995] 4 R.C.S. 344.

⁷ Cette déclaration a été faite par le juge responsable de la gestion de l'instance dans les motifs de ses deux ordonnances. Voir *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528 (1^{re} inst.), à la p. 547; *Buffalo et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et al.* (1996), 119 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 166, par. 12.

⁸ Dossier conjoint d'appel, vol. III, à la p. 569.

⁹ La liste de la Bande des Indiens Samson comprend quarante-deux documents numérotés de 1 à 42. La liste de la Bande des Indiens Ermineskin comprend vingt et un documents numérotés de 43 à 63. La Couronne a produit une liste en deux parties. Elle revendiquait le privilège protégeant les communications entre avocat et client dans les deux listes. L'échantillon comprenait cinquante-neuf documents en plus de deux autres qui ont été ajoutés lorsque l'affaire a été entendue.

¹⁰ (1996), 119 F.T.R. 161 (1^{re} inst.), aux p. 171 et 172.

¹¹ [1995] 4 R.C.S. 344.

¹² [1997] 2 S.C.R. 657.

¹³ [1996] 2 R.C.S. 507.

¹⁴ [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), aux p. 771 à 775.

¹⁵ La Cour s'est fondée sur l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335. Voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1109.

¹⁶ [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), aux p. 771 et 772 ainsi que 774 et 775.

¹⁷ [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), aux p. 775 et 776.

¹⁸ [1995] 4 R.C.S. 344, aux p. 358 et 359.

¹⁹ *Id.*, à la p. 362.

²⁰ [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 363.

²¹ [1995] 4 R.C.S. 344, à la p. 363.

²² D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2^e éd. (Toronto: Carswell, 1984), à la p. 1008; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4^e éd. par A. H. Oosterhoff et E. E. Gillesse (Toronto: Carswell, 1992), aux p. 760 et ss.

²³ D. W. M. Waters, *Law of Trust in Canada*, 2^e éd. (Toronto: Carswell, 1984), à la p. 750; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4^e éd. par A. H. Oosterhoff et E. E. Gillesse (Toronto: Carswell, 1992), à la

p. 547; *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302.

²⁴ It should be noted that in the case at bar, as in the *Blueberry River Indian Band* case, the surrender was framed as trust. See *infra*, note 30.

²⁵ See also *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 390 (*per* Dickson J., as he then was) where the quantum of damages was determined by analogy with the principles of trust law.

²⁶ [1997] 2 S.C.R. 657.

²⁷ [1996] 2 S.C.R. 507.

²⁸ [1996] 2 S.C.R. 507, at p. 536.

²⁹ *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528 (T.D.), at p. 550.

³⁰ The 1946 surrenders (Common Appeal Book, Vol. IV, at pp. 711-712) relate to land and minerals and state in part:

TO HAVE AND TO HOLD the same unto his said Majesty the King, his Heirs and Successors, forever, in trust to grant in respect of such land the right to prospect for, mine, recover and take away any or all minerals contained therein, to such person or persons, and upon such terms and conditions as the Government of the Dominion of Canada may deem most conducive to our welfare and that of our people . . . [Emphasis added.]

³¹ *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528 (T.D.), at pp. 548-549.

³² *Id.*, at p. 550.

p. 547; *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302.

²⁴ Il faut noter que, en l'espèce, comme dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, la cession a été conçue comme une fiducie. Voir la note 30.

²⁵ Voir également *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 390 (le juge Dickson, alors juge puiné) où le montant des dommages-intérêts a été établi par analogie avec les principes du droit des fiducies.

²⁶ [1997] 2 R.C.S. 657.

²⁷ [1996] 2 R.C.S. 507.

²⁸ [1996] 2 R.C.S. 507, à la p. 536.

²⁹ *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528 (1^{re} inst.), à la p. 550.

³⁰ Les cessions de 1946 (Dossier conjoint d'appel, vol. IV, aux p. 711 et 712) concernent les terres et les minéraux et mentionnent notamment:

[TRADUCTION] À Sa Majesté le Roi, ses hoirs et successeurs, définitivement, en fiducie, pour cession, à l'égard de ces terres, du droit de prospecter, d'extraire, de récupérer et d'enlever la totalité ou partie des minéraux s'y trouvant, à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement de la Puissance du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple . . . [Non souligné dans l'original.]

³¹ *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528 (1^{re} inst.), à la p. 549.

³² *Id.*, à la p. 550.

IMM-984-96

Minister of Citizenship and Immigration (Applicant)

v.

Shiu Dular (Respondent)**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. DULAR (T.D.)**

Trial Division, Wetston J.—Vancouver, May 30; Ottawa, October 21, 1997.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Visa officer refusing to approve respondent's application for landing of adopted son as definition of "son" in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) not met — Adoption taking place 5 days after son's 19th birthday — Respondent able to sponsor adopted son for landing if son unmarried, under 19 years of age — Age 19 restriction creating distinction between parents of biological, adopted sons under 19 and parents adopting sons over 19 — Distinction amounting to discrimination under Charter, s. 15 but saved by s. 1 as objective (preventing use of adoption provisions to circumvent immigration requirements) pressing, substantial.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Immigration and Refugee Board finding age 19 restriction concerning adopted children in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) contravenes Charter, s. 15 — Respondent entitled to sponsor adopted son's application for landing only if son unmarried, under 19 years of age — Restriction creating distinction based on biological parents of children over 19, adoptive parents of children over 19 — Distinction discriminatory on basis of analogous ground of adoptive parentage — Age 19 restriction violating Charter, s. 15 but saved by s. 1 as objective (preventing use of adoption provisions to circumvent immigration requirements) pressing, substantial.

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) concerning age 19 restriction for adopted sons found to contravene Charter, s. 15 — Whether saved by s. 1 — Application of test in *The Queen v. Oakes* — S. 1 analysis exercise based*

IMM-984-96

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (requérant)

c.

Shiu Dular (intimé)**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. DULAR (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge Wetston—Vancouver, 30 mai; Ottawa, 21 octobre 1997.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — L'agent des visas a refusé la demande d'établissement présentée par l'intimé pour son fils adoptif parce que celui-ci ne répondait pas à la définition de «fils» prévue à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 — L'adoption a eu lieu cinq jours après son dix-neuvième anniversaire — L'intimé pouvait parrainer son fils adoptif en vue de son établissement au Canada si celui-ci n'était pas marié et avait moins de dix-neuf ans — La limite d'âge de 19 ans établit une distinction entre les parents qui ont des fils biologiques ou les parents qui ont adopté leurs fils avant l'âge de 19 ans et les parents qui ont adopté les leurs après l'âge de 19 ans — Cette distinction équivaut à de la discrimination au sens de l'art. 15 de la Charte, mais elle est sauvegardée par l'art. 1 en tant qu'objectif urgent et réel (empêcher le recours aux dispositions relatives à l'adoption pour se soustraire aux exigences de l'immigration).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la limite d'âge de 19 ans concernant les enfants adoptés prévue à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — L'intimé avait le droit de parrainer la demande d'établissement présentée par son fils adoptif seulement si celui-ci n'était pas marié et avait moins de 19 ans — Cette limite établit une distinction entre les parents biologiques d'enfants de plus de 19 ans et les parents adoptifs d'enfants de plus de 19 ans — Cette distinction est discriminatoire, car elle est fondée sur le motif analogue de la filiation adoptive — La limite d'âge de 19 ans viole l'art. 15 de la Charte, mais elle est sauvegardée par l'art. 1 en tant qu'objectif urgent et réel (empêcher le recours aux dispositions relatives à l'adoption pour se soustraire aux exigences de l'immigration).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Il a été jugé que l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 concernant la limite d'âge de 19 ans dans le cas des fils adoptifs va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — Est-il sauvegardé par l'art. 1? — Application

on facts, not abstractions — While state's justification need not be established to scientific certainty, must provide something sufficient in way of justification — One underlying purpose of provision to prevent adoptions of children over 19 to circumvent immigration requirements — Board erred in confusing s. 15(1) analysis of discriminatory effect with objectives of measure — Objective of age 19 restriction pressing, substantial — Where social science evidence inconclusive, sufficient Parliament had reasonable basis for means chosen.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board finding that the age restriction imposed by the *Immigration Regulations, 1978* on adopted children contravenes section 15 of the Charter. The respondent is the adoptive parent of a son born on December 12, 1971 but who was not officially adopted until December 17, 1990, five days after his 19th birthday. The visa officer dismissed the respondent's application for landing of his adopted son as the young man did not come within the definition of "son" found in subsection 2(1) of the Regulations, as amended, which requires that a son must be adopted before having attained 19 years of age. The Board found that the restriction creates a distinction between parents who have biological sons or who have adopted sons prior to their attaining the age of 19 and parents who have adopted sons older than 19. It concluded that the distinction is discriminatory, based on the analogous ground of adoptive parentage and, therefore, contravenes section 15 of the Charter. The issues raised herein were: 1) whether the Board erred in determining that the phrase "before having attained 19 years of age" is inconsistent with section 15 of the Charter, and 2) if inconsistent, whether those words are saved by section 1 of the Charter as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

Held, the application should be allowed.

1) The phrase "before having attained 19 years of age" draws a distinction between parents who have biological sons or parents who have adopted their sons before having attained 19 years of age and those parents who have adopted their sons after they attain 19 years of age. The respondent would have been able to sponsor his son for landing as his "unmarried son" but for the age 19 restriction. The effect of this distinction is to deny parents who have legally adopted sons abroad the opportunity to be reunited in Canada with

du critère énoncé dans l'arrêt La Reine c. Oakes — L'analyse fondée sur l'art. 1 est un exercice reposant sur des faits et non sur des abstractions — Bien que la justification d'une mesure puisse se faire sans atteindre une certitude scientifique, l'État doit prévoir quelque chose de suffisant pour que la mesure soit justifiée — L'un des buts sous-jacents de la disposition est d'empêcher l'adoption d'enfants de plus de 19 ans pour se soustraire aux exigences de l'immigration — La Commission a commis une erreur en confondant son analyse, fondée sur l'art. 15(1), de l'effet discriminatoire de la limite d'âge de 19 ans avec les objectifs réels de la mesure — L'objectif de la limite d'âge de 19 ans est urgent et réel — Lorsque la preuve en matière de sciences humaines s'avère non concluante, il est suffisant que le choix du mode d'intervention du Parlement soit raisonnablement fondé.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié concluant que la limite d'âge imposée par le *Règlement sur l'immigration de 1978* relativement aux enfants adoptés va à l'encontre de l'article 15 de la Charte. L'intimé est le parent adoptif d'un fils né le 12 décembre 1971, mais qui n'a été adopté officiellement que le 17 décembre 1990, cinq jours après son dix-neuvième anniversaire. L'agent des visas a refusé la demande d'établissement présentée par l'intimé pour son fils adoptif parce que le jeune homme ne répondait pas à la définition de «fils» prévue au paragraphe 2(1) du Règlement et de ses modifications, qui exige qu'un fils soit adopté avant d'avoir 19 ans. La Commission a estimé que cette limite établit une distinction entre les parents qui ont des fils biologiques ou qui ont adopté des fils avant que ces derniers aient atteint l'âge de 19 ans et les parents qui ont adopté des fils de plus de 19 ans. Elle a jugé que cette distinction est discriminatoire, car elle est fondée sur le motif analogue de la filiation adoptive et, par conséquent, va à l'encontre de l'article 15 de la Charte. Voici les questions soulevées en l'espèce: 1) la Commission a-t-elle commis une erreur en statuant que l'expression «avant l'âge de 19 ans» n'est pas compatible avec l'article 15 de la Charte? et 2) si ces mots ne sont pas compatibles avec la Charte, peuvent-ils être sauvegardés par l'article premier de la Charte en tant que limite dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) L'expression «avant l'âge de 19 ans» établit une distinction entre les parents qui ont des fils biologiques ou les parents qui ont adopté leurs fils avant l'âge de 19 ans et les parents qui ont adopté les leurs après l'âge de 19 ans. L'intimé aurait pu parrainer son fils en vue de son admission au Canada en tant que «fils non marié» n'eût été de la limite d'âge de 19 ans. Cette distinction a pour effet de priver des parents qui ont adopté leurs fils légalement à l'étranger de la possibilité d'être réunis avec ceux-ci, pour

them, solely on the basis that such adoptions took place on or after their son's nineteenth birthday. These adoptive parents are being denied the equal benefit of the law, an enumerated right under section 15 of the Charter. The Board correctly characterized the distinction as based on "adoptive parentage". It is made on the basis of "biological parents of children over 19" and "adoptive parents of children over 19", since biological parents may sponsor their unmarried sons under the family class while adoptive parents may sponsor their unmarried sons only if the child was adopted before his nineteenth birthday. This distinction is, in part, based on the stereotypical attributes ascribed to adoptive parents as compared to biological parents. The effect of the *Immigration Regulations, 1978* is clearly discriminatory, since adoptive parents are denied the opportunity to sponsor their son for landing where the adoption takes place after his nineteenth birthday. The Board did not err in finding that under the "dependent son" provisions, natural parents are given the opportunity to show that a child remains dependent on the parent, notwithstanding his adulthood, whereas adoptive parents are denied this opportunity, should their child have been adopted after attaining 19 years of age. The applicant's argument, that the effect of the Regulations is trivial, must fail.

2) The section 1 analysis is not an exercise based on abstractions, but on facts. While a measure need not be justified to the standard of a scientific certainty, the state must bring forward something sufficient by way of justification. One of the underlying purposes of the amended Regulations is to prevent the potential use of the adoption provisions to circumvent immigration requirements. In undertaking its section 1 analysis, the Board appears to have confused its subsection 15(1) analysis of the discriminatory effect of the age 19 restriction with the actual objectives of the measure. In so doing, the Board erred in its section 1 analysis of the restriction. The placing of restrictions on the entry and landing of non-Canadians is a fundamental component of immigration policy. The objective behind the enactment of the age 19 restriction is pressing and substantial. The Board erred in its application of the first branch of the *Oakes* test to the facts of this case. Where the social science evidence proves inconclusive, it is sufficient that Parliament had a reasonable basis for the mode of intervention chosen.

The Board's decision had to be set aside, the matter referred back to a differently constituted panel for rehearing and questions certified.

le seul motif que l'adoption a eu lieu lors du dix-neuvième anniversaire de leur fils ou après cette date. Ces parents adoptifs ont été privés du même bénéfice de la loi, un droit énuméré à l'article 15 de la Charte. La Commission a souligné à bon droit que la distinction était fondée sur la «filiation adoptive». La distinction est faite à partir des «parents biologiques d'enfants de plus de 19 ans» et des parents adoptifs d'enfants de plus de 19 ans, puisque les parents biologiques peuvent parrainer leurs fils non mariés en vertu de la catégorie des parents tandis que les parents adoptifs ne peuvent parrainer leur fils non mariés que si l'enfant a été adopté avant son dix-neuvième anniversaire. Cette distinction est fondée en partie sur les caractéristiques stéréotypées attribuées aux parents adoptifs en comparaison des parents biologiques. Le *Règlement sur l'immigration de 1978* a manifestement un effet discriminatoire, puisque les parents adoptifs sont privés de la possibilité de parrainer leur fils en vue de son établissement au Canada lorsque l'adoption a lieu après son dix-neuvième anniversaire. La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que, en vertu des dispositions relatives au «fils à charge», les parents naturels ont la possibilité de prouver qu'un enfant reste à la charge du parent, bien qu'il soit adulte, tandis que les parents adoptifs sont privés de cette possibilité, si leur enfant a été adopté après l'âge de 19 ans. L'argument du requérant selon lequel le Règlement est sans effet ne doit pas être retenu.

2) L'analyse fondée sur l'article premier n'est pas un exercice reposant sur des abstractions, mais sur des faits. Bien que la justification d'une mesure puisse se faire sans atteindre une certitude scientifique, l'État doit prévoir quelque chose de suffisant pour que la mesure soit justifiée. L'un des buts sous-jacents du Règlement modifié est d'empêcher le recours éventuel aux dispositions relatives à l'adoption pour se soustraire aux exigences de l'immigration. En entreprenant son analyse fondée sur l'article premier, la Commission semble avoir confondu son analyse, fondée sur le paragraphe 15(1), de l'effet discriminatoire de la limite d'âge de 19 ans avec les objectifs réels de la mesure. Ce faisant, la Commission a commis une erreur dans son analyse, fondée sur l'article premier, de la limite en question. L'imposition de limites à l'autorisation de séjour et à l'admission au pays de non-Canadiens constitue un élément fondamental de la politique d'immigration. L'objectif qui sous-tend l'adoption de la limite d'âge de 19 ans est urgent et réel. La Commission a commis une erreur en appliquant le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* aux faits de la présente affaire. Lorsque la preuve en matière de sciences humaines s'avère non concluante, il est suffisant que le choix du mode d'intervention du Parlement soit raisonnablement fondé.

La décision de la Commission doit être annulée, l'affaire doit être renvoyée à un tribunal différemment constitué pour que celui-ci procède à une nouvelle audition, et des questions doivent être certifiées.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3.

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2(1) "adopted" (as am. by SOR/93-44, s. 1), "dependant" (as am. by SOR/92-101, s. 1; 93-44, s. 1), "dependent son" (as enacted by SOR/92-101, s. 1), "member of the family class" (as enacted by SOR/93-44, s. 1), "son" (as am. by SOR/85-225, s. 1; 93-44, s. 1), 4(1) (as am. by SOR/84-140, s. 1; 88-286, s. 2), 6 (as am. by SOR/94-242, s. 1).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 43(c).

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 30, 32.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3.

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 30, 32.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43c).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «adopté» (mod. par DORS/93-44, art. 1), «fils» (mod. par DORS/85-225, art. 1; 93-44, art. 1), «fils à charge» (édicte par DORS/92-101, art. 1), «parent» (édicte par DORS/93-44, art. 1), «personne à charge» (mod. par DORS/92-101, art. 1; 93-44, art. 1), 4(1) (mod. par DORS/84-140, art. 1; 88-286, art. 2), 6 (mod. par DORS/94-242, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705 (C.A.); *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 70 C.C.C. (3d) 129; 11 C.R. (4th) 137; 8 C.R.R. (2d) 1; 78 Man. R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1.

CONSIDERED:

Schachter v. Canada, [1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (T.D.); *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1.

REFERRED TO:

Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 91; 97 N.R. 349 (F.C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705 (C.A.); *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 70 C.C.C. (3d) 129; 11 C.R. (4th) 137; 8 C.R.R. (2d) 1; 78 Man. R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Schachter c. Canada, [1988] 3 C.F. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (1^{re} inst.); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 91; 97 N.R. 349 (C.A.F.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C.

(3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

(3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/93-44. (1993), 127 *Canada Gazette*, Part II, No. 3.

DOCTRINE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/93-44. (1993), 127 *Gazette du Canada*, Partie II, n° 3.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board ([1996] I.A.D.D. No. 837 (QL)) that the age restriction imposed by subsection 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978* on adopted children contravenes section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ([1996] I.A.D.D. n° 837 (QL)) selon laquelle la limite d'âge imposée par le paragraphe 2(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* relativement aux enfants adoptés va à l'encontre de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande accueillie.

COUNSEL:

Esta Resnick for applicant.

AVOCAT:

Esta Resnick pour le requérant.

APPEARANCE:

Shiu Dular on his own behalf.

A COMPARU:

Shiu Dular pour son propre compte.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Respondent, Shiu Dular, on his own behalf, Vancouver.

L'intimé Shiu Dular pour son propre compte, Vancouver.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

WETSTON J.:

LE JUGE WETSTON:

FACTS AND BACKGROUND

FAITS ET HISTORIQUE DE L'AFFAIRE

[1] This is an application for judicial review of a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board dated February 26, 1996 [*Dular v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] I.A.D.D. No. 837 (QL)]. The Board held that the visa officer's refusal to approve the respondent's application for landing of his adopted son was not in accordance with the law, based on a finding that the age restriction pertaining to adopted children contravenes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié le 26 février 1996 [*Dular c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] I.A.D.D. n° 837 (QL)]. La Commission a jugé que le refus de l'agent des visas d'approuver la demande d'établissement présentée par l'intimé pour son fils adoptif n'était pas conforme à la loi, ayant conclu que la limite d'âge concernant les enfants adoptifs va à l'en-

[being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The respondent was not represented in this hearing and made no submissions.

[2] The respondent, Shiu Dular, is the adoptive parent of Dharmendra Prakash Dular (hereinafter Prakash). Prakash was born on December 12, 1971. He was under the respondent's continuous care since December 18, 1971, but was not officially adopted until December 17, 1990, five days after his nineteenth birthday. According to the *Fijian Adoption of Infants Act*, the effect of the adoption was to put Prakash in the same position as a biological child of the respondent.

[3] In May or June 1991, the respondent Shiu Dular filed an undertaking of assistance of Prakash. On October 15, 1991, Prakash submitted his application for landing. Prakash sought landing as a member of the family class, based on the fact that he is the adopted son of the respondent. By way of letter dated June 3, 1992, Prakash's application for landing was refused.

[4] The relevant portions of the refusal letter provide:

I regret to advise that I must refuse your application as you have been determined not to be a member of the Family Class as described in Section 4 of the Immigration Regulations is (*sic*) that you do not meet the definition of "son" as described in section 2(1) of the Regulations.

The section reads as follows:

«2(1): "Son" means, with request (*sic*) to a person a male

- (a) who is the issue of that person and who has not been adopted by another person, or
- (b) who has been adopted by that person before having attained thirteen years of age."

As you were born on 12 December 1971 and were not adopted by your sponsors Shiu Dular and Raj Kuan, until 17 December 1990, you do not comply with the above definition. Accordingly, you are not a member of the Family Class and your application has been refused pursuant to paragraph 19(2)(d) of the Immigration Act.

contre de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la 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]]. L'intimé n'était pas représenté par avocat à l'audience et n'a pas présenté d'observations.

[2] L'intimé, Shiu Dular, est le parent adoptif de Dharmendra Prakash Dular (ci-après Prakash). Prakash est né le 12 décembre 1971. Il a été sous la garde continue de l'intimé depuis le 18 décembre 1971, mais il n'a été adopté officiellement que le 17 décembre 1990, cinq jours après son dix-neuvième anniversaire. Selon l'*Adoption of Infants Act* des îles Fidji, l'adoption a eu pour effet de placer Prakash dans la même position qu'un enfant biologique de l'intimé.

[3] En mai ou juin 1991, l'intimé Shiu Dular a déposé un engagement à fournir de l'aide à Prakash. Le 15 octobre 1991, Prakash a présenté sa demande d'établissement. Celui-ci sollicitait le droit de s'établir au Canada à titre de parent, en se fondant sur le fait qu'il est le fils adoptif de l'intimé. La demande d'établissement de Prakash a été refusée par lettre en date du 3 juin 1992.

[4] Les passages pertinents de la lettre de refus sont libellés ainsi:

[TRADUCTION] J'ai le regret de vous informer que je dois refuser votre demande, car vous n'êtes pas considéré comme un parent au sens de l'article 4 du Règlement sur l'immigration puisque vous ne répondez pas à la définition de «fils» prévue au paragraphe 2(1) du Règlement.

Ce paragraphe est rédigé ainsi:

«2(1): «fils» désigne, par rapport à une personne, une personne de sexe masculin

- a) descendant de cette personne et qui n'a pas été adoptée par une autre personne, ou
- b) qui a été adoptée par cette personne avant l'âge de 13 ans.»

Comme vous êtes né le 12 décembre 1971 et n'avez été adopté par vos répondants Shiu Dular et Raj Kuan que le 17 décembre 1990, vous ne répondez pas à la définition ci-dessus. Par conséquent, vous n'êtes pas un parent et votre demande a été refusée conformément à l'alinéa 19(2)(d) de la Loi sur l'immigration.

Humanitarian and compassionate grounds for acceptance were considered in your case, but, given the information provided at your interview on 1 April 1992, were found not to apply.

[5] The definition of “son”, was, at this time, contained in subsection 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/85-225, s. 1)] which provided that adoption take place before the child’s thirteenth birthday. Section 4 [as am. by SOR/84-140, s. 1; 88-286, s. 2] of the Regulations provided that:

4. (1) Subject to subsections (2) and (3), every Canadian citizen and every permanent resident may, if he is residing in Canada and is at least eighteen years of age, sponsor an application for landing made

...

(b) by his unmarried son or daughter;

[6] The term “adopted” was defined in the following manner:

2. (1) . . .

“adopted” means adopted in accordance with the laws of any province of Canada or of any country other than Canada or any political subdivision thereof where the adoption created a relationship of parent and child;

[7] Thus, at the time that Prakash filed his application for landing, the respondent could sponsor an adopted unmarried son, as long as the adoption occurred before his son’s thirteenth birthday.

[8] On February 6, 1992, the Regulations were changed to provide that a person could sponsor a “dependent son”. Dependent son [as enacted by SOR/92-101, s. 1] was defined as follows:

2. (1) . . .

“dependent son” means a son who

(a) is less than 19 years of age and unmarried,

(b) is enrolled and in attendance as a full-time student in an academic, professional or vocational program at a university, college or other educational institution and

(i) has been continuously enrolled and in attendance in such a program since attaining 19 years of age or, if

Il a été tenu compte des considérations humanitaires dans votre cas, mais, étant donné les renseignements fournis à votre entrevue le 1^{er} avril 1992, on a conclu qu’elles ne s’appliquaient pas.

[5] À cette époque, la définition de «fils» figurait au paragraphe 2(1) du *Règlement sur l’immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/85-225, art. 1)], qui prévoyait que l’adoption a lieu avant le treizième anniversaire de l’enfant. L’article 4 [mod. par DORS/84-140, art. 1; 88-286, art. 2] du Règlement prévoyait que:

4. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), tout citoyen canadien ou résident permanent âgé d’au moins dix-huit ans et résidant au Canada peut parrainer une demande de droit d’établissement présentée par

...

b) son fils ou sa fille non marié;

[6] Le mot «adopté» était défini de la façon suivante:

2. (1) . . .

«adopté» signifie adopté conformément aux lois de toute province du Canada ou de tout pays autre que le Canada ou de toute subdivision politique de ces pays lorsque l’adoption crée un lien entre père et mère et enfant.

[7] Ainsi, à l’époque où Prakash a déposé sa demande d’établissement, l’intimé pouvait parrainer un fils adoptif non marié, pour autant que l’adoption avait eu lieu avant le treizième anniversaire de son fils.

[8] Le 6 février 1992, le Règlement a été modifié afin de prévoir qu’une personne pouvait parrainer un «fils à charge». Le «fils à charge» [édicte par DORS/92-101, art. 1] était défini ainsi:

2. (1) . . .

«fils à charge» Fils:

a) soit qui est âgé de moins de 19 ans et n’est pas marié;

b) soit qui est inscrit à une université, un collège ou un autre établissement d’enseignement et y suit à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle, et qui:

(i) d’une part, y a été inscrit et y a suivi sans interruption ce genre de cours depuis la date de ses 19 ans ou,

married before 19 years of age, the time of his marriage, and

(ii) is determined by an immigration officer, on the basis of information received by the immigration officer, to be wholly or substantially financially supported by his parents since attaining 19 years of age or, if married before 19 years of age, the time of his marriage, or

(c) is wholly or substantially financially supported by his parents and

(i) is determined by a medical officer to be suffering from a physical or mental disability, and

(ii) is determined by an immigration officer, on the basis of information received by the immigration officer, including information from the medical officer referred to in subparagraph (i), to be incapable of supporting himself by reason of such disability.

[9] A transitional provision, enacted at the same time, provided that the former definition would continue to apply to applications for landing filed prior to February 6, 1992.

[10] On February 1, 1993, the Regulations were amended once again. The definition of “son” was amended in the following manner [as am. by SOR/93-44, s. 1]:

2. (1) . . .

“son” means, with respect to a person, a male

(a) who is the issue of that person and who has not been adopted by another person or,

(b) who has been adopted by that person before having attained 19 years of age.

[11] The definition of “adopted” [as am. *idem*] was also amended to exclude an “adoption of convenience”. There were no transitional provisions regarding the application of these laws.

[12] The Regulations were further amended on March 17, 1994 to provide that the “adoption of convenience” exclusion extended to an application pending on April 15, 1994 [s. 6 (as am. by SOR/94-242, s. 1)].

[13] The Board determined that the relevant provisions relating to the respondent and Prakash, were the

s’il était déjà marié à cette date, depuis la date de son mariage,

(ii) d’autre part, selon un agent d’immigration qui fonde son opinion sur les renseignements qu’il a reçus, a été entièrement ou en grande partie à la charge financière de ses parents depuis la date de ses 19 ans ou, s’il était déjà marié à cette date, depuis la date de son mariage;

c) soit qui est entièrement ou en grande partie à la charge financière de ses parents et qui:

(i) d’une part, selon un médecin agréé, souffre d’une incapacité de nature physique ou mentale,

(ii) d’autre part, selon l’agent d’immigration qui fonde son opinion sur les renseignements qu’il a reçus, y compris les renseignements reçus du médecin agréé visé au sous-alinéa (i), est incapable de subvenir à ses besoins en raison de cette incapacité.

[9] Une disposition transitoire, adoptée au même moment, prévoyait que l’ancienne définition continuerait de s’appliquer aux demandes d’établissement déposées avant le 6 février 1992.

[10] Le 1^{er} février 1993, le Règlement a été modifié de nouveau. La définition de «fils» a été modifiée de la façon suivante [mod. par DORS/93-44, art. 1]:

2. (1) . . .

«fils» désigne, par rapport à une personne, une personne de sexe masculin

a) descendant de cette personne et qui n’a pas été adopté par une autre personne, ou

b) qui a été adoptée par cette personne avant l’âge de 19 ans.

[11] La définition du terme «adopté» [mod., *idem*] a également été modifiée en vue d’exclure l’«adoption de convenance». Il n’y avait aucune disposition transitoire concernant l’application de ces lois.

[12] Le Règlement a été modifié encore une fois le 17 mars 1994 afin de prévoir que l’exclusion de l’«adoption de convenance» s’étendait aux demandes pendantes au 15 avril 1994 [art. 6 (mod. par DORS/94-242, art. 1)].

[13] La Commission a décidé que les dispositions pertinentes se rapportant à l’intimé et à Prakash étaient

February 19, 1993 definition of “son”, the pre-February 1, 1993 definition of “adopted” and the regulation which provided that the respondent could sponsor his “unmarried son”. Thus, as long as Prakash was adopted before his nineteenth birthday, and was unmarried, the respondent could sponsor his application for landing.

[14] The Board found, however, that Prakash was legally adopted five days after his nineteenth birthday, and that there were no provisions for customary adoptions in the applicable Fijian law. The Board then considered whether the age 19 restriction found in the revised Regulations violated the equality rights provided under section 15 of the Charter, and, if so, whether the Regulations could nonetheless be justified under section 1 of the Charter.

[15] In consideration of whether the age 19 restriction violates section 15 of the Charter, the Board found that the restriction creates a distinction between parents who have biological sons or who have adopted sons prior to their attaining the age of 19 and parents who have adopted sons older than 19. Having determined the existence of a distinction, the Board found that the distinction is discriminatory, based on the analogous ground of adoptive parentage. While the Board acknowledged that the purpose of the distinction is not discriminatory, it found that the effect of the distinction is discriminatory, being based, in part, on stereotypical reasoning about adoptive parenthood, rather than on the true capacity or worth of such parents, or their individual circumstances. The Board therefore found that the age 19 restriction contravenes section 15 of the Charter.

[16] The Board then assessed whether the legislation could be demonstrably justified in a free and democratic society, as required under section 1 of the Charter. While the Board found that the objective behind the legislation is pressing and substantial, the Board held that there is no rational connection between the age 19 restriction and its objectives. The Board also found that a “blanket” age 19 restriction does not constitute “minimal impairment” of equality

la définition de «fils» en vigueur le 19 février 1993, la définition du terme «adopté» s’appliquant avant le 1^{er} février 1993 et le règlement qui prévoyait que l’intimé pouvait parrainer son «fils non marié». Donc, pour autant que Prakash avait été adopté avant son dix-neuvième anniversaire et n’était pas marié, l’intimé pouvait parrainer sa demande d’établissement.

[14] La Commission a conclu cependant que Prakash avait été adopté légalement cinq jours après son dix-neuvième anniversaire et qu’il n’existait aucune disposition relative aux adoptions traditionnelles dans le droit fidjien applicable. La Commission s’est alors demandée si la limite d’âge de 19 ans prévue dans le Règlement révisé violait les droits à l’égalité prévus par l’article 15 de la Charte, et, en cas de réponse affirmative, si le Règlement pouvait néanmoins se justifier en vertu de l’article premier de la Charte.

[15] Quant à savoir si la limite d’âge de 19 ans viole l’article 15 de la Charte, la Commission a estimé que cette limite établit une distinction entre les parents qui ont des fils biologiques ou qui ont adopté des fils avant que ces derniers aient atteint l’âge de 19 ans et les parents qui ont adopté des fils de plus de 19 ans. Après avoir conclu à l’existence d’une distinction, la Commission a jugé que cette distinction est discriminatoire, car elle est fondée sur le motif analogue de la filiation adoptive. Tout en reconnaissant que cette distinction ne vise pas de fin discriminatoire, la Commission a statué que la distinction a un effet discriminatoire, vu qu’elle repose, en partie, sur un raisonnement stéréotypé au sujet de la paternité ou de la maternité adoptives plutôt que sur la capacité ou valeur réelles de tels parents ou sur leur situation personnelle. La Commission a donc conclu que la limite d’âge de 19 ans va à l’encontre de l’article 15 de la Charte.

[16] La Commission s’est ensuite demandée s’il s’agissait d’une législation dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, comme l’exige l’article premier de la Charte. Tout en estimant que l’objectif visé par la législation est urgent et réel, la Commission a jugé qu’il n’existe aucun lien rationnel entre la limite d’âge de 19 ans et ses objectifs. La Commission a également conclu qu’une limite d’âge de 19 ans de nature «générale» ne constitue pas

rights under the Charter, because a less intrusive means could readily be found within the remainder of the impugned regulations. The means would be an assessment of dependency on a case-by-case basis.

ISSUES

[17] The following issues are raised in this application for judicial review:

1. Did the Board err in determining that the phrase “before having attained 19 years of age”, in the current definition of adopted “son”, is inconsistent with section 15 of the Charter?
2. If the words are inconsistent with the Charter, are they saved by section 1 of the Charter as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society?

APPLICANT’S POSITION

[18] The applicant argues that the Board erred in determining that the words “before having attained 19 years of age” in the definition of adopted “son” contravenes section 15 of the Charter. The applicant argues that the Board erred in finding that the distinction is covered by subsection 15(1). Moreover, the applicant argues that the Board erred in finding that the distinction was not saved by section 1 of the Charter.

Is there a distinction?

[19] The applicant argues that the phrase “before having attained 19 years of age” must be examined in conjunction with the other legislative amendments to the scheme of sponsoring members of the family class. The amendment made to the definition of “son”, to include a son adopted “before having attained 19 years of age”, was accompanied by an amendment to the definition of “member of the family class” [as enacted by SOR/93-44, s. 1]. This amendment provides that only a “dependent son”, defined as an unmarried son who is less than 19 years of age or who is financially dependent upon his parents due to

une «atteinte minimale» aux droits à l'égalité garantis par la Charte, parce qu'il serait facilement possible de trouver un moyen moins attentatoire dans le reste du règlement contesté. Ce moyen consisterait à évaluer le lien de dépendance dans chaque cas.

QUESTIONS EN LITIGE

[17] Voici les questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire:

1. La Commission a-t-elle commis une erreur en statuant que l'expression «avant l'âge de 19 ans», dans l'actuelle définition de «fils» adoptif, n'est pas compatible avec l'article 15 de la Charte?
2. Si ces mots ne sont pas compatibles avec la Charte, peuvent-ils être sauvegardés par l'article premier de la Charte en tant que limite dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique?

POSITION DU REQUÉRANT

[18] Le requérant soutient que la Commission a commis une erreur en statuant que l'expression «avant l'âge de 19 ans» dans l'actuelle définition de «fils» adoptif va à l'encontre de l'article 15 de la Charte. Il fait valoir que la Commission a commis une erreur en concluant que la distinction est visée par le paragraphe 15(1). Le requérant dit aussi que la Commission a commis une erreur en concluant que cette distinction n'était pas sauvegardée par l'article premier de la Charte.

Y a-t-il une distinction?

[19] Le requérant allègue qu'il faut examiner l'expression «avant l'âge de 19 ans» en corrélation avec les autres modifications législatives apportées au régime de parrainage des parents. La modification apportée à la définition de «fils», afin d'y inclure un fils adopté «avant l'âge de 19 ans», était accompagnée d'une modification à la définition de «parent» [édicte par DORS/93-44, art. 1]. Cette modification prévoit que seul un «fils à charge», défini comme étant un fils non marié de moins de 19 ans ou qui est à la charge financière de ses parents en raison de sa qualité d'étudiant à temps plein ou à cause d'une incapacité

his status as a full-time student or because of a mental or physical disability, can be sponsored as a member of the family class. The definition of “adopted” was also restricted to exclude persons adopted “for the purpose of gaining admission to Canada”.

[20] The objectives of the amendments were outlined in the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS). The RIAS reads, in part:

The amendments extend the eligibility of an adopted child for the purposes of immigration to children under nineteen years of age, thus bringing the adoption provisions in line with the other immigration provisions dealing with sponsorship of children and dependency.

The amendments also seek to address the potential for use of the adoption provisions to circumvent immigration requirements. The family relationship created by adoptions would normally preclude the ability of the child to sponsor the birth family. To prevent misuse of the adoption provisions for the purpose of immigration, regulations are amended to prohibit adoptions of convenience. These amendments are modelled on the marriage of convenience clause and permit an assessment of the authenticity of the adoption.

[21] The applicant contends that the amendment to the definition of “adopted” reduces the potential of adoptions of convenience, while the amendment to the definitions of “dependant” [as am. by SOR/92-101, s. 1; 93-44, s. 1] and “son” facilitates the admission of persons into Canada of children genuinely in need of parental care.

[22] The Minister argues that the respondent bears the onus of establishing more than that he belongs to a group of adoptive parents of adults over 19 years of age, who are defined by a personal characteristic and who have suffered historic disadvantage. Rather, the applicant argues that the respondent must prove that the historic disadvantage of adoptive parents of adults over 19 years of age is related or connected to the purpose of the legislation. This means that the respondent must establish that the historic disadvantage of adoptive parents of adults over 19 years of age is relevant to facilitating the admission of children who are genuinely dependent on parental care. According to the applicant, the respondent has not discharged this onus.

de nature physique ou mentale, peut être parrainé en tant que parent. La définition du terme «adopté» a également été restreinte afin d'exclure les personnes adoptées «dans le but d'obtenir [leur] admission au Canada».

[20] Les objectifs des modifications ont été exposés dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (RÉIR), dont voici un extrait:

Les modifications étendent l'admissibilité d'un enfant adoptif aux fins d'immigration aux enfants de moins de dix-neuf ans, rendant ainsi les dispositions relatives à l'adoption conformes aux autres dispositions d'immigration concernant le parrainage d'enfants et les personnes à charge.

Les modifications visent également à régler la question de l'utilisation éventuelle des dispositions sur l'adoption en vue de se soustraire aux exigences de l'immigration. Le lien de parenté créé par l'adoption empêcherait normalement l'enfant adoptif de parrainer des membres de sa famille naturelle. Afin d'éviter le mauvais usage des dispositions relatives à l'adoption aux fins d'immigration, les modifications empêchent les adoptions de convenance. En prenant comme modèle l'article sur le mariage de convenance, les modifications permettent d'évaluer l'authenticité de l'adoption.

[21] Le requérant prétend que la modification de la définition du terme «adopté» restreint les possibilités d'adoption de convenance, tandis que la modification des définitions de «personne à charge» [mod. par DORS/92-101, art. 1; 93-44, art. 1] et de «fils» facilite l'admission au Canada d'enfants qui ont vraiment besoin d'assistance parentale.

[22] Le ministre soutient que l'intimé a l'obligation de prouver davantage que son appartenance à un groupe de parents adoptifs d'adultes de plus de 19 ans, qui sont définis par une caractéristique personnelle et qui ont souffert d'un désavantage historique. Le requérant soutient plutôt que l'intimé doit prouver que le désavantage historique des parents adoptifs d'adultes de plus de 19 ans est lié à l'objectif de la législation. Cela signifie que l'intimé doit établir que le désavantage historique des parents adoptifs d'adultes de plus de 19 ans a un rapport avec le fait de faciliter l'admission d'enfants qui ont vraiment besoin d'assistance parentale. Selon le requérant, l'intimé ne s'est pas acquitté de cette obligation.

[23] The applicant argues that the Board erred in determining that the “age 19 distinction” in the definition of “son” breaches the right of adoptive parents by denying them the “opportunity to be reunited in Canada with these sons, solely on the basis that their adoptions took place on or after their nineteenth birthdays.” This is because the definitions of “dependent son” and “member of the family class” operate to render Prakash unable to gain landing in Canada under the family class (since he is over 19 years of age, and not a full-time student, nor physically or mentally disabled). Since no evidence was led to establish that Prakash falls into these exceptions, it is the applicant’s position that Prakash is ineligible to be sponsored.

[24] As indicated above, the amendments, which took effect on February 6, 1992, do not permit family class admission to Canada of children over 19 years of age. The applicant states that the Board did not have before it any evidence pertaining to the distinction between “adoptive parents of children over age 19” and “adoptive parents of children under age 19” who apply to land their children under the family class. Thus, the applicant submits that ignoring the words “before having attained 19 years of age” in the definition of adopted “son” was artificial since Prakash did not meet the definition of “dependent son” and could not be admitted into Canada.

Is the distinction discriminatory?

[25] The applicant argues that, while “adoptive parentage” may be an analogous ground, the respondent has failed to lead evidence to prove that adoptive parentage is an analogous ground in this case.

[26] Moreover, the applicant argues that there is no evidence to show that the distinction is discriminatory (i.e. based on personal characteristics attributed to an individual in a particular group). Rather, the Regulations are designed to permit landing in Canada under the family class only to those individuals who are genuinely dependent. It is argued that the legal rela-

[23] Le requérant allègue que la Commission a commis une erreur en statuant que la «distinction fondée sur l’âge de 19 ans» dans la définition du mot «fils» viole les droits des parents adoptifs en leur refusant la [TRADUCTION] «possibilité d’être réunis au Canada avec ces fils, pour le seul motif que leur adoption a eu lieu au moment de leur dix-neuvième anniversaire ou après celui-ci». C’est parce que les définitions de «fils à charge» et de «parent» ont pour effet d’empêcher Prakash d’obtenir son admission au Canada en vertu de la catégorie des parents (car il a plus de 19 ans et n’est pas étudiant à plein temps ni ne souffre d’incapacité de nature physique ou mentale). Comme rien n’est venu prouver que Prakash est visé par ces exceptions, le requérant fait valoir que Prakash n’est pas admissible au parrainage.

[24] Ainsi qu’il a été indiqué ci-dessus, les modifications, qui sont entrées en vigueur le 6 février 1992, ne permettent pas l’admission au Canada d’enfants de plus de 19 ans en vertu de la catégorie des parents. Le requérant dit que la Commission ne disposait d’aucun élément de preuve concernant la distinction entre les «parents adoptifs d’enfants de plus de 19 ans» et les «parents adoptifs d’enfants de moins de 19 ans» qui demandent le droit d’établissement pour leurs enfants en vertu de la catégorie des parents. Le requérant soutient donc qu’il était artificiel de ne pas tenir compte des mots «avant l’âge de 19 ans» dans la définition de «fils» adoptif vu que Prakash ne répondait pas à la définition de «fils à charge» et ne pouvait pas être admis au Canada.

La distinction est-elle discriminatoire?

[25] Le requérant affirme que, bien que la «filiation adoptive» puisse constituer un motif analogue, l’intimé n’a pas prouvé qu’elle est un motif analogue en l’espèce.

[26] De plus, le requérant fait valoir que rien ne prouve que la distinction est discriminatoire (c.-à-d. fondée sur des caractéristiques personnelles attribuées à un individu dans un certain groupe). Le Règlement est plutôt conçu afin de ne permettre l’admission au Canada en vertu de la catégorie des parents que des personnes qui sont vraiment à charge. Il est allégué

tionship between parent and child is not central to the operation of the Regulations since they apply to all “dependent children” regardless of whether a child is adopted.

[27] In summary, on whether the distinction is discriminatory, the applicant argues that the Board erred in finding that the aim of the words “before having attained 19 years of age” is intended to curb attempts by adoptive parents to circumvent immigration requirements. The age requirement was amended to bring the Regulations into line with international and provincial norms; and that since an individual over the age of 19 is not a “dependant” whether adopted or not, and is not admissible into Canada as a member of the family class, the effect of the words “before having attained 19 years of age” in the definition of adopted son is minimal. The applicant states that the Board’s conclusion is based on the belief that parents who have biological sons or who have adopted sons before they are 19 can sponsor their sons when they are over 19 years of age as “dependent sons”. The applicant contends this is incorrect because a person must establish that he is dependent after attaining 19 years of age because he is a full-time student or is mentally or physically disabled. In this case, there was no evidence before the Board that Prakash fell within either of these exceptions. The requirement of “dependency” applies to all children over age 19, whether adopted or not, and, as such, is not discriminatory.

Section 1 of the Charter

[28] The applicant argues further that if the phrase “before having attained 19 years of age” in the definition of adopted “son” violates section 15 of the Charter, the Board erred in finding that this provision was not justified under section 1 of the Charter.

[29] The applicant states that, because the Board erred in determining the correct objective of the age 19 restriction, its section 1 analysis was fatally flawed. The applicant also argues that the Board failed to give regard to the context of this case, and in particular, the

que le lien juridique entre parent et enfant n’est pas au centre de l’application du Règlement puisqu’il s’applique à tous les «enfants à charge» indépendamment de la question de savoir si l’enfant a été adopté.

[27] En résumé, quant à savoir si la distinction est discriminatoire, le requérant avance que la Commission a commis une erreur en concluant que les mots «avant l’âge de 19 ans» visent à empêcher les parents adoptifs de se soustraire aux exigences de l’immigration. La condition d’âge a été modifiée afin de rendre le Règlement conforme aux normes internationales et provinciales; et, comme une personne de plus de 19 ans n’est pas une «personne à charge», qu’elle ait été adoptée ou non, et comme elle n’est pas admissible au Canada à titre de parent, les mots «avant l’âge de 19 ans» utilisés dans la définition de fils adoptif ont un effet minime. Le requérant déclare que la Commission a fondé sa conclusion sur l’hypothèse que les parents qui ont des fils biologiques ou qui ont adopté leurs fils avant qu’ils aient 19 ans peuvent parrainer leurs fils lorsque ceux-ci ont plus de 19 ans parce qu’ils sont des «fils à charge». Le requérant prétend que c’est inexact parce qu’une personne doit prouver qu’elle est une personne à charge après l’âge de 19 ans parce qu’elle étudie à temps plein ou souffre d’une incapacité de nature physique ou mentale. En l’espèce, il n’a pas été prouvé devant la Commission que Prakash était visé par l’une ou l’autre de ces exceptions. L’obligation d’«être à charge» s’applique à tous les enfants de plus de 19 ans, adoptés ou non, et n’est donc pas discriminatoire.

L’article premier de la Charte

[28] Le requérant soutient de plus que, si l’expression «avant l’âge de 19 ans» figurant dans la définition de «fils» adopté viole l’article 15 de la Charte, la Commission a commis une erreur en concluant que cette disposition n’était pas justifiée en vertu de l’article premier de la Charte.

[29] Le requérant dit que, comme la Commission a commis une erreur en déterminant l’objectif exact de la limite d’âge de 19 ans, son analyse fondée sur l’article premier était fatalement faussée. Il fait également valoir que la Commission n’a pas tenu compte

fundamental principle of immigration law that non-citizens have no right to enter and remain in Canada. In doing so, the Board also failed to properly balance the rights of the individual and that of the state in its analysis.

[30] The applicant also argues that the definition of “son” is rationally connected to the objective, since it serves to limit the number of adults who can be admitted to Canada under the family class. Furthermore, the applicant states that the definition impairs the rights in question as little as possible and that there is proportionality between effects of the legislation and its objectives.

ANALYSIS

[31] In my opinion, the Board correctly applied the Regulations which apply to this case, i.e., the pre-February 1993 definition of “adopted”, the definition of “unmarried son” and the age 19 definition of “son”: *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 91 (F.C.A.). The Board was also correct in deciding that paragraph 43(c) of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] entitles the respondent to rely on the unamended, less-restrictive definition of “adopted.” Accordingly, Prakash must establish that he is not, and has not been, married. The definitions relating to “dependent son” came into effect after Prakash submitted his application for landing and thus are not applicable to him.

I. SECTION 15 OF THE CHARTER

1. Is there a distinction?

[32] The applicant has argued that there is no distinction created by the application of the Regulations because the “dependency” requirements apply to both adopted children and non-adopted children. However, it is important to keep in mind the relevant provisions of the legislation which apply in this case. Specifically, dependency does not have to be established for Prakash to be eligible for landing, as it

du contexte de la présente affaire et, tout particulièrement, du principe fondamental du droit de l’immigration selon lequel les non-citoyens n’ont pas le droit d’entrer au Canada et d’y rester. Ce faisant, la Commission n’a pas non plus mesuré correctement les droits de l’individu en regard de celui de l’État dans son analyse.

[30] Le requérant soutient également que la définition de «fils» entretient un lien rationnel avec l’objectif, car elle sert à limiter le nombre d’adultes qui peuvent être admis au Canada en vertu de la catégorie des parents. De plus, le requérant affirme que la définition porte atteinte aux droits en question aussi peu que possible et qu’il y a proportionnalité entre les effets de la législation et ses objectifs.

ANALYSE

[31] À mon avis, la Commission a appliqué correctement le Règlement qui s’applique en l’espèce, c’est-à-dire la définition du terme «adopté» en vigueur avant février 1993, la définition de «fils non marié» et la définition de «fils» en fonction de l’âge de 19 ans: *Kahlon c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 91 (C.A.F.). La Commission a également eu raison de statuer que l’alinéa 43c) de la *Loi d’interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] permet à l’intimé d’invoquer la définition non modifiée et moins restrictive du terme «adopté». Par conséquent, Prakash doit prouver qu’il n’est pas et n’a pas été marié. Les définitions se rapportant à la notion de «fils à charge» sont entrées en vigueur après que Prakash eut présenté sa demande d’établissement et elles ne s’appliquent donc pas à lui.

I. L’ARTICLE 15 DE LA CHARTE

1. Y a-t-il une distinction?

[32] Le requérant a allégué que l’application du Règlement ne crée pas de distinction parce que l’obligation d’«être à charge» s’applique autant aux enfants adoptés qu’aux enfants non adoptés. Toutefois, il importe de tenir compte des dispositions pertinentes de la législation qui s’appliquent en l’espèce. Prakash n’est pas tenu notamment de prouver qu’il est une personne à charge pour être admissible au droit

would for those applying today.

[33] Accordingly, I find that the phrase “before having attained 19 years of age” does draw a distinction between parents who have biological sons or parents who have adopted their sons before having attained 19 years of age and those parents who have adopted their sons after they attain 19 years of age. The former group is entitled to sponsor their sons as members of the family class while the latter cannot. I base this finding on the fact that the respondent would have been able to sponsor Prakash for landing as his “unmarried son” but for the age 19 restriction.

2. Does this measure result in the denial of equality rights?

[34] The Board correctly noted that the effect of this distinction is to deny parents who have legally adopted sons abroad the opportunity to be reunited in Canada with their sons, solely on the basis that such adoptions take place on or after an adopted son’s nineteenth birthday. As such, these adoptive parents have been denied the equal benefit of the law—an enumerated right under section 15 of the Charter.

3. Does this distinction amount to discrimination?

[35] The Supreme Court of Canada has effectively established that unequal treatment alone does not establish a breach of section 15 of the Charter. The distinction must give rise to discrimination. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, the Supreme Court of Canada defined discrimination as follows, at pages 174-175:

. . . a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual’s merits and capabilities will rarely

d’établissement, comme le seraient ceux qui en font la demande aujourd’hui.

[33] Je conclus donc que l’expression «avant l’âge de 19 ans» établit effectivement une distinction entre les parents qui ont des fils biologiques ou les parents qui ont adopté leurs fils avant l’âge de 19 ans et les parents qui ont adopté leurs enfants après l’âge de 19 ans. Le premier groupe a le droit de parrainer ses fils en tant que parents tandis que le dernier groupe ne le peut pas. Je fonde cette conclusion sur le fait que l’intimé aurait pu parrainer Prakash en vue de son admission au Canada en tant que «fils non marié» n’eût été de la limite d’âge de 19 ans.

2. Cette mesure entraîne-t-elle un déni des droits à l’égalité?

[34] La Commission a fait remarquer à bon droit que cette distinction a pour effet de priver des parents qui ont adopté leurs fils légalement à l’étranger de la possibilité d’être réunis avec ceux-ci, pour le seul motif que l’adoption a eu lieu lors du dix-neuvième anniversaire d’un fils adoptif ou après cette date. Donc, ces parents adoptifs ont été privés du même bénéfice de la loi—un droit énuméré à l’article 15 de la Charte.

3. Cette distinction équivaut-elle à de la discrimination?

[35] La Cour suprême du Canada a effectivement jugé que le traitement inégal seul ne prouve pas qu’il y a eu violation de l’article 15 de la Charte. La distinction doit donner lieu à de la discrimination. Dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, la Cour suprême du Canada a défini ainsi la discrimination, aux pages 174 et 175:

. . . une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices ou aux avantages offerts à d’autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association à un groupe sont presque toujours taxées de

be so classed.

[36] Specifically, a claimant must establish that the unequal treatment is based on one of the grounds mentioned in subsection 15(1) or on the basis of an analogous ground.

(a) Analogous Ground

[37] Counsel for the applicant argued that the Board erred in its finding that there is an analogous ground, specifically “adoptive parentage.” She states that even if there is a distinction, it is a distinction between “adoptive parents of children under 19” and “adoptive parents of children over 19”. This being the appropriate classification, she states that there is no evidence to show that the distinction is based on the personal characteristics attributed to an individual in a particular group. Rather, the legislation is designed to facilitate admission of persons under the family class on the basis of that person’s dependency on the parental care of the sponsor.

[38] I cannot agree with the applicant’s submissions on this point. The Board correctly characterized the distinction as being on the basis of “adoptive parentage”. The age restriction only applies to adopted children; it does not apply to biological children and thus the proper consideration is “adoptive parentage”. While the applicant correctly notes that the amended Regulations require a biological child who is 19 years of age or older to show dependency before he can be sponsored as a member of the family class, a similar provision is not provided for children adopted after their nineteenth birthdays. Thus, the distinction is made on the basis of “biological parents of children over 19” and “adoptive parents of children over 19”, since biological parents may sponsor their unmarried sons under the family class while adoptive parents may sponsor their unmarried sons only if the child was adopted before his nineteenth birthday. Similarly, in the case of “dependent sons” biological parents are given the opportunity to demonstrate dependency while the adoptive parents are not given the same opportunity.

discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d’un individu le sont rarement.

[36] Le demandeur doit notamment prouver que le traitement inégal est fondé sur l’un des motifs mentionnés au paragraphe 15(1) ou sur un motif analogue.

a) Motif analogue

[37] L’avocate du requérant a soutenu que la Commission a commis une erreur en concluant qu’il existe un motif analogue, à savoir la «filiation adoptive». Elle déclare que, même s’il y a une distinction, il s’agit d’une distinction entre «parents adoptifs d’enfants de moins de 19 ans» et «parents adoptifs d’enfants de plus de 19 ans». Elle ajoute que, comme c’est la classification appropriée, rien ne vient prouver que la distinction est fondée sur les caractéristiques personnelles attribuées à un individu faisant partie d’un certain groupe. La législation vise plutôt à faciliter l’admission de personnes en vertu de la catégorie des parents sur la base du fait que la personne concernée compte sur l’assistance parentale du répondant.

[38] Je ne puis être d’accord avec les arguments du requérant sur ce point. La Commission a souligné à bon droit que la distinction était fondée sur la «filiation adoptive». La limite d’âge s’applique seulement aux enfants adoptifs; elle ne s’applique pas aux enfants biologiques et la considération pertinente est donc la «filiation adoptive». Bien que le requérant fasse observer à bon droit que le Règlement modifié exige qu’un enfant biologique qui est âgé de 19 ans ou plus établisse sa qualité de personne à charge avant de pouvoir être parrainé en tant que parent, aucune disposition analogue n’est prévue dans le cas des enfants adoptés après leur dix-neuvième anniversaire. Ainsi, la distinction est faite à partir des «parents biologiques d’enfants de plus de 19 ans» et des «parents adoptifs d’enfants de plus de 19 ans», puisque les parents biologiques peuvent parrainer leurs fils non mariés en vertu de la catégorie des parents tandis que les parents adoptifs ne peuvent parrainer leurs fils non mariés que si l’enfant a été adopté avant son dix-neuvième anniversaire. De même, dans le cas des «fils à charge», les parents biologiques ont la possibi-

[39] This distinction is, in part, based on the stereotypical attributes ascribed to adoptive parents as compared to biological parents. A careful reading of the RIAS reveals that at least some of the underlying reasoning for the distinction is an assumption that the adoption of adult children is likely done to circumvent immigration requirements. According to the RIAS, the age 19 definition was brought about to address several concerns, including the need to bring the adoption provisions in line with other immigration provisions dealing with sponsorship of children and dependency. However, according to the RIAS, consideration was given to retaining the *status quo* because of the potential for abuse. It was decided that the amendments would “facilitate the admission of persons who genuinely require parental care while ensuring control over the use of adoptions to circumvent immigration requirements.” Further, the amendments were seen to balance the “considerations of equality and fairness, concerns regarding the welfare of the child, and the use of the family class provisions to circumvent immigration requirements.”

[40] The applicant argues that the age 19 restriction was designed to address an inconsistency between the age 13 definition and the United Nations *Convention on the Rights of the Child* [[1992] Can. T.S. No. 3], and that the amendment to the definition of “adopted” was to address the potential for use of the adoption provisions to circumvent immigration requirements. I find that the legislative purposes cannot be so easily separated. The goal of reducing the potential for adoptions of convenience was addressed in changes to the definition of “adopted,” as well as through an increase in the age restriction for adopted sons and daughters. Thus, I find that the legislation was based, in part, on stereotypical attitudes ascribed to adoptive, as opposed to biological, parents.

lité de prouver la qualité de personne à charge tandis que les parents adoptifs n’ont pas la même possibilité.

[39] Cette distinction est fondée en partie sur les caractéristiques stéréotypées attribuées aux parents adoptifs en comparaison des parents biologiques. Il ressort d’une lecture attentive du RÉIR qu’une certaine partie au moins du raisonnement sous-jacent à la distinction repose sur l’hypothèse que l’adoption d’enfants adultes est faite vraisemblablement pour se soustraire aux exigences de l’immigration. Selon le RÉIR, la définition en fonction de l’âge de 19 ans a été prévue pour répondre à plusieurs préoccupations, dont le besoin de rendre les dispositions relatives à l’adoption conformes aux autres dispositions d’immigration concernant le parrainage d’enfants et les personnes à charge. Toutefois, d’après le RÉIR, le maintien du *statu quo* a été considéré attentivement en raison des possibilités d’abus. Il a été décidé que les modifications «facilite[raient] l’admission de personnes nécessitant réellement l’assistance parentale tout en permettant de contrôler l’utilisation de l’adoption en vue de se soustraire aux exigences de l’immigration». De plus, on a estimé que les modifications tenaient compte des «considérations d’égalité et d’équité, du bien-être de l’enfant et du recours aux dispositions relatives à la catégorie de la famille en vue de se soustraire aux exigences de l’immigration».

[40] Le requérant soutient que la limite d’âge de 19 ans était destinée à supprimer une contradiction entre la définition mentionnant l’âge de 13 ans et la *Convention relative aux droits de l’enfant* des Nations Unies [[1992] R.T. Can. n° 3] et que la modification apportée à la définition du terme «adopté» visait le recours éventuel aux dispositions relatives à l’adoption en vue de se soustraire aux exigences de l’immigration. J’estime qu’on ne peut pas séparer les objectifs législatifs aussi facilement. Les modifications apportées à la définition du terme «adopté» ainsi que la hausse de la limite d’âge dans le cas des fils et filles adoptés avaient comme objectif de restreindre le recours possible à l’adoption de convenance. Je conclus donc que la législation était fondée, en partie, sur des attitudes stéréotypées attribuées aux parents adoptifs par opposition aux parents biologiques.

[41] The applicant submitted that because the respondent failed to adduce evidence concerning the personal characteristics of the group against which the purported discrimination has been found, and his membership in it, the Board erred in finding that discrimination, in fact, exists. However, the Board did have sufficient authority upon which to base its finding.

[42] In *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.), an approach to determining analogous grounds—later sanctioned by the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143—was used in consideration of whether a distinction between natural fathers and adoptive parents made in the context of entitlement under sections 30 and 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48. In *Schachter*, an analogous ground was determined to exist. The government chose not to pursue this finding in its appeal of this decision.

[43] I would also note the recent decision of the Ontario Court of Appeal, in *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1 (C.A.), in which it was determined that adoptive parentage is an analogous ground under subsection 15(1) of the Charter.

[44] The Board had sufficient evidence before it to determine whether the respondent fell within the analogous ground considered in *Schachter*, which the Board applied. Accordingly, I find that the Board did not err in holding that discrimination based on adoptive parentage is an analogous ground under section 15 of the Charter.

(b) Aim of the Legislation

[45] The applicant argues that the aim of the phrase “before having attained 19 years of age” is not intended to address concerns over abuse of the adoption provisions to circumvent immigration require-

[41] Le requérant a allégué que, comme l’intimé n’a pas présenté d’éléments de preuve concernant premièrement les caractéristiques personnelles du groupe victime de la prétendue discrimination et deuxièmement son appartenance à ce groupe, la Commission a commis une erreur en concluant qu’il y a, de fait, discrimination. Cependant, la Commission pouvait effectivement s’appuyer sur une jurisprudence suffisante pour tirer sa conclusion.

[42] Dans *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1^{re} inst.), notre Cour a utilisé une méthode pour déterminer des motifs analogues—sanctionnée plus tard par la Cour suprême dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143—au moment d’examiner si une distinction était faite entre les pères naturels et les parents adoptifs dans le contexte du droit aux prestations en vertu des articles 30 et 32 de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48. Dans *Schachter*, notre Cour a jugé qu’il existait un motif analogue. Le gouvernement a choisi de ne pas donner suite à cette conclusion dans l’appel qu’il a interjeté de cette décision.

[43] Je prends note également de la décision récente de la Cour d’appel de l’Ontario, dans *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1 (C.A.), dans laquelle il a été jugé que la filiation adoptive constitue un motif analogue en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte.

[44] La Commission disposait de suffisamment d’éléments de preuve pour déterminer si l’intimé était visé par le motif analogue pris en considération dans l’arrêt *Schachter*, que la Commission a appliqué. Par conséquent, je conclus que la Commission n’a pas commis d’erreur en statuant que la discrimination fondée sur la filiation adoptive constitue un motif analogue en vertu de l’article 15 de la Charte.

b) But de la législation

[45] Le requérant soutient que l’expression «avant l’âge de 19 ans» ne vise pas à empêcher le recours abusif aux dispositions relatives à l’adoption en vue de se soustraire aux exigences de l’immigration. Elle a

ments. Rather, this phrase is designed to facilitate admission of children into Canada under the family class where they are genuinely dependent upon parental care. This aim is not discriminatory in its purpose, nor in its effect since any person over the age of 19 is not a dependant, whether or not the individual is adopted.

[46] Two comments need to be made with respect to this argument. First, the relevant Regulations, for purposes of this case, provide that unmarried sons can be sponsored for landing, but with a restriction on adopted sons, specifically that the adoption take place before their nineteenth birthday. The effect of the Regulations is clearly discriminatory, since the adoptive parent is denied the opportunity to sponsor their son for landing.

[47] Second, the Board, in its reasons, has also addressed the effect of the “dependent son” provisions. The Board found that under the “dependent son” provisions, natural parents are given the opportunity to show that a child remains dependent on the parent, notwithstanding his adulthood, whereas adoptive parents are denied this opportunity, should their child have been adopted after attaining 19 years of age. The Board did not err in this finding. The applicant has failed to consider that natural parents are currently entitled to show that their sons fall within the exceptions to the general rule that children over the age of 19 are not dependants, whereas adoptive parents are not so entitled. Thus, the applicant’s argument on this ground must fail.

(c) Trivial Effect

[48] Furthermore, counsel for the applicant argues that the age 19 restriction has no effect on a person seeking landing as a “dependent son” when that person is over 19, since the person does not qualify as a “dependant”. However, the exceptions to the general rule apply only to biological sons and not to sons adopted after attaining 19 years of age. Similarly, the

plutôt pour but de faciliter l’admission d’enfants au Canada en vertu de la catégorie des parents lorsqu’ils sont vraiment des personnes à charge ayant besoin d’assistance parentale. Ce but n’est pas discriminatoire en soi ou quant à sa portée, car toute personne de plus de 19 ans n’est pas une personne à charge, qu’elle ait été adoptée ou non.

[46] Deux observations s’imposent en ce qui a trait à cet argument. Premièrement, le Règlement pertinent, aux fins de la présente affaire, prévoit que les fils non mariés peuvent être parrainés pour leur établissement au Canada, mais avec une restriction en ce qui concerne les fils adoptifs, à savoir que l’adoption doit avoir lieu avant leur dix-neuvième anniversaire. Le Règlement a manifestement un effet discriminatoire, puisque le parent adoptif est privé de la possibilité de parrainer son fils en vue de son établissement au Canada.

[47] Deuxièmement, la Commission, dans ses motifs, a également traité de l’effet des dispositions relatives au «fils à charge». La Commission a conclu que, en vertu des dispositions relatives au «fils à charge», les parents naturels ont la possibilité de prouver qu’un enfant reste à la charge du parent, bien qu’il soit adulte, tandis que les parents adoptifs sont privés de cette possibilité, si leur enfant a été adopté après l’âge de 19 ans. La Commission n’a pas commis d’erreur en tirant cette conclusion. Le requérant n’a pas pris en considération le fait que les parents naturels ont actuellement le droit d’établir que leurs fils sont visés par les exceptions à la règle générale voulant que les enfants de plus de 19 ans ne soient pas des personnes à charge, tandis que les parents adoptifs n’en ont pas le droit. Il ne faut donc pas retenir l’argument du requérant sur ce point.

c) Effet frivole

[48] De plus, l’avocate du requérant soutient que la limite d’âge de 19 ans n’a aucun effet dans le cas d’une personne qui demande le droit d’établissement en tant que «fils à charge» lorsque cette personne a plus de 19 ans, vu qu’elle n’a pas la qualité de «personne à charge». Cependant, les exceptions à la règle générale s’appliquent seulement aux fils biologiques et

applicable Regulations, in this case, do not require Prakash to demonstrate that he is financially dependent on his parents; he merely has to demonstrate that he is unmarried. Thus, the applicant's argument on this ground must fail, since the effect of the Regulations is not trivial.

II. SECTION 1 OF THE CHARTER

[49] Having found that the words "before having attained 19 years of age" in the definition of adopted "son" violates section 15 of the Charter, it is necessary to determine whether this provision is justified under section 1 of the Charter.

[50] In its decision, the Board properly outlined the two-branch test enunciated by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The test calls for the Minister to prove, on a balance of probabilities, that a measure which has been found to breach a Charter right or freedom is a reasonable limit which can be demonstrably justified. To do so, the applicant must first establish that the objective behind the measure is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.

[51] Second, the applicant must prove that the means chosen to achieve this objective are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. Application of the second branch of the *Oakes* test requires satisfaction of three elements:

- i. that the measure be rationally connected to the objective;
- ii. that the measure chosen as a means to achieve the objective minimally impair the right or freedom in question; and
- iii. that proportionality exists between the means chosen and the degree of impairment of the right or freedom.

[52] In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at page 331,

non aux fils adoptés après l'âge de 19 ans. De même, le Règlement applicable en l'espèce n'exige pas de Prakash qu'il démontre qu'il est à la charge financière de ses parents; il a simplement à démontrer qu'il n'est pas marié. Ainsi, l'argument du requérant relativement à ce moyen d'appel ne doit pas être retenu, car le Règlement n'est pas sans effet.

II. L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

[49] Comme j'ai conclu que les mots «avant l'âge de 19 ans» figurant dans la définition de «fils» adopté vont à l'encontre de l'article 15 de la Charte, il y a lieu de déterminer si cette disposition est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

[50] Dans sa décision, la Commission a bien exposé le critère à deux volets énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ce critère exige que le ministre prouve, selon la probabilité la plus forte, qu'une mesure considérée comme portant atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Charte constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer. Pour ce faire, le requérant doit premièrement établir que l'objectif visé par la mesure est suffisamment important pour justifier que l'on déroge à un droit ou à une liberté qui sont protégés par la Constitution.

[51] Deuxièmement, le requérant doit prouver que le moyen choisi afin d'atteindre cet objectif est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Pour pouvoir appliquer le deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, il faut satisfaire à trois critères:

- i. la mesure adoptée a un lien rationnel avec l'objet en question;
- ii. la mesure choisie pour réaliser l'objectif est de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question;
- iii. il y a proportionnalité entre les moyens choisis et le degré d'atteinte au droit ou à la liberté.

[52] Dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, à la pa-

McLachlin J. clarified that the section 1 analysis is not an exercise based on abstractions, but on facts. While justification for a measure may be established through the application of “common sense,” and may certainly fall below what one might call a “scientific certainty,” the state must nonetheless provide something sufficient in the way of justification for the measure to be justified.

What are the objectives of the impugned measure; and are they “pressing and substantial”?

[53] Counsel for the applicant argues that the Board mischaracterised the objectives of the Regulations and that this mischaracterization led the Board into error in its section 1 analysis. Specifically, the applicant argues that Board erred in holding that the age 19 restriction is aimed at preventing abuse of the immigration system by circumventing requirements for admission through adult adoptions. The Board found this objective to be pressing and substantial but found that this objective was not rationally connected to the age 19 restriction. The applicant argues that the age 19 restriction serves to restrict the ability of persons to choose to adopt and then sponsor non-Canadian adults who do not meet the ordinary selection criteria.

[54] As indicated previously, one of the underlying purposes of the amended Regulations is to prevent the adoption of children over 19 years of age in order to circumvent immigration requirements. However, the objective of the age 19 restriction is to restrict the ability of persons, such as the respondent, to sponsor non-Canadian adults, as well as to bring the Regulations which concern adopted children into line with this country’s international obligations by facilitating admission of children under the family class that are in genuine need of parental care.

[55] In undertaking its section 1 analysis, the Board appears to have confused its subsection 15(1) analysis of the discriminatory effect of the age 19 restriction (in which it found that the measure was based on a stereotypical assumption about adult adoptions) with the actual objectives of the measure. In so doing, the Board erred in its section 1 analysis of the restriction.

ge 331, le juge McLachlin a précisé que l’analyse fondée sur l’article premier n’est pas un exercice reposant sur des abstractions, mais sur des faits. Bien que la justification d’une mesure puisse se faire par l’application du «sens commun» et puisse certes ne pas atteindre ce qu’on pourrait appeler une «certitude scientifique», l’État doit néanmoins prévoir quelque chose de suffisant pour que la mesure soit justifiée.

Quels sont les objectifs de la mesure contestée; et sont-ils «urgents et réels»?

[53] L’avocate du requérant soutient que la Commission a mal caractérisé les objectifs du Règlement et que cette mauvaise caractérisation a induit la Commission en erreur dans son analyse fondée sur l’article premier. L’avocate soutient notamment que la Commission a commis une erreur en statuant que la limite d’âge de 19 ans vise à prévenir le recours abusif au système d’immigration en se soustrayant aux exigences d’admission au moyen de l’adoption d’adultes. La Commission a estimé que cet objectif était urgent et réel mais qu’il n’avait pas de lien rationnel avec la limite d’âge de 19 ans. Le requérant allègue que la limite d’âge de 19 ans sert à restreindre la capacité des personnes de choisir d’adopter et ensuite de parrainer des adultes non canadiens qui ne satisfont pas aux critères ordinaires de sélection.

[54] Comme il a été indiqué précédemment, l’un des buts sous-jacents du Règlement modifié est d’empêcher l’adoption d’enfants de plus de 19 ans pour se soustraire aux exigences de l’immigration. Toutefois, la limite d’âge de 19 ans a pour objectif de restreindre la capacité des personnes, comme l’intimé, de parrainer des adultes non canadiens et de rendre le Règlement concernant les enfants adoptifs conforme aux obligations internationales de notre pays en facilitant l’admission, en vertu de la catégorie des parents, des enfants qui ont vraiment besoin d’assistance parentale.

[55] En entreprenant son analyse fondée sur l’article premier, la Commission semble avoir confondu son analyse, fondée sur le paragraphe 15(1), de l’effet discriminatoire de la limite d’âge de 19 ans (dans laquelle elle a conclu que la mesure était fondée sur une supposition stéréotypée au sujet de l’adoption d’adultes) avec les objectifs réels de la mesure. Ce

[56] The placing of restrictions on the entry and landing of non-Canadians is a fundamental component of immigration policy. Parliament has the authority to enact legislation and regulations, which prescribe the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada: *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711. As such, the objective behind the enactment of the age 19 restriction is pressing and substantial.

[57] The Board erred in its application of the first branch of the *Oakes* test to the facts of this case. I am satisfied, therefore, that the application should be allowed.

[58] In consideration of the first stage of the second branch of the *Oakes* test, concerning whether a rational connection exists between the means chosen to fulfill a pressing and substantial objective, and the objective, the Board should have regard to the comments of Sopinka J., in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at page 502, in which he indicated that “[i]n the face of inconclusive social science evidence . . . in choosing its mode of intervention, it is sufficient that Parliament had a reasonable basis [for its choice of means]”.

[59] At the conclusion of the hearing, counsel for the applicant asked that the following questions be certified:

Do the words “before having attained 19 years of age” in the definition of adopted “son” in s. 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978* which serve to exclude male persons adopted over 19 years of age from satisfying the definition of “son”, discriminate against the group of “adoptive parents who adopt male persons over 19 years of age” on the analogous ground of “adoptive parentage” and deny them “equal benefit of the law” contrary to s. 15 of the Charter?

If the words “before having attained 19 years of age” in the said definition of adopted “son” are inconsistent with s. 15

faisant, la Commission a commis une erreur dans son analyse, fondée sur l'article premier, de la limite en question.

[56] L'imposition de limites à l'autorisation de séjour et à l'admission au pays de non-Canadiens constitue un élément fondamental de la politique d'immigration. Le Parlement a le pouvoir d'adopter des lois et des règlements qui fixent les conditions selon lesquelles les non-citoyens seront autorisés à séjourner et à rester au Canada: *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711. Donc, l'objectif qui sous-tend l'adoption de la limite d'âge de 19 ans est urgent et réel.

[57] La Commission a commis une erreur en appliquant le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* aux faits de la présente affaire. Je suis convaincu, par conséquent, que la demande doit être accueillie.

[58] En examinant la première étape du deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, à savoir s'il y a un lien rationnel entre le moyen choisi pour réaliser un objectif urgent et réel et l'objectif lui-même, la Commission devait prendre en considération les observations du juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la page 502, où il indique que, «[c]ompte tenu de la preuve non concluante en matière de sciences humaines . . . il est suffisant que le choix du mode d'intervention du Parlement soit raisonnablement fondé».

[59] À la fin de l'audience, l'avocate du requérant a demandé que les questions suivantes soient certifiées:

Les mots «avant l'âge de 19 ans» figurant dans la définition de «fils» adopté à l'art. 2(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, qui sert à empêcher les personnes adoptées de sexe masculin de plus de 19 ans de satisfaire à la définition de «fils», établissent-ils une discrimination à l'égard du groupe des «parents adoptifs qui adoptent des personnes de sexe masculin de plus de 19 ans», fondée sur le motif analogue de la «filiation adoptive», et les privent-ils du «même bénéfice de la loi» en contravention de l'art. 15 de la Charte?

Si les mots «avant l'âge de 19 ans» figurant dans ladite définition de «fils» adopté ne sont pas conformes à l'art. 15

of the Charter, are they saved by s. 1 of the Charter as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society?

[60] The application for judicial review shall be allowed. The decision of the Board shall be set aside and the matter referred back to a differently constituted panel for rehearing and reconsideration in accordance with these reasons.

[61] The above questions, as proposed by the applicant, shall also be certified.

de la Charte, sont-ils sauvegardés par l'article premier de la Charte en tant que limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique?

[60] La demande de contrôle judiciaire doit être accueillie. La décision de la Commission doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée à un tribunal différemment constitué pour que celui-ci procède à une nouvelle audition et statue de nouveau sur l'affaire en conformité avec les présents motifs.

[61] Les questions ci-dessus, proposées par le requérant, doivent également être certifiées.

T-1654-96

T-1654-96

Clive E. Cannon (*Applicant*)Clive E. Cannon (*requérant*)

v.

c.

Assistant Commissioner R. Berlinquette in His Capacity as Appropriate Officer Under section 43 of the *Royal Canadian Mounted Police Act* (*Respondent*)

Le commissaire adjoint R. Berlinquette, en sa qualité d'officier compétent au sens de l'article 43 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (*intimé*)

INDEXED AS: CANNON v. CANADA (ASSISTANT COMMISSIONER, RCMP) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANNON c. CANADA (COMMISSAIRE ADJOINT, GRC) (1^{re} INST.)

Trial Division, MacKay J.—Fredericton, October 16; Ottawa, November 14, 1997.

Section de première instance, juge MacKay—Fredericton, 16 octobre; Ottawa, 14 novembre 1997.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of RCMP adjudication board's decision quashing summons to prosecuting officer to appear as witness — Board investigating allegations of breach of RCMP Code of Conduct — Application premature — Court will not intervene to set aside interlocutory decisions unless exceptional circumstances i.e. attack on very existence of tribunal — Decision not disposing of substantive question — Merely interlocutory decision, dealing with preliminary evidentiary issue — Error in procedural decision may be subject to appeal.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage de la GRC a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur de présumées contraventions au code de déontologie de la GRC — Demande prématurée — La Cour n'intervient pour annuler une décision interlocutoire que s'il existe des circonstances exceptionnelles, c.-à-d. s'il s'agit d'une question qui est dirigée à l'encontre de l'existence même du tribunal — La décision n'a pas tranché une question fondamentale — Il s'agissait d'une simple décision interlocutoire portant sur une question préliminaire de preuve — Toute erreur dont est entachée une décision procédurale donne ouverture à un appel.

RCMP — Judicial review of adjudication board's decision quashing summons to witness — Board investigating sexual harassment allegations as breach of RCMP Code of Conduct — Summons to prosecuting officer issued, executed — On motion to remove as prosecuting officer, exclude from hearing room until called to testify, Board holding insufficient evidence of conspiracy in investigation, presentation of complaints — No error of jurisdiction — Administrative boards masters of own procedure, subject only to express constraints of empowering legislation, requirements of procedural fairness — Act, regulations not constraining board's authority as to procedural decisions — No violation of procedural fairness — Both sides having opportunity to present positions before board making reasoned decision — No error of law — Applicant not prevented from having full opportunity to present evidence, cross-examine witnesses, make representations as required by RCMP Act — Board's decision consistent with criminal cases holding persuasive burden to show relevance, necessity on lawyer seeking to force opposing counsel into witness box, relinquish role as counsel — That standard applicable to disciplinary matters — Given finding of insufficient evidence of conspiracy, testimony irrelevant to issues before board.

GRC — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le comité d'arbitrage a annulé l'assignation ordonnant à un officier de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur des allégations de harcèlement sexuel, comme contraventions au code de déontologie de la GRC — Une assignation ordonnant à l'officier poursuivant de comparaître comme témoin a été délivrée et signifiée — Le comité a rejeté la requête visant à obtenir que l'officier poursuivant cesse d'occuper jusqu'à ce qu'il soit convoqué pour témoigner, au motif qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve établissant l'existence d'un complot relativement à l'enquête et au dépôt des plaintes — Le comité n'a pas outrepassé sa compétence — Les organismes administratifs sont maîtres de leur propre procédure, sous réserve uniquement des limites explicites imposées par leur loi habilitante et des exigences de l'équité procédurale — Ni la Loi ni son règlement d'application ne limitent les pouvoirs du comité en ce qui concerne ses décisions procédurales — Aucun manquement à l'équité procédurale — Le comité a rendu une décision raisonnée après que les deux parties ont eu l'occasion de faire valoir leur point de vue respectif — Aucune erreur de droit — Le requérant n'a pas été empêché d'avoir toute latitude de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins et de faire des observations,

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of RCMP adjudication board's decision quashing summons to prosecuting officer to appear as witness — Board investigating allegations of breach of RCMP Code of Conduct — Disciplinary proceedings under RCMP Act, even if possible sanction loss of employment, not giving rise to application of Charter, s. 7 (right not to be deprived of life, liberty and security of person, except in accordance with principles of fundamental justice) — Fundamental justice not demanding more than procedural fairness — No violation of fundamental justice by board's interlocutory decision dealing with preliminary evidentiary issue.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Judicial review of RCMP adjudication board's decision quashing summons to prosecuting officer to appear as witness — Board investigating allegations of breach of RCMP Code of Conduct — Charter, s. 11(d) guaranteeing right of persons charged with offence to hearing by fair, impartial tribunal — Disciplinary proceedings not attracting application of s. 11 unless involving true penal consequences i.e. imprisonment or fine, magnitude of which indicating imposed to redress wrong done to society rather than to maintain internal discipline — RCMP disciplinary process neither inherently criminal, quasi-criminal nor involving proceedings of public nature — Sanctions intended to reinforce discipline — RCMP Act not providing for imprisonment as sanction for breach of Code of Conduct — Dismissal not penal consequence.

This was an application for judicial review of an adjudication board's decision quashing a summons requiring a prosecuting officer to appear as a witness. The board was constituted under RCMP Act, subsection 43(2) to conduct a formal inquiry into an allegation of sexual harassment, conduct in breach of the RCMP Code of Conduct. The sanction, should a contravention of the Code of Conduct be established, would be dismissal from the force. After several

comme l'exige la Loi sur la GRC — La décision du comité était conforme à la jurisprudence en matière criminelle selon laquelle un fardeau de persuasion, qui consiste à faire la preuve de la pertinence et de la nécessité, est imposé à l'avocat qui cherche à forcer l'avocat de la partie adverse à venir à la barre et à lui faire renoncer à son rôle d'avocat — Cette norme s'applique en matière disciplinaire — Le comité ayant estimé que rien ne permettait de conclure à l'existence du prétendu complot, le témoignage ne serait pas pertinent aux questions soumises au comité.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage de la GRC a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur de présumées contraventions au code de déontologie de la GRC — La présente instance disciplinaire régie par la Loi sur la GRC, même si celle-ci prévoit la perte d'emploi comme sanction possible, ne donne pas lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale) — La justice fondamentale n'est pas plus exigeante que l'équité procédurale — Le comité n'a pas contrevenu aux principes de justice fondamentale en rendant sa décision interlocutoire, laquelle est une décision préliminaire portant sur la preuve.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage de la GRC a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin — Comité menant une enquête sur de présumées contraventions au code de déontologie de la GRC — L'art. 11d) de la Charte garantit le droit de tout inculpé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial — Les procédures disciplinaires ne donnent pas lieu à l'application de l'art. 11, sauf si elles comportent de véritables conséquences pénales, c.-à-d. l'emprisonnement ou une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société plutôt que pour maintenir la discipline interne — Le processus disciplinaire de la GRC n'est pas intrinsèquement criminel ou quasi-criminel et il n'implique pas une procédure de nature publique — Les sanctions visent à renforcer la discipline — La Loi sur la GRC ne prévoit pas l'emprisonnement comme sanction possible en cas de contravention au code de déontologie — Le congédiement n'est pas une conséquence pénale.

Il s'agissait de la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin. Le comité avait été constitué en vertu du paragraphe 43(2) de la Loi sur la GRC en vue de mener une enquête formelle sur une allégation de harcèlement sexuel, conduite constituant une contravention au code de déontologie de la GRC. La sanction, s'il était démontré qu'il y avait

instances of non-disclosure of material evidence—that complainant had made complaints against other officers—and after learning that one of the prosecuting officers, Sgt. Keating, had played a role in arranging for the RCMP to pay the legal fees of the first complainant, the applicant began to suspect a possible conspiracy in the investigation and presentation of the complaints against him, and to believe that evidence in regard to other issues, such as the apparent mental state of the original complainant, had not been disclosed to him. A summons directing Sgt. Keating to appear as a witness was issued and executed. The applicant then moved that Sgt. Keating, as a witness under summons, could no longer act as a prosecuting counsel and should be excluded from the hearing until called to testify. After hearing arguments from both sides, the board quashed the summons and ruled that there was insufficient evidence to support the alleged conspiracy, and thus the basis for the summons was not established.

The board's members are appointed on an *ad hoc* basis, without remuneration for service on the board, apart from their regular salaries as continuing officers serving in the RCMP and subject to the RCMP Act, not independent in their continuing general service duties from the office of the Commissioner of the force, to whom they ultimately must answer, and who has discretion to determine any appeal.

The issues were: (1) whether the board exceeded its jurisdiction because the RCMP Act does not specifically empower the board to quash a properly issued summons; (2) whether the decision to quash the summons violated the principle of procedural fairness; (3) whether the decision violated Charter, section 7, which guarantees the right not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice, by interfering in the applicant's ability to present his case; and (4) whether the board, as constituted, met the requirements of judicial independence required by Charter, paragraph 11(d).

Held, the application should be dismissed.

The application was premature except with respect to the challenge to the constitution of the adjudication board under paragraph 11(d) of the Charter. The Court will not intervene to set aside interlocutory decisions unless there are exceptional circumstances i.e. an attack on the very existence of the tribunal. The decision to quash the summons did not dispose of a substantive question before the tribunal. It was

eu contravention au code de déontologie, serait le congédiement de la GRC. Après plusieurs refus de communiquer des éléments de preuve essentiels—la plaignante avait porté plainte contre deux autres officiers—et après avoir appris que l'un des poursuivants, le sergent Keating, avait joué un rôle dans les dispositions prises par la GRC en vue de payer les honoraires de l'avocat qui avait conseillé la première plaignante, le requérant en est venu à soupçonner l'existence d'un possible complot contre lui relativement à l'enquête et à la présentation des plaintes, et à croire qu'on ne lui avait pas divulgué des éléments de preuve concernant d'autres questions, comme l'état mental apparent de la première plaignante. Une assignation ordonnant au sergent Keating de comparaître comme témoin a été délivrée et signifiée. Le requérant a ensuite présenté une requête en vue d'obtenir que le sergent Keating, en tant que témoin assigné à comparaître, ne puisse plus agir comme avocat poursuivant et qu'il cesse d'occuper jusqu'à ce qu'il soit convoqué pour témoigner. Après avoir entendu les arguments des deux parties, le comité a annulé l'assignation et a statué qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer l'existence du prétendu complot et que le motif invoqué pour justifier l'assignation n'avait pas été établi.

Les membres du comité sont nommés individuellement, ne reçoivent aucune rémunération, hormis le traitement ordinaire qui leur est versé en tant que membres permanents au service de la GRC, et sous réserve des dispositions de la Loi sur la GRC et dans l'exercice des fonctions générales habituelles qu'ils continuent d'accomplir au sein de la GRC, ils continuent à relever du bureau du commissaire de la GRC, à qui ils doivent finalement rendre des comptes et qui, en dernière analyse, est investi du pouvoir discrétionnaire de trancher tout appel.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) le comité a-t-il outrepassé sa compétence, vu que la Loi sur la GRC ne l'habilite pas expressément à annuler une assignation qui a été régulièrement délivrée?; 2) la décision d'annuler l'assignation avait-elle pour effet de violer les principes d'équité procédurale?; 3) la décision avait-elle pour effet de violer le droit, garanti à l'article 7 de la Charte, à la vie, à la liberté et à la sécurité, droit auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, en empêchant le requérant de présenter sa cause?; 4) le comité, tel qu'il est constitué, respecte-t-il les exigences d'indépendance judiciaire contenues à l'alinéa 11(d) de la Charte?

Jugement: la demande doit être rejetée.

La demande était prématurée, sauf pour ce qui est des moyens invoqués en vertu de l'alinéa 11(d) de la Charte pour contester la constitution du comité d'arbitrage. La Cour n'intervient pour annuler une décision interlocutoire que s'il existe des circonstances exceptionnelles, c.-à-d. s'il s'agit d'une question qui est dirigée à l'encontre de l'existence même du tribunal. La décision par laquelle l'assignation a

clearly an interlocutory decision, dealing with a preliminary evidentiary issue, i.e. whether a summons to a prospective witness should be quashed. Any error in a procedural decision may be the subject of appeal to the Commissioner under RCMP Act, section 45.14, or possibly even of later judicial review if a procedural error of significance is not remedied by the Commissioner's disposition of an appeal.

(1) The board did not make an error of jurisdiction in quashing the summons. Administrative boards are "masters of their own procedure", subject only to the express constraints of their empowering legislation and the requirements of procedural fairness. Neither the RCMP Act nor the applicable regulations placed any constraints on the board's authority for procedural decisions. The only limitations arose from the requirements of procedural fairness. Moreover, section 4 of the *Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedures)* permits the board to take whatever steps it considers necessary to settle any matter arising during the course of proceedings, which is not otherwise provided for in the Rules.

(2) There was no violation of procedural fairness. Both sides had an opportunity to present their respective positions and the board then arrived at a reasoned decision.

There was no error of law on the basis that the decision prevented the applicant from having a full opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations at the hearing as required by RCMP Act, subsection 45.1(8). The Act did not give the applicant an unlimited right to call witnesses, particularly in light of section 6 of the Standing Orders, which permits the board to dismiss witnesses.

The board's decision was consistent with precedents dealing with similar circumstances. There is a persuasive burden, at least in criminal trials, on the lawyer who seeks to force opposing counsel into the witness box and relinquish his role as counsel, to show relevance and necessity. That standard should apply in disciplinary matters. The board's decision applied that standard. It found that there was no evidence of a conspiracy as alleged by the applicant. Thus the relevance of any testimony of Sgt. Keating in relation to an alleged conspiracy at this stage in the proceedings was not relevant to issues before the board. The board acted by interlocutory decision without error reviewable by judicial review at this stage.

été annulée n'a pas tranché une question fondamentale soumise au tribunal. Elle était de toute évidence de nature interlocutoire, car elle portait sur une question préliminaire de preuve, c.-à-d. sur la question de savoir si l'assignation délivrée à un témoin éventuel devrait être annulée. Toute erreur dont est entachée une décision procédurale donne ouverture à un appel devant le commissaire en vertu de l'article 45.14 de la Loi sur la GRC, voire même à un contrôle judiciaire ultérieur, si l'erreur procédurale est grave et la décision rendue par le commissaire saisi de l'appel n'a pas pour effet de la corriger.

1) Le comité n'a pas outrepassé sa compétence en annulant l'assignation. Les organismes administratifs sont «maîtres de leur propre procédure», sous réserve uniquement des limites explicites imposées par leur loi habilitante et des exigences de l'équité procédurale. Ni la Loi sur la GRC ni son règlement d'application ne limitent les pouvoirs du comité en ce qui concerne ses décisions procédurales. Les seules restrictions qui existent découlent des exigences de l'équité procédurale. Qui plus est, l'article 4 des *Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions)* prévoit que si l'étude d'une question dont une commission est saisie soulève des points qui ne sont pas visés par les présentes consignes, la commission peut prendre les mesures qu'elle juge nécessaires pour régler ces points.

2) Il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale. Le comité a rendu une décision raisonnée après que les deux parties ont eu l'occasion de faire valoir leur point de vue respectif.

La décision n'était pas entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle n'avait pas pour effet d'empêcher le requérant d'avoir toute latitude de présenter des éléments de preuve à l'audience, d'y contre-interroger les témoins et d'y faire des observations, comme l'exige le paragraphe 45.1(8) de la Loi sur la GRC. La Loi ne donnait pas au requérant un droit illimité de faire entendre des témoins, compte tenu particulièrement de l'article 6 des Consignes, qui permet au comité de congédier un témoin.

La décision du comité était conforme à la jurisprudence portant sur des circonstances analogues. Un fardeau de persuasion qui consiste à faire la preuve de la pertinence et de la nécessité est imposé à l'avocat, du moins dans les procès criminels, qui cherche à forcer l'avocat de la partie adverse à venir à la barre et à lui faire renoncer à son rôle d'avocat. Cette norme devrait s'appliquer en matière disciplinaire. Le comité a effectivement appliqué cette norme en rendant sa décision. Il a estimé que rien ne permettait de conclure à l'existence du prétendu complot dont le requérant se disait victime. Ainsi, le témoignage que pourrait donner le sergent Keating au sujet du prétendu complot ne serait pas, à cette étape-ci de l'instance, pertinent aux questions soumises au comité. Ce faisant, le comité a agi en rendant une décision interlocutoire qui n'est

(3) These discipline proceedings under the RCMP Act, even if the possible sanction was loss of the applicant's employment, did not give rise to the application of Charter, section 7. Fundamental justice would not demand more than procedural fairness. At this stage, no violation of fundamental justice had resulted from the board's interlocutory decision on a preliminary evidentiary issue.

(4) Charter, paragraph 11(d), which guarantees the right of persons charged with an offence to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, was not applicable. Generally, discipline proceedings do not attract the application of section 11 unless they involve true penal consequences i.e. imprisonment or a fine, which by its magnitude would appear to be imposed to redress the wrong done to society at large rather than to maintain internal discipline within the limited sphere of the force. The RCMP disciplinary process is not inherently criminal or quasi-criminal and it does not generally involve proceedings of a public nature that engage section 11. Sanctions are intended simply to reinforce discipline within the RCMP. The RCMP Act does not provide for imprisonment as a possible sanction if the board finds that an alleged breach of the Code of Conduct is established. The sanction of dismissal in a police disciplinary matter is not a "penal consequence" that creates a requirement for "an independent and impartial tribunal" within paragraph 11(d). The board did not require the aspects of judicial independence and impartiality guaranteed in the case of courts by Charter, paragraph 11(d). The board had an obligation to be impartial in its work consistent with the principles of fairness, but its composition of serving RCMP officers did not violate paragraph 11(d).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(d),(h), 24.
- Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedure)*, SOR/88-367, ss. 4, 6.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
- Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381.

entachée d'aucune erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire à cette étape-ci.

3) La présente instance disciplinaire régie par la Loi sur la GRC ne donnait pas lieu à l'application de l'article 7 de la Charte, même si la sanction à laquelle s'exposait le requérant était la perte de son emploi. La justice fondamentale n'est pas plus exigeante que l'équité procédurale. À cette étape-ci, le comité n'a pas contrevenu aux principes de justice fondamentale en rendant sa décision interlocutoire, laquelle est une décision préliminaire portant sur la preuve.

4) L'alinéa 11(d) de la Charte, qui garantit le droit de tout inculpé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial dans le cadre d'un procès public et équitable, ne s'appliquait pas. En général, les procédures disciplinaires ne donnent pas lieu à l'application de l'article 11, sauf si elles comportent de véritables conséquences pénales, c.-à-d. l'emprisonnement ou une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline interne dans le cadre restreint de la GRC. Le processus disciplinaire de la GRC n'est pas intrinsèquement criminel ou quasi-criminel et il n'implique pas, en règle générale, une procédure de nature publique qui entraînerait l'application de l'article 11. La sanction vise simplement à renforcer la discipline au sein de la GRC. La Loi sur la GRC ne prévoit pas l'emprisonnement comme sanction possible si le comité conclut qu'il a été démontré qu'il y a eu contravention au code de déontologie. La sanction du congédiement dans une affaire disciplinaire policière n'est pas une «conséquence pénale» qui oblige le tribunal à être «indépendant et impartial» au sens de l'alinéa 11(d). Le comité n'était pas soumis à des critères d'indépendance et d'impartialité judiciaires comparables à ceux auxquels est soumis un tribunal judiciaire aux termes de l'alinéa 11(d) de la Charte. Le comité devait faire preuve dans son travail d'une impartialité qui s'accordait avec les principes d'équité, mais le fait qu'il était composé d'officiers de la GRC en activité de service ne portait pas atteinte à l'alinéa 11(d).

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, 11(d),(h), 24.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.
- Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions)*, DORS/88-367 (mod. par DORS/90-790, art. 1), art. 4 (mod., *idem*, art. 4), 6.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 57 (mod., *idem*, art. 19).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 8 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 20, s. 13; (3rd Supp.), c. 1, s. 12; S.C. 1994, c. 35, s. 39).
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.1(8) (as enacted *idem*), 45.14 (as enacted *idem*), 45.16 (as enacted *idem*).
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13.

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16), 45.1(8) (édicte, *idem*), 45.14 (édicte, *idem*), 45.16 (édicte, *idem*).
Loi sur la police, S.R.O. 1980, ch. 381.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; (3^e suppl.), ch. 1, art. 12; L.C. 1994, ch. 35, art. 39).
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Szczeczka v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.); *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1997] 2 F.C. 719; (1997), 147 D.L.R. (4th) 739; 128 F.T.R. 81 (T.D.); *Mohawk Council of Kahnawake v. Jacobs*, [1996] F.C.J. No. 757 (T.D.) (QL); *Novopharm Ltd. v. Aktiebolaget Astra*, [1996] 2 F.C. 839; (1996), 68 C.P.R. (3d) 117; 110 F.T.R. 307 (T.D.); *Weyer v. Canada* (1988), 83 N.R. 272 (F.C.A.); *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 28 Admin. L.R. 294; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161; *Trimm v. Durham Regional Police*, [1987] 2 S.C.R. 582; (1987), 45 D.L.R. (4th) 276; 29 Admin. L.R. 106; 37 C.C.C. (3d) 120; 32 C.R.R. 244; 81 N.R. 297; 24 O.A.C. 357; *Burnham v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 572; (1987), 45 D.L.R. (4th) 309; 29 Admin. L.R. 94; 37 C.C.C. (3d) 115; 32 C.R.R. 250; 81 N.R. 207; 24 O.A.C. 367; *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 577; (1987), 45 D.L.R. (4th) 318; 29 Admin. L.R. 100; 37 C.C.C. (3d) 118; 32 C.R.R. 254; 81 N.R. 212; 24 O.A.C. 372.

DISTINGUISHED:

R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.R. (2d) 89; 133 N.R. 241.

CONSIDERED:

Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy), [1996] 3 F.C. 584; 116 F.T.R. 173 (T.D.); *Landry v. Gaudet* (1992), 95 D.L.R. (4th) 289; 54 F.T.R. 307 (F.C.T.D.); *Laquerre v. Canada (Royal Canadian*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Szczeczka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (C.A.F.); *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1997] 2 C.F. 719; (1997), 147 D.L.R. (4th) 739; 128 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); *Mohawk Council of Kahnawake c. Jacobs*, [1996] A.C.F. n° 757 (1^{re} inst.); *Novopharm Ltd. c. Aktiebolaget Astra*, [1996] 2 C.F. 839; (1996), 68 C.P.R. (3d) 117; 110 F.T.R. 307 (1^{re} inst.) (QL); *Weyer c. Canada* (1988), 83 N.R. 272 (C.A.F.); *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 28 Admin. L.R. 294; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161; *Trimm c. Police régionale de Durham*, [1987] 2 R.C.S. 582; (1987), 45 D.L.R. (4th) 276; 29 Admin. L.R. 106; 37 C.C.C. (3d) 120; 32 C.R.R. 244; 81 N.R. 297; 24 O.A.C. 357; *Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 572; (1987), 45 D.L.R. (4th) 309; 29 Admin. L.R. 94; 37 C.C.C. (3d) 115; 32 C.R.R. 250; 81 N.R. 207; 24 O.A.C. 367; *Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 577; (1987), 45 D.L.R. (4th) 318; 29 Admin. L.R. 100; 37 C.C.C. (3d) 118; 32 C.R.R. 254; 81 N.R. 212; 24 O.A.C. 372.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259; (1992), 88 D.L.R. (4th) 110; 70 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R.R. (2d) 89; 133 N.R. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites), [1996] 3 C.F. 584; 116 F.T.R. 173 (1^{re} inst.); *Landry c. Gaudet* (1992), 95 D.L.R. (4th) 289; 54 F.T.R. 307 (C.F. 1^{re} inst.); *Laquerre c. Canada (Gendarmerie royale du*

Mounted Police (1995), 33 Admin. L.R. (2d) 268; 100 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Singh v. Canada (Secretary of State) (1994), 82 F.T.R. 68; 27 Imm. L.R. (2d) 176 (F.C.T.D.); *Cedarvale Tree Services Ltd. v. L.I.U.N.A., Local 183*, [1971] 3 O.R. 832; (1971), 22 D.L.R. (3d) 40; 71 CLLC 14,087 (C.A.); *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union*, [1997] F.C.J. No. 207 (T.D.); *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Japan Electrical Manufacturers Assn. v. Canada (Anti-Dumping Tribunal)* (1986), 32 D.L.R. (4th) 222; 12 C.E.R. 260; 72 N.R. 300 (F.C.A.); *Sutton v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1994), 74 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); *Bernier v. Kent Institution* (1986), 7 F.T.R. 229 (F.C.T.D.); *R. v. Sungalia*, [1992] O.J. No. 3718 (Gen. Div.) (QL); *R. v. Cocelli* (1996), 15 O.T.C. 85 (Ont. Gen. Div.) (QL); *R. v. Kyling*, [1996] Q.J. No. 1566 (S.C.) (QL); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

APPLICATION for judicial review of an RCMP adjudication board's decision quashing a summons to a prosecuting officer to appear as a witness on the grounds that it violated the principles of procedural fairness, represented an error of jurisdiction and violated the applicant's rights as guaranteed by Charter, section 7 and paragraph 11(d). Application dismissed.

COUNSEL:

George P. L. Filliter for applicant.
Michael F. Donovan for respondent.

SOLICITORS:

Wood Melanson Filliter, Fredericton, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MACKAY J.: This is an application for judicial review seeking a variety of remedies including prohi-

Canada (1995), 33 Admin. L.R. (2d) 268; 100 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Singh c. Canada (Secrétaire d'État) (1994), 82 F.T.R. 68; 27 Imm. L.R. (2d) 176 (C.F. 1^{re} inst.); *Cedarvale Tree Services Ltd. v. L.I.U.N.A., Local 183*, [1971] 3 O.R. 832; (1971), 22 D.L.R. (3d) 40; 71 CLLC 14,087 (C.A.); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1997] A.C.F. n° 207 (1^{re} inst.); *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Japan Electrical Manufacturers Assn. c. Canada (Tribunal antidumping)* (1986), 32 D.L.R. (4th) 222; 12 C.E.R. 260; 72 N.R. 300 (C.A.F.); *Sutton c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1994), 74 F.T.R. 284 (C.F. 1^{re} inst.); *Bernier c. Établissement Kent* (1986), 7 F.T.R. 229 (C.F. 1^{re} inst.); *R. v. Sungalia*, [1992] O.J. n° 3718 (Div. gén.) (QL); *R. v. Cocelli* (1996), 15 O.T.C. 85 (Div. gén. de l'Ont.) (QL); *R. v. Kyling*, [1996] Q.J. n° 1566 (C.S.) (QL); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'arbitrage de la GRC a annulé l'assignation ordonnant à un officier poursuivant de comparaître comme témoin, au motif qu'elle portait atteinte aux principes de l'équité procédurale, constituait une erreur de compétence et portait atteinte aux droits du requérants garantis aux articles 7 et 11(d) de la Charte. Demande rejetée.

AVOCATS:

George P. L. Filliter, pour le requérant.
Michael F. Donovan, pour l'intimé.

PROCUREURS:

Wood Melanson Filliter, Fredericton, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE MACKAY: La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire tendant à obtenir

bition, *certiorari* and declaratory relief under 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, including an order and a declaration pursuant to section 7, paragraph 11(d) and section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). The decision here impugned is an interlocutory ruling of an adjudication board constituted under section 43 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 as amended (RCMP Act), to conduct a formal inquiry into the conduct of the applicant, which was alleged to be in breach of the RCMP Code of Conduct.

[2] That decision, questioned by the applicant's amended originating notice of motion, filed on November 6, 1996 in accord with the order of Mr. Justice Lutfy dated October 18, 1996, was the basis of all forms of relief here sought and it was the object of submissions of the parties heard in Fredericton on October 16, 1997. These reasons concern my order now issued, dismissing the application for judicial review.

Background

[3] The applicant has served nearly 25 years with the Royal Canadian Mounted Police. He was promoted to Corporal in 1987 and Sergeant in 1993. His most recent posting has been as the non-commissioned officer dealing with customs and excise matters in Fredericton, N.B. In 1995, the applicant was evaluated in a Senior Police Administration Course as a "credit to the Royal Canadian Mounted Police".

[4] In April 1995, a temporary casual clerk of RCMP J Division in Fredericton complained that she had been sexually harassed by the applicant. The

diverses réparations, notamment un bref de prohibition, un bref de *certiorari* et un jugement déclaratoire en vertu 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, modifiée, ainsi qu'une ordonnance et un jugement déclaratoire fondés sur les articles 7 et 24 et sur l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). La décision contestée en l'espèce est une décision interlocutoire prononcée par un comité d'arbitrage constitué en vertu de l'article 43 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16] de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, modifiée (la Loi sur la GRC) en vue de mener une enquête formelle sur les présumées contraventions du requérant au code de déontologie de la GRC.

[2] La décision que le requérant conteste par l'avis de requête introductif d'instance modifié qu'il a déposé le 6 novembre 1996 conformément à l'ordonnance prononcée par le juge Lutfy le 18 octobre 1996, est à l'origine de toutes les réparations sollicitées en l'espèce et a fait l'objet des observations formulées par les parties à Fredericton le 16 octobre 1997. Les présents motifs concernent l'ordonnance que je prononce maintenant et par laquelle je rejette la demande de contrôle judiciaire.

Genèse de l'instance

[3] Le requérant a accumulé près de 25 années de service au sein de la Gendarmerie royale du Canada. Il a été promu au rang de caporal en 1987, et à celui de sergent en 1993. Son affectation la plus récente a été celle de sous-officier aux douanes et à l'accise à Fredericton, au Nouveau-Brunswick. En 1995, le requérant a, dans le cadre d'un cours d'administration supérieure de la police, été évalué comme étant un [TRADUCTION] «atout pour la Gendarmerie royale du Canada».

[4] En avril 1995, une commis occasionnelle temporaire de la division J de la GRC à Fredericton s'est plainte d'avoir été victime de harcèlement sexuel de la

complaint was investigated to determine whether the subject-matter was criminal in nature. After consultation with the Director of Public Prosecutions, it was determined that there was insufficient evidence to warrant criminal proceedings. It was decided, however, that the complaint against the applicant should be investigated under the RCMP Code of Conduct to determine whether there was evidence of alleged breaches of that Code.

[5] On April 5, 1995, the applicant was suspended with pay and was advised that an internal investigation was being conducted into allegations made by an individual regarding his conduct. The applicant later learned that other individuals had also made complaints about his conduct.

[6] A recommendation was made to the Divisional Commanding Officer, the respondent in these proceedings, who determined to initiate formal discipline proceedings under section 43 of the RCMP Act. An adjudication board was constituted pursuant to subsection 43(2) to inquire into alleged breaches by the applicant of the Force's Code of Conduct. The notice of disciplinary hearing dated December 4, 1995 contains eight allegations of sexual harassment against the applicant, involving five female RCMP civilian employees. The applicant was informed in this notice that the sanction that would be sought, should a contravention be established, would be dismissal from the Force.

[7] The board commenced its hearings into the allegations on June 3, 1996. Apparently, some allegations were subsequently withdrawn. During the hearing, the first complainant presented evidence that allegedly differed substantially from the documentary evidence that had been disclosed to the applicant prior to commencement of the hearing. As a result, during the course of the hearing, the applicant's representative made several motions to exclude evidence on the basis of non-disclosure. These motions were denied.

part du requérant. La plainte a fait l'objet d'une enquête visant à déterminer s'il y avait matière à poursuites criminelles. Après avoir consulté le directeur des poursuites criminelles, il a été déterminé qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier des poursuites criminelles. Il a toutefois été décidé que la plainte portée contre le requérant devait faire l'objet d'une enquête sous le régime du code de déontologie de la GRC pour déterminer si les présumées contraventions à ce code pouvaient être démontrées.

[5] Le 5 avril 1995, le requérant a été suspendu avec solde et a été informé qu'une enquête interne avait été ouverte au sujet des accusations portées par la première plaignante au sujet de sa conduite. Le requérant a par la suite appris que d'autres personnes avaient également porté plainte au sujet de sa conduite.

[6] Une recommandation a été faite au commandant de la division, l'intimé à l'instance, qui a décidé de prendre des mesures disciplinaires graves en vertu de l'article 43 de la Loi sur la GRC. Un comité d'arbitrage a été constitué conformément au paragraphe 43(2) pour faire enquête sur les présumées contraventions du requérant au code de déontologie de la GRC. L'avis d'audience disciplinaire daté du 4 décembre 1995 renferme huit allégations de harcèlement sexuel dont le requérant se serait rendu coupable à l'égard de cinq employées civiles de la GRC. Le requérant a été informé dans cet avis que la sanction qui serait réclamée, s'il était démontré qu'il avait contrevenu au code de déontologie, serait son congédiement de la GRC.

[7] L'audience du comité s'est ouverte le 3 juin 1996. Il semble que certaines accusations aient par la suite été retirées. À l'audience, la première plaignante a donné un témoignage qui, selon le requérant, était fort différent des éléments de preuve documentaire qui lui avaient été communiqué avant l'ouverture de l'audience. Pour cette raison, le représentant du requérant a, au cours de l'audience, présenté plusieurs requêtes pour faire écarter des éléments de preuve au motif qu'ils ne lui avaient pas été divulgués. Ces requêtes ont toutes été rejetées.

[8] On June 6, 1996, the applicant's representative determined, on cross-examination, that the original complainant had made complaints about two other officers at about the same time as complaints were made about the applicant. Neither of these other complaints had been disclosed to the applicant, despite the fact that one of those complaints, for harassment of a non-sexual nature, contained the applicant's name and the file about this complaint, it was urged, should have been known to the prosecuting officers.

[9] The applicant moved for dismissal of the complaints of the original complainant on the basis of this failure to disclose material evidence. On June 6, 1996, the board found that at least one of the prosecuting officers, and possibly both, were aware of the existence of the file on the non-sexual harassment complaint, but it held that those officers did not intend to mislead the hearing or to show any malice or prejudice towards the applicant.

[10] The applicant became concerned about the role played by one prosecuting officer, Sgt. Keating, in the investigation and the presentation of the complaints. Also, it appeared to the applicant that the fees of counsel advising the first complainant may have been paid by the RCMP and that Sgt. Keating had played a role in making arrangements for that. The applicant came to suspect a possible conspiracy against him and to believe that evidence in regard to other issues, such as the apparent mental state of the original complainant, had not been disclosed to him. On June 10, 1996, the applicant instructed counsel to summon Sgt. Keating as a witness and a summons, directing the latter to appear as a witness, was issued by the Registrar of the board, and was executed during the course of proceedings that day.

[11] On June 10 and 11, 1996, the applicant moved that Sgt. Keating, as a witness subject to a summons could no longer act as a prosecuting counsel and should therefore be removed from the hearing until called as a witness, as was the case with witnesses generally. Counsel argued that Sgt. Keating was part

[8] Le 6 juin 1996, le représentant du requérant a révélé, lors de son contre-interrogatoire, que la première plaignante avait porté plainte contre deux autres officiers à peu près à la même époque que celle où elle avait porté plainte contre le requérant. L'existence de ces autres plaintes n'avait pas été révélée au requérant, malgré le fait que, dans l'une d'entre elles, qui portait sur un harcèlement de nature non sexuelle, le nom du requérant était mentionné et que le dossier de cette plainte aurait, selon lui, dû être communiqué aux poursuivants.

[9] Le requérant a présenté une requête en vue d'obtenir le rejet des plaintes de la première plaignante en raison de cette non-communication d'éléments de preuve essentiels. Le 6 juin 1996, le comité a conclu qu'au moins un des officiers poursuivants, sinon les deux, étaient au courant de l'existence du dossier relatif à la plainte de harcèlement non sexuel, mais que ces officiers n'avaient pas l'intention d'induire le comité en erreur ou de faire preuve de malice envers le requérant ou de lui causer un préjudice.

[10] Le requérant a commencé à s'inquiéter du rôle joué par un des officiers poursuivants, le sergent Keating, relativement à l'enquête et à la présentation des plaintes. En outre, il a semblé au requérant que les honoraires de l'avocat qui avait conseillé la première plaignante avait peut-être été payés par la GRC et que le sergent Keating avait joué un rôle dans les dispositions qui avaient été prises à cet égard. Le requérant en est venu à soupçonner l'existence d'un possible complot contre lui et à croire qu'on ne lui avait pas divulgué des éléments de preuve concernant d'autres questions, comme l'état mental apparent de la première plaignante. Le 10 juin 1996, le requérant a chargé son avocat d'assigner le sergent Keating à comparaître et une assignation ordonnant à ce dernier de comparaître comme témoin a été délivrée par le greffier du comité et a été signifiée le jour même.

[11] Les 10 et 11 juin 1996, le requérant a présenté une requête en vue d'obtenir que le sergent Keating, en tant que témoin assigné à comparaître, ne puisse plus agir comme avocat poursuivant et qu'il cesse d'occuper jusqu'à ce qu'il soit convoqué pour témoigner comme un témoin ordinaire. L'avocat a fait

of a conspiracy to mislead the board and withhold information from it and from the applicant. On June 11, 1996, an application was brought to the board by a senior RCMP officer to quash the summons served on Sgt. Keating. After hearing arguments from both sides, the board quashed the summons issued by the Registrar and ruled that there was insufficient evidence to support the alleged conspiracy, and thus the basis alleged for the summons was not established. In the result, the summons to Sgt. Keating was quashed, and the applicant's motion to the board that Sgt. Keating be removed from the hearing, pending his testimony as a witness, was dismissed.

[12] It is the decision quashing the summons that the applicant now challenges on the basis that it violates the principle of procedural fairness, represents an error of jurisdiction and amounts to a violation of the applicant's rights as guaranteed by section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More specifically, it is submitted that the RCMP Act does not explicitly empower the board to quash a properly issued summons and that, as a result, the board acted beyond its jurisdiction. It is urged that the decision to quash the summons was incorrect or patently unreasonable and, in any event, had the effect of violating the rules of common law procedural fairness and fundamental justice under section 7 of the Charter by interfering in the applicant's ability to present his case. Further, the applicant submits that the board, as constituted, does not meet the requirements of judicial independence required by paragraph 11(d) of the Charter.

Analysis

[13] After hearing counsel for the parties and having reviewed the parties' submissions, I conclude that this application should be dismissed. In my view, the application is premature except with respect to the challenge to the adjudication board, and the validity of the provisions of the RCMP Act under which the

valoir que le sergent Keating avait trempé dans un complot visant à induire le comité en erreur et à cacher certains renseignements au comité et au requérant. Le 11 juin 1996, une demande a été présentée au comité par un officier supérieur de la GRC en vue de faire annuler l'assignation signifiée au sergent Keating. Après avoir entendu les arguments des deux parties, le comité a annulé l'assignation délivrée par le greffier et a statué qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer l'existence du prétendu complot et que le motif invoqué pour justifier l'assignation n'avait pas été établi. En conséquence, le comité a annulé l'assignation délivrée au sergent Keating et a rejeté la requête présentée par le requérant pour obtenir que le sergent Keating cesse d'occuper jusqu'à ce qu'il soit convoqué pour témoigner.

[12] C'est la décision annulant l'assignation que le requérant conteste maintenant au motif qu'elle va à l'encontre du principe de l'équité procédurale, qu'elle constitue un excès de compétence et qu'elle porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, le requérant soutient que la Loi sur la GRC n'habilite pas expressément le comité à annuler une assignation qui a été régulièrement délivrée et que, par conséquent, le comité a outrepassé sa compétence. Le requérant affirme que la décision d'annuler l'assignation est incorrecte ou manifestement déraisonnable et que, de toute façon, elle a pour effet de violer les principes d'équité procédurale et de justice fondamentale qui sont reconnus en common law et qui sont garantis par l'article 7 de la Charte, parce que cette décision empêche le requérant de présenter sa cause. Qui plus est, le requérant soutient que, tel qu'il est constitué, le comité ne respecte pas les exigences d'indépendance judiciaire contenues à l'alinéa 11d) de la Charte.

Analyse

[13] Après avoir entendu les avocats des parties et après avoir examiné les prétentions et les moyens des parties, je conclus que la présente demande devrait être rejetée. À mon avis, la demande est prématurée, sauf pour ce qui est des moyens invoqués en vertu de l'alinéa 11d) de la Charte pour contester la constitu-

board was constituted, under paragraph 11(d) of the Charter.

[14] The courts have ruled consistently that a “decision” to be subject to judicial review must be a final decision, not an interlocutory, procedural ruling. In *Szcecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,¹ Mr. Justice Létourneau stated for the Federal Court of Appeal that:

... unless there are special circumstances there should not be any appeal or immediate judicial review of an interlocutory judgement. Similarly, there will not be any basis for judicial review, specially immediate review, when at the end of the proceedings some other appropriate remedy exists. These rules have been applied in several Court decisions specifically in order to avoid breaking up cases and the resulting delays and expenses, which interfere with the sound administration of justice and ultimately bring it into disrepute. In the case of judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act*, which is the case now before the Court, the interpretation of that section by the Court is even more strict.

[15] In *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*,² Madam Justice Tremblay-Lamer invoked *Szcecka* in a section 18.1 proceeding as authority for the proposition that “unless there are special circumstances, there should not be any immediate judicial review of an interlocutory decision. The decisions in respect of which judicial review is available are those that make a final ruling on the merits of a case.” Similarly, in *Mohawk Council of Kahnawake v. Jacobs*,³ Her Ladyship held that unless the applicant can show special circumstances, the Court would not review an interlocutory decision.

[16] In *Novopharm Ltd. v. Aktiebolaget Astra*,⁴ Mr. Justice Gibson, referring to *Szcecka*, wrote:

... first, there is authority in this Court to engage in judicial review under section 18 of the *Federal Court Act* of an interlocutory judgment or decision and, second, that in special circumstances, it is appropriate to exercise that

tion du comité d'arbitrage et la constitutionnalité des dispositions de la Loi sur la GRC en vertu desquelles le comité a été constitué.

[14] Il est de jurisprudence constante que, pour être susceptible d'un contrôle judiciaire, une «décision» doit être une décision définitive, et non une décision interlocutoire ou procédurale. Ainsi, dans l'arrêt *Szcecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹, la Cour d'appel fédérale déclare, sous la plume du juge Létourneau:

... il ne doit pas, sauf circonstances spéciales, y avoir d'appel ou de révision judiciaire immédiate d'un jugement interlocutoire. De même, il ne peut pas y avoir ouverture au contrôle judiciaire, particulièrement au contrôle immédiat, lorsqu'il existe, au terme des procédures, un autre recours approprié. Plusieurs décisions de justice sanctionnent ces deux principes, précisément pour éviter une fragmentation des procédures ainsi que les retards et les frais inutiles qui en résultent, qui portent atteinte à une administration efficace de la justice et qui finissent par la discréditer. En matière de contrôle judiciaire sous l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ce dont nous sommes saisis dans la présente cause, l'interprétation jurisprudentielle qui est faite de cet article est encore plus stricte.

[15] Dans le jugement *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*², M^{me} le juge Tremblay-Lamer a, dans une instance introduite en vertu de l'article 18.1, invoqué l'arrêt *Szcecka* au soutien de la proposition que «sauf circonstances spéciales, il ne doit pas y avoir de révision judiciaire immédiate d'un jugement interlocutoire. Les décisions à l'égard desquelles il y a ouverture à contrôle judiciaire sont celles qui adjugent sur le mérite d'une cause de façon définitive». Dans le même ordre d'idées, dans le jugement *Mohawk Council of Kahnawake c. Jacobs*³, elle a jugé qu'à moins que le requérant soit en mesure de démontrer l'existence de circonstances spéciales, la Cour ne soumet pas une décision interlocutoire à un contrôle judiciaire.

[16] Dans le jugement *Novopharm Ltd. c. Aktiebolaget Astra*⁴, citant le jugement *Szcecka*, le juge Gibson écrit:

... en premier lieu ... la Cour a le pouvoir d'exercer le contrôle judiciaire visé à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* à l'égard d'un jugement ou d'une décision interlocutoire, et en second lieu, ... dans des circonstances

authority. In any other circumstances, to do so would be to risk “breaking up cases and the resulting delays and expenses which interfere with the sound administration of justice and ultimately bring it into disrepute”.

[17] The norm is that this Court will not intervene in judicial review to set aside interlocutory decisions unless there are exceptional circumstances. The nature of special circumstances justifying intervention in the case of an interlocutory decision has been discussed by the courts. In *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*,⁵ where the applicant challenged the constitutionality of a tribunal to which the Superintendent of Bankruptcy had delegated his powers, Madam Justice Tremblay-Lamer wrote:

In my opinion, since this issue involves an attack on the very existence of the tribunal, there is a special reason permitting judicial review at this stage of the proceedings. As the Court held in *Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, ([1992] 1 F.C. 133 (C.A.), at p. 140) “it is a final decision that disposes of a substantive question before the tribunal”.

[18] In *Novopharm*,⁶ Mr. Justice Gibson held that no special circumstances existed in that case, which concerned judicial review of an interlocutory decision made in an opposition proceeding under the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13]. After discussing the discretionary nature of the remedies sought, he concluded that

. . . there is an adequate alternative remedy available to the applicant, that is to say, an appeal at the end of the opposition proceeding, assuming for the moment that the opposition is not resolved in favour of the applicant herein, during the course of which the decision of the Registrar here under review could be challenged. The nature of the error on the part of the Registrar alleged by the applicant herein in effect derives from an interpretation or misinterpretation of the *Trade-marks Act* and the Regulations [*Trade Marks Regulations*, C.R.C., c. 1559] made thereunder. The appeal provided under the *Trade-marks Act* is to this Court, the same institution from which judicial review is being sought and therefore there can be no question that the appeal right might somehow be of a lesser qualitative nature. Thus, I conclude that the range of factors that should be considered

spéciales, il convient d'exercer ce pouvoir. En toute autre circonstance, l'exercice de ce pouvoir risque d'entraîner «une fragmentation des procédures ainsi que les retards et les frais inutiles qui en résultent, qui portent atteinte à une administration efficace de la justice et qui finissent par la discréditer».

[17] Le principe applicable est que, saisi d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour n'intervient pour annuler une décision interlocutoire que s'il existe des circonstances exceptionnelles. Les tribunaux ont analysé la nature des circonstances spéciales qui justifient une intervention dans le cas d'une décision interlocutoire. Ainsi, dans le jugement *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*⁵, dans lequel le requérant contestait la constitutionnalité d'un tribunal administratif auquel le surintendant des faillites avait délégué ses pouvoirs, le juge Tremblay-Lamer a déclaré:

À mon avis, puisqu'il s'agit d'une question qui est dirigée à l'encontre de l'existence même du tribunal, il existe une raison spéciale qui permet la révision judiciaire à cette étape des procédures. Tel que déclaré dans *Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, ([1992] 1 C.F. 133 (C.A.), à la p. 140) «il s'agit d'une décision définitive qui tranche une question fondamentale soumise au tribunal».

[18] Dans le jugement *Novopharm*⁶, le juge Gibson a statué qu'il n'existait aucune circonstance spéciale dans cette affaire, qui portait sur le contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire prononcée dans le cadre d'une procédure d'opposition régie par la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13]. Après avoir discuté de la nature discrétionnaire des réparations sollicitées, le juge a conclu:

. . . je conclus qu'il existe un autre recours approprié ouvert à la requérante, savoir un appel à l'issue des procédures d'opposition, dans l'hypothèse où la requérante n'aurait pas gain de cause, appel au cours duquel la décision du registraire qui nous occupe pourrait être contestée. La nature de l'erreur qu'aurait commise le registraire selon la requérante résulte en effet de l'interprétation, correcte ou erronée, de la *Loi sur les marques de commerce* et de son Règlement d'application [*Règlement sur les marques de commerce*, C.R.C., ch. 1559]. Comme la *Loi sur les marques de commerce* prévoit un appel à la Cour, c'est-à-dire la juridiction saisie de la demande de contrôle judiciaire, l'on ne saurait prétendre que le droit d'appel pourrait être quelque peu affaibli sur le plan qualitatif. Donc, je conclus que l'ensemble des facteurs devant être pris en considération

in determining whether to enter into judicial review here augur against entertaining judicial review.

[19] In the case at bar, it is argued for the applicant that the decision to quash the summons issued to Sgt. Keating is a final decision, but I am not persuaded that it falls into the class of decisions ordinarily subject to judicial review. It did not dispose of a substantive question before the tribunal, rather the decision of the board is clearly interlocutory in nature, dealing with a preliminary evidentiary issue, that is whether a summons to a prospective witness should be quashed. An appeal to the Commissioner from the decision of the board is provided for under section 45.14 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the RCMP Act, on “any ground of appeal” concerning a finding by the board that an allegation of a contravention of the Code of Conduct by a member is established or concerning any sanction imposed. This is broad enough to encompass complaints regarding alleged procedural errors, and the Commissioner can order a new hearing or replace the board’s decision with his own under section 45.16 [as enacted *idem*]. As a result, unless there are special circumstances justifying intervention by the Court at this stage, the proceedings of the adjudication board should not be stayed further. Any error in a procedural decision may be the subject of appeal, or possibly even of later judicial review if a procedural error of significance is not remedied by the Commissioner’s disposition of an appeal.

[20] In my opinion, none of the other arguments raised by the applicant are persuasive that the board committed egregious error or that there are special circumstances that would warrant the Court’s intervention at this stage. First, in my opinion, the board did not make an error of jurisdiction in quashing the summons. There are many cases indicating that administrative boards similar to the adjudication board in this case are “masters of their own procedure”, subject only to the express constraints of their em-

pour déterminer s’il y a lieu de procéder au contrôle judiciaire en l’espèce incitent à ne pas l’exercer.

[19] En l’espèce, le requérant soutient que la décision par laquelle l’assignation délivrée au sergent Keating a été annulée est une décision définitive. Je ne suis toutefois pas persuadé qu’elle tombe dans la catégorie des décisions qui sont ordinairement susceptibles d’un contrôle judiciaire. Elle ne tranche pas une question fondamentale soumise au tribunal. La décision du comité est de toute évidence de nature interlocutoire: elle porte en effet sur une question préliminaire de preuve, en l’occurrence la question de savoir si l’assignation délivrée à un témoin éventuel devrait être annulée. L’article 45.14 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16] de la Loi sur la GRC permet d’interjeter appel de la décision du comité devant le commissaire «quel [que] soit le motif [de l’appel]», que celui-ci concerne la conclusion du comité selon laquelle une contravention alléguée au code de déontologie a été établie, ou qu’il concerne toute peine imposée. Ces dispositions sont suffisamment larges pour englober les plaintes concernant de présumées erreurs procédurales, et le commissaire peut, en vertu de l’article 45.16 [édicte, *idem*], ordonner la tenue d’une nouvelle audience ou rendre la décision que, selon lui, le comité d’arbitrage aurait dû rendre. En conséquence, sauf s’il existe des circonstances spéciales justifiant l’intervention de la Cour à cette étape-ci, il ne devrait pas être sursis plus longtemps à l’instance se déroulant devant le comité d’arbitrage. Toute erreur dont est entachée une décision procédurale donne ouverture à un appel, voire même à un contrôle judiciaire ultérieur, si l’erreur procédurale est grave et que la décision rendue par le commissaire saisi de l’appel n’a pas pour effet de la corriger.

[20] À mon avis, aucun des autres arguments invoqués par le requérant pour prétendre que le comité a commis une erreur flagrante ou qu’il existe des circonstances spéciales justifiant l’intervention de la Cour à cette étape-ci n’est convaincant. J’estime tout d’abord que le comité n’a pas outrepassé sa compétence en annulant l’assignation. Il est de jurisprudence constante que les organismes administratifs comme le comité d’examen en cause en l’espèce sont «maître de leur propre procédure», sous réserve uniquement des

powering acts and the requirements of procedural fairness.⁷ I cannot conclude, despite the argument for the applicant, that express statutory authority is necessary for this board, in determining its own procedural requirements, to quash the summons here issued to the prosecuting officer. No constraint on the board's authority for procedural decisions is set out by the RCMP Act and applicable regulations. The only limitations arise from the requirements of procedural fairness. Moreover, section 4 of the *Commissioner's Standing Orders (Practice and Procedure)*, SOR/88-367 as amended (the Standing Orders), provides that "Where any matter arises during the course of proceedings before a board, not otherwise provided for in these Rules, the board may take whatever steps it considers necessary to settle the matter."

[21] Second, in my opinion, there was no violation of procedural fairness in this case, at least in the manner the impugned decision was made. The record shows that decision itself was made in after both sides had opportunity to present their respective positions and the board then arrived at a reasoned decision. The impact of this procedural decision on the ultimate outcome of the proceedings is not a matter of concern, for the purposes of judicial review at this stage, in considering procedural fairness.

[22] That said, if the decision to quash the summons were to prevent the applicant from having a "full and ample opportunity . . . to present evidence, to cross-examine witnesses and to make representations at the hearing" as required by subsection 45.1(8) [as enacted *idem*] of the RCMP Act, there could then be an error in law on the basis that the decision violates the requirements of the Act. At this stage, I am not persuaded that there was any such error. In my view, the RCMP Act cannot be interpreted as giving the applicant an unlimited right to call witnesses, particularly in light of section 6 of the Standing Orders, which permits the board to dismiss witnesses. For the applicant, it is urged that a witness cannot be dis-

limites explicites imposées par leur loi habilitante et des exigences de l'équité procédurale⁷. Malgré la thèse du requérant, il m'est impossible de conclure que, pour pouvoir fixer ses propres exigences procédurales, le comité doit être expressément autorisé par la loi pour pouvoir annuler l'assignation qui a été signifiée en l'espèce au poursuivant. Ni la Loi sur la GRC ni son règlement d'application ne limitent les pouvoirs du comité en ce qui concerne ses décisions procédurales. Les seules restrictions qui existent découlent des exigences de l'équité procédurale. Qui plus est, l'article 4 des *Consignes du commissaire (procédure et pratique devant les commissions)*, DORS/88-367, modifiées [par DORS/90-790, art. 1, 4] (les Consignes), prévoit: «Si l'étude d'une question dont une commission est saisie soulève des points qui ne sont pas visés par les présentes consignes, la commission peut prendre les mesures qu'elle juge nécessaires pour régler ces points».

[21] Deuxièmement, j'estime qu'il n'y a pas de manquement à l'équité procédurale en l'espèce, du moins d'après la façon dont la décision contestée a été rendue. Il ressort du dossier que la décision elle-même a été rendue après que les deux parties eurent eu l'occasion de faire valoir leur point de vue respectif, et que le comité a ensuite rendu une décision raisonnée. La question des incidences de cette décision procédurale sur l'issue finale de l'instance ne se pose pas à cette étape-ci du contrôle judiciaire, alors qu'il s'agit de déterminer si l'équité procédurale a été respectée.

[22] Ceci étant dit, si la décision d'annuler l'assignation avait pour effet d'empêcher le requérant d'avoir «toute latitude de présenter des éléments de preuve à l'audience, d'y contre-interroger les témoins et d'y faire des observations», comme l'exige le paragraphe 45.1(8) [édicte, *idem*] de la Loi sur la GRC, la décision serait alors entachée d'une erreur de droit parce qu'elle ne respecterait pas les exigences de la Loi. À cette étape-ci, je ne suis pas persuadé qu'une telle erreur a été commise. À mon avis, la Loi sur la GRC ne peut être interprétée comme donnant au requérant un droit illimité de faire entendre des témoins, compte tenu particulièrement de l'article 6 des Consignes, qui permet au comité de congédier un témoin. L'avocat du

missed until he or she is called during the proceedings, but I am not persuaded this is so.

[23] The board made a decision to quash a summons issued on its behalf by the Registrar and effectively it dismissed a summoned witness on grounds and in a fashion, as the respondent points out, consistent with precedents dealing with similar circumstances; namely, lawyers engaged in litigation being called as witnesses by opposing counsel. There are several cases indicating that, at least in criminal trials, “[t]here is a persuasive burden on the lawyer who seeks to force opposing counsel to go into the witness box and relinquish his role as counsel. The persuasive burden is to show relevance and necessity.”⁸ I see no reason why this standard should not be applied in disciplinary matters, and the board’s decision in effect, in my view, here applied that standard. It found there was not evidence of a conspiracy alleged by the applicant. Thus the relevance of any testimony of the summoned witness, Sgt. Keating, in relation to an alleged conspiracy, at least at this stage in the proceedings, would not be relevant to issues before the board in its inquiry. In so doing, the board acted by interlocutory decision without error reviewable by judicial review at this stage.

[24] Third, I am not satisfied that there has been any constitutional violation by the board. For the record, I note that although notice of a constitutional question was among documents initially filed by the applicant, as I understand it that notice was not served upon all attorneys general in accord with section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended. Nevertheless, having considered the Charter arguments raised on behalf of the applicant, I deal with these having concluded that the decision of the board and the provisions of the RCMP Act here in question are not invalid or inoperable on constitutional grounds.

requérant soutient qu’un témoin ne peut être congédié tant qu’il n’a pas été convoqué au cours de l’instance, mais je ne suis pas persuadé que c’est le cas.

[23] Le comité a décidé d’annuler une assignation qui avait été délivrée en son nom par le greffier et il a effectivement congédié un témoin qui avait été assigné à comparaître pour des motifs et d’une manière qui, comme l’intimé le souligne, sont conformes à la jurisprudence portant sur des circonstances analogues, c’est-à-dire lorsqu’un avocat engagé dans un procès est appelé à témoigner par l’avocat de la partie adverse. Il existe plusieurs décisions suivant lesquelles, du moins dans les procès criminels, [TRADUCTION] «un fardeau de persuasion est imposé à l’avocat qui cherche à forcer l’avocat de la partie adverse à venir à la barre et à lui faire renoncer à son rôle d’avocat. Ce fardeau de persuasion consiste à faire la preuve de la pertinence et de la nécessité⁸». Je ne vois pas pourquoi cette norme ne devrait pas s’appliquer en matière disciplinaire. Or, j’estime que le comité a effectivement appliqué cette norme dans le cas qui nous occupe. Il a estimé que rien ne permettait de conclure à l’existence du prétendu complot dont le requérant se disait victime. Ainsi, le témoignage que pourrait donner le témoin assigné à comparaître, le sergent Keating, au sujet du prétendu complot ne serait pas, du moins à cette étape-ci de l’instance, pertinent aux questions soumises au comité dans le cadre de son enquête. Ce faisant, le comité a agi en rendant une décision interlocutoire qui n’est entachée d’aucune erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire à cette étape-ci.

[24] Troisièmement, je ne suis pas convaincu que le comité a violé la Constitution. Il convient de signaler que, même si les documents initialement déposés par le requérant contenaient un avis de question constitutionnelle, cet avis n’a, si j’ai bien compris, pas été signifié à tous les procureurs généraux conformément à l’article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée. Néanmoins, après avoir examiné les moyens tirés de la Charte qui ont été invoqués au nom du requérant, je me prononce sur ces moyens après avoir conclu que la décision du comité et les dispositions de la Loi sur la GRC en question en l’espèce ne sont ni

[25] For the applicant it is urged that section 7 of the Charter has been contravened by the board's failure to ensure the proceedings were conducted in a manner consistent with procedural fairness, or with fundamental justice assured by that provision. Reliance is placed on the comments of Mr. Justice La Forest of the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*⁹ that the issue of whether the right to earn a livelihood is a value constitutionally protected under the Charter remains open. In this Court, that matter appears to have been resolved in the negative.

[26] In *Weyer v. Canada*,¹⁰ the Federal Court of Appeal dealt with the applicability of section 7 to a proceeding under the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, which concerned the dismissal of an employee from his employment for alleged incompetence. The applicant there urged that the absence of provisions enabling him to subpoena witnesses to testify before the board in question was a denial of the rights guaranteed to him by section 7. In dismissing this ground of argument, Mr. Justice Mahoney wrote:

The proceeding before the Appeal Board under subsection 31(3) of the *Public Service Employment Act* was concerned with the applicant's employment status. It appears that some courts, at least at trial level, have construed the right to liberty to embrace a right to work. A useful, current, survey of the cases may be found in *Wilson et al. v. Medical Services Commission of B.C.*, [1987] 3 W.W.R. 48 at 69 ff.

Insofar as this Court is concerned, the matter has been authoritatively determined. In *Smith, Kline & French v. A.G. of Canada*, [1987] 1 F.C. 274 at 313, Strayer, J., stated:

In my view the concepts of "life, liberty and security of the person" take on a colouration by association with each other and have to do with the bodily well-being of a natural person. As such they are not apt to describe any rights of a corporation nor are they apt to describe purely economic interests of a natural person.

On appeal, 78 N.R. 30 at 34, Hugessen, J., speaking for this Court said:

inconstitutionnelles ni inopérantes pour des raisons d'ordre constitutionnel.

[25] L'avocat du requérant soutient que le comité a contrevenu à l'article 7 de la Charte en ne s'assurant pas que l'instance se déroulait conformément à l'équité procédurale ou aux principes de justice fondamentale qui sont garantis par cette disposition. À cet égard, l'avocat du requérant cite les propos tenus par le juge La Forest, de la Cour suprême, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁹, suivant lesquels la question de savoir si le droit de gagner sa vie est une valeur qui est constitutionnellement protégée par la Charte n'est pas encore résolue. Il semble que notre Cour ait répondu par la négative à cette question.

[26] Dans l'arrêt *Weyer c. Canada*¹⁰, la Cour d'appel fédérale a examiné l'applicabilité de l'article 7 à une instance introduite en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, qui portait sur le congédiement d'un employé accusé d'incompétence. Dans cette affaire, le requérant faisait valoir que le fait qu'il n'existait pas de dispositions l'autorisant à assigner des personnes à témoigner devant la commission en question portait atteinte aux droits que l'article 7 lui garantissait. Pour rejeter ce moyen, le juge Mahoney a déclaré:

Le recours devant le comité d'appel établi en vertu du paragraphe 31(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique du Canada* portait sur le statut d'employé du requérant. Il semble que certains tribunaux, à tout le moins en première instance, aient interprété le droit à la liberté comme englobant un droit au travail. On trouvera une revue à jour utile de la jurisprudence dans *Wilson et al. v. Medical Services Commission of B.C.*, [1987] 3 W.W.R. 48, aux pages 69 et suivantes.

Quant à ce tribunal, la question a fait l'objet d'une décision qui fait autorité. Dans *Smith, Kline & French c. Le Procureur général du Canada*, [1986] 1 C.F. 274, à la page 313, le juge Strayer affirmait:

À mon avis, le fait d'associer les concepts de «vie [. . .] liberté et [. . .] sécurité de sa personne» en colore le sens et ils se rapportent au bien-être physique d'une personne physique. Comme tels ils ne permettent pas de décrire les droits d'une société ni de décrire les intérêts purement économiques d'une personne physique.

Cette cause a été portée en appel devant cette cour, [1987] 2 C.F. 359. À la page 364, le juge Hugessen dit:

Insofar as concerns the arguments based upon . . . the alleged denial of the rights to life, liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*, I am in complete agreement with the trial judge's conclusions and with the reasoning by which he arrives at them. If anything he has given those arguments a fuller treatment than they deserve; any additional comments on my part would be superfluous.

Since rights guaranteed by section 7 of the *Charter* were not at risk in the Appeal Board proceeding, there is no merit in the applicant's submission.

[27] In my view, these discipline proceedings under the RCMP Act, even if the possible sanction is loss of the applicant's employment, do not give rise to the application of section 7 of the *Charter*. Even if I were not bound by the decision of the Court of Appeal in *Weyer*, I would not find that section 7 was contravened in this case. It was not urged, rightly in my view, that fundamental justice would demand more than does procedural fairness in this case. Thus, for the reasons outlined above in the discussion of procedural fairness, in my opinion, at this stage, there has been no violation of fundamental justice protected by section 7, if it is here engaged, by the interlocutory decision, a preliminary evidentiary decision, by the board.

[28] Finally, the applicant urges, in reliance on *R. v. Généreux*,¹¹ that the proceedings in this case, by an internal body of the RCMP with a potential sanction of the loss of his liberty to pursue his lengthy career, are penal in nature and public in consequence and thus paragraph 11(d) of the *Charter* is applicable. That provision is that:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

[29] For the applicant, it is submitted that the board in this case does not meet the requirements of "an

En ce qui concerne les arguments fondés sur [. . .] l'allégation d'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'article 7 de la Charte, je suis entièrement d'accord avec les conclusions du juge de première instance et avec ses motifs. Si l'on peut ajouter quelque chose, on doit dire qu'il a donné à ces arguments un traitement plus complet qu'ils ne le méritaient; toute autre observation de ma part serait superflue.

Puisque les garanties juridiques enchâssées dans l'article 7 de la *Charte* n'étaient pas menacées par les procédures intentées devant le comité d'appel, la prétention du requérant n'a aucun fondement.

[27] À mon avis, la présente instance disciplinaire régie par la Loi sur la GRC ne donne pas lieu à l'application de l'article 7 de la Charte, même si la sanction à laquelle s'expose le requérant est la perte de son emploi. Même si je n'étais pas lié par la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Weyer*, je ne conclurais pas qu'on a contrevenu à l'article 7 en l'espèce. Nul n'a soutenu, avec raison selon moi, que la justice fondamentale serait plus exigeante que l'équité procédurale dans le cas qui nous occupe. Ainsi, pour les motifs déjà exposés dans l'analyse relative à l'équité procédurale, j'estime, à cette étape-ci, que le comité n'a pas contrevenu aux principes de justice fondamentale protégés par l'article 7—si tant est que ceux-ci s'appliquent en l'espèce—en rendant sa décision interlocutoire, laquelle est une décision préliminaire portant sur la preuve.

[28] Finalement, le requérant affirme, en invoquant l'arrêt *R. c. Généreux*¹¹, que l'instance qui s'est déroulée en l'espèce devant un organisme interne de la GRC et qui était susceptible de se solder par l'imposition d'une sanction le privant de la liberté de poursuivre une longue carrière, est une instance de nature pénale et, partant, de caractère public, et que, par conséquent, l'alinéa 11d) de la Charte s'applique. Cet alinéa dispose:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

[29] L'avocat du requérant soutient qu'en l'espèce, le comité ne remplit pas les conditions requises pour

independent and impartial tribunal” as required by paragraph 11(d). The board’s three members are appointed on a case-by-case basis, without remuneration for service on the board, apart from their regular salaries as continuing officers serving in the RCMP and subject to the RCMP Act, not independent in their continuing general service duties from the office of the Commissioner of the Force, and it is to him, ultimately, they must answer, and he, ultimately, has discretion to determine any appeal of the applicant from a finding of the board.

[30] I note that, in my opinion, the challenge to the board’s constitution, and to the statutory basis underlying it pursuant to paragraph 11(d) of the Charter, is an appropriate challenge at this stage in the board’s proceedings. If the applicant’s argument were persuasive, this would be a special circumstance warranting intervention of the Court on judicial review even though the decision impugned is clearly interlocutory in nature. If the constitution of the board were found to violate the applicant’s rights under paragraph 11(d), the proceedings and all decisions of the board, including that here impugned, would be invalidated by the Court’s necessary intervention. I hasten to say that I am not persuaded that in the circumstances of this case, paragraph 11(d) of the Charter is applicable. Thus, it is not contravened and paragraph 11(d) requirements are not the basis of special circumstances that would warrant the intervention of the Court.

[31] I note that the respondent urged at the hearing that this challenge was not properly before the Court in view of the order of Lutfy J., dated October 18, 1996, which directed that an amended originating notice of motion be filed, concerned with the single decision of the board to quash the summons. It can be argued that that decision is questioned if the decision-maker’s lawful authority is questioned as improperly constituted under the Charter, and I proposed to dispose of this argument on its merits.

pouvoir être considéré comme un «tribunal indépendant et impartial», comme l’exige l’alinéa 11d). Les trois membres du comité sont nommés individuellement, ne reçoivent aucune rémunération, hormis le traitement ordinaire qui leur est versé en tant que membres permanents au service de la GRC, et sous réserve des dispositions de la Loi sur la GRC et, dans l’exercice des fonctions générales habituelles qu’ils continuent d’accomplir au sein de la GRC, ils continuent à relever du bureau du commissaire de la GRC, à qui ils doivent finalement rendre des comptes et qui, en dernière analyse, est investi du pouvoir discrétionnaire de trancher tout appel interjeté par le requérant d’une conclusion tirée par le comité.

[30] Je tiens à faire remarquer que la contestation formulée en vertu de l’alinéa 11d) de la Charte en ce qui concerne la constitution du comité et son fondement législatif est une contestation légitime à cette étape-ci de l’instance se déroulant devant le comité. Si la thèse du requérant était convaincante, il s’agirait là d’une circonstance spéciale justifiant l’intervention de la Cour dans le cadre d’un contrôle judiciaire, même si la décision contestée est de toute évidence de nature interlocutoire. Si l’on concluait que la constitution du comité porte atteinte aux droits garantis à l’appelant par l’alinéa 11d), l’instance et toutes les décisions du comité, y compris celle qui est contestée en l’espèce, seraient invalidées par suite de l’intervention nécessaire de la Cour. Je m’empresse d’ajouter que je ne suis pas persuadé que, vu les faits de la présente affaire, l’alinéa 11d) de la Charte s’applique. Ainsi, l’alinéa 11d) n’a pas été violé et les conditions qu’il renferme ne constituent pas des circonstances spéciales qui justifieraient l’intervention de la Cour.

[31] Je fais par ailleurs remarquer qu’à l’audience, l’intimé a insisté pour dire que la Cour n’était pas régulièrement saisie de la présente contestation, compte tenu de l’ordonnance du 18 octobre 1996 par laquelle le juge Lutfy a ordonné qu’un avis de requête introductif d’instance modifié soit déposé relativement à l’unique décision par laquelle le comité avait annulé l’assignation. On peut soutenir que cette décision est contestée si l’autorité légitime de l’organisme qui l’a rendue est remise en question au motif que cet organisme n’a pas été constitué en conformité avec la

[32] In *R. v. Wigglesworth*,¹² the Supreme Court determined that paragraph 11(h) applies only where the matter is of a criminal or quasi-criminal nature, public in the sense it is intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity or if the matter involves the imposition of penal consequences. While that case did not concern paragraph 11(d), it did involve circumstances in which the appellant, a serving RCMP officer, was subject to a fine imposed by an internal discipline body and was also charged under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] in relation to the same conduct as had been dealt with by the internal body. In discussing the relationship of section 11 generally to discipline proceedings, the Court indicated that generally discipline proceedings would not attract the application of section 11, unless they involve true penal consequences, i.e. imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of the RCMP. The Code of Discipline involved in *Wigglesworth* generally was said not to be concerned with criminal or quasi-criminal proceedings but rather with the maintenance of discipline and integrity within the Force, though the Court there found that the possibility of imprisonment for major service offences under the RCMP Act, as then constituted, amounted to a true penal consequence attracting the application of section 11.

[33] In *R. v. Généreux*, it was the public nature of the offences before the military court martial, alleged drug offences as well as desertion, and the nature of potential penalties, including imprisonment, that led the Supreme Court in that case to find the tribunal was required to be independent and impartial, in the nature of a judicial body in the traditional sense. In my opinion, *Généreux* is distinguishable from the case at bar on the basis of the wrongs there alleged and on the basis of the potential penalty.

Charte. Je me propose de statuer au fond sur ce moyen.

[32] Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*¹², la Cour suprême du Canada a jugé que l'alinéa 11h) ne s'applique que lorsque l'affaire est de nature criminelle ou quasi-criminelle et qu'elle est publique, en ce sens qu'elle vise à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique, ou si l'affaire comporte des conséquences pénales. Cette affaire ne portait pas sur l'alinéa 11d), mais elle visait une situation dans laquelle l'appelant, un officier de la GRC, avait été condamné à une amende imposée par un tribunal disciplinaire interne et avait également été accusé en vertu du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] relativement aux mêmes actes pour lesquels il avait été condamné par l'organisme interne. Dans son analyse des liens qui existent entre l'article 11 en général et les procédures disciplinaires, la Cour a précisé qu'en règle générale, les procédures disciplinaires ne donnent pas lieu à l'application de l'article 11, sauf si elles comportent de véritables conséquences pénales, c'est-à-dire l'emprisonnement ou une amende qui, par son importance, semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline interne dans le cadre restreint de la GRC. Le code de déontologie qui était en cause dans l'affaire *Wigglesworth* ne portait pas, de façon générale, sur des procédures criminelles ou quasi-criminelles, mais sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein de la GRC. La Cour a toutefois conclu que la possibilité d'emprisonnement pour les manquements graves au devoir prévus par la Loi sur la GRC, dans sa rédaction alors en vigueur, équivalait à une véritable conséquence pénale qui entraînait l'application de l'article 11.

[33] Dans l'arrêt *Généreux*, c'était le caractère public des infractions jugées par la cour martiale, en l'occurrence des infractions portant sur des stupéfiants et sur une désertion, et la nature des peines potentielles, notamment l'emprisonnement, qui avaient amené la Cour suprême à conclure que le tribunal administratif devait faire preuve d'indépendance et d'impartialité au même titre qu'un tribunal judiciaire au sens traditionnel. À mon avis, il y a lieu d'établir une distinction entre l'arrêt *Généreux* et la présente affaire en raison

[34] Moreover, following *Wigglesworth*, this Court has determined that the RCMP disciplinary process is not inherently criminal or quasi-criminal and it does not generally involve proceedings of a public nature that engage section 11 of the Charter. It may be that if a substantive penalty were applicable in a given case, the penal consequences test of *Wigglesworth* would attract the application of paragraph 11(d) of the Charter, but that would not seem likely where lesser penalties support a conclusion that the sanction is intended simply to reinforce discipline within the RCMP.

[35] In *Landry v. Gaudet*,¹³ Mr. Justice Joyal held that proceedings under the RCMP Act, concerned with an alleged disciplinary offence, for which a fine of \$500, a reprimand and suspension from duty were proposed sanctions, were internal, not in any way public and did not involve sanctions similar to penal consequences. Those proceedings were not subject to section 11 of the Charter, in particular they were not subject to paragraph 11(d) which the applicant there had urged was applicable, as the applicant here did.

[36] Similarly, in *Laquerre v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*,¹⁴ Mr. Justice Teitelbaum was of the view that paragraph 11(d) did not apply where the applicant in that case, charged with disgraceful conduct under the RCMP Act, had a fine imposed on him of two weeks' salary. His Lordship held that:

While this may be a large amount of money for the Applicant, I would not say that it is aimed at redressing the wrong done to society. It is rather a sum that is imposed to maintain discipline within the limited sphere of activity of the R.C.M.P.

[37] In the case at bar, the RCMP Act does not provide for imprisonment as a possible sanction if the

de la nature des actes qui y étaient reprochés et des sanctions auxquelles s'exposait l'accusé.

[34] Qui plus est, conformément à l'arrêt *Wigglesworth*, notre Cour a jugé que le processus disciplinaire de la GRC n'est pas intrinsèquement criminel ou quasi-criminel et qu'il n'implique pas, en règle générale, une procédure de nature publique qui entraînerait l'application de l'article 11 de la Charte. Il se peut que, si une peine sévère pouvait être appliquée dans un cas donné, le critère des conséquences pénales qui a été dégagé dans l'arrêt *Wigglesworth* entraînerait l'application de l'alinéa 11d) de la Charte. Cela serait toutefois moins probable lorsque des peines moins sévères permettent de conclure que la sanction vise simplement à renforcer la discipline au sein de la GRC.

[35] Dans le jugement *Landry c. Gaudet*¹³, le juge Joyal a statué qu'une instance introduite en vertu de la Loi sur la GRC et qui portait sur une présumée infraction disciplinaire pour laquelle les sanctions proposées étaient une amende de 500 \$, une réprimande et une suspension, était une procédure interne qui n'était aucunement publique et qui ne comportait pas de sanctions comportant des conséquences pénales. Cette instance n'était pas assujettie à l'article 11 de la Charte. Elle n'était plus particulièrement pas assujettie à l'alinéa 11d), qui, selon ce qu'affirmait le requérant dans cette affaire, s'appliquait, ainsi que le requérant l'affirme en l'espèce.

[36] De même, dans le jugement *Laquerre c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*¹⁴, le juge Teitelbaum s'est dit d'avis que l'alinéa 11d) ne s'appliquait pas au requérant qui, accusé dans cette affaire en vertu de la Loi sur la GRC de conduite disgracieuse, avait été condamné à une amende équivalant à deux semaines de salaire. Sa Seigneurie a déclaré:

Bien qu'il s'agisse peut-être là d'une grosse somme pour le requérant, je ne dirais pas qu'elle est destinée à réparer le tort causé à la société. Il s'agit plutôt d'une somme qui est imposée pour maintenir la discipline à l'intérieur de la sphère d'activité limitée de la G.R.C.

[37] Dans le cas qui nous occupe, la Loi sur la GRC ne prévoit pas l'emprisonnement comme sanction

board finds that an alleged breach of the code of conduct is established. Yet, the applicant urges that the possibility of dismissal from the RCMP in this case constitutes a sanction with true penal consequences within the test established in *Wigglesworth*. Later Supreme Court cases have considered the principles in *Wigglesworth* in the context of police disciplinary proceedings. In *Trimm v. Durham Regional Police*,¹⁵ the Supreme Court followed *Wigglesworth* and held that a police disciplinary proceeding under regulations of the Ontario *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381, was not subject to section 11, even where the regulations included the penalty of dismissal for “major offenses”. In *Burnham v. Metropolitan Toronto Police*,¹⁶ and *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police*,¹⁷ the appellants were charged with “major offenses” under the regulation and, thus, faced possible dismissal. The Supreme Court ruled that paragraph 11(d) did not apply.

[38] I conclude from these cases that the sanction of dismissal in a police disciplinary matter is not a “penal consequence” that creates a requirement for “an independent and impartial tribunal” within paragraph 11(d). The possible sanction is not penal in the sense necessary for application of that Charter requirement but rather is intended to maintain discipline within the ranks of the RCMP. The board constituted under section 43 of the RCMP Act to consider alleged breaches of the code of conduct in this case is not a body that requires the aspects of judicial independence and impartiality comparable to those of a court secured by paragraph 11(d) of the Charter. The board has an obligation to be impartial in its work consistent with the principles of fairness, but its composition of serving RCMP officers does not violate paragraph 11(d).

Conclusion

[39] An order goes dismissing this application for judicial review. It is my conclusion that there are not special circumstances that would warrant the Court’s

possible si le comité conclut qu’il a été démontré qu’il y a eu contravention au code de déontologie. Pourtant, le requérant insiste pour dire que la possibilité de congédiement de la GRC constitue en l’espèce une sanction qui comporte de véritables conséquences pénales au sens du critère posé dans l’arrêt *Wigglesworth*. Plus récemment, la Cour suprême a examiné les principes dégagés dans l’arrêt *Wigglesworth* dans le contexte de procédures disciplinaires policières. Ainsi, dans l’arrêt *Trimm c. Police régionale de Durham*¹⁵, la Cour suprême a suivi l’arrêt *Wigglesworth* et a jugé qu’une procédure disciplinaire policière introduite en vertu de la *Loi sur la police* de l’Ontario, R.S.O. 1980, ch. 381, n’était pas assujettie à l’article 11, même si le règlement d’application de cette loi prévoyait une peine de congédiement dans le cas des «infractions majeures». Dans les arrêts *Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto*¹⁶ et *Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto*¹⁷, les appelants étaient accusés d’«infractions majeures» au règlement et s’exposaient par conséquent à un congédiement. La Cour suprême a statué que l’alinéa 11d) ne s’appliquait pas.

[38] Je conclus, à la lecture de ces décisions, que la sanction du congédiement dans une affaire disciplinaire policière n’est pas une «conséquence pénale» qui oblige le tribunal à être «indépendant et impartial» au sens de l’alinéa 11d). La sanction éventuelle n’est pas une sanction pénale qui entraîne nécessairement l’application de cette condition de la Charte; elle vise plutôt à maintenir la discipline dans les rangs de la GRC. Le comité qui a été constitué en l’espèce en vertu de l’article 43 de la Loi sur la GRC pour examiner les allégations de contraventions au code de conduite n’est pas un organisme qui est soumis à des critères d’indépendance et d’impartialité judiciaires comparables à ceux auxquels est soumis un tribunal judiciaire aux termes de l’alinéa 11d) de la Charte. Le comité doit faire preuve dans son travail d’une impartialité qui s’accorde avec les principes d’équité, mais le fait qu’il soit composé d’officiers de la GRC en activité de service ne porte pas atteinte à l’alinéa 11d).

Dispositif

[39] Une ordonnance rejetant la présente demande de contrôle judiciaire sera prononcée. Je conclus qu’il n’existe pas de circonstances spéciales qui justifie-

intervention on an application for judicial review of a decision that is interlocutory and not a final decision on substantive issues before the board. The board is not constituted contrary to the requirements of paragraph 11(d) of the Charter and its decision here in question to quash the summons issued to the prosecuting officer was not made in a manner contrary to the principle of procedural fairness, nor was it contrary to section 7 of the Charter. This Court declines to intervene in the proceedings of the adjudication board at this stage.

[40] I note that the applicant requested costs on a solicitor and client basis, essentially because the filing of an affidavit of the prosecuting officer, including in an exhibit the allegations and particulars of unproven charges against the applicant, was vexatious. It is said those details were irrelevant to the respondent's application for which the affidavit was filed in support, that the public filing of that information was contrary to RCMP policy and to the provisions of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, and was intended to embarrass the applicant. Further, it is said in written submissions that "by releasing this information to the public in this fashion, the Applicant has lost his right to a fair and impartial hearing".

[41] In my opinion, filing of affidavit material in judicial proceedings, even if it were ultimately found to be irrelevant, does not deprive the other party of a right to a fair and impartial hearing. The suggestion that inclusion of the information in an exhibit to the affidavit filed was contrary to the *Privacy Act*, while not argued, in my opinion has no merit in light of the exceptions permitting disclosure of personal information under section 8 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 20, s. 13; (3rd Supp.), c. 1, s. 12; S.C. 1994, c. 35, s. 39] of the Act. The relevance of the information for purposes of the earlier interlocutory motion of the respondent is not an issue requiring determination here.

raient l'intervention de la Cour dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision qui est interlocutoire et qui ne constitue pas une décision définitive qui tranche les questions de fond soumises au comité. Le comité n'a pas été constitué en violation de l'alinéa 11d) de la Charte et la décision qu'il a rendue et par laquelle il a annulé l'assignation délivrée au poursuivant n'a pas été rendue d'une façon qui va à l'encontre des principes d'équité procédurale et elle ne viole pas l'article 7 de la Charte. La Cour refuse d'intervenir à cette étape-ci de l'instance du comité d'arbitrage.

[40] Je constate que le requérant réclame les frais extrajudiciaires, essentiellement parce que le dépôt de l'affidavit du poursuivant, auquel était jointe une annexe précisant les allégations et le détail des accusations non établies portées contre le requérant, était vexatoire. Suivant le requérant, ces détails ne sont pas pertinents à la demande de l'intimé à l'appui de laquelle l'affidavit a été produit. Il affirme également que le dépôt public de ces renseignements est contraire à la politique de la GRC et aux dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, et qu'il visait à embarrasser le requérant. Le requérant ajoute, dans ses observations écrites, que [TRADUCTION] «en raison de la divulgation de ces renseignements au public, le requérant a perdu son droit à une audience juste et impartiale».

[41] À mon avis, le dépôt d'un affidavit dans une instance judiciaire ne prive pas la partie adverse de son droit à un procès juste et impartial, même si cet affidavit est par la suite jugé non pertinent. Même s'il n'a pas été débattu, l'argument que l'inclusion des renseignements dans une annexe à l'affidavit qui a été déposé est contraire à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est, selon moi, mal fondé, compte tenu des exceptions contenues à l'article 8 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; (3^e suppl.), ch. 1, art. 12; L.C. 1994, ch. 35, art. 39] de la Loi qui permettent la divulgation de renseignements personnels. La pertinence des renseignements en ce qui concerne la requête interlocutoire que l'intimé a déjà présentée n'est pas une question qu'il faut trancher en l'espèce.

[42] Thus, there is no special reason within the meaning of Rule 1618 [as enacted by SOR/92-43, s. 19] to consider any award of costs to the applicant, even if his motion had been successful, and clearly no basis is made out for any award of solicitor-client costs. There will be no order concerning costs, as is usual in judicial review proceedings, in accord with Rule 1618 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, as amended.

[42] Ainsi, il n'existe aucune raison spéciale, au sens de la Règle 1618 [édictee par DORS/92-43, art. 19] des Règles, qui justifie d'envisager d'adjuger des dépens au requérant, même si sa requête avait été accueillie, et, de toute évidence, aucun motif justifiant l'adjudication de frais extrajudiciaires n'a été établi. Il n'y aura donc pas d'adjudication de dépens, comme c'est habituellement le cas à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, ainsi que le prévoit la Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, modifiées.

¹ (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.), at p. 335.

² [1997] 2 F.C. 719 (T.D.), at pp. 737-738.

³ [1996] F.C.J. No. 757 (T.D.) (QL). See also *Singh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 82 F.T.R. 68 (F.C.T.D.).

⁴ [1996] 2 F.C. 839 (T.D.), at p. 847.

⁵ [1996] 3 F.C. 584 (T.D.), at p. 596.

⁶ *Supra*, note 4, at p. 851.

⁷ *Cedarvale Tree Services Ltd. v. L.I.U.N.A., Local 183*, [1971] 3 O.R. 832 (C.A.), cited with approval in *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union*, [1997] F.C.J. No. 207 (T.D.); *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 685 ("It must not be forgotten that every administrative body is the master of its own procedure and need not assume the trappings of a court."); *Japan Electrical Manufacturers Assn. v. Canada (Anti-Dumping Tribunal)* (1986), 32 D.L.R. (4th) 222 (F.C.A.), at p. 234 (the Competition Tribunal is "master of its own procedure, is entitled to require that relevance to the issues before them be established."); *Sutton v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1994), 74 F.T.R. 284 (F.C.T.D.), at p. 289 ("It is generally accepted that a tribunal is the master of its own procedure, subject of course to any limitations expressed in its creating statute."); *Bernier v. Kent Institution* (1986), 7 F.T.R. 229 (F.C.T.D.), at p. 233 ("The principle that a tribunal, such as the disciplinary court, is the master of its own procedure is a well-established principle of law.").

⁸ *R. v. Sungalia*, [1992] O.J. No. 3718 (Gen. Div.) (QL), at para. 3. See also *R. v. Cocelli* (1996), 15 O.T.C. 85 (Ont. Gen. Div.); *R. v. Kyling*, [1996] Q.J. No. 1566 (S.C.) (QL).

⁹ [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 201.

¹⁰ (1988), 83 N.R. 272 (F.C.A.), at p. 276.

¹¹ [1992] 1 S.C.R. 259.

¹² [1987] 2 S.C.R. 541.

¹³ (1992), 95 D.L.R. (4th) 289 (F.C.T.D.).

¹⁴ (1995), 33 Admin L.R. (2d) 268 (F.C.T.D.), at p. 293.

¹⁵ [1987] 2 S.C.R. 582.

¹⁶ [1987] 2 S.C.R. 572.

¹⁷ [1987] 2 S.C.R. 577.

¹ (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (C.A.F.), à la p. 335.

² [1997] 2 C.F. 719 (1^{re} inst.), aux p. 737 et 738.

³ [1996] A.C.F. n° 757 (1^{re} inst.) (QL). Voir également le jugement *Singh c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 82 F.T.R. 68 (C.F. 1^{re} inst.).

⁴ [1996] 2 C.F. 839 (1^{re} inst.), à la p. 847.

⁵ [1996] 3 C.F. 584 (1^{re} inst.), à la p. 596.

⁶ *Supra*, note 4, à la p. 851.

⁷ *Cedarvale Tree Services Ltd. v. L.I.U.N.A., Local 183*, [1971] 3 O.R. 832 (C.A.), cité et approuvé dans le jugement *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1997] A.C.F. n° 207 (1^{re} inst.); *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 685 («Il ne faut pas oublier que tout organisme administratif est maître de sa propre procédure et n'a pas à se modeler sur les tribunaux judiciaires»); *Japan Electrical Manufacturers Assn. c. Canada (Tribunal anti-dumping)* (1986), 32 D.L.R. (4th) 222 (C.A.F.), à la p. 234 (Le Tribunal de la concurrence est «maître de sa propre procédure et a le droit d'exiger que la pertinence des questions qui lui sont soumises soit établie»); *Sutton c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1994), 74 F.T.R. 284 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 289 «Il est généralement accepté qu'un tribunal administratif est maître de sa propre procédure, sous réserve évidemment des limites imposées par sa loi constitutive»; *Bernier c. Établissement de Kent* (1986), 7 F.T.R. 229 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 233 («Le principe selon lequel un tribunal administratif comme le tribunal disciplinaire est maître de sa propre procédure est bien établi en droit»).

⁸ *R. v. Sungalia*, [1992] O.J. n° 3718 (Div. gén.) (QL), au par. 3. Voir également les jugements *R. v. Cocelli* (1996), 15 O.T.C. 85 (Div. gén. de l'Ont.); et *R. c. Kyling*, [1996] Q.J. n° 1566 (C.S.) (QL).

⁹ [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 201.

¹⁰ (1988), 83 N.R. 272 (C.A.F.), à la p. 276.

¹¹ [1992] 1 R.C.S. 259.

¹² [1987] 2 R.C.S. 541.

¹³ (1992), 95 D.L.R. (4th) 289 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁴ (1995), 33 Admin. L.R. (2d) 268 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 293.

¹⁵ [1987] 2 R.C.S. 582.

¹⁶ [1987] 2 R.C.S. 572.

¹⁷ [1987] 2 R.C.S. 577.

T-2084-96	T-2084-96
Public Service Alliance of Canada (<i>Applicant</i>)	L'Alliance de la Fonction publique du Canada (<i>requérante</i>)
v.	c.
National Capital Commission (<i>Respondent</i>)	La Commission de la Capitale nationale (<i>intimée</i>)
and	et
Public Service Staff Relations Board (<i>Intervenor</i>)	La Commission des relations de travail dans la fonction publique (<i>intervenante</i>)

INDEXED AS: PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v. NATIONAL CAPITAL COMMISSION (T.D.)

RÉPERTORIÉ: ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA c. COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE (1^{re} INST.)

Trial Division, Pinard J.—Ottawa, September 30 and October 24, 1997.

Section de première instance, juge Pinard—Ottawa, 30 septembre et 24 octobre 1997.

Public Service — Jurisdiction — Judicial review of PSSRB Chairperson's refusal to refer proposals to arbitration board — PSSRA, s. 66(1) conferring on Chairperson exclusive jurisdiction to determine terms of reference of board — Assuring consistency of rulings, finality in arbitration process — Such boards now ad hoc — Not involved in process beyond rendering award — Need for consistency as award binding on parties — Avoiding revision of Chairperson's ruling on mandate.

Fonction publique — Compétence — Contrôle judiciaire du refus, de la part du président de la CRTFP, de porter certaines propositions devant un conseil d'arbitrage — L'art. 66(1) de la LRTFP confère au président la compétence exclusive pour fixer le mandat d'un conseil d'arbitrage — Cela permet d'assurer la cohérence et le caractère définitif des décisions arbitrales — Le conseil d'arbitrage est devenu un conseil ad hoc — Il est intéressé uniquement par la décision à rendre et non pas par le processus d'arbitrage en soi — La cohérence des décisions est nécessaire car elles s'imposent aux parties — Il faut éviter de remettre en cause la décision du président concernant le mandat.

Public Service — Labour relations — Judicial review of PSSRB Chairperson's ruling Public Sector Compensation Act freezing terms, conditions of employment of NCC employees; refusing to refer to arbitration proposals respecting job evaluation, Art. 47.01 (permitting employer to contract out services if not resulting in loss of employment), Art. Y-1 (binding purchaser of respondent's business to collective agreement) — Public Sector Compensation Act applicable to respondent, employees — Job evaluation plan proposal contrary to PSSRA, s. 69(3)(a) because dealing with classification — Art. 47.01 proposal contrary to s. 69(3)(a), (b) because dealing with organization of respondent — Art. Y-1 proposal contrary to ss. 7 (prohibiting interference with employer's ability to organize itself), 69(2) (making s. 57(2) applicable to an arbitral award), 57(2)(a) (prohibiting changes to terms and conditions of employment requiring amendment of legislation), 69(3)(a).

Fonction publique — Relations du travail — Contrôle judiciaire de la décision du président de la CRTFP selon laquelle la Loi sur la rémunération du secteur public a gelé les conditions d'emploi des salariés de la CCN; refusant de porter en arbitrage les propositions concernant l'évaluation des emplois, la clause 47.01 (autorisant le recours à une collaboration extérieure si celle-ci n'entraîne la perte d'aucun emploi), la clause Y-1 (obligeant le repreneur des activités de la CCN à respecter la convention collective) — La Loi sur la rémunération du secteur public s'applique à l'intimée ainsi qu'aux salariés — La proposition touchant le plan d'évaluation des emplois est contraire à l'art. 69(3)(a) de la LRTFP car elle a trait à la classification — La proposition concernant la clause 47.01 est contraire à l'art. 69(3)(a) et b) car elle porte sur l'organisation de l'intimée — La proposition concernant la clause Y-1 est contraire à l'art. 7 (qui interdit de s'immiscer dans le pouvoir d'organisation reconnu à l'employeur), à l'art. 69(2) (qui prévoit que l'art. 57(2) s'applique aux sentences arbitrales), à l'art. 57(2)(a) (interdisant toute modification des conditions

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of PSSRB Chairperson's refusal to refer certain proposals to arbitration board — Standard of review that of reasonableness — In determining what matters properly included in arbitral award, Chairperson acting within confines of jurisdiction conferred by Parliament — While no privative clause, also no statutory right of appeal — Chairperson specialized decision maker with considerable expertise — Standard of correctness applied to ruling Public Sector Compensation Act freezing terms, conditions of employment of NCC employees — Not established Chairperson frequently encountering that Act.

This was an application for judicial review of the refusal by the Chairperson of the Public Service Staff Relations Board to refer certain proposals to an arbitration board. The respondent employer was subject to the *Public Service Staff Relations Act*, which deals with collective bargaining and related matters. The applicant was the bargaining agent for all NCC employees. When the parties were unable to agree on the terms and conditions of employment, the applicant requested arbitration under *Public Service Staff Relations Act*, section 64. The Chairperson ruled that the *Public Sector Compensation Act* could be extended to freeze the terms and conditions of employment of NCC employees, and refused to refer to arbitration proposals respecting job evaluation, Article 47.01, (which permitted the employer to contract out services and functions if the contracting out would not result in any loss of employment) and Article Y-1, (which would bind any purchaser of the respondent's business to the terms of the collective agreement).

Public Service Staff Relations Act, section 7 prohibits interference with the employer's ability to organize itself. Paragraph 57(2)(a) prohibits changes to the terms or condition of employment that require the amendment of legislation. Subsection 69(2) provides that subsection 57(2) applies to an arbitral award. Under subsection 66(1), subject to section 69, the chairperson shall deliver to the arbitration board a notice referring the matters in dispute to the board for arbitration. Paragraph 69(3)(a) prohibits an arbitral award from dealing with the classification of positions in the Public Service. Paragraph 69(3)(b) prohibits an arbitral award from dealing with the standards, procedures, or processes governing the deployment, lay-off or termination of the employment of employees.

The issues were: whether the Chairperson had the jurisdiction to determine the terms of reference of an arbitration

d'emploi qui nécessiterait une modification législative) et à l'art. 69(3)a).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire du refus, de la part du président de la CRTFP, de porter certaines propositions devant un conseil d'arbitrage — Le critère applicable en l'espèce en matière de contrôle judiciaire est celui de caractère raisonnable de la décision — Lorsqu'il décide quelles sont les questions pouvant être tranchées par une décision arbitrale, le président agit dans les limites de la compétence que lui a conférée le législateur — Il n'existe en l'espèce aucune clause privative, ni de droit d'appel garanti par la loi — Le président est un décideur spécialisé pourvu d'une expertise considérable — La décision estimant que la Loi sur la rémunération du secteur public gèle les conditions d'emploi des salariés de la CCN doit se voir appliquer le critère de la justesse — Il n'a pas été établi qu'il s'agit là d'un texte que le président est souvent appelé à examiner.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant le refus, de la part du président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, de porter certaines propositions devant un conseil d'arbitrage. L'employeur intimé est assujéti à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, touchant la négociation des conventions collectives et autres questions annexes. La requérante était agent négociateur de tous les salariés de la CCN. Lorsque les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur les conditions de travail, la requérante a demandé un arbitrage au titre de l'article 64 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Le président a estimé que le champ de la *Loi sur la rémunération du secteur public* pouvait être élargi afin de geler les conditions d'emploi des salariés de la CCN, refusant par là même de porter en arbitrage les propositions concernant l'évaluation des emplois, la clause 47.01 (autorisant l'employeur à recourir à une collaboration extérieure dans la mesure où celle-ci n'entraîne la perte d'aucun emploi) et la clause Y-1, (obligeant le reprenneur des activités de la CCN à respecter les conditions de la convention collective).

L'article 7 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* interdit toute immixtion dans les pouvoirs d'organisation de l'employeur. L'alinéa 57(2)a) interdit toute modification des conditions de travail qui exigerait une modification législative. Le paragraphe 69(2) prévoit que le paragraphe 57(2) s'applique aux décisions arbitrales. Selon le paragraphe 66(1), et sous réserve de l'article 69, le président renvoie par écrit au conseil d'arbitrage les questions en litige. L'alinéa 69(3)a) exclut du champ des décisions arbitrales la classification des postes de la fonction publique. L'alinéa 69(3)b) exclut du champ des décisions arbitrales les questions ayant trait aux normes, procédures ou méthodes régissant la mutation, la mise en disponibilité ou le licenciement des salariés.

Les questions en litige étaient les suivantes: était-il de la compétence du président de fixer le mandat du conseil

board; what was the appropriate standard of review of the Chairperson's rulings; whether the *Public Sector Compensation Act* froze compensation plans applicable to the NCC; and whether the terms of reference should have included the proposals respecting the job evaluation plan, Articles 47.01 and Y-1.

Held, the application should be dismissed.

Subsection 66(1) confers on the Chairperson exclusive jurisdiction to determine the terms of reference of an arbitration board. This interpretation assures consistency of rulings and finality in the arbitration process, which is particularly important since an arbitration board is no longer chaired by a member of the Public Service Staff Relations Board. The arbitration board has become an *ad hoc* board, and has no involvement in the arbitration process beyond the rendering of its award. It also has no involvement in rights disputes arising from the interpretation of its arbitral award. Furthermore, the need for consistency is now greater in view of the fact that the arbitration board's award, unlike a conciliation board report, is binding on the parties. A procedure whereby the arbitration board is free to determine if matters may or may not be included in its award would invite an arbitration board to revisit the Chairperson's ruling and arrive at a different conclusion.

The standard of review of the Chairperson's determination of the terms of reference of an arbitration board should be that of reasonableness. In determining what matters may be included in an arbitral award, the Chairperson is not determining the parameters of his own jurisdiction, but is acting within the confines of the jurisdiction granted to him by Parliament. While there was no privative clause herein, there was also no statutory right of appeal, and the Chairperson was a specialized decision maker with considerable expertise, who was appointed by Parliament to set the parameters for collective agreements.

As it was not established that the *Public Sector Compensation Act*, which extends compensation plans to employees employed by entities subject to the provisions of the Act and is thus clearly linked to the arbitration board's mandate, was frequently encountered by the Chairperson, a standard of correctness should be applied to that part of the Chairperson's ruling.

The *Public Sector Compensation Act* and the constraints on collective bargaining contained therein do apply to the respondent and its employees. Section 3 states that the Act

d'arbitrage? Quels étaient les critères applicables en cas de contrôle judiciaire des décisions prises par le président? La *Loi sur la rémunération du secteur public* avait-elle entraîné le gel des plans de rémunération applicables à la CCN? Le mandat du conseil d'arbitrage aurait-il dû inclure les propositions touchant les clauses 47.01 et Y-1 concernant le plan d'évaluation des emplois.

Jugement: la demande est rejetée.

Le paragraphe 66(1) de la Loi confère au président la compétence exclusive de fixer le mandat d'un conseil d'arbitrage. Cette interprétation permet d'assurer la cohérence et le caractère définitif des décisions, cela étant d'une importance particulière puisque le conseil d'arbitrage n'est plus présidé par un membre de la CRTFP. Le conseil d'arbitrage a été transformé en conseil *ad hoc*, intéressé uniquement par la décision à rendre et non plus, de manière plus large, par le processus d'arbitrage en soi. Il n'est pas non plus appelé à intervenir lorsque l'interprétation de sa décision arbitrale donne lieu à un litige concernant les droits respectifs des intéressés. De plus, la cohérence de l'ensemble des décisions arbitrales est devenue encore plus importante qu'auparavant étant donné que, contrairement à ce qu'il en est du rapport d'un bureau de conciliation, la décision du conseil d'arbitrage lie les parties. Toute procédure permettant au conseil d'arbitrage de décider librement des questions pouvant ou non être comprises dans sa décision risquerait de voir une décision du président remise en cause par un conseil d'arbitrage qui pourrait alors parvenir à une conclusion différente.

S'agissant de la manière dont le président a fixé le mandat d'un conseil d'arbitrage, et dans l'hypothèse d'un contrôle judiciaire, le critère applicable devrait être celui du caractère raisonnable de la décision en cause. Lorsqu'il décide quelles sont les questions pouvant être tranchées par une décision arbitrale, le président ne se prononce pas sur les limites de sa propre compétence mais agit dans les limites de la compétence que lui a conférée le législateur. S'il n'existe, en l'espèce, aucune clause privative, il n'y a pas non plus de droit d'appel garanti par la loi et le président est un décideur spécialisé pourvu d'une expertise considérable, qui est nommé par le législateur afin de fixer les paramètres des conventions collectives.

Il n'a pas été établi que la *Loi sur la rémunération du secteur public*, qui prévoit la prorogation des régimes de rémunération des personnes employées par des entités relevant de la Loi et entretient donc des liens très nets avec le mandat du conseil d'arbitrage, soit un texte que le président est souvent appelé à examiner et cette partie de la décision du président doit donc se voir appliquer le critère de la justesse.

La *Loi sur la rémunération du secteur public*, et les limites que ce texte apporte aux négociations collectives s'applique à l'intimée et à ses salariés. L'article 3 prévoit

applies to employees employed in or by the agencies, boards, commissions or corporations set out in Schedule II. The NCC is one of the employers listed in Schedule II. The effect of the legislation is to identify the provisions of employees' compensation plans as they existed as of February 26, 1991 and to extend their application for the time periods set out in the Act. Once the provisions of a compensation plan are identified, those provisions then become the terms and conditions which govern the compensation of that group of employees. It is significant that the focus of the legislation is on "employees" rather than employers. Section 3 delineates which "employees" are covered by the Act. Sections 5 and 6 extend the compensation plan of "employees" and make no reference to employers. That there was no compensation plan on February 26, 1991 which involved the NCC as an employer was irrelevant. The compensation plan which applied to the employees in question continued to apply to them once they became employed by the NCC when it acquired separate employer status on January 1, 1994. In determining which matters in dispute should be referred to the arbitration board, the Chairperson had to have regard to subsection 69(2) and paragraph 57(2)(a) of the Act. Given the present factual context, the Chairperson could not include the applicant's proposals dealing with compensation matters in the terms of reference, because they would have required the amendment of the *Public Sector Compensation Act*.

The references in the job evaluation plan proposal were all indicative of a classification system. The Chairperson could not refer the proposal to the arbitration board because it dealt with the subject of classification contrary to paragraph 69(3)(a).

The Chairperson's decision not to include the proposal respecting Article 47.01 in the terms of reference was correct. Article 47.01 deals with the organization of the employer contrary to paragraphs 69(3)(a) and (b). A proposal preventing the contracting out of services would prevent the contracting out of functions perhaps presently performed by certain employees during regular hours of work. Such a proposal could operate to prevent lay-offs.

The Chairperson's ruling with respect to Article Y-1 was correct because this proposal was contrary to section 7, subsection 69(2) and paragraphs 57(2)(a) and 69(3)(a) of the Act. This proposal with regard to successor rights could require the employer to fulfil obligations which were beyond its legal capacity from both a constitutional and contractual perspective. The employer could not negotiate a provision that the terms and condition of these employees would continue to be governed by the Act, because the new employer may not fall under the realm of the same Act. The proposal

que la Loi s'applique aux salariés employés dans les conseils, commissions, sociétés et autres organismes mentionnés à l'Annexe II. La CCN est bien un des organismes employeurs figurant à l'Annexe II. Ce texte a pour effet d'identifier les dispositions des régimes de rémunération des salariés tels qu'ils étaient au 26 février 1991 et d'en proroger l'application selon les délais fixés par la Loi. À partir du moment où les dispositions d'un régime de rémunération sont identifiées, les dispositions deviennent des conditions régissant la rémunération de ce groupe de salariés. Il importe de noter que le texte évoque davantage les «salariés» que les employeurs. L'article 3 précise les catégories de «salariés» auxquels s'appliquent les dispositions de la Loi. Les articles 5 et 6 ont tous deux pour effet de proroger le régime de rémunération des «salariés», sans même mentionner les employeurs. Peu importe qu'il n'existait, au 26 février 1991, aucun régime de rémunération auquel la CCN aurait participé à titre d'employeur. Le régime de rémunération qui s'appliquait aux salariés en question va continuer à s'y appliquer lorsqu'ils deviendront des employés de la CCN le 1^{er} janvier 1994 lorsque cet organisme s'est vu reconnaître la qualité d'employeur distinct. Pour dire quelles questions litigieuses devaient et pouvaient être renvoyées devant un conseil d'arbitrage, le président devait se référer au paragraphe 69(2) ainsi qu'à l'alinéa 57(2)a) de la Loi. Considérant les faits de l'espèce, le président ne pouvait pas faire figurer dans le mandat du conseil d'arbitrage les propositions de la requérante touchant la rémunération car cela aurait exigé une modification de la *Loi sur la rémunération du secteur public*.

Selon la teneur de la proposition touchant le plan d'évaluation des emplois, celle-ci portait sur la classification. Le président ne pouvait donc pas porter cette proposition devant le conseil d'arbitrage étant donné que, contrairement à l'alinéa 69(3)a), elle avait trait à la classification.

C'est à juste titre que le président a décidé de ne pas inclure dans le mandat du conseil d'arbitrage la proposition concernant la clause 47.01. La clause 47.01 porte, contrairement aux alinéas 69(3)a) et b), sur l'organisation de l'employeur. Toute proposition interdisant le recours à une collaboration extérieure empêcherait effectivement de faire accomplir à l'externe des fonctions qui sont peut-être actuellement accomplies par certains employés pendant les heures normales de travail. Une telle proposition pourrait donc avoir pour effet direct d'empêcher les licenciements.

La décision du président concernant la clause Y-1 est juste, étant donné que la proposition en question est effectivement contraire à l'article 7, au paragraphe 69(2), ainsi qu'aux alinéas 57(2)a) et 69(3)a) de la Loi. La proposition en question touchant les droits du successeur exigerait que l'employeur s'acquitte d'obligations qui, du point de vue constitutionnel et contractuel, dépassent largement sa capacité juridique. L'employeur ne peut pas négocier une disposition prévoyant que les conditions de travail des salariés continueront à être régies par la loi étant donné que

interfered with NCC's right to organize its workforce and, if referred, would require the amendment of legislation by Parliament.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

National Capital Act, R.S.C., 1985, c. N-4.
Public Sector Compensation Act, S.C. 1991, c. 30, ss. 2(1) "bargaining agent", "compensation", "compensation plan", "employee" (as am. by S.C. 1994, c. 18, s. 2), "wage rate", 3(1), 5(1) (as am. *idem*, s. 3), 6, 7(1),(2), (2.2) (as enacted *idem*, s. 4), (3),(4),(5), 8 (as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 4).
Public Service Reform Act, S.C. 1992, c. 54.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 7, 50 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 45), 57(2), 62, 64 (as am. *idem*, s. 53), 65 (as am. *idem*, s. 54), 66 (as am. *idem*), 69 (as am. *idem*, s. 57), 70(1), 79 (as am. *idem*, s. 78), Sch. I, Part II (as am. by SOR/93-304, s. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 14 Admin. L.R. (2d) 1; 93 CLLC 14,032; 152 N.R. 1; 63 O.A.C. 1; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 177 N.R. 1; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, [1988] F.C.J. No. 948 (T.D.) (QL).

DISTINGUISHED:

P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board), [1987] 2 F.C. 471; (1986), 34 D.L.R. (4th) 641; 72 N.R. 241 (C.A.).

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Séguin (1995), 101 F.T.R. 64 (F.C.T.D.); *Ouimet et al. v. Canada (Treasury*

le nouvel employeur ne sera pas nécessairement assujéti à cette loi. La proposition en question s'oppose au droit qu'a la CCN d'organiser sa main-d'œuvre, et son renvoi en arbitrage exigerait que le législateur modifie la loi.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi sur la capitale nationale, L.R.C. (1985), ch. N-4.
Loi sur la réforme de la fonction publique, L.C. 1992, ch. 54.
Loi sur la rémunération du secteur public, L.C. 1991, ch. 30, art. 2(1) «agent négociateur», «régime de rémunération», «rémunération», «salarité» (mod. par L.C. 1994, ch. 18, art. 2), «taux de salaire», 3(1), 5(1) (mod., *idem*, art. 3), 6, 7(1),(2), (2.2) (édicte, *idem*, art. 4), (3),(4),(5), 8 (mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 4).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 7, 50 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 45), 57(2), 62, 64 (mod., *idem*, art. 53), 65 (mod., *idem*, art. 54), 66 (mod., *idem*), 69 (mod., *idem*, art. 57), 70(1), 79, annexe I, partie II (mod. par DORS/93-304, art. 2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 11 Admin. L.R. (2d) 59; 93 CLLC 14,022; 150 N.R. 161; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Dayco (Canada) Ltd. c. CAW-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 14 Admin. L.R. (2d) 1; 93 CLLC 14,032; 152 N.R. 1; 63 O.A.C. 1; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations de travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 177 N.R. 1; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, [1988] F.C.J. n° 948 (1^{re} inst.) (QL).

DISTINCTION FAITE AVEC:

A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor), [1987] 2 C.F. 471; (1986), 34 D.L.R. (4th) 641; 72 N.R. 241 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Procureur général) c. Séguin (1995), 101 F.T.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.); *Ouimet et al. c. Canada*

Board) (1995), 106 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Council of Postal Unions and the Treasury Board*, Conciliation Board Terms of Reference, Board File No. 190-2-7, April 7, 1970; *PSAC and the Defence Research Board*, Conciliation Board Terms of Reference, Board File No. 190-5-15, February 6, 1973; *PIPS and the Treasury Board*, Conciliation Board Terms of Reference, Board File No. 190-2-161, August 16, 1988.

APPLICATION for judicial review of the refusal by the Chairman of the Public Service Staff Relations Board to refer certain proposals to an arbitration board. Application dismissed.

COUNSEL:

Andrew J. Raven and David Yazbeck for applicant.
Lynn H. Harnden and R. Bhatt for respondent.
Martine Richard for intervenor.

SOLICITORS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for applicant.
Emond, Harnden, Ottawa, for respondent.
Scott & Ayles, Ottawa, for intervenor.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] PINARD J.: This is an application for judicial review of the decision of Ian Deans, sitting as Chairperson of the Public Service Staff Relations Board (the PSSRB), dated August 20, 1996, which fixed the terms of reference of an arbitration board pursuant to the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35]. In his decision, the Chairperson determined that certain proposals were to be referred to the arbitration board and certain other provisions were not to be referred. The applicant, Public Service Alliance of Canada (the Alliance), filed its application for judicial review of the Chairperson's refusal to refer certain proposals to the arbitration board on September 19, 1996.

(Conseil du Trésor) (1995), 106 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.); *Conseil des Unions des employés des postes et le Conseil du Trésor*, Mandat du Bureau de conciliation n° 190-2-7, 7 avril 1970; *AFPC et le Conseil de recherches pour la défense*, Mandat du Bureau de conciliation, n° 190-5-15, 6 février 1973; *IPFP et le Conseil du Trésor*, Mandat du Bureau de conciliation, n° 190-2-161, 16 août 1988.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant le refus, de la part du président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, de porter certaines propositions devant un conseil d'arbitrage. Demande rejetée.

AVOCATS:

Andrew J. Raven et David Yazbeck pour la requérante.
Lynn H. Harnden et R. Bhatt pour l'intimée.
Martine Richard pour l'intervenante.

PROCUREURS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour la requérante.
Emond, Harnden, Ottawa, pour l'intimée.
Scott & Ayles, Ottawa, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE PINARD: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision de M. Ian Deans, siégeant à titre de président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la CRTFP), du 20 août 1996, fixant le mandat d'un conseil d'arbitrage conformément à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-35]. Dans sa décision, le président prévoyait que certaines propositions seraient portées devant un conseil d'arbitrage, mais que d'autres propositions ne le seraient pas. La requérante, l'Alliance de la fonction publique du Canada (l'Alliance), a déposé, le 19 septembre 1996, une demande de contrôle judiciaire visant ce refus, de la part du président, de porter certaines propositions devant le conseil d'arbitrage.

THE FACTS

[2] The respondent National Capital Commission (the NCC) is created pursuant to the *National Capital Act*, R.S.C., 1985, c. N-4, as amended, and has been given a mandate relating broadly to the development, conservation and improvement of the National Capital Region. Effective January 1, 1994, the NCC was established as a separate employer under Part II of Schedule I of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, as amended [as am. by SOR/93-304, s. 2] (the Act). Accordingly, the NCC remains subject to the provisions of the Act, which deal generally with collective bargaining and related matters. Prior to January 1, 1994, Treasury Board was the employer of the employees now working for the NCC. Upon the establishment of the NCC as a separate employer under the Act, the Alliance applied to the PSSRB for certification as bargaining agent on behalf of NCC employees. By its decision dated January 25, 1995, the PSSRB certified the Alliance as bargaining agent for all employees of the NCC. On February 3, 1995, the Alliance served notice to bargain collectively upon the NCC with a view to concluding a collective agreement pursuant to section 50 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 45] of the Act. Following service of the notice to bargain, the Alliance and the NCC attempted to negotiate a collective agreement respecting terms and conditions of employment of the Alliance-represented employees.

[3] By notice dated May 31, 1995, the Alliance requested arbitration under section 64 [as am. *idem*, s. 53] of the Act, which provides for the right of parties engaged in collective bargaining to request arbitration in respect of those terms and conditions of employment upon which the parties have been unable to reach an agreement.

[4] In due course, the Chairperson of the PSSRB met with the parties with a view to determining which matters in dispute could be referred to an arbitration board pursuant to sections 66 [as am. *idem*, s. 54] and 69 [as am. *idem*, s. 57] of the Act. Subsequently, the

LES FAITS

[2] L'intimée, la Commission de la capitale nationale (la CCN) doit son existence à la *Loi sur la capitale nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-4, modifiée, en vertu de laquelle elle est investie d'une mission d'aménagement, de conservation et d'embellissement de la région de la capitale nationale. À partir du 1^{er} janvier 1994, la CCN a été reconnue comme employeur distinct au titre de la partie II de l'annexe I de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, modifiée [mod. par DORS/93-304, art. 2] (la Loi). En conséquence, la CCN demeure assujettie à certaines dispositions de la Loi, touchant, de manière générale, la négociation des conventions collectives et autres questions connexes. Avant le 1^{er} janvier 1994, l'employeur des personnes actuellement employées par la CCN était le Conseil du Trésor. Dès la reconnaissance de la CCN comme employeur distinct dans le cadre de la Loi, l'Alliance a déposé, devant la CRTFP, une demande d'accréditation en tant qu'agent négociateur des salariés de la CCN. Par décision en date du 25 janvier 1995, la CRTFP a effectivement accrédité l'Alliance en tant qu'agent négociateur pour l'ensemble des employés de la CCN. Le 3 février 1995, l'Alliance a signifié à la CCN un avis de négociation en vue de la conclusion d'une convention collective conformément à l'article 50 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 45] de la Loi. Suite à la signification de cet avis de négociation, l'Alliance et la CCN se sont attachées à négocier une convention collective sur les conditions d'emploi des salariés représentés par l'Alliance.

[3] Par avis en date du 31 mai 1995, l'Alliance a demandé un arbitrage au titre de l'article 64 [mod., *idem*, art. 53] de la Loi qui prévoit le droit, pour les parties engagées dans une négociation collective, de demander un arbitrage sur les conditions d'emploi à l'égard desquelles les parties ne seraient pas parvenues à s'entendre.

[4] En temps opportun, le président de la CRTFP s'est réuni avec les intéressés afin de décider des questions litigieuses pouvant être portées devant un conseil d'arbitrage en vertu des articles 66 [mod., *idem*, art. 54] et 69 [mod., *idem*, art. 57] de la Loi.

parties filed written submissions and, by his decision dated August 20, 1996, the Chairperson issued a decision specifying the terms of reference of the arbitration board.

THE ISSUES

[5] The applicant submits that the Chairperson erred in law and failed to exercise his jurisdiction when he:

— ruled that the provisions of the *Public Sector Compensation Act* [S.C. 1991, c. 30] had the effect of freezing compensation plans applicable to the NCC;

— decided not to include in the terms of reference a proposal respecting the joint development of a job evaluation plan; and

— decided not to include in the terms of reference proposals respecting Articles 47.01 and Y-1.

[6] The issues upon which the intervenor PSSRB was granted leave to intervene are:

— the scope of the jurisdiction of a chairperson when delivering a notice referring the matters in dispute to an arbitration board, pursuant to section 66 of the Act; and

— the appropriate standard of judicial review applicable to the review of a chairperson's rulings pursuant to section 66 of the Act.

ANALYSIS

[7] Prior to considering the applicant's submissions, I intend to deal first with the issues raised by the intervenor.

The Scope of the Chairperson's Jurisdiction

[8] Prior to the amendments to the Act by virtue of the *Public Service Reform Act*, S.C. 1992, c. 54, effective June 1, 1993, the matters in dispute specified in the request for arbitration constituted the terms of reference of the arbitration board, subject to section 69 of the Act. In fact, a member of the PSSRB chaired

Par la suite, les parties ont déposé leurs conclusions écrites et, par décision en date du 20 août 1996, le président a rendu une décision fixant le mandat du conseil d'arbitrage.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[5] La requérante fait valoir que le président a commis une erreur de droit et a omis d'exercer la compétence qui est la sienne:

— en décidant que les dispositions de la *Loi sur la rémunération du secteur public* [L.C. 1991, ch. 30] a entraîné le gel des plans de rémunération applicables à la CCN;

— en décidant de ne pas inclure dans le mandat une proposition touchant l'élaboration conjointe d'un plan d'évaluation des emplois; et

— en décidant de ne pas inclure dans le mandat des propositions touchant les clauses 47.01 et Y-1.

[6] Les questions à l'égard desquelles l'intervenante, la CRTFP, a été autorisée à intervenir sont:

— l'étendue de la compétence du président lors de la délivrance d'un avis renvoyant les questions litigieuses devant un conseil d'arbitrage, en vertu de l'article 66 de la Loi; et

— les critères applicables en cas de contrôle judiciaire des décisions prises par le président en application de l'article 66 de la Loi.

ANALYSE

[7] Avant d'examiner les arguments présentés par la requérante, il y a lieu de se pencher sur les questions qu'a soulevées l'intervenante.

L'étendue de la compétence du président

[8] Avant les modifications apportées à la Loi par la *Loi sur la réforme de la fonction publique*, L.C. 1992, ch. 54, entrée en vigueur le 1^{er} juin 1993, sous réserve de l'article 69 de la Loi, le mandat du conseil d'arbitrage englobait, justement, les questions litigieuses énoncées dans la demande d'arbitrage. En fait, le

the arbitration board. The arbitration board determined which matters might be included in an arbitral award, and then proceeded to make its award on the merits. The former provisions read as follows:

57. . . .

(2) No collective agreement shall provide, directly or indirectly, for the alteration or elimination of any existing term or condition of employment or the establishment of any new term or condition of employment,

(a) the alteration or elimination or the establishment of which would require or have the effect of requiring the enactment or amendment of any legislation by Parliament, except for the purpose of appropriating moneys required for its implementation; or

(b) that has been or may be established pursuant to any Act specified in Schedule II.

. . .

62. (1) In respect of each dispute referred to arbitration, the Board shall be deemed to consist, for the period of the arbitration proceedings and for the purposes of the arbitration only, of a member of the Board and two other persons one each selected by the Board from each panel appointed under subsection 61(1).

. . .

64. (1) Where the parties to collective bargaining have bargained collectively in good faith with a view to concluding a collective agreement but have been unable to reach agreement on any term or condition of employment of employees in the relevant bargaining unit that may be embodied in an arbitral award, either party may, by notice in writing to the Secretary of the Board, given in accordance with subsection (2), request arbitration in respect of that term or condition of employment.

. . .

66. (1) Subject to section 69, the matters in dispute specified in the notice under section 64 and in any notice under section 65 constitute the terms of reference of the Board in relation to the request for arbitration, and the Board shall, after considering the matters in dispute together with any other matter that the Board considers necessarily incidental to the resolution of the matters in dispute, render an arbitral award in respect thereof.

. . .

69. (1) Subject to this section, an arbitral award may deal with rates of pay, hours of work, leave entitlements, stan-

conseil d'arbitrage était présidé par un membre de la CRTFP. Le conseil d'arbitrage décidait quelles questions pourraient faire l'objet d'une décision arbitrale avant de rendre cette décision en se prononçant sur le fond de l'affaire. Voici le texte des anciennes dispositions:

57. . . .

(2) Une convention collective ne peut avoir pour effet direct ou indirect de:

a) modifier, supprimer ou établir une condition d'emploi de manière que cela nécessiterait ou entraînerait l'adoption ou la modification d'une loi fédérale, exception faite des lois affectant les crédits nécessaires à son application;

b) modifier ou supprimer une condition d'emploi établie, ou établir une condition d'emploi pouvant l'être, en conformité avec une loi mentionnée à l'annexe II.

. . .

62. (1) Dans le cas d'un différend renvoyé à l'arbitrage, la Commission est réputée se composer, à cette seule fin et pour la durée de la procédure, d'un commissaire et de deux autres personnes choisies par elle au sein de chacun des groupes constitués en vertu du paragraphe 61(1).

. . .

64. (1) Dans le cas où les parties à des négociations collectives ont négocié collectivement de bonne foi et en vue de conclure une convention collective, mais n'ont pu s'entendre sur une condition d'emploi visant les fonctionnaires de l'unité de négociation en cause et susceptible d'être incluse dans une décision arbitrale, l'une ou l'autre des parties peut, par avis écrit adressé au secrétaire de la Commission, demander l'arbitrage sur cette condition d'emploi.

. . .

66. (1) Sous réserve de l'article 69, le mandat de la Commission, dans le cas d'une demande d'arbitrage, porte sur les questions en litige mentionnées dans les avis prévus par les articles 64 et 65. Après étude de ces questions ainsi que de toute autre question dont elle juge la prise en compte nécessaire à la solution du différend, la Commission rend une décision arbitrale en l'espèce.

. . .

69. (1) Dans les limites du présent article, une décision arbitrale peut statuer sur les barèmes de rémunération, les

dards of discipline and other terms and conditions of employment directly related thereto.

(2) Subsection 57(2) applies, with such modifications as the circumstances require, in relation to an arbitral award.

(3) No arbitral award shall deal with the standards, procedures or processes governing the appointment, appraisal, promotion, demotion, transfer, lay-off or release of employees, or with any term or condition of employment of employees that was not a subject of negotiation between the parties during the period before arbitration was requested in respect thereof.

[9] As a result of the amendments brought on by the *Public Service Reform Act*, an arbitration board is appointed in the same manner as a conciliation board. The amended Act does not allow for an arbitration board to be chaired by a member of the PSSRB. Under these new provisions, the Chairperson delivers terms of reference to the arbitration board "subject to section 69". The provisions of the Act as a result of the amendments brought on by the *Public Service Reform Act* read as follows [ss. 65 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 54), 79 (as am. *idem*, s. 78)]:

57. . . .

(2) No collective agreement shall provide, directly or indirectly, for the alteration or elimination of any existing term or condition of employment or the establishment of any new term or condition of employment,

(a) the alteration or elimination or the establishment of which would require or have the effect of requiring the enactment or amendment of any legislation by Parliament, except for the purpose of appropriating moneys required for its implementation; or

(b) that has been or may be established pursuant to any Act specified in Schedule II.

. . .

65. (1) Subject to section 65.1, the Chairperson shall, on receiving a request for arbitration under section 64, establish an arbitration board for arbitration of the matters in dispute.

(2) An arbitration board shall consist of three persons appointed in the same manner as the members of a conciliation board are appointed pursuant to section 79.

. . .

66. (1) Subject to section 69, forthwith on the establishment of an arbitration board, the Chairperson shall

heures de travail, les congés, les normes disciplinaires et les autres conditions d'emploi directement afférentes.

(2) Le paragraphe 57(2) s'applique aux décisions arbitrales, compte tenu des adaptations de circonstance.

(3) Sont exclues du champ des décisions arbitrales les normes, procédures ou méthodes régissant la nomination, l'évaluation, l'avancement, la rétrogradation, la mutation, la mise en disponibilité ou le renvoi de fonctionnaires, ainsi que toute condition d'emploi n'ayant pas fait l'objet de négociations entre les parties avant que ne soit demandé l'arbitrage à son sujet.

[9] Par suite des modifications apportées par la *Loi sur la réforme de la fonction publique*, un conseil d'arbitrage est nommé de la même manière qu'un bureau de conciliation. Dans sa nouvelle version, la Loi ne prévoit plus qu'un conseil d'arbitrage sera présidé par un membre de la CRTFP. Aux termes de ces nouvelles dispositions, le président confie un mandat à un conseil d'arbitrage «sous réserve de l'article 69». Voici les dispositions de la Loi sous la forme que leur ont donnée les modifications apportées par la *Loi sur la réforme de la fonction publique* [art. 65 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 54)]:

57. . . .

(2) Une convention collective ne peut avoir pour effet direct ou indirect de:

a) modifier, supprimer ou établir une condition d'emploi de manière que cela nécessiterait ou entraînerait l'adoption ou la modification d'une loi fédérale, exception faite des lois affectant les crédits nécessaires à son application;

b) modifier ou supprimer une condition d'emploi établie, ou établir une condition d'emploi pouvant l'être, en conformité avec une loi mentionnée à l'annexe II.

. . .

65. (1) Sous réserve de l'article 65.1, le président constitue, sur réception d'une demande d'arbitrage présentée au titre de l'article 64, un conseil chargé de l'arbitrage du différend.

(2) Le conseil se compose de trois personnes nommées de la façon prévue à l'article 79 en ce qui concerne les membres du bureau de conciliation.

. . .

66. (1) Sous réserve de l'article 69, dès la constitution d'un conseil d'arbitrage, le président lui renvoie par écrit les

deliver to the arbitration board a notice referring the matters in dispute to the board for arbitration.

69. (1) [Repealed, S.C. 1992, c. 54, s. 57]

(2) Subsection 57(2) applies, with such modifications as the circumstances require, in relation to an arbitral award.

(3) No arbitral award shall deal with

(a) the organization of the Public Service or the assignment of duties to, and classification of, positions in the Public Service;

(b) standards, procedures or processes governing the appointment, appraisal, promotion, demotion, deployment, lay-off or termination of employment, other than by way of disciplinary action, of employees; or

(c) any term or condition of employment of employees that was not a subject of negotiation between the parties during the period before arbitration was requested in respect thereof.

79. (1) A conciliation board shall consist of three persons appointed in the manner provided in this section.

(2) When a conciliation board is to be established, the Chairperson shall by notice require each of the parties, within seven days from the receipt of the notice, to nominate one person each to be a member of the conciliation board, and on receipt of the nominations within those seven days, the Chairperson shall appoint the persons so nominated as members of the conciliation board.

(3) If either of the parties fails to nominate a person within seven days from the receipt by it of the notice referred to in subsection (2), the Chairperson shall appoint as a member of the conciliation board a person the Chairperson deems fit for the purpose, and that member shall be deemed to have been appointed on the nomination of that party.

(4) The two members appointed under subsection (2) or (3) shall, within five days after the day on which the second of them was appointed, nominate a third person who is ready and willing to act, to be chairperson of the conciliation board, and the Chairperson shall thereupon appoint that person as the chairperson of the conciliation board.

(5) If the two members appointed under subsection (2) or (3) fail to make a nomination under subsection (4) within five days after the second of them was appointed, the Chairperson shall forthwith appoint as the chairperson of the conciliation board a person the Chairperson deems fit for the purpose.

questions en litige.

69. (1) [Abrogé, 1992, ch. 54, art. 57]

(2) Le paragraphe 57(2) s'applique aux décisions arbitrales, compte tenu des adaptations de circonstance.

(3) Sont exclues du champ des décisions arbitrales les questions suivantes:

a) l'organisation de la fonction publique, l'attribution de fonctions aux postes au sein de celle-ci et la classification de ces derniers;

b) les normes, procédures ou méthodes régissant la nomination, l'évaluation, l'avancement, la rétrogradation, la mutation, la mise en disponibilité ou le licenciement de fonctionnaires, à moins que celui-ci ne résulte d'une mesure disciplinaire;

c) les conditions d'emploi n'ayant pas fait l'objet de négociations entre les parties avant que ne soit demandé l'arbitrage à leur sujet.

79. (1) Le bureau de conciliation se compose de trois personnes nommées de la façon prévue au présent article.

(2) En prévision de l'établissement d'un bureau de conciliation, le président adresse à chacune des parties un avis lui demandant, dans les sept jours suivant la réception, de proposer un candidat pour ce bureau; il nomme ensuite les personnes ainsi proposées.

(3) Si l'une des parties omet de proposer un candidat dans le délai prévu au paragraphe (2), le président nomme membre du bureau de conciliation une personne qu'il estime apte à occuper cette charge. Cette personne est alors réputée avoir été nommée sur proposition de cette partie.

(4) Dans les cinq jours qui suivent la date de nomination du second d'entre eux, les deux membres nommés en application des paragraphes (2) ou (3) proposent, pour le poste de président du bureau de conciliation, le nom d'une troisième personne disposée à agir en cette qualité. Le président entérine leur choix en nommant cette personne président du bureau.

(5) Faute de candidature proposée dans les conditions fixées au paragraphe (4), le président nomme immédiatement au poste de président du bureau de conciliation une personne qu'il estime apte à occuper cette charge.

[10] My interpretation of these amendments is that they are aimed at mandating the Chairperson with the exclusive jurisdiction to determine what matters may be included in an arbitral award. This interpretation assures consistency of rulings and finality in the interest arbitration process. I agree with the intervenor's submission that this is particularly important in light of the fact that the arbitration board is no longer chaired by a member of the PSSRB. In effect, as a result of the 1993 amendments, the arbitration board has become an *ad hoc* board, and as such, has no involvement in the interest arbitration process beyond the rendering of its award. The arbitration board also has no involvement whatsoever in rights disputes arising from the interpretation of its arbitral award. Furthermore, the need for consistency is now greater in view of the fact that the arbitration board's award, unlike a conciliation board report, is binding on the parties.

[11] A procedure by which the arbitration board is free to determine if matters may or may not be included in its award would invite the prospect of an arbitration board revisiting a ruling by the Chairperson and arriving at a different conclusion.

[12] Therefore, I am of the opinion that subsection 66(1) of the Act provides the Chairperson with the exclusive jurisdiction to determine the terms of reference of an arbitration board.

Standard of Review

[13] With respect to the standard as to which decisions of administrative tribunals made within their jurisdictions are reviewed, I intend to refer to the applicable case law, as I have done in previous decisions.¹ Cory J. for the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, stated the following, at pages 961-962:

[10] J'interprète ces modifications apportées à la Loi comme tendant à investir le président d'une compétence exclusive pour dire quelles questions seront comprises dans une décision arbitrale. Cette interprétation permet d'assurer la cohérence et le caractère définitif des décisions, et ce dans l'intérêt même du processus d'arbitrage. Je conviens, comme le fait valoir l'intervenante, qu'il s'agit là d'un aspect d'une importance particulière étant donné que le conseil d'arbitrage n'est plus présidé par un membre de la CRTFP. En fait, les modifications apportées à la Loi en 1993 ont eu pour effet de transformer le conseil d'arbitrage en conseil *ad hoc* et, cela étant, ce conseil est uniquement intéressé par la décision qu'il a à rendre et non pas, de manière plus large, par le processus d'arbitrage en soi. Le conseil d'arbitrage n'est pas non plus appelé à intervenir lorsque l'interprétation de sa décision arbitrale donne lieu à un litige concernant les droits respectifs des intéressés. De plus, la cohérence de l'ensemble des décisions arbitrales est devenue encore plus importante qu'auparavant étant donné que, contrairement à ce qu'il en est du rapport d'un bureau de conciliation, la décision du conseil d'arbitrage s'impose aux parties.

[11] Toute procédure permettant au conseil d'arbitrage de décider librement des questions pouvant ou non être comprises dans sa décision risquerait de voir une décision du président remise en cause par un conseil d'arbitrage qui pourrait alors parvenir à une conclusion différente.

[12] J'estime, par conséquent, que le paragraphe 66(1) de la Loi confère au président la compétence exclusive pour fixer le mandat d'un conseil d'arbitrage.

Critères régissant le contrôle judiciaire

[13] En ce qui concerne les critères ouvrant la voie au contrôle judiciaire des décisions auxquelles un tribunal administratif peut parvenir dans l'exercice de la compétence qui est la sienne, j'entends, comme je l'ai fait dans le cadre de décisions antérieures, me référer à la jurisprudence pertinente¹. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, le juge

In expressing the reluctance courts should feel in interfering in decisions of administrative tribunals, McLachlin J. echoed the dicta of Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455. Writing for a unanimous Court Dickson C.J. stated at pp. 464-65:

A restrained approach to disturbing the decisions of specialized administrative tribunals, particularly in the context of labour relations, is essential if the courts are to respect the intentions and policies of Parliament and the provincial legislatures in establishing such tribunals. . . .

A reviewing court, whether under s. 28(1)(b) of the *Federal Court Act*, or under the common law principles of judicial review, should not interfere with the decision of a statutory decision maker in a case such as this unless the statutory decision maker makes a mistake of law, such as addressing his or her mind to the wrong question, applying the wrong principle, failing to apply a principle he or she would have applied, or incorrectly applying a legal principle. [Emphasis added.]

In summary, the courts have an important role to play in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals. Indeed, judicial review has a constitutional foundation. See *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. In undertaking the review courts must ensure first that the board has acted within its jurisdiction by following the rules of procedural fairness, second, that it acted within the bounds of the jurisdiction conferred upon it by its empowering statute, and third, that the decision it reached when acting within its jurisdiction was not patently unreasonable. On this last issue, courts should accord substantial deference to administrative tribunals, particularly when composed of experts operating in a sensitive area.

Cory J. then defined the expression “patently unreasonable” as follows [at pages 963-964]:

It is said that it is difficult to know what “patently unreasonable” means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review. In the *Shorter Oxford English*

Cory, se prononçant au nom de la Cour suprême du Canada, affirme, aux pages 961 et 962:

En exprimant la réticence que devraient éprouver les cours de justice à toucher aux décisions des tribunaux administratifs, le juge McLachlin a fait siennes les remarques incidentes du juge en chef Dickson dans l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455. S’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité, il a affirmé, aux pp. 464 et 465:

Il est essentiel que les tribunaux adoptent une attitude modérée à l’égard de la modification des décisions des tribunaux administratifs spécialisés, particulièrement dans le contexte des relations de travail, s’ils doivent respecter les intentions et les politiques du Parlement et des assemblées législatives des provinces qui les ont amenés à créer ces tribunaux. . . .

Un tribunal chargé de procéder à un examen, que ce soit en vertu de l’al. 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou en vertu des principes de *common law* en matière de contrôle judiciaire, ne devra pas modifier la décision d’un tribunal habilité par la loi comme en l’espèce, à moins que celui-ci n’ait commis une erreur de droit, par exemple en examinant la mauvaise question, en appliquant un principe erroné, en n’appliquant pas un principe qu’il aurait dû appliquer ou en appliquant incorrectement un principe juridique. [Je souligne.]

Pour résumer, les cours de justice ont un rôle important à jouer dans le contrôle des décisions des tribunaux administratifs spécialisés. En fait, le contrôle judiciaire a un fondement constitutionnel. Voir l’arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Quand elles procèdent au contrôle, les cours de justice doivent s’assurer, premièrement, que la commission a agi dans les limites de sa compétence en suivant les règles de l’équité procédurale, deuxièmement, qu’elle a agi dans les limites de la compétence que lui confère sa loi habilitante et, troisièmement, que la décision rendue dans les limites de sa compétence n’était pas manifestement déraisonnable. Sur ce dernier point, les cours de justice devraient faire preuve d’une grande retenue à l’égard des tribunaux administratifs, surtout lorsque ceux-ci se composent d’experts qui exercent leurs fonctions dans un domaine délicat.

Puis, le juge Cory, donne de l’expression «manifestement déraisonnable» la définition suivante [aux pages 963 et 964]:

Le sens de l’expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère

Dictionary “patently”, an adverb, is defined as “openly, evidently, clearly”. “Unreasonable” is defined as “[n]ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense”. Thus, based on the dictionary definition of the words “patently unreasonable”, it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

[14] It is true that the decision of the administrative tribunal in this latter case was protected by a broad privative clause, which is not the case here. However, that same year, in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, the Supreme Court of Canada recognized that judicial deference must be accorded to the decisions of arbitrators interpreting a collective agreement even in the absence of a privative clause. At pages 337-338, Sopinka J. stated the following:

In a number of past decisions, this Court has indicated that judicial deference should be accorded to the decisions of arbitrators interpreting a collective agreement even in the absence of a privative clause. For example, in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, Estey J. commented, at p. 275, with the rest of the Court concurring on this point, that:

the law of review has evolved, even in the absence of a privative clause, to a point of recognition of the purpose of contractually-rooted statutory arbitration: namely, the speedy, inexpensive and certain settlement of differences without interruption of the work of the parties. The scope of review only mirrors this purpose if it concerns itself only with matters of law which assume jurisdictional proportions.

Although this passage might be taken to suggest that an arbitrator’s decision on any question of law may be immune from review, I am of the view that it refers to questions of law in interpreting the collective agreement and not the interpretation of a statute or a rule of common law. I am uncertain as to what is meant by “jurisdictional proportions” in this context as there is no privative clause requiring that the jurisdictional limits of the tribunal be ascertained in order to determine whether a particular decision is immune from review. I assume, however, that Estey J. was merely

manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n’est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu’a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n’est pas clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu’il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s’agit là d’un critère très strict.

[14] Il est vrai que, dans l’affaire en question, la décision du tribunal administratif était protégée par une clause privative de portée générale, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. Mais, la même année, dans l’arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, la Cour suprême du Canada a reconnu que, en l’absence d’une clause privative, les tribunaux devaient faire preuve de retenue à l’égard de décisions arbitrales interprétant une convention collective. C’est ainsi qu’aux pages 337 et 338 de l’arrêt, le juge Sopinka affirme que:

Dans un certain nombre d’arrêts antérieurs, notre Cour a indiqué que les tribunaux devraient faire preuve de retenue à l’égard des décisions arbitrales qui interprètent une convention collective, même en l’absence de clause privative. Par exemple, dans l’arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, aux pp. 275 et 276, le juge Estey fait l’observation suivante, à laquelle souscrit le reste de la Cour:

. . . le droit relatif au contrôle judiciaire a évolué, même en l’absence de clause privative, au point où l’on reconnaît l’objectif de l’arbitrage prévu par la loi mais d’origine contractuelle, soit le règlement rapide, sûr et peu coûteux des différends sans interruption du travail des parties. L’étendue du pouvoir de révision ne fait que refléter cet objectif s’il ne s’intéresse qu’aux questions de droit à incidences juridictionnelles . . .

Même s’il était possible de conclure de ce passage que la décision d’un arbitre sur toute question de droit peut échapper à l’examen, j’estime qu’il vise les questions de droit qui se posent en interprétant la convention collective et non l’interprétation d’une loi ou d’une règle de common law. Je ne suis pas certain du sens de l’expression «incidences juridictionnelles» dans ce contexte, étant donné l’absence de clause privative exigeant que les limites de la compétence du tribunal soient déterminées afin de décider si une décision particulière échappe à l’examen. Je suppose

following the language of *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”), and like cases of the time which did involve privative clauses, and that what he is referring to is the policy of deference with respect to matters relating to the interpretation of collective agreements which is the stuff of the “differences” to which he refers.

[15] A little further on, at pages 340 and 341, Sopinka J. added:

Once it has been determined that curial deference to a particular decision of a tribunal is appropriate, the tribunal has the right to be wrong, regardless of how many reviewing judges disagree with its decision. A patently unreasonable error is more easily defined by what it is not than by what it is. This Court has said that a finding or decision of a tribunal is not patently unreasonable if there is any evidence capable of supporting the decision even though the reviewing court may not have reached the same conclusion (*Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at pp. 687-88), or, in the context of a collective agreement, so long as the words of that agreement have not been given an interpretation which those words cannot reasonably bear (*Bradburn, supra, per Laskin C.J.*, at p. 849). What these statements mean, in my view, is that the court will defer even if the interpretation given by the tribunal to the collective agreement is not the “right” interpretation in the court’s view nor even the “best” of two possible interpretations, so long as it is an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement. Or, as stated by Dickson J. in *CUPE*, at p. 237:

... was the Board’s interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

See also *PSAC No. 2* (reasons of Cory J.).

[16] In *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at pages 250-251, La Forest J. also recognized that the expertise of an arbitrator in questions relating to the interpretation of collective agreements calls for special consideration:

This Court has stated in previous cases that courts should, as a matter of policy, defer to the expertise of the arbitrator in questions relating to the interpretation of collective

toutefois que le juge Estey ne faisait que reprendre les termes employés dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («*SCFP*»), et dans des arrêts analogues datant de la même époque, où des clauses privatives étaient effectivement en cause, et qu’il faisait allusion à la politique de retenue à l’égard des questions touchant l’interprétation de conventions collectives, qui est à l’origine des «différends» qu’il évoque.

[15] Un peu plus loin, aux pages 340 et 341, le juge Sopinka ajoute:

Dès qu’on décide qu’il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l’égard d’une décision particulière d’un tribunal, celui-ci a le droit de se tromper, indépendamment du nombre de juges chargés de procéder à l’examen qui désapprouvent sa décision. L’erreur manifestement déraisonnable se définit plus aisément en fonction de ce qu’elle n’est pas plutôt que de ce qu’elle est. Notre Cour a dit qu’une conclusion ou une décision d’un tribunal n’est pas manifestement déraisonnable s’il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier, même si elle ne correspond pas à la conclusion qu’aurait tirée la cour chargée de procéder à l’examen (*Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l’industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, aux pp. 687 et 688), ou, dans le contexte d’une convention collective, dans la mesure où les termes de celle-ci n’ont pas été interprétés d’une façon inacceptable (*Bradburn, précité*, le juge en chef Laskin, à la p. 849). Ces affirmations signifient, selon moi, que la cour de justice fera preuve de retenue même si, à son avis, l’interprétation qu’a donnée le tribunal à la convention collective n’est pas la «bonne» ni même la «meilleure» de deux interprétations possibles, pourvu qu’il s’agisse d’une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention. Ou, comme l’a dit le juge Dickson dans l’arrêt *SCFP*, à la p. 237:

... l’interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire?

Voir aussi l’arrêt *AFPC n° 2* (motifs du juge Cory).

[16] Dans l’arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, aux pages 250 et 251, le juge La Forest reconnaît également, qu’en matière d’interprétation d’une convention collective, il y a lieu de témoigner une considération particulière à l’expertise d’un arbitre:

Notre Cour a affirmé dans des arrêts antérieurs que les tribunaux doivent, en principe, s’en remettre à l’expertise de l’arbitre pour ce qui est des questions concernant l’interpré-

agreements: see *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178 and *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245. This development is traced in the dissenting reasons of Wilson J. in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1340-42. It is clear that an arbitrator has jurisdiction *stricto sensu* to interpret the provisions of a collective agreement in the course of determining the arbitrability of matters under that agreement. In that case the arbitrator is acting within his or her "home territory", and any judicial review of that interpretation must only be to a standard of patent unreasonableness.

[17] Finally, in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, Iacobucci J. considered the whole spectrum of standards developed by the courts for the determination of the applicable standard of review. At pages 589-591, he stated the following:

From the outset, it is important to set forth certain principles of judicial review. There exist various standards of review with respect to the myriad of administrative agencies that exist in our country. The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1089 (*Bibeault*), and *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756.

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases

tation des conventions collectives: voir *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, et *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245. Le juge Wilson traite de cette évolution dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux p. 1340 à 1342. Il est clair qu'un arbitre a compétence *stricto sensu* pour interpréter les dispositions d'une convention collective lorsqu'il s'agit de décider si des questions sont arbitrables sous le régime de cette convention. Dans ces cas, l'arbitre agit dans son domaine d'expertise et le contrôle judiciaire de cette interprétation ne doit se faire que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

[17] Enfin, dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, le juge Iacobucci a examiné le large éventail de critères élaborés par la jurisprudence afin de décider quel serait le critère applicable en matière de contrôle judiciaire. Il affirme, aux pages 589 à 591:

Il importe tout d'abord de formuler certains principes en matière de contrôle judiciaire. Il existe diverses normes de contrôle applicables à la myriade d'organismes administratifs qui existent au Canada. Dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré compétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi. Voir les arrêts *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1089 (*Bibeault*), et *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

Quant aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue relativement aux questions juridiques,

where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights. See for example *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353.

[18] It is important to point out that the same Judge, at pages 591-592, also recognized that the existence of a privative clause was not determinative in establishing the applicable standard of review:

Consequently, even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise. This point was reaffirmed in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316 (*Bradco*), where Sopinka J., writing for the majority, stated the following at p. 335:

... the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada, supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

On the other side of the coin, a lack of relative expertise on the part of the tribunal *vis-à-vis* the particular issue before it as compared with the reviewing court is a ground for a refusal of deference.

[19] Finally, with respect to the standard of review applicable to an administrative tribunal's interpretation of a general public statute other than its constituting legislation, Mr. Justice Iacobucci, in the Supreme Court of Canada decision of *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1

ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne. Voir les arrêts *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

[18] Insistons sur le fait qu'aux pages 591 et 592 de l'arrêt, le même juge reconnaît également que, s'agissant de décider quel est le critère de contrôle judiciaire applicable dans un cas donné, l'existence d'une clause privative n'est pas déterminante:

Par conséquent, même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise. Ce point a été confirmé dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316 (*Bradco*), dans lequel le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, affirme, à la p. 335:

... son expertise [du tribunal] est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada*, précitée, on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Par contre, lorsque, comparativement au tribunal d'examen, le tribunal administratif manque d'expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue.

[19] Enfin, sur la question de savoir quelle était la norme de contrôle judiciaire applicable à l'interprétation qu'un tribunal administratif a donnée d'une loi publique autre que sa propre loi constitutive, le juge Iacobucci a affirmé, dans l'arrêt que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Société Radio-Canada c.*

S.C.R. 157, at page 187, stated:

As a general rule, I accept the proposition that curial deference need not be shown to an administrative tribunal in its interpretation of a general public statute other than its constituting legislation, although I would leave open the possibility that, in cases where the external statute is linked to the tribunal's mandate and is frequently encountered by it, a measure of deference may be appropriate. However, this does not mean that every time an administrative tribunal encounters an external statute in the course of its determination, the decision as a whole becomes open to review on a standard of correctness. If that were the case, it would substantially expand the scope of reviewability of administrative decisions and unjustifiably so. [Emphasis added.]

[20] In the case at bar, the applicant has argued that the standard of review should be that of correctness, given that the Chairperson was examining questions dealing with the arbitration board's jurisdiction. It is my opinion that the applicant improperly addressed this issue. The relevant question is whether the Chairperson was acting within his jurisdiction, and not the jurisdiction he was to grant to the arbitration board; and the determination of which matters should be referred to arbitration falls squarely within the Chairperson's jurisdiction. In effect, in determining what matters may be included in an arbitral award, the Chairperson is not determining the parameters of his own jurisdiction. Rather, the Chairperson is acting within the confines of the jurisdiction granted to him by Parliament.

[21] Also, while there is no privative clause in this instance, there is also no statutory right of appeal, and the Chairperson is a specialized decision maker with considerable expertise, who is appointed by Parliament to set the parameters for collective agreements between employers and trade unions. I find therefore that the standard of review of the Chairperson's determination of the terms of reference of an arbitration board should be that of reasonableness.

[22] The only portion of the Chairperson's decision which might be dealt with somewhat differently is

Canada (Conseil des relations du travail), [1995] 1 R.C.S. 157, à la page 187:

D'une manière générale, je souscris à la proposition selon laquelle la retenue judiciaire ne s'impose pas à l'égard de l'interprétation, par un tribunal administratif, d'une loi générale d'intérêt public qui n'est pas sa loi constitutive, tout en reconnaissant qu'une certaine retenue peut être indiquée dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner. Cependant, cela ne veut pas dire que chaque fois qu'un tribunal administratif examine une autre loi en rendant sa décision, celle-ci devient dans l'ensemble sujette à un contrôle fondé sur la norme du caractère correct. S'il en était ainsi, il y aurait un élargissement considérable et injustifié des possibilités de contrôler les décisions administratives. [Non souligné dans l'original.]

[20] En l'espèce, la requérante soutient qu'il y a lieu de se fonder sur la justesse de la décision en cause étant donné que le président avait à se prononcer sur des questions touchant la compétence du conseil d'arbitrage. Je ne souscris pas à cette approche. Ce qui importe ici c'est la question de savoir si le président a agi dans les limites de sa compétence et non pas la question de la compétence qu'il devait conférer au conseil d'arbitrage. Or, la décision touchant les questions devant être portées en arbitrage relève clairement de la compétence du président. En fait, lorsqu'il décide quelles sont les questions pouvant être tranchées par une décision arbitrale, le président ne se prononce pas sur les limites de sa propre compétence. Au contraire, le président agit, dans cette hypothèse, dans les limites de la compétence que lui a conférée le législateur.

[21] De plus, s'il n'existe, en l'espèce, aucune clause privative, il n'y a pas non plus de droit d'appel garanti par la loi et le président est un décideur spécialisé pourvu d'une expertise considérable, qui est nommé par le législateur afin de fixer les paramètres des conventions collectives conclues entre les employeurs et les syndicats des travailleurs. J'estime par conséquent que, lorsqu'il s'agit de la manière dont le président a fixé le mandat d'un conseil d'arbitrage, dans l'hypothèse d'un contrôle judiciaire, le critère applicable devrait être celui du caractère raisonnable de la décision en cause.

[22] La seule partie de la décision du président relevant peut-être d'un traitement quelque peu diffé-

where he has reviewed the application of the *Public Sector Compensation Act*. Although the latter Act is not the arbitration board's enabling statute, it essentially provides for the extension of compensation plans for employees employed by entities subject to the provisions of the Act and, therefore, is clearly linked to the arbitration board's mandate. However, it has not been established whether the *Public Sector Compensation Act* is "frequently encountered" by the Chairperson of the PSSRB. In the circumstances, a standard of correctness ought to be applied to the Chairperson's ruling on the matters regarding the *Public Sector Compensation Act*.

[23] I now turn to the other issues.

Proposals Dealing with Compensation Matters

[24] The Alliance submits that the Chairperson erred in law when he concluded that the *Public Sector Compensation Act* could be extended to freeze the terms and conditions of employment of NCC employees. I disagree. A close examination of this statute indicates that its provisions do in fact apply to the NCC and its employees, and that the constraints on collective bargaining contained in it apply to the NCC. The relevant applicable provisions of the *Public Sector Compensation Act*, as amended from time to time, are the following [ss. 2(1) "employee" (as am. by S.C. 1994, c. 18, s. 2), 5(1) (as am. *idem*, s. 3), 7(2.2) (as enacted *idem*, s. 4), 8 (as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 4)]:

2. (1) In this Act,

"bargaining agent" has the same meaning

(a) in the case of employees in respect of whom Part I of the *Canada Labour Code* applies, as in subsection 3(1) of that Act,

(b) in the case of employees in respect of whom the *Parliamentary Employment and Staff Relations Act* applies, as in section 3 of that Act, and

(c) in the case of employees in respect of whom the *Public Service Staff Relations Act* applies, as in section 2 of that Act;

rent serait là où le président se prononce sur l'application de la *Loi sur la rémunération du secteur public*. Bien que ce texte ne soit pas la loi constitutive du conseil d'arbitrage, il a surtout pour effet de prévoir la prorogation des régimes de rémunération des personnes employées par des entités relevant de la Loi et entretient donc des liens très nets avec le mandat du conseil d'arbitrage. Il n'a, cependant, pas été établi que la *Loi sur la rémunération du secteur public* est un texte que le président de la CRTFP est «souvent appelé à examiner». En l'occurrence, les décisions du président sur des questions relevant de la *Loi sur la rémunération du secteur public* doivent se voir appliquer le critère de la justesse.

[23] Abordons maintenant les autres questions.

Les propositions touchant les questions de rémunération

[24] L'Alliance affirme que le président a commis une erreur de droit en estimant que le champ de la *Loi sur la rémunération du secteur public* pouvait être élargi afin de geler les conditions d'emploi des salariés de la CCN. Ce n'est pas mon avis. Une lecture attentive du texte de loi démontre que ses dispositions s'appliquent effectivement à la CCN et à ses salariés et que les limites qu'il apporte aux négociations collectives s'appliquent à la CCN. Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur la rémunération du secteur public*, avec les modifications qui ont été apportées à diverses époques [art. 2(1) «salarié» (mod. par L.C. 1994, ch. 18, art. 2), 5(1) (mod., *idem*, art. 3), 7(2.2) (édicte, *idem*, art. 4), 8 (mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 4)]:

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi:

«agent négociateur» S'entend:

a) dans le cas des salariés régis par la partie I du *Code canadien du travail*, au sens du paragraphe 3(1) de cette loi;

b) dans le cas des salariés régis par la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, au sens de l'article 3 de cette loi;

c) dans le cas des salariés régis par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, au sens de l'article 2 de cette loi.

...
 "compensation" means all forms of pay, benefits and perquisites paid or provided, directly or indirectly, by or on behalf of an employer to or for the benefit of an employee, except those paid or provided:

(b) pursuant to a directive, policy, regulation or agreement that is issued, made or amended from time to time

(i) on the recommendation of the National Joint Council of the Public Service and with the approval of the Treasury Board, or

(ii) unilaterally by the employer of the employee or bilaterally by the employer and the employee, as represented by the bargaining agent, and that is in respect of a subject-matter that, in the opinion of the Treasury Board, is the same as or related to the subject-matter of a directive, policy, regulation or agreement that is issued, made or amended as described in subparagraph (i), or

...
 "compensation plan" means the provisions, however established, for the determination and administration of compensation, and includes such provisions contained in collective agreements or arbitral awards or established bilaterally between an employer and an employee, unilaterally by an employer or by or pursuant to any Act of Parliament;

"employee" means any person who performs duties and functions that entitle that person to a fixed or ascertainable amount of rate of pay, but does not include any person to whom the *Locally-Engaged Staff Employment Regulations* apply or any person who is engaged locally outside Canada and whose position is wholly or partly excluded from the operation of the *Public Service Employment Act* under section 41 of that Act;

...
 "wage rate" means a single rate of pay or range of rates of pay, including cost-of-living adjustments, or, where no such rate or range exists, any fixed or ascertainable amount of pay, but does not include any allowance, bonus, differential, premium or other emolument or benefit paid in respect of circumstances specified by order of the Treasury Board.

3. (1) This Act applies to employees employed in or by

(a) the departments of the Government of Canada or other portions of the public service of Canada, set out in Schedule I;

...
 «régime de rémunération» Ensemble de dispositions, quel que soit leur mode d'établissement, régissant la détermination et la gestion des rémunérations; constituent notamment des régimes de rémunération les dispositions de cette nature figurant dans les conventions collectives et les décisions arbitrales ou établies soit par accord entre l'employeur et un salarié, soit par l'employeur seul, soit par une loi fédérale ou conformément à celle-ci.

«rémunération» Toute forme de salaire, de gratification ou d'avantage assuré, directement ou indirectement, par l'employeur ou en son nom à un salarié ou à son profit, à l'exception de ceux assurés en conformité avec:

...
 b) soit des instructions, lignes directrices, règles ou accords qui, selon le cas:

(i) résultent de recommandations du Conseil national mixte de la fonction publique et ont été approuvés par le Conseil du Trésor,

(ii) ont été établis soit par accord entre l'employeur et un salarié représenté par un agent négociateur, soit par l'employeur seul, sur une question qui, de l'avis du Conseil du Trésor, est déjà visée par les instructions, lignes directrices, règles ou accords résultant des recommandations prévues au sous-alinéa (i) ou est liée à une telle question;

...
 «salarié» Personne qui a droit à une rétribution ou à un taux de salaire fixe ou vérifiable pour les fonctions dont elle s'acquitte. La présente définition exclut les personnes visées par le *Règlement sur l'embauchage à l'étranger* ainsi que celles recrutées sur place à l'étranger et dont les postes sont exemptés, en tout ou en partie, de l'application de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique conformément à l'article 41 de cette loi;

...
 «taux de salaire» Taux unique de salaire ou fourchette salariale, y compris les rajustements de coût de la vie, ou, à défaut de ce taux ou de cette fourchette, tout montant fixe ou vérifiable de salaire. Sont exclus de la présente définition les allocations, bonis, primes, indemnités ou autres avantages versés dans des circonstances déterminées par arrêté du Conseil du Trésor.

...
 3. (1) La présente loi s'applique aux salariés employés:

a) dans les ministères et administrations mentionnés à l'annexe I;

(b) the agencies, boards, commissions or corporations set out in Schedule II; and

(c) the Senate, House of Commons or Library of Parliament.

...

5. (1) Subject to section 11, every compensation plan for employees to whom this Act applies that was in effect on February 26, 1991, including every compensation plan extended under section 6, shall be extended for a period of seventy-two months beginning on the day immediately following the day on which the compensation plan would, but for this section, expire.

...

7. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament except the *Canadian Human Rights Act* but subject to this Act, the terms and conditions of

(a) every compensation plan that is extended under section 5 or 6, and

(b) every collective agreement or arbitral award that includes a compensation plan referred to in paragraph (a)

shall continue in force without change for the period for which the compensation plan is so extended.

(2) The Treasury Board may change any terms and conditions of a compensation plan that is extended under section 5 or 6 in respect of which section 11 applies, or of a collective agreement or arbitral award that includes such a compensation plan, if those terms and conditions are, in the opinion of the Treasury Board, in respect of a conversion or reclassification that is required to implement a new or revised classification standard.

...

(2.2) Where, on or after December 10, 1992 but before the coming into force of this subsection, the Treasury Board has, pursuant to subsection (2), changed any of the terms and conditions of a compensation plan to implement a new or revised classification standard, the new or revised compensation plan that is in effect as a result of that implementation shall be

(a) extended for a period of twenty-four months beginning on the day immediately following the day on which the compensation plan would, but for this subsection, expire; and

(b) deemed to include a provision to the effect that the wage rates in effect under the plan on the day on which the plan would, but for this subsection, expire shall not be increased for the twenty-four month period immediately following that day.

b) dans les conseils, commissions, sociétés et autres organismes mentionnés à l'annexe II;

c) par le Sénat, la Chambre des communes et la Bibliothèque du Parlement.

...

5. (1) Sous réserve de l'article 11, le régime de rémunération en vigueur le 26 février 1991 pour les salariés visés par la présente loi, notamment tout régime de rémunération prorogé en vertu de l'article 6, est prorogé de six ans à compter de la date prévue, en l'absence du présent article, pour son expiration.

...

7. (1) Par dérogation à toute autre loi fédérale, à l'exception de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les dispositions d'un régime de rémunération prorogé en vertu des articles 5 ou 6 ou d'une convention collective ou décision arbitrale qui comporte un pareil régime demeurent en vigueur sans modification pendant la période de prorogation.

(2) Le Conseil du Trésor peut modifier les dispositions d'un régime de rémunération prorogé en vertu des articles 5 ou 6 ou visé par l'article 11 ou d'une convention collective ou décision arbitrale qui comporte un pareil régime si la modification a trait, de l'avis du Conseil du Trésor, à une reconversion ou reclassification nécessaire à la mise en vigueur d'une norme de classification nouvelle ou révisée.

...

(2.2) Dans le cas où, le 10 décembre 1992 ou après cette date, mais avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, le Conseil du Trésor a modifié les dispositions d'un régime de rémunération conformément au paragraphe (2), le nouveau régime ou le régime révisé qui découle de la mise en vigueur de la norme de classification nouvelle ou révisée mentionnée au paragraphe (2):

a) est prorogé de deux ans à compter de la date prévue, en l'absence du présent paragraphe, pour son expiration;

b) est réputé comporter une disposition prévoyant que les taux de salaire en vigueur à la date où, en l'absence du présent paragraphe, il aurait expiré ne peuvent être augmentés pendant les deux années qui suivent cette date.

(3) The Treasury Board may authorize any change to any terms and conditions

(a) of a compensation plan that would, but for section 6, have expired before February 26, 1991; or

(b) of a collective agreement or arbitral award that includes a compensation plan referred to in paragraph (a).

(4) The Treasury Board may change any terms and conditions

(a) of a compensation plan that would, but for section 6, have expired before February 26, 1991, or

(b) of a collective agreement or arbitral award that includes a compensation plan referred to in paragraph (a)

where the parties to the plan fail to agree to change those terms and conditions.

(5) The Treasury Board may not make or authorize any increase in wage rates pursuant to subsection (3) or (4) that is not in accordance with section 10.

...

8. (1) Subject to subsection (3), the parties to any collective agreement or arbitral award that includes a compensation plan that is extended under section 5 or 6 or in respect of which section 11 applies may, by agreement in writing, amend any terms and conditions of the collective agreement or arbitral award otherwise than by increasing

(a) wage rates; or

(b) any form of compensation referred to in subsection 5(1.1).

(2) Subject to subsection (3), in the case of a compensation plan not contained in a collective agreement or arbitral award, the terms and conditions of the plan, other than any terms and conditions relating to wage rates or any form of compensation referred to in subsection 5(1.1), may be amended in the manner in which the plan was established.

(3) No amendment may be made at any time to the terms and conditions of a compensation plan pursuant to subsection (1) or (2) if, as determined in accordance with subsection (4), the aggregate of all such amendments made at that time to the plan directly result in any increase in the total amount of expenditures to be incurred in respect of the department or other portion of the public service of Canada or part thereof to which the plan relates.

(4) For the purposes of subsection (3), the determination shall be made

(3) Le Conseil du Trésor peut autoriser la modification des dispositions d'un régime de rémunération qui, en l'absence de l'article 6, aurait expiré avant le 26 février 1991 ou d'une convention collective ou décision arbitrale qui comporte un pareil régime.

(4) Le Conseil du Trésor peut modifier les dispositions d'un régime de rémunération qui, en l'absence de l'article 6, aurait expiré avant le 26 février 1991 ou d'une convention collective ou décision arbitrale qui comporte un pareil régime, lorsque les parties au régime ne parviennent pas à s'entendre sur les modifications à y apporter.

(5) Le Conseil du Trésor ne peut augmenter les taux de salaire au titre du paragraphe (4), ou autoriser leur augmentation au titre du paragraphe (3), qu'en conformité avec l'article 10.

...

8. (1) Sous réserve du paragraphe (3), les parties à une convention collective, ou les personnes liées par une décision arbitrale, qui comporte un régime de rémunération prorogé en vertu des articles 5 ou 6 ou visé par l'article 11 peuvent modifier, par entente écrite, la convention ou la décision, sans toutefois augmenter les taux de salaire ou toute autre forme de rémunération visée au paragraphe 5(1.1).

(2) Sous réserve du paragraphe (3), les dispositions, sauf celles qui se rapportent aux taux de salaire et à toute autre forme de rémunération visée au paragraphe 5(1.1), d'un régime de rémunération ne figurant pas dans une convention collective ou dans une décision arbitrale peuvent être modifiées selon les mêmes modalités que celles qui s'appliquent à l'établissement du régime.

(3) Les modifications visées aux paragraphes (1) ou (2) ne peuvent se faire pour un régime donné que si, selon la décision prise conformément au paragraphe (4), elles n'ont pas, au moment considéré, directement pour effet, dans l'ensemble, d'augmenter les dépenses relatives au ministère ou au secteur de l'administration publique fédérale—ou à la partie de ceux-ci—que le régime concerne.

(4) La décision sur l'effet des modifications prévues au paragraphe (3) est prise:

(a) by the Governor in Council, on the recommendation of the Treasury Board, where the plan relates to employees employed in or by the entities referred to in paragraph 3(1)(a) or (b), the staff of ministers of the Crown or persons referred to in paragraphs 3(2)(b), (c) and (d) and subsection 3(3); or

(b) by the appropriate employer, where the plan relates to

(i) the entities referred to in paragraph 3(1)(c),

(ii) the staff of the members of the Senate and the House of Commons,

(iii) the Chief Electoral Officer,

(iv) the Commissioner of Official Languages for Canada, or

(v) the Governor and Deputy Governor of the Bank of Canada.

a) par le gouverneur en conseil, sur la recommandation du Conseil du Trésor, dans le cas des régimes de rémunération s'appliquant aux salariés employés dans les entités visées aux alinéas 3(1)a) et b), au personnel des ministres et aux personnes visées aux alinéas 3(2)b), c) et d) et au paragraphe 3(3);

b) par l'employeur compétent, dans le cas des régimes s'appliquant aux entités visées à l'alinéa 3(1)c), au personnel des membres du Sénat et de la Chambre des communes, au directeur général des élections, au commissaire aux langues officielles ainsi qu'au gouverneur et au sous-gouverneur de la Banque du Canada.

[25] Section 3 of the *Public Sector Compensation Act* states that the Act applies to employees employed in or by "the agencies, boards, commissions or corporations set out in Schedule II". The NCC is listed as one of the employers in Schedule II. As a matter of fact, the NCC has always appeared in Schedule II of the *Public Sector Compensation Act* from the date it first came into force up to the present.

[26] Section 5 of the *Public Sector Compensation Act* provides that "every compensation plan for employees to whom this Act applies that was in effect on February 26, 1991 . . . shall be extended". "Compensation plan" is defined as including "the provisions, however established, for the determination and administration of compensation, and includes such provisions contained in collective agreements or arbitral awards or established bilaterally between an employer and an employee, unilaterally by an employer" (emphasis added). The effect of the legislation is to identify the provisions of employees' compensation plans as they existed as of February 26, 1991 and to extend their application for the time periods set out in the *Public Sector Compensation Act*. Once the provisions of a compensation plan are identified, those provisions then become the terms and conditions which govern the compensation of that group of employees. As emphasized by counsel for the NCC, it is significant in this regard that the focus of the legislation is on "employees" rather than

[25] L'article 3 de la *Loi sur la rémunération du secteur public* prévoit que cette Loi s'applique aux salariés employés dans «les conseils, commissions, sociétés et autres organismes mentionnés à l'annexe II». Or, la CCN est bien un des organismes employeurs figurant à l'annexe II. D'ailleurs, la CCN a toujours figuré à l'annexe II de la *Loi sur la rémunération du secteur public* depuis l'entrée en vigueur de ce texte jusqu'à aujourd'hui.

[26] Selon l'article 5 de la *Loi sur la rémunération du secteur public*, tout «régime de rémunération en vigueur le 26 février 1991 pour les salariés visés par la présente loi . . . est prorogé». Selon la définition qui en est donnée dans la Loi, «régime de rémunération» comprend «[l'e]nsemble de dispositions, quel que soit leur mode d'établissement, régissant la détermination et la gestion des rémunérations . . . notamment . . . les dispositions de cette nature figurant dans les conventions collectives ou les décisions arbitrales ou établies soit par accord entre l'employeur et un salarié, soit par l'employeur seul» (non souligné dans l'original). Ce texte a pour effet d'identifier les dispositions des régimes de rémunération des salariés telles qu'elles étaient au 26 février 1991 et d'en proroger l'application selon les délais fixés par la *Loi sur la rémunération du secteur public*. À partir du moment où les dispositions d'un régime de rémunération sont identifiées, lesdites dispositions deviennent les conditions régissant la rémunération de ce groupe de salariés. Comme l'a rappelé l'avocat de la CCN, il

employers. Section 3 delineates which “employees” are covered by the Act. Sections 5 and 6 both extend the compensation plan of “employees” and make no reference to employers. Accordingly, the fact that there was no compensation plan on February 26, 1991 which involved the NCC as an employer is irrelevant. The compensation plan which applied to the employees in question continued to apply to them once they became employed by the NCC when it acquired separate employer status on January 1, 1994. Consequently, the *Public Sector Compensation Act* continues to operate to freeze these terms and conditions.

[27] In determining which matters in dispute should and could be referred to the arbitration board, the Chairperson needed to have regard to subsection 69(2) and paragraph 57(2)(a) of the Act. Given the present factual context, the Chairperson could not include the applicant’s proposals dealing with compensation matters in the terms of reference, because they would have required the amendment of the *Public Sector Compensation Act*. Applying the proposed standard of review of correctness to this portion of the Chairperson’s decision, the said decision stands.

Proposal Respecting the Job Evaluation Plan

[28] The objectives and mandate provisions of the job evaluation proposal read as follows:

Objectives:

The committee shall select, develop or adapt a job evaluation plan which is consistent with sound classification principles and which meets the requirements of Section 11 of the Canadian Human Rights Act as well as the Equal Wages Guidelines, 1986. The plan shall be gender neutral and universal in application.

Mandate:

The committee shall jointly agree on all elements of the plan, including but not limited to:

— factors and definition

importe à cet égard de noter que le texte évoque davantage les «salariés» que les employeurs. L’article 3 précise les catégories de «salariés» auxquels s’appliquent les dispositions de la Loi. Les articles 5 et 6 ont tous deux pour effet de proroger le régime de rémunération des «salariés», sans même mentionner les employeurs. Par conséquent, peu importe qu’il n’existait, au 26 février 1991, aucun régime de rémunération auquel la CCN aurait participé à titre d’employeur. Le régime de rémunération qui s’appliquait aux salariés en question va continuer à s’y appliquer lorsqu’ils deviendront des employés de la CCN le 1^{er} janvier 1994 lorsque cet organisme se voit reconnaître la qualité d’employeur distinct. Par conséquent, la *Loi sur la rémunération du secteur public* continue à geler les conditions d’emploi.

[27] Pour dire quelles questions litigieuses devaient et pouvaient être renvoyées devant un conseil d’arbitrage, le président devait se référer au paragraphe 69(2) ainsi qu’à l’alinéa 57(2)a) de la Loi. Considérant les faits de l’espèce, le président ne pouvait pas faire figurer dans le mandat du conseil d’arbitrage les propositions de la requérante touchant la rémunération car cela aurait exigé au préalable une modification de la *Loi sur la rémunération du secteur public*. Au regard du critère de la justesse, cette partie de la décision du président tient.

Proposition touchant le plan d’évaluation des emplois

[28] Voici ce que le projet d’évaluation des emplois prévoyait en matière de buts et de mandat:

Buts:

Le comité choisira, élaborera ou adaptera un plan d’évaluation des emplois conforme aux principes applicables à la classification et répondant aux exigences posées par l’article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne ainsi que sur les Directives de 1986 sur l’égalité des rémunérations. Le plan ne devra opérer aucune différenciation en raison du sexe et devra être d’application universelle.

Mandat:

Les membres du comité devront s’entendre sur tous les éléments du plan, et notamment sur:

— les facteurs et les définitions;

- factor degree definitions
- factor weights
- points distribution within factors
- selection and evaluation of benchmark positions
- point cut-offs and the number of levels within the plan

[29] In my opinion, the Chairperson could not refer this proposal to the arbitration board because it deals with the subject of classification contrary to paragraph 69(3)(a) of the Act.

[30] A similar scenario presented itself in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General)*, [1988] F.C.J. No. 948 (T.D.) (QL), where the Chairman had also classified a proposal as relating to classification. Reed J. determined that the proposal in that case could be viewed from one perspective as an “equal pay for equal work” issue, but that it could also be perceived as a classification issue. Since the proposal was found sufficiently ambiguous, it was held, at page 13 (QL), that the Chairman’s decision could not be characterized as an error of law: “The Chairman’s characterization of the applicant’s proposal is at least as reasonable as that put forward by counsel for the applicant”.

[31] The proposal in this instance is sufficiently “ambiguous” to permit Chairperson Deans’ characterization. I accept the NCC’s argument that the proposal refers to terms of classification when it refers to factor degree definitions, to a committee which shall evaluate job descriptions and organization charts, to the evaluation of benchmark positions, to grievances with respect to evaluation of positions, and to a complete review of the existing classification plan. These references are all indicative of a classification system.

[32] Given the curial deference I have proposed, the applicant’s argument that the Chairperson erred in law and failed to exercise his jurisdiction when he decided not to include the proposal respecting the job evalu-

- les définitions touchant la gradation des facteurs;
- le poids des facteurs;
- la répartition des points à l’intérieur des divers facteurs;
- la sélection et l’évaluation des postes de référence; et
- les tranches et le nombre de niveaux à l’intérieur du plan.

[29] J’estime que le président ne pouvait pas porter cette proposition devant le conseil d’arbitrage étant donné que, contrairement à l’alinéa 69(3)a) de la Loi, elle a trait à la classification.

[30] Un scénario analogue était évoqué dans l’affaire *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, [1988] F.C.J. n° 948 (1^{re} inst.) (QL), où, là aussi, le président avait décidé qu’une proposition avait trait à la classification. Le juge Reed a estimé que, dans cette autre affaire, la proposition en question pouvait, dans une certaine optique, être considérée comme une question de «rémunération égale à travail égal», mais qu’on pouvait également y voir une question de classification. Étant donné que la Cour a estimé que la proposition était suffisamment ambiguë, elle a décidé, à la page 13 (QL) de son jugement, que la décision du président ne pouvait pas être considérée comme constituant une erreur de droit: «La qualification [par le président] de la proposition du requérant est au moins aussi raisonnable que celle suggérée par l’avocate du requérant».

[31] En l’espèce, la proposition est suffisamment «ambiguë» pour justifier la manière dont elle a été caractérisée par le président Deans. J’accepte l’argument de la CCN selon lequel la proposition en question a trait aux conditions de classification lorsqu’elle évoque les définitions touchant la gradation des facteurs, la création d’un comité chargé d’évaluer les descriptions d’emploi et les organigrammes, l’évaluation des postes de référence, les griefs touchant l’évaluation des postes, ainsi qu’une révision complète du plan de classification alors en vigueur. Tous ces éléments sont indicatifs d’un système de classification.

[32] Compte tenu du principe de retenue judiciaire que je me propose d’appliquer en l’espèce, l’argument de la requérante, selon lequel le président a commis une erreur de droit et a omis d’exercer la compétence

ation plan in the terms of reference must fail. The Chairperson's decision, in that regard, is reasonable.

qui est la sienne en décidant de ne pas faire figurer dans le mandat du conseil d'arbitrage la proposition concernant le plan d'évaluation des emplois, ne saurait être retenu. À cet égard, la décision du président est raisonnable.

Proposal Respecting Article 47.01

[33] Article 47.01 states:

The Employer can engage in contracting out of services and functions performed by employees if the contracting out will not result in any loss of employment.

[34] I agree with the NCC's submission that Article 47.01 deals with the organization of the NCC contrary to paragraph 69(3)(a) of the Act and the standards, procedures or processes governing the deployment, lay-off or termination of employment of employees contrary to paragraph 69(3)(b) of the Act.

[35] The Alliance has relied on the Federal Court of Appeal case of *P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 F.C. 471 (hereinafter *PSAC*), to assert that this "contracting out" proposal does not constitute a standard respecting lay-off contrary to paragraph 69(3)(b).

[36] The proposal in *PSAC* dealt with overtime provisions, which the Federal Court of Appeal held was a proper proposal to refer to arbitration. It was held that the proposal dealt with "hours of work" in accordance with subsection 70(1) of the Act, and did not interfere with the employer's ability to organize itself contrary to section 7, which provides:

7. Nothing in this Act shall be construed to affect the right or authority of the employer to determine the organization of the Public Service and to assign duties to and classify positions therein.

[37] It is my opinion that this case can easily be distinguished. By its very nature, an overtime provision presumes that there is sufficient work for the

Proposition concernant la clause 47.01

[33] La clause 47.01 est ainsi rédigée:

L'employeur pourra recourir à une collaboration extérieure pour assurer les services et fonctions actuellement assurés par des salariés si cette collaboration extérieure n'entraîne la perte d'aucun emploi.

[34] J'accepte l'argument de la CCN selon lequel la clause 47.01 porte, contrairement à l'alinéa 69(3)a) de la Loi, sur l'organisation de la CCN et, contrairement à l'alinéa 69(3)b) de la Loi, sur les normes, procédures ou procédés régissant le déploiement et le licenciement des employés.

[35] L'Alliance cite à l'appui de sa thèse l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 C.F. 471 (l'arrêt *AFPC*), pour affirmer que ce projet de «recours à une collaboration extérieure» ne constitue aucunement une norme concernant le licenciement, norme qui serait effectivement contraire à l'alinéa 69(3)b).

[36] Dans l'arrêt *AFPC*, la proposition avait trait aux dispositions régissant les heures supplémentaires, proposition qui, aux yeux de la Cour d'appel fédérale, pouvait effectivement être portée en arbitrage. La Cour a décidé que la proposition en question concernait les «horaires de travail», conformément au paragraphe 70(1) de la Loi et ne s'est pas immiscée dans le pouvoir de s'organiser que l'article 7 reconnaît à l'employeur:

7. La présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte au droit ou à l'autorité de l'employeur quant à l'organisation de la fonction publique, à l'attribution des fonctions aux postes et à la classification de ces derniers.

[37] J'estime qu'il convient d'établir une distinction entre les deux affaires. Par sa nature même, une disposition concernant les heures supplémentaires

positions already held by current employees. There is therefore no concern for any employees to be laid off as a result of failing to obtain the overtime hours available. In contrast, a proposal preventing the contracting out of services would prevent the contracting out of functions perhaps presently performed by certain employees during regular hours of work. Such a proposal could thereby directly operate to prevent lay-offs, and hence be contrary to paragraphs 69(3)(a) and 69(3)(b).

[38] The NCC has cited a number of conciliation board decisions wherein contracting out proposals were found, in their essence, to be proposals regarding lay-offs.² These decisions, in my view, are sound and must be accepted.

[39] Consequently, the Alliance's argument that the Chairperson erred in law and failed to exercise his jurisdiction when he decided not to include the proposal respecting Article 47.01 in the terms of reference must also fail. The Chairperson's decision, in that regard, is correct.

Proposal Respecting Article Y-1

[40] This proposal deals with the sale of the NCC's business. The proposal would require that the purchaser of the NCC's business would be subject to the bargaining rights of the Alliance. The purchaser would also be bound by the terms of the collective agreement between the Alliance and the NCC. Article Y-1 reads as follows:

Y-1.1 In this Article "Business" means any work, undertaking or business or any part thereof,

"sell" in relation to a business includes the lease, transfer and other disposition of business.

Y-1.2 Where the employer sells his business, the bargaining agent for the employees employed in the business continues to be their bargaining agent.

Y-1.3 The person to whom the business is sold shall be bound by the terms of the collective agreement applicable

présuppose qu'il y aura suffisamment de travail pour tous les postes actuellement occupés par les salariés de l'organisme. On ne s'inquiète donc nullement de voir des employés licenciés du fait qu'ils n'auraient pas pu obtenir les heures supplémentaires qu'il y aurait à accomplir. À l'inverse, une proposition tendant à l'interdiction de recourir à des collaborations extérieures empêcherait effectivement de faire accomplir à l'externe des fonctions qui sont peut-être actuellement accomplies par certains employés pendant les heures normales de travail. Une telle proposition pourrait donc avoir pour effet direct d'empêcher les licenciements, et cela contrairement aux alinéas 69(3)a) et 69(3)b).

[38] La CCN a cité plusieurs décisions du bureau de conciliation jugeant que des propositions de recours à une collaboration extérieure étaient en fait des propositions concernant les licenciements². J'estime que ces décisions sont justes et qu'il y a lieu de les accepter.

[39] En conséquence, l'argument de l'Alliance voulant que le président ait commis une erreur de droit et omis d'exercer la compétence qui est la sienne en décidant de ne pas inclure dans le mandat du conseil d'arbitrage la proposition concernant la clause 47.01 ne saurait être retenu. À cet égard, la décision du président est juste.

Proposition concernant la clause Y-1

[40] Cette proposition a trait à la vente des activités de la CCN. Selon cette proposition, le repreneur des activités de la CCN serait tenu au respect des droits de négociation de l'Alliance. Le repreneur serait également tenu au respect des conditions de la convention collective intervenue entre l'Alliance et la CCN. La clause Y-1 est ainsi rédigée:

Y-1.1 Dans la clause, on entend par «activités», tout travail, effort ou activité ou toute partie de cela,

«vendre» dans le cadre d'une activité comprend la mise à bail, la cession et toute autre aliénation d'une activité.

Y-1.2 Lorsque l'employeur vend ses activités, l'agent négociateur des salariés employés dans l'entreprise reste l'agent négociateur de ceux-ci.

Y-1.3 La personne à qui sont vendues les activités reste tenue au respect des conditions de la convention collective

to the employees employed in the business that is in effect on the date on which the business is sold.

[41] I agree with the NCC's submission that this proposal with regard to successor rights could require the employer to fulfil obligations which are entirely beyond its legal capacity from both a constitutional and contractual perspective. The Alliance is certified pursuant to the Act, and the parties are negotiating toward a collective agreement under this same Act. The employer cannot negotiate a provision that the terms and conditions of these employees will continue to be governed by the Act, given that the new employer may not fall under the realm of this same Act.

[42] Consequently, the Chairperson's ruling with respect to Article Y-1 is correct, as this proposal is contrary to section 7, subsection 69(2) and paragraphs 57(2)(a) and 69(3)(a) of the Act. The proposal interferes with the right of the NCC to organize its workforce and, if referred, would require the amendment of legislation by Parliament.

CONCLUSION

[43] For all the above reasons, the application for judicial review is dismissed.

¹ *Canada (Attorney General) v. Séguin* (1995), 101 F.T.R. 64 (F.C.T.D.) and *Ouimet et al. v. Canada (Treasury Board)* (1995), 106 F.T.R. 161 (F.C.T.D.).

² *Council of Postal Unions and the Treasury Board* (April 7, 1970), Conciliation Board Terms of Reference, Board File No. 190-2-7; *PSAC and the Defence Research Board* (February 6, 1973), Conciliation Board Terms of Reference, Board File No. 190-5-15; and *PIPS and the Treasury Board* (August 16, 1988), Conciliation Board Amended Terms of Reference, Board File No. 190-2-161.

applicable aux salariés employés dans l'entreprise en vigueur à la date où sont vendues lesdites activités.

[41] J'accepte l'argument de la CCN selon lequel cette proposition touchant les droits du successeur exigerait que l'employeur s'acquitte d'obligations qui, du point de vue constitutionnel et contractuel, se situent bien au-delà de sa capacité juridique. L'Alliance est agréée en vertu de la Loi et les parties sont en train de négocier une convention collective conformément à cette même Loi. L'employeur ne peut pas négocier une disposition prévoyant que les conditions de travail des salariés continueront à être régis par la Loi étant donné que le nouvel employeur ne sera pas nécessairement assujéti à cette Loi.

[42] En conséquence, la décision du président concernant la clause Y-1 est juste, étant donné que la proposition en question est effectivement contraire à l'article 7, au paragraphe 69(2), ainsi qu'aux alinéas 57(2)a) et 69(3)a) de la Loi. La proposition en question s'oppose au droit qu'a la CCN d'organiser sa main-d'œuvre, et son renvoi en arbitrage exigerait que le législateur modifie le texte de la Loi.

CONCLUSION

[43] Par ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

¹ *Canada (Procureur général) c. Séguin* (1995), 101 F.T.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.) et *Ouimet et autres. c. Canada (Conseil du Trésor)* (1995), 106 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.).

² *Conseil des Unions des employés des postes et le Conseil du Trésor* (7 avril 1970), Mandat du bureau de conciliation, dossier n° 190-2-7; *AFPC et le Conseil de recherches pour la défense* (6 février 1973), Mandat du bureau de conciliation, dossier n° 190-5-15; et *IPFP et le Conseil du Trésor* (16 août 1988), Mandat modifié du bureau de conciliation, dossier n° 190-2-161.

T-1730-96

Her Majesty in Right of Alberta (*Applicant*)

v.

Canadian Wheat Board (*Respondent*)

INDEXED AS: ALBERTA v. CANADA (WHEAT BOARD) (T.D.)

Trial Division, Gibson J.—Calgary, September 16, 17; Ottawa, October 31, 1997.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Canadian Wheat Board's grain delivery program — Federal Court Act, s. 18 giving Court jurisdiction to grant relief against any federal board, commission or other tribunal — S. 2 definition of "federal board, commission or other tribunal" including any body exercising jurisdiction conferred by Act of Parliament — In establishing grain delivery program, Board federal board, commission or other tribunal — Power to establish grain delivery program deriving directly from Canadian Wheat Board Act — Central to Board's function — S. 18.1 permitting anyone directly affected by "matter" in respect of which relief sought to apply for judicial review — Board's objective directed to implementation of public policy — As such, not subject to judicial review — Parliament not intending judicial review of such programs when enacting Federal Court Act, ss. 18, 18.1.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of Canadian Wheat Board's grain delivery program — Program aimed at orderly marketing of Canadian grain — Directed at implementation of broad public policy — Not matter subject to judicial review — Application dismissed on merits — That program neither relieving producers from all uncertainty nor resulting in Board taking all risks of downward turns in markets neither refusal to exercise jurisdiction nor other error in respect of which judicial review may be sought.

Practice — Parties — Standing — Crown in right of province lacking standing to bring application for judicial review of Canadian Wheat Board's grain delivery program — Standing acquired: as person "directly affected" by matter in respect of which relief sought under Federal Court

T-1730-96

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta (*requérante*)

c.

La Commission canadienne du blé (*intimée*)RÉPERTORIÉ: ALBERTA c. CANADA (COMMISSION DU BLÉ) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Gibson—Calgary, 16 et 17 septembre; Ottawa, 31 octobre 1997.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — L'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour compétence pour accorder réparation contre tout office fédéral — La définition d'«office fédéral» figurant à l'art. 2 comprend tout conseil, bureau, commission ou autre organisme exerçant une compétence prévue par une loi fédérale — En instaurant le programme de livraison de grains, la Commission était un office fédéral — L'autorité nécessaire à l'instauration d'un programme de livraison de grains a sa source dans la Loi sur la Commission canadienne du blé — Elle forme un élément essentiel des fonctions de la Commission — L'art. 18.1 prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque est directement touché par «l'objet de la demande» — L'objectif de la Commission visait la mise en œuvre de mesures d'intérêt général — À ce titre, cette question ne se prêtait guère au contrôle judiciaire — Le législateur n'envisageait pas le contrôle judiciaire d'un tel programme à l'époque où il a adopté les art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — Programme visant à organiser la commercialisation du grain cultivé au Canada — Question liée à la mise en œuvre de mesures d'intérêt général — La question ne se prêtait pas au contrôle judiciaire — Demande rejetée sur le fond — Le programme ne permettait ni d'éviter aux producteurs toute incertitude, ni de faire assumer par la Commission tous les risques de baisse de la demande de grains sur les marchés — Cela ne veut pas dire que l'un ou l'ensemble de ces aspects sont constitutifs d'un refus d'exercer une compétence ou d'un autre manquement susceptible d'être corrigé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — La Couronne du chef d'une province n'a pas la qualité pour demander le contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — La personne a qualité pour agir lorsqu'elle est «directement touchée» par l'objet

Act, s. 18.1; on basis of public interest; or as of right — Applicant not “directly affected” — Mere interest insufficient to establish direct effect — Public interest standing requiring no other reasonable, effective way matter could come before Court — Grain farmers directly affected by grain delivery program having access to Court, but none joined as applicants — Parliament expressly conferring standing on Attorney General under s. 18.1 — Failure to grant equivalent standing to provincial attorneys general not oversight.

Agriculture — Judicial review of Canadian Wheat Board’s grain delivery program — Program directed at implementation of public policy not amenable to judicial review — Crown in right of province lacking standing to bring application — Application dismissed on merits — That program neither relieving producers from all uncertainty nor resulting in Board taking all risks of downward turns in markets neither refusal to exercise jurisdiction nor other error in respect of which judicial review may be sought.

This was an application for judicial review of the Canadian Wheat Board’s grain delivery program, and an application to strike the originating notice of motion on the grounds that the applicant had no standing because it was not “directly affected” by the matter in respect of which relief was sought; the originating notice of motion was not in respect of a single decision, order or other “matter”; and it failed to disclose a reasonable cause of action. *Federal Court Act*, section 18 gives the Trial Division exclusive original jurisdiction to grant relief against any “federal board, commission or other tribunal”. Section 2 defines a “federal board, commission or other tribunal” as including any body exercising jurisdiction conferred by an Act of Parliament. Subsection 18.1(1) provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General or by anyone “directly affected” by the “matter” in respect of which relief is sought.

The applicant argued that, in the assignment and management of quotas through the program and its two major components (the acreage-based and delivery contracts components), the respondent was failing to fulfil certain of its statutory obligations under the *Canadian Wheat Board Act*.

The issues were (1) whether the Board was a “federal board, commission or other tribunal”; (2) whether the grain

de la demande aux termes de l’art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, ou encore dans l’intérêt public, ou encore de plein droit — La requérante n’était pas «directement touchée» — Le simple intérêt ne permet pas d’affirmer que la personne est directement touchée — Pour que soit reconnue la qualité pour agir dans l’intérêt public, il faut constater l’absence de tout autre moyen raisonnable et efficace de porter la question devant la Cour — Les producteurs de céréales qui étaient directement touchés pouvaient saisir la Cour, mais aucun d’entre eux n’a pris part à la présente demande — Le législateur a explicitement reconnu qualité pour agir au procureur général du Canada en vertu de l’art. 18.1 — Le fait de ne pas avoir reconnu la même qualité pour agir aux procureurs généraux des provinces n’était pas un simple oubli.

Agriculture — Contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé — Programme visant la mise en œuvre de mesures d’intérêt général et ne se prêtant pas au contrôle judiciaire — La Couronne du chef d’une province n’a pas la qualité pour demander le contrôle judiciaire — Demande rejetée sur le fond — Le programme ne permettait ni d’éviter aux producteurs toute incertitude, ni de faire assumer par la Commission tous les risques de baisse de la demande de grains sur les marchés — Cela ne veut pas dire que l’un ou l’ensemble de ces aspects sont constitutifs d’un refus d’exercer une compétence ou d’un autre manquement susceptible d’être corrigé dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire.

Il s’agissait de la demande de contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé et de la demande visant la radiation de l’avis de requête introductive d’instance, au motif que la requérante n’était pas «directement touchée» par l’objet de la demande, que l’avis de requête introductive d’instance ne portait pas sur une seule ordonnance, décision ou autre «question», et que ce dernier ne révélait aucune cause raisonnable d’action. L’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Section de première instance compétence exclusive d’accorder réparation contre tout «office fédéral». L’article 2 définit l’«office fédéral» en tant que tout conseil, bureau, commission ou autre organisme exerçant une compétence prévue par une loi fédérale. Le paragraphe 18.1(1) prévoit qu’une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général ou par quiconque est «directement touché» par «l’objet de la demande».

La requérante a soutenu que l’affectation et l’administration des contingents, par l’intimée, dans le cadre de son programme et des deux principaux volets constituant celui-ci (le volet des livraisons prévues en fonction de la surface cultivée et des livraisons fixées par contrat) entraînent un manquement à certaines des obligations que la *Loi sur la Commission canadienne du blé* imposent à cette dernière.

Les questions litigieuses étaient les suivantes: 1) la Commission constitue-t-elle un «office fédéral»?; 2) le

delivery program was a “matter” in respect of which judicial review lies: (3) whether the applicant was “directly affected” by the matter; and (4) whether the manner in which the Board operated its grain delivery program was within its jurisdiction as defined by the Act.

Held, the motion to strike should be allowed and the application for judicial review dismissed.

(1) In establishing the grain delivery program in respect of which judicial review was sought, the Canadian Wheat Board was a federal board, commission or other tribunal within the meaning of *Federal Court Act*, subsection 2(1). The power to establish a grain delivery program derived directly from the *Canadian Wheat Board Act* and was central to the respondent’s function. While elements of the program may have derived from the exercise of general powers incidental to its business, the program as a whole, by its very nature was of a public character.

(2) The objective of the grain delivery program was the orderly marketing of grain grown in Canada. It was a matter directed to the implementation of public policy. As such, it was not easily amenable to judicial review, nor did it lend itself readily to some of the forms of relief contemplated on an application for judicial review, particularly the remedy of setting aside of the “matter”, and referring it back for reconsideration. Rather, as a tool of public policy, the grain delivery program was, by nature, more amenable to review through pre-adoption public consultation and the political process. Parliament could not have contemplated judicial review of such a program when it enacted *Federal Court Act*, sections 18 and 18.1. That did not mean that “matters”, other than decisions or orders, as those terms are ordinarily interpreted, are not open to judicial review.

(3) The applicant did not have standing to bring this application for judicial review. Standing is acquired as a person “directly affected” under subsection 18.1(1), on the basis of public interest, or as of right. Where the test for public interest standing is met, subsection 18.1(1) is broad enough to authorize the granting of standing whether or not the applicant is “directly affected”. On the evidence, the applicant was not “directly affected”. An interest in the respondent’s grain delivery program was not sufficient to establish direct effect. To grant public interest standing to the applicant, there must be no other reasonable and effective way that the matter could have come before the Court. The grain farmers of Alberta had access to the Court, and they were clearly directly affected, but none were joined in this application for judicial review. The alternative way this

programme de livraison de grains est-il une «question» relevant du contrôle judiciaire?; 3) la requérante était-elle été «directement touchée» par la question?; 4) la manière dont la Commission administrait son programme de livraison de grains était-elle conforme à la compétence qu’elle tient de la Loi?

Jugement: la requête en radiation doit être accueillie et la demande de contrôle judiciaire rejetée.

1) En ce qui concerne l’instauration du programme de livraison de grains visé par la demande de contrôle judiciaire, la Commission canadienne du blé était un office fédéral au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. L’autorité nécessaire à l’instauration d’un programme de livraison de grains a sa source dans la *Loi sur la Commission canadienne du blé* et forme un élément essentiel des fonctions exercées par l’intimée. Si certains éléments du programme peuvent relever de l’exercice des pouvoirs généraux se rattachant en propre à son activité, le programme, pris dans son ensemble, est, par sa nature même, un programme de caractère public.

2) L’objectif du programme de livraison de grains visait à organiser la commercialisation du grain cultivé au Canada. Il s’agissait d’une question liée à la mise en œuvre de mesures d’intérêt général. À ce titre, cette question ne se prêtait guère au contrôle judiciaire, pas plus qu’elle ne se prêtait vraiment au genre de mesures sollicitées dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, et notamment la mesure consistant à infirmer la «question» et à la renvoyer pour nouvel examen. En tant qu’instrument de l’intérêt général, le programme de livraison de grains se prête davantage à un examen se déroulant dans le cadre des concertations préalables à son adoption et dans le cadre général du processus politique. Le législateur ne pouvait pas avoir envisagé le contrôle judiciaire d’un tel programme à l’époque où il a adopté les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce n’est pas dire que les «questions» autres que les décisions et ordonnances, selon l’interprétation que l’on donne normalement de ces termes, ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire.

3) La requérante n’avait pas la qualité pour déposer la présente demande de contrôle judiciaire. La personne a qualité pour agir lorsqu’elle est «directement touchée» aux termes du paragraphe 18.1(1), ou encore dans l’intérêt public, ou encore de plein droit. Lorsque les conditions concernant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public sont réunies, le paragraphe 18.1(1) doit être interprété de manière à reconnaître la qualité pour agir, que l’on puisse ou non dire que le requérant est «directement touché». Il ressort de la preuve que la requérante n’était pas «directement touchée». L’intérêt de la requérante dans le programme de livraison de grains de l’intimée ne permettait pas d’affirmer qu’elle était directement touchée. Avant de reconnaître à la requérante qualité pour agir dans l’intérêt public, il faudrait constater l’absence de tout autre moyen

matter could have come before the Court was not more theoretical than real, reasonable and effective. Finally, as to standing as of right, Parliament specifically provided such standing to the Attorney General. Failure to grant equivalent standing to the provincial attorneys general was not a mere oversight. If Parliament had intended to confer such standing, it could easily have done so.

(4) The respondent's grain delivery program neither relieved producers of all uncertainty nor resulted in the respondent taking all risks of downward turns in interprovincial and international markets for grain. That was not to say that any or all of these aspects represented an action, a refusal to exercise jurisdiction or other error in respect of which relief may be granted on a judicial review application. The application should be dismissed on the merits.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 38, s. 1; S.C. 1991, c. 47, s. 713; 1995, c. 31, s. 1), 5, 6(a),(b),(k), 26, 28, 32(1) (as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 2).
- 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), 28 (as am. *idem*, s. 8).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1602(2)(f) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1602(4) (as enacted *idem*), 1618 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Jackson v. Canada (Attorney General)*, [1997] F.C.J. No. 1603 (T.D.) (QL); *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (T.D.); revd (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 1; 185 N.R. 48 (F.C.A.); *Nova Scotia (Attorney General) v. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 F.C. 713; (1995), 127 D.L.R. (4th) 517; 35 Admin. L.R. (2d) 124; 63 C.P.R. (3d) 161; 100 F.T.R. 161 (T.D.); *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C.

raisonnable et efficace de porter la question devant la Cour. Les producteurs de céréales de l'Alberta pouvaient saisir la Cour. Il était clair qu'ils étaient directement touchés, mais aucun d'entre eux n'a pris part à la présente demande de contrôle judiciaire. L'autre voie permettant de porter cette affaire devant la Cour n'était pas théorique plutôt qu'effective, raisonnable et efficace. Enfin, en ce qui concerne la qualité pour agir de plein droit, le législateur a explicitement reconnu qualité pour agir au procureur général du Canada. Le fait de ne pas avoir reconnu la même qualité pour agir aux procureurs généraux des provinces n'était pas un simple oubli. Si le législateur avait entendu leur reconnaître la qualité pour agir en de telles circonstances, il aurait pu très aisément le faire.

4) Le programme de livraison de grains de l'intimée ne permettait ni d'éviter aux producteurs toute incertitude, ni de faire assumer par l'intimée tous les risques de baisse de la demande de grains sur le marché interprovincial et de l'exportation. Cela ne veut pas dire que l'un ou l'ensemble de ces aspects sont constitutifs d'une action, d'un refus d'exercer une compétence ou d'un autre manquement susceptible d'être corrigé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. La demande doit être rejetée sur le fond.

LOIS ET RÉGLEMENTS

- Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 38, art. 1; L.C. 1991, ch. 47, art. 713; 1995, ch. 31, art. 1), 5, 6(a),(b),(k), 26, 28, 32(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 2).
- 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 (édicteé, *idem*, art. 5), 28 (mod., *idem*, art. 8).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 1602(2)f) (édicteé par DORS/92-43, art. 19), 1602(4) (édicteé, *idem*), 1618 (édicteé, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Jackson c. Canada (Procureur général)*, [1997] F.C.J. n° 1603 (1^{re} inst.) (QL); *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (1^{re} inst.); inf. par (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 1; 185 N.R. 48 (C.A.F.); *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 C.F. 713; (1995), 127 D.L.R. (4th) 517; 35 Admin. L.R. (2d) 124; 63 C.P.R. (3d) 161; 100 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229;

(3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241.

DISTINGUISHED:

Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council, [1996] 3 C.N.L.R. 54; 107 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *Puccini v. Canada (Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada)*, [1993] 3 F.C. 557; (1993), 65 F.T.R. 127 (T.D.).

OVERRULED:

Banu v. Canada (Secretary of State) (1994), 82 F.T.R. 81; 25 Imm. L.R. (2d) 66 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada, [1958] S.C.R. 626; (1958), 15 D.L.R. (2d) 145; 77 C.R.T.C. 322; *Archibald v. Canada*, [1997] 3 F.C. 335; (1997), 146 D.L.R. (4th) 499 (T.D.).

REFERRED TO:

Wilcox v. Canadian Broadcasting Corporation, [1980] 1 F.C. 326; (1979), 101 D.L.R. (3d) 484 (T.D.); *Aeric, Inc. v. Chairman of the Board of Directors, Canada Post Corporation*, [1985] 1 F.C. 127; (1985), 16 D.L.R. (4th) 686; 56 N.R. 289 (C.A.); *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 166 N.R. 57 (C.A.); *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Pallister v. Canada (Wheat Board)*, T-1931-95, Giles A.S.P., order dated 11/10/95, not reported.

AUTHORS CITED

Strayer, B. L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

APPLICATION for judicial review of the grain delivery program of the Canadian Wheat Board and motion to strike the originating notice of motion on

5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290, [1996] 3 C.N.L.R. 54; 107 F.T.R. 133 (C.F. 1^{re} inst.); *Puccini c. Canada (Directeur général, Services de l'administration corporative, Agriculture Canada)*, [1993] 3 C.F. 557; (1993), 65 F.T.R. 127 (1^{re} inst.).

DÉCISION RENVERSÉE:

Banu c. Canada (Secrétaire d'État) (1994), 82 F.T.R. 81; 25 Imm. L.R. (2d) 66 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada, [1958] R.C.S. 626; (1958), 15 D.L.R. (2d) 145; 77 C.R.T.C. 322; *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335; (1997), 146 D.L.R. (4th) 499 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Wilcox c. Société Radio-Canada, [1980] 1 C.F. 326; (1979), 101 D.L.R. (3d) 484 (1^{re} inst.); *Aeric, Inc. c. Président du conseil d'administration, Société canadienne des postes*, [1985] 1 C.F. 127; (1985), 16 D.L.R. (4th) 686; 56 N.R. 289 (C.A.); *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 166 N.R. 57 (C.A.); *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Pallister c. Canada (Commission du blé)*, T-1931-95, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 11-10-95, inédite.

DOCTRINE

Strayer, B. L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

DEMANDE de contrôle judiciaire du programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé et de la demande visant la radiation de l'avis de

the grounds that the applicant lacked standing as not directly affected by the matter in respect of which relief was sought; the originating notice of motion was not in respect of a single decision, order or other matter; and it failed to disclose a reasonable cause of action. Motion to strike allowed; application for judicial review dismissed.

COUNSEL:

D. James Rout, Q.C. and Edith MacFarlane for applicant.

Brian H. Hay and Sharlene Telles-Langdon for respondent.

SOLICITORS:

Alberta Department of Justice, Edmonton, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of an application for judicial review, filed July 22, 1996, wherein Her Majesty in Right of Alberta (the applicant) seeks judicial review in respect of “the grain delivery programs established and operated by the [Canadian Wheat Board]”.

[2] The grain delivery program of the Canadian Wheat Board (the respondent), and I am satisfied it is a single program, for the 1995-1996 crop year ending July 31, 1996, consisted of two major components, an acreage-based component and a delivery contracts component. The two components are described in the applicant’s originating notice of motion in the following terms:

In respect of acreage based deliveries:

requête introductive d’instance, au motif que la requérante n’avait pas la qualité pour agir, n’étant pas directement touchée par l’objet de la demande, que l’avis de requête introductive d’instance ne portait pas sur une seule ordonnance, décision ou autre question, et que ce dernier ne révélait aucune cause raisonnable d’action. Requête en radiation accueillie; demande de contrôle judiciaire rejetée.

AVOCATS:

D. James Rout, c.r., et Edith MacFarlane, pour la requérante.

Brian H. Hay et Sharlene Telles-Langdon, pour l’intimée.

PROCUREURS:

Ministère de la Justice de l’Alberta, Edmonton, pour la requérante.

Le sous-procureur général du Canada, pour l’intimée.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire déposée le 22 juillet 1996, par laquelle Sa Majesté du chef de l’Alberta (la requérante) demande le contrôle judiciaire «des programmes de livraison de grains instaurés et administrés par la [Commission canadienne du blé]».

[2] Le programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé (l’intimée)—car j’estime qu’il s’agit bien d’un seul programme—, pour la campagne 1995-1996 se terminant le 31 juillet 1996, comprenait deux grands volets: un volet fondé sur les surfaces cultivées et un volet concernant les contrats de livraison. C’est dans les termes suivants que ces deux volets sont décrits dans l’avis de requête introductive d’instance déposée par la requérante:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les livraisons liées aux surfaces cultivées:

- | | |
|---|---|
| (i) the Respondent was to announce grade specific delivery calls for wheat, durum and barley to begin the crop year; | (i) l'intimée devait annoncer au début de la campagne les demandes de livraison précisant la qualité requise en matière de blé, de blé dur et d'orge; |
| (ii) delivery calls were to be based on the acres assigned by the farmer for delivery in the crop year in the farmer's delivery permit; | (ii) les demandes de livraisons devaient être liés aux surfaces affectées par les agriculteurs aux livraisons prévues pour la campagne en cours par le carnet de livraison délivré à l'agriculteur; |
| (iii) each farmer was entitled to deliver the greater of a minimum of 30 tonnes of a grade called for delivery or the total assigned acreage multiplied by the acreage based delivery call; | (iii) chaque agriculteur avait le droit de livrer la plus forte des deux quantités suivantes; un minimum de 30 tonnes de la qualité prévue pour la livraison ou le total des surfaces cultivées multiplié par le chiffre prévu dans la demande de livraison dépendant de la surface cultivée; |
| (iv) the grades and size of delivery calls were to be determined by early crop year sales; | (iv) les qualités et quantités livrables devaient être fixées en fonction des premières ventes intervenant au cours de la campagne; |

In respect of delivery contract based deliveries:

En ce qui concerne les livraisons prévues dans les contrats de livraison:

- | | |
|--|---|
| (i) farmers could offer to sell wheat, durum and barley to the Respondent under contract series A (application deadline October 29, 1995), B (application deadline December 31, 1995), C (application deadline February 29, 1996), and D (application deadline May 31, 1996); | (i) les agriculteurs pouvaient offrir de vendre du blé, du blé dur et de l'orge à l'intimée dans le cadre de contrats de la série A (date limite pour le dépôt des demandes, le 29 octobre 1995), B (date limite pour le dépôt des demandes, le 31 décembre 1995), C (date limite pour le dépôt des demandes, le 29 février 1996) et D (date limite pour le dépôt des demandes, le 31 mai 1996); |
| (ii) each offer was to be for a specified grain and for a specified quantity, class and grade of the grain; | (ii) chaque offre devait porter sur une céréale précise ainsi que sur une quantité, une catégorie et une qualité précises de grains; |
| (iii) the Respondent agreed to accept delivery of the grain in accordance with the <i>Act</i> and the terms and conditions of the contract for the grain; | (iii) l'intimée avait convenu de prendre livraison des grains conformément à la <i>Loi</i> et aux modalités du contrat; |
| (iv) at any time within 18 days following the applicable application deadline the Respondent could reduce the quantity of the grain to be delivered under the contract if the quantities requested by all farmers combined exceeded the total quantities of grain established by the Respondent; the quantity to be delivered by each farmer who had a contract for the class, variety and quality of grain covered by the contract was then reduced proportionately; if the Respondent reduced the quantity of grain to be delivered under a contract the farmer could terminate the contract by giving notice of termination within 14 days after the reduction; | (iv) dans les 18 jours suivant la date limite prévue pour le dépôt des demandes, l'intimée pouvait réduire la quantité de grains à livrer dans le cadre du contrat si les quantités demandées par l'ensemble des agriculteurs dépassaient le total des quantités de grains fixées par l'intimée; la quantité à livrer par chaque agriculteur ayant conclu un contrat portant sur la catégorie, la variété et la qualité de céréales prévues au contrat serait alors proportionnellement réduite; si l'intimée réduisait la quantité de grains à livrer dans le cadre d'un contrat, l'agriculteur pouvait résilier ce contrat en envoyant, dans les 14 jours suivant la réduction, un avis de résiliation; |
| (v) the Respondent could issue delivery calls at any time during the crop year; the Respondent reserved the right to issue delivery calls for only a portion of, or a particular grade or quality of, the grain to be delivered; the total of the delivery calls was to | (v) l'intimée pouvait émettre des demandes de livraison à toute époque au cours de la campagne; l'intimée se réservait le droit d'émettre des demandes de livraison portant sur une partie seulement, ou sur une catégorie seulement de grains à livrer; le total |

equal the quantity and quality of grain for which delivery was agreed to;

- (vi) the Respondent could exclude tough and damp grain from any delivery call issued;
- (viii) if a farmer failed, before the termination date specified in any delivery call under a subsisting contract, to deliver a minimum of 85 per cent of the called grain, the farmer was in default and liable to pay liquidated damages to the Respondent and the Respondent could cancel the contract and any other delivery contract.

des demandes de livraison devait être égal à la quantité et à la qualité des céréales prévues dans les contrats de livraison;

- (vi) l'intimée pouvait exclure de toute demande de livraison les grains coriaces ou humides;
- (viii) si, avant la date limite prévue dans une demande de livraison émise dans le cadre d'un contrat en vigueur, l'agriculteur ne parvenait pas à livrer au moins 85 p. 100 des grains qui lui étaient demandés, l'agriculteur serait considéré comme ayant manqué à ses engagements et pourrait être tenu de verser des dommages-intérêts liquidés à l'intimée, celle-ci pouvant, en outre, annuler le contrat ainsi que tout autre contrat de livraison.

[3] Evidence filed on behalf of the applicant substantially supported the foregoing description of the components of the grain delivery program. Unfortunately, no evidence was filed on behalf of the applicant or the respondent that would indicate whether or not the grain delivery programs for the 1996-1997 crop year and for the 1997-1998 crop year had the same or substantially similar features.

[3] Les preuves produites au nom de la requérante confirment pour l'essentiel cette description des deux volets du programme de livraison de grains. Malheureusement, aucune des preuves déposées au nom de la requérante ou de l'intimée ne permet de savoir si les programmes de livraison de grains pour les campagnes 1996-1997 et 1997-1998 comportaient essentiellement les mêmes dispositions.

[4] By notice of motion filed August 22, 1996, the respondent sought an order striking the applicant's originating notice of motion for judicial review on the grounds that: (1) the applicant is not a person "directly affected by the matter in respect of which relief is sought" and therefore has no standing to bring the application; (2) the originating notice of motion is not "in respect of a single decision, order or other matter"; and (3) the originating notice of motion "fails to disclose a reasonable cause of action".

[4] Par avis de requête déposé le 22 août 1996, l'intimée a sollicité une ordonnance en radiation de la demande de contrôle judiciaire déposée par la requérante, au motif que: 1) la requérante n'est pas «directement touchée par l'objet de la demande» et qu'elle n'a, par conséquent, pas qualité pour déposer cette demande; 2) l'avis de requête introductive d'instance ne porte pas sur «une seule ordonnance, décision ou autre question»; et 3) l'avis de requête introductive d'instance «ne révèle aucune cause raisonnable d'action».

[5] By order dated October 7, 1996, Mr. Justice Rouleau ordered that the respondent's motion to strike be heard together with the application for judicial review.

[5] Par ordonnance en date du 7 octobre 1996, M. le juge Rouleau a ordonné que la requête en radiation déposée par l'intimée soit entendue en même temps que la demande de contrôle judiciaire.

ISSUES, POSITIONS OF THE PARTIES AND ANALYSIS

QUESTIONS EN LITIGE, THÈSES DES PARTIES ET ANALYSE

[6] The following issues were before me:

[6] Les questions suivantes ont été soumises à la Cour:

(1) whether the originating notice of motion is in respect of a judicially reviewable matter;

1) l'avis de requête introductive d'instance porte-t-il sur une question relevant du contrôle judiciaire?

(2) whether the applicant has standing to bring this application for judicial review;

(3) if both issues 1 and 2 are determined in favour of the applicant, whether the manner in which the respondent operates its grain delivery program is within its jurisdiction as defined by the *Canadian Wheat Board Act*.¹

(1) Is this application for judicial review in respect of a judicially reviewable matter?

[7] This issue raises two concerns as to this Court's jurisdiction and the scope of its review powers under 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*.²

(a) Federal board, commission or other tribunal

[8] Subsections 18(1) and (3) of the *Federal Court Act* read as follows:

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1. [Underlining added by me for emphasis.]

[9] Section 28 [as am. *idem*, s. 8] of the *Federal Court Act* is not of consequence for the purposes of this application.

[10] The first question then arises: is the respondent a federal board, commission or other tribunal? That

2) la requérante a-t-elle qualité pour déposer cette demande de contrôle judiciaire?

3) à supposer que les questions 1 et 2 soient tranchées en faveur de la requérante, la manière dont l'intimée administre son programme de livraison de grains est-elle bien conforme à la compétence conférée à cet organisme par la *Loi sur la Commission canadienne du blé*?¹

1) La demande vise-t-elle effectivement une question relevant du contrôle judiciaire?

[7] Cette question soulève une double interrogation concernant à la fois la compétence de la Cour et l'étendue de son pouvoir de contrôle au titre 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*.²

(a) Office fédéral

[8] Les paragraphes 18(1) et (3) de la *Loi sur la Cour fédérale* disposent que:

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

...

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) et (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire. [Je souligne.]

[9] Il n'y a pas, en l'espèce, lieu d'invoquer l'article 28 [mod., *idem*, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[10] Il s'agit d'abord de savoir si l'intimée est un office fédéral. Ce terme est défini de la manière

expression is defined in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the *Federal Court Act* in the following terms:

2. (1) . . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[11] In *Jackson v. Canada (Attorney General)*,³ Mr. Justice Rothstein had before him an application for judicial review with respect to a decision of the Canadian Wheat Board not to issue an export licence to Jackson. Mr. Justice Rothstein examined the question of whether, on the facts before him, the Canadian Wheat Board was a federal board, commission or other tribunal. He wrote [at paragraph 4]:

In considering whether to characterize a federal entity as a federal board, commission or other tribunal for purposes of section 2 of the *Federal Court Act*, the jurisprudence appears to make a distinction between the exercise of powers of a public character and the exercise of powers which are incidental to the carrying on of a business.

[12] After citing from *Wilcox v. Canadian Broadcasting Corporation*,⁴ and noting that *Wilcox* was distinguished in *Aeric, Inc. v. Chairman of the Board of Directors, Canada Post Corporation*,⁵ Mr. Justice Rothstein [at page 4] cited from *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada*,⁶ to the following effect [at paragraph 7]:

The purpose of the *Canadian Wheat Board Act* is made apparent by an examination of its provisions. The Board constituted by the Act is required to buy all wheat, oats and barley produced in the designated area, that area being substantially the three prairie provinces. Under regulations which the Board is empowered to make, deliveries of grain to elevators or to railway cars may be limited and, except with the permission of the Board, no person may deliver grain to an elevator who is not the actual producer of the grain and in possession of a permit book issued by the Board, or load into a railway car any such grain which has not previously been delivered under a permit book and with

suiivante, au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*:

2. (1) . . .

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[11] Dans l'affaire *Jackson c. Canada (Procureur général)*³, le juge Rothstein a eu à se prononcer sur une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la Commission canadienne du blé avait refusé de délivrer à Jackson une licence d'exportation. Le juge Rothstein s'est penché sur la question de savoir si, d'après les faits qui lui étaient soumis, la Commission canadienne du blé était un office fédéral. Il estime, dans son jugement que [au paragraphe 4]:

[TRADUCTION] S'agissant de savoir si un organisme fédéral donné doit être considéré comme un office fédéral au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la jurisprudence semble faire une distinction entre l'exercice de pouvoirs revêtant un caractère public et l'exercice de pouvoirs liés à la marche d'une entreprise.

[12] Après avoir cité des extraits du jugement *Wilcox c. Société Radio-Canada*⁴, et noté qu'une distinction avait été opérée entre *Wilcox* et *Aeric, Inc. c. Président du conseil d'administration, Société canadienne des postes*⁵, le juge Rothstein a cité l'arrêt *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and the Attorney General of Canada*⁶, dans lequel la Cour suprême avait déclaré que [au paragraphe 7]:

[TRADUCTION] L'objet de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* apparaît à la lecture des dispositions du texte. La Commission, instituée par cette loi, est tenue d'acheter tout le blé, l'avoine et l'orge produits dans la zone désignée, c'est-à-dire essentiellement les trois provinces de la région des Prairies. Selon des règlements que la Commission est habilitée à prendre, les livraisons de céréales aux silos ou aux wagons de chemin de fer peuvent être limitées et, sauf autorisation de la Commission, seul un producteur de céréales détenteur d'un carnet de livraison délivré par la Commission peut livrer des céréales à un silo ou les charger à bord d'un wagon de chemin de fer. La Commission est

the Board's permission. The Board is required to undertake the marketing of all the grain delivered either to elevators or railway cars and the producers receive their proportionate share of the moneys realized from the sale of grain of the grade delivered by them less the expenses of the operation of the Board. It is a matter of common knowledge that much the greatest part of the grain delivered to elevators or to railway cars is exported from the province in which it is grown either to other provinces of Canada or to foreign countries.

In the same decision, Justice Rand, as he then was, wrote:⁷

The scheme of the *Wheat Act* is primarily to benefit producers of wheat in areas to which that product can now be said to be indigenous.

Mr. Justice Rothstein concludes [at paragraph 8]:

I need go no further to be satisfied that the Canadian Wheat Board can be characterized as a corporation with significant public aspects which involve the carrying out of government policy. Of course, not all of the powers conferred by the *Canadian Wheat Board Act* are public. Under section 6 of the Act, for example, the Board has been vested with general powers incidental to its business such as to enter into contracts, to enter into ordinary commercial banking arrangements, to acquire and hold real property and generally to do all things necessary and incidental to the carrying out of its operations. However, in keeping with *Aeric*, the Court must examine the specific power being exercised in this case.

[13] The power to establish a grain delivery program derives directly from the *Canadian Wheat Board Act* and is central to the respondent's function. While elements of the program may derive from the exercise of general powers incidental to its business, the program as a whole, by its very nature, is of a public character.

[14] In the result then, I conclude that, in establishing the grain delivery program in respect of which judicial review is sought, the Canadian Wheat Board is a federal board, commission or other tribunal within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. As such, subject to what follows, this Court has judicial review jurisdiction over the respondent in

tenue d'assurer la commercialisation de toutes les céréales livrées à des silos ou chargées à bord de wagons de chemin de fer et les producteurs reçoivent, en proportion de leur livraison, leur part du produit de la vente de céréales de la qualité qu'ils ont livrée moins les dépenses de fonctionnement de la Commission. Chacun sait que, de loin, la majeure partie des céréales livrées aux silos ou chargées à bord de wagons de chemin est exportée de la province d'origine, soit vers les autres provinces du Canada, soit vers l'étranger.

Dans le même arrêt, le juge Rand, plus tard juge en chef, a écrit⁷:

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi sur le blé* ont été adoptées principalement dans l'intérêt des producteurs de blé dans les régions se prêtant particulièrement à cette culture.

Le juge Rothstein conclut en disant [au paragraphe 8]:

[TRADUCTION] Il ne m'en faut pas davantage pour dire de la Commission canadienne du blé que c'est une société présentant, à plusieurs égards, un caractère public marqué en raison de son exécution de politique gouvernementale. Mais, bien sûr, ce ne sont pas tous les pouvoirs que lui confère la *Loi sur la Commission canadienne du blé* qui sont de caractère public. Aux termes de l'article 6 de la Loi, par exemple, la Commission se voit investie de pouvoirs d'ordre général se rattachant à l'activité de l'entreprise, notamment le pouvoir de conclure des contrats, de faire auprès des banques les opérations commerciales usuelles, d'acquérir et de détenir des immeubles et, de façon générale, de prendre les mesures utiles à l'exercice de ses activités. Cela dit, compte tenu de l'arrêt *Aeric*, la Cour doit se pencher sur le pouvoir précis exercé en l'espèce.

[13] L'autorité nécessaire à l'instauration d'un programme de livraison de grains a sa source dans la *Loi sur la Commission canadienne du blé* et forme un élément essentiel des fonctions exercées par l'intimée. Si certains éléments du programme peuvent relever de l'exercice des pouvoirs généraux se rattachant en propre à son activité, le programme, pris dans son ensemble, est, par sa nature même, un programme de caractère public.

[14] J'en conclus donc que, en ce qui concerne l'instauration du programme de livraison de grains visé par la demande de contrôle judiciaire, la Commission canadienne du blé est effectivement un office fédéral au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cela étant, et sous réserve des considérations qui suivent, la compétence de la Cour en

respect of its grain delivery program.

(b) Decision, order or other matter

[15] The second concern as to this Court's jurisdiction is whether the grain delivery program is a "matter" in respect of which judicial review lies.

[16] Subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected "by the matter in respect of which relief is sought." [Underlining added.] Other subsections of section 18.1 and related *Federal Court Rules*⁸ imply that the types of matters in respect of which relief can be sought by way of judicial review are somewhat circumscribed. For example, subsection 18.1(2) limits the time within which judicial review "in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal" [underlining added] may be sought. Subsection 18.1(3), which deals with remedies that the Trial Division may provide on judicial review, speaks in part of "a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal." Subsection 18.1(4), dealing with the circumstances in which the Trial Division may grant relief, refers to error of law "in making a decision or an order," and decisions and orders based on erroneous findings of fact. Paragraph 1602(2)(f) of the *Federal Court Rules* [as enacted by SOR/92-43, s. 19] provides that an application for judicial review shall "set out the date and details of the decision, order or other matter in respect of which judicial review is sought" [underlining added]. Subsection 1602(4) [as enacted *idem*] provides that a "notice of motion shall be in respect of a single decision, order or other matter only" [underlining added].

[17] In my view, none of the foregoing is decisive in determining the limits of the "matters" in respect of which judicial review can be sought under sections 18 and 18.1.

matière de contrôle judiciaire s'étend à l'intimée pour ce qui est de son programme de livraison de grains.

(b) Décision, ordonnance ou autre question

[15] La deuxième interrogation touchant la compétence de la Cour consiste à savoir si le programme de livraison de grains est une «question» relevant du contrôle judiciaire.

[16] Selon le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché «par l'objet de la demande». D'autres dispositions de l'article 18.1 de la Loi ou dispositions connexes des *Règles de la Cour fédérale*⁸ portent à penser que les types de questions pouvant faire l'objet d'une telle demande sont limités. Ainsi, le paragraphe 18.1(2) fixe un délai pour la présentation de demandes de contrôle judiciaire visant une «décision ou . . . ordonnance» d'un office fédéral. Le paragraphe 18.1(3), qui concerne les mesures pouvant être ordonnées par la Section de première instance dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire, parle de «décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.» Le paragraphe 18.1(4), qui concerne les circonstances dans lesquelles la Section de première instance peut ordonner un certain nombre de mesures réparatrices, parle de «[la] décision ou . . . ordonnance entachée d'une erreur de droit» et de décisions et ordonnances fondées sur une conclusion de faits erronée. L'alinéa 1602(2)(f) des *Règles de la Cour fédérale* [édicte par DORS/92-43, art. 19] prévoit que la demande de contrôle judiciaire indique «la date et les particularités de la décision, de l'ordonnance ou de toute autre question à l'égard de laquelle le contrôle judiciaire est demandé» [soulignement ajouté]. Le paragraphe 1602(4) [édicte, *idem*,] prévoit que l'avis de requête «porte sur le contrôle judiciaire d'une seule ordonnance, décision ou autre question» [soulignement ajouté].

[17] J'estime qu'aucune des décisions citées n'est concluante lorsqu'il s'agit de connaître le contour des «questions» à l'égard desquelles le contrôle judiciaire peut être sollicité en vertu des articles 18 et 18.1.

[18] In *Banu v. Canada (Secretary of State)*,⁹ Associate Senior Prothonotary Giles concluded that “other matter”, in the context of applications for judicial review, is *ejusdem generis* with “decision or order”. I cannot agree with this conclusion since “matter” is used in subsection 18.1(1) without being in series with “decision or order”. In fact, “matter” only appears in series with “decision or order” in the *Federal Court Rules* which cannot limit the meaning of “matter” in subsection 18.1(1) of the Act.

[19] In *Pallister v. Canada (Wheat Board)*,¹⁰ Associate Senior Prothonotary Giles wrote:

Judicial review is a process by which a single decision of a Board can be challenged.

While the foregoing comment by Mr. Giles is undoubtedly true,¹¹ that comment cannot be read as implying that judicial review is a process by which only a decision, nothing more and nothing less, can be challenged.

[20] In *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*,¹² Heald D. J. granted relief on an application for judicial review arising out of an election for a band chief and band council. Clearly, such a “matter” cannot easily be described as either a decision or order of a federal board, commission or other tribunal. At the same time, the election having been followed by an Elections Appeal Board decision allowing an appeal and ordering a new general election, it would appear to be an event or matter of a nature that is reasonably amenable to judicial review.

[21] Finally, in *Puccini v. Canada (Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada)*,¹³ I considered a motion for interim relief pending final disposition of an application for judicial review arising out of a complaint of workplace harassment and the process followed in dealing with that complaint. After quoting subsection 18.1(2) of the

[18] Dans l'affaire *Banu c. Canada (Secrétaire d'Etat)*⁹, le protonotaire adjoint Giles a conclu que, dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire, «autre question» s'entend, en raison de la règle *ejusdem generis* applicable à l'interprétation des textes, d'une «décision ou ordonnance». Je ne saurais souscrire à cette conclusion étant donné qu'à l'article 18.1 l'expression «objet de la demande» n'est pas accompagnée des mots «décision ou ordonnance». En fait, le mot «question» n'apparaît avec les mots «décision ou ordonnance» que dans les *Règles de la Cour fédérale*, règles qui ne sauraient restreindre le sens de ce que peut constituer l'«objet de la demande» évoqué au paragraphe 18.1(1) de la Loi.

[19] Dans l'affaire *Pallister c. Canada (Commission du blé)*¹⁰, le protonotaire adjoint Giles a écrit:

Le contrôle judiciaire est une procédure qui permet de mettre en cause la décision d'un office fédéral.

Le commentaire de M. Giles est sans nul doute fondé¹¹, mais on ne peut pas l'interpréter comme voulant dire que le contrôle judiciaire est un processus dans le cadre duquel seule une décision peut être contestée, à l'exclusion de toute autre chose.

[20] Dans l'affaire *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*¹², le juge suppléant Heald a fait droit à une demande de contrôle judiciaire visant l'élection d'un chef et d'un conseil de bande. À l'évidence, une telle «question» ne saurait être donnée comme constituant une décision ou une ordonnance d'un office fédéral. Malgré cela, l'élection ayant été suivie d'une décision de la Commission des appels électoraux faisant droit à l'appel et ordonnant la tenue d'une nouvelle élection générale, il semblerait s'agir d'un événement ou d'une question se prêtant raisonnablement au contrôle judiciaire.

[21] Enfin, dans l'affaire *Puccini c. Canada (Directeur général, Services de l'administration corporative, Agriculture Canada)*¹³, j'ai été saisi d'une requête en mesures provisoires en attendant que soit réglée une demande de contrôle judiciaire ayant à l'origine une plainte pour harcèlement au travail et la procédure d'examen dont elle a fait l'objet. Après avoir cité le

Federal Court Act, I wrote:

This subsection contemplates a specific decision or order in respect of which judicial review is sought and this concept is reflected in Rule 1602(2)(f) of the *Federal Court Rules*. . . which requires that an applicant's notice of motion for judicial review set out "the date and details of the decision, order or other matter in respect of which judicial review is sought." The "details" of the "matter" sought to be reviewed are reflected in the notice of motion herein but the "matter" is more in the nature of a continuing process than in the nature of a specific decision or order and it is thus difficult to pinpoint specific dates, other than the date when the harassment complaint was filed and various milestone dates since that time. In any event, I am satisfied that nothing turns on this issue in the context of this matter, at least for the purposes of this preliminary motion. Subject to what may be decided at a later stage of this proceeding, I am prepared for the purpose of this preliminary motion to interpret the terms of subsection 18.1(2) and Rule 1602(2)(f) broadly to encompass the situation in this matter where a number of decisions or orders have already been taken or made by the respondent in the course of the harassment investigation that have significantly impacted on the situations of the applicant and the complainant. [Citation omitted.]

[22] Once again, none of the foregoing is determinative on the facts before me. As indicated early on in these reasons, I am satisfied that the acreage-based and delivery contract components of the respondent's grain delivery program, together, constitute a single "program". I am further satisfied that the "program" in respect of which judicial review is being sought here is a single matter. It is a complex program. It directly affects a wide range of individuals and businesses, both producers and many others. Its objective, within the broader context of the overall program of the Canadian Wheat Board, is directed to the object for which the Board is incorporated by the *Canadian Wheat Board Act*, namely, the marketing in an orderly manner, in interprovincial and export trade, of grain grown in Canada.¹⁴ It is a matter directed to the implementation of public policy. As such, it is not easily amenable to judicial review, nor does it lend itself readily to some of the forms of relief contemplated on an application for judicial review, particularly the remedy of setting aside of the "matter", and referring it back for reconsideration. Rather, as a tool of public policy, the grain delivery program is, by nature, in my opinion, more amenable to review

paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, j'écrivais:

Ce paragraphe vise la décision ou l'ordonnance attaquée par le recours en contrôle judiciaire, et cette spécificité se retrouve dans la Règle 1602(2)f) des *Règles de la Cour fédérale*, aux termes de laquelle l'avis de requête en contrôle judiciaire doit indiquer «la date et les particularités de la décision, de l'ordonnance ou de toute autre question à l'égard de laquelle le contrôle judiciaire est demandé». Les «particularités» de la «question» visée par le recours en contrôle judiciaire en l'espèce sont indiquées dans l'avis de requête, mais cette «question» consiste en un processus continu et non pas en telle ou telle décision ou ordonnance, c'est pourquoi il est impossible de relever des dates précises, autres que la date du dépôt de la plainte de harcèlement et de divers incidents de procédure subséquents. Sous réserve de décision contraire en un état ultérieur de la cause, je suis disposé, à l'égard de cette requête préliminaire, à interpréter largement le libellé du paragraphe 18.1(2) et de la Règle 1602(1)f) comme embrassant la situation d'ensemble en l'espèce, où diverses décisions ou ordonnances ont été déjà prises ou rendues par l'intimé dans le cours de l'enquête sur le harcèlement, lesquelles ont eu un effet notable sur la situation du requérant et de la plaignante. [Les renvois sont omis.]

[22] Je précise à nouveau que rien de tout cela n'est concluant vu les faits portés devant la Cour. Ainsi que je l'ai dit au début des présents motifs, je suis persuadé que les livraisons dépendant de la surface cultivée et les livraisons prévues aux contrats, les deux volets du programme de livraison de grains de l'intimée, ne forment qu'un seul et même «programme». Je suis en outre convaincu que le «programme» visé par la demande de contrôle judiciaire constitue en l'espèce une seule et même question. Il s'agit d'un programme complexe qui touche de façon directe un large éventail d'individus et d'entreprises, des producteurs mais aussi beaucoup d'autres. Son objectif, dans le contexte plus large des activités de la Commission canadienne du blé, s'aligne sur l'objet ayant présidé à la création de la Commission par la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, à savoir organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada¹⁴. Il s'agit d'une question liée à la mise en œuvre de mesures d'intérêt général. À ce titre, cette question ne se prête guère au contrôle judiciaire, pas plus qu'elle ne se prête vraiment au genre de mesures sollicitées dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, et notamment la

through pre-adoption public consultation and the political process. That opinion is consistent with the fact that, on the evidence before me, the respondent engaged in a broad public consultation in the development of the grain delivery policy for the crop year, 1995-1996. The applicant was a party to that consultation process.

[23] I conclude that Parliament could not have contemplated judicial review of a program such as the grain delivery program of the Canadian Wheat Board at the time it had before it the legislation enacting the current sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*. That is not to say that I conclude that “matters”, other than decisions and orders, as those terms are ordinarily interpreted, are not open to judicial review. I am satisfied that a range of “matters”, such as those considered in the *Bone* and *Puccini* cases cited earlier in these reasons, are or may be appropriate subjects for judicial review. Neither of those “matters”, however, had the broad public policy characteristics of the program here sought to be reviewed.

[24] On the basis of the foregoing considerations, I conclude that this application for judicial review is ill-founded. This conclusion is determinative of this matter. However, I will go on to consider the other issues before me, bearing in mind the possibility of an appeal of my decision and the possibility that others, on such an appeal, may not share my views with regard to the scope of judicial review.

(2) Standing of the Applicant

[25] Three bases were advanced for standing on the part of the applicant to bring this application: first, as a person or entity “directly affected” by the grain delivery program of the respondent; second, on the

mesure consistant à infirmer la «question» et à la renvoyer pour nouvel examen. J’estime qu’en tant qu’instrument de l’intérêt général, le programme de livraison de grains se prête davantage à un examen se déroulant dans le cadre des concertations préalables à son adoption et dans le cadre général du processus politique du pays. Cette opinion s’accorde avec le fait que, selon la preuve produite devant la Cour, l’intimée, lors de l’élaboration de la politique de livraison de grains applicable à la campagne 1995-1996, s’est livrée à un vaste exercice de concertation publique. La requérante y a d’ailleurs participé.

[23] J’en conclus que le législateur ne pouvait pas avoir envisagé le contrôle judiciaire d’un programme tel que le programme de livraison de grains de la Commission canadienne du blé à l’époque où il a eu à se prononcer sur le texte édictant les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce n’est pas dire que, d’après moi, les «questions» autres que les décisions et ordonnances, selon l’interprétation que l’on donne normalement de ces termes, ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire. J’estime que tout un éventail de questions, telles que celles envisagées dans le cadre des affaires *Bone* et *Puccini* précitées, relèvent ou peuvent relever du contrôle judiciaire. Aucune des ces «questions» n’avait, cependant, les traits caractéristiques d’une mesure d’ordre public que revêt le programme visé en l’espèce par la demande de contrôle judiciaire.

[24] Fort de ces considérations, j’en conclus que la présente demande de contrôle judiciaire n’est pas fondée. Cette conclusion permet à elle seule de régler la présente affaire. J’entends, cependant, examiner les autres questions dont je suis saisi, conscient que ma décision est susceptible d’appel et que dans le cadre d’un tel appel éventuel il y en a d’autres qui ne partageront peut-être pas mon avis sur les limites du contrôle judiciaire.

2) La requérante a-t-elle qualité pour agir?

[25] Trois moyens ont été invoqués à l’appui de la thèse voulant que la requérante ait qualité pour porter la présente demande devant la Cour: d’abord, parce qu’il s’agit d’une personne ou d’une entité «directe-

basis of public interest; and third, as of right.

[26] Standing on the basis of direct effect as provided for in subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* and on the basis of public interest were both considered in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*¹⁵ and *Nova Scotia (Attorney General) v. Ultramar Canada Inc.*¹⁶ In those cases, this Court rejected arguments that the words “directly affected” in subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* should be given a relatively restricted meaning, in light of the adoption in subsection 18.1(1) of the words “anyone directly affected by the matter” as contrasted with the earlier words of subsection 28(2) of the same Act which were “any party directly affected” [underlining added]. In *Friends of the Island*, Madam Justice Reed wrote at page 283:

In the light of this background [the change of terminology to which I have referred], I cannot conclude that when Parliament amended the *Federal Court Act* to redress some of the difficulties which had been created by the earlier division of jurisdiction between the Trial Division and the Appeal Division (by sections 18 and 28 respectively) that it intended to limit judicial review under subsection 18.1(1) to the pre-*Thorson, Borowski, Finlay* test. I think the wording in subsection 18.1(1) allows the Court discretion to grant standing when it is convinced that the particular circumstances of the case and the type of interest which the applicant holds justifies status being granted. (This assumes there is a justiciable issue and no other effective and practical means of getting the issue before the courts.)¹⁷

I take the comments of Madam Justice Reed, and the reasons of Mr. Justice MacKay in the *Ultramar* case to reflect the view that, where the test for public interest standing enunciated in *Thorson, Borowski* and *Finlay* is met, subsection 18.1(1) should be read as broad enough to authorize the granting of standing whether or not the applicant can be said to be “directly affected”.

ment touchée» par le programme de livraison de grains de l’intimée; deuxièmement, parce que l’intérêt général l’exige; et, troisièmement, parce qu’elle a, de plein droit, qualité pour agir.

[26] Les questions de la qualité pour agir de quiconque est directement touché, comme le prévoit le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et la question de la qualité pour agir dans l’intérêt public ont toutes les deux été examinées dans le cadre des affaires *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*¹⁵ et *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada Inc.*¹⁶. Dans ces deux affaires, la Cour a rejeté les arguments voulant que les mots «directement touché» qui figurent au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* devaient être interprétés de manière relativement restrictive étant donné que les mots «quiconque est directement touché par l’objet de la demande» du paragraphe 18.1(1), venaient remplacer l’ancien paragraphe 28(2) de la même Loi qui disait «toute partie directement intéressée» [soulignement ajouté]. Dans l’affaire *Friends of the Island*, M^{me} le juge Reed a écrit à la page 283 du Recueil:

Étant donné ce contexte, je ne peux pas conclure que, lorsque le législateur a modifié la *Loi sur la Cour fédérale* afin de supprimer certaines des difficultés qu’avait suscitées le partage des compétences antérieur entre la Section de première instance et la Section d’appel (établi aux articles 18 et 28), il a voulu limiter la révision judiciaire en vertu du paragraphe 18.1(1) au critère défini avant les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay*. Je suis d’avis que le libellé du paragraphe 18.1(1) attribue à la Cour le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir quand elle est convaincue que les circonstances particulières de l’espèce et le type d’intérêt qu’a le requérant justifient cette reconnaissance. (À supposer bien sûr qu’il y ait une question réglable par les voies de justice et qu’il n’existe aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question aux tribunaux.)¹⁷

Je considère que les commentaires du juge Reed, et les motifs du juge MacKay dans l’affaire *Ultramar*, sont fondés sur l’idée que, lorsque les conditions exposées dans les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay* concernant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public sont réunies, le paragraphe 18.1(1) doit être interprété de manière à reconnaître la qualité pour agir que l’on puisse ou non dire que le requérant est «directement touché».

[27] In *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,¹⁸ Mr. Justice Cory, speaking for the Court, described the test for public interest standing in the following terms:

It has been seen that when public interest standing is sought, consideration must be given to three aspects. First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or if not does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the Court?

I read the references to “legislation” in the foregoing paragraph to extend to “public acts”. Mr. Justice Cory wrote in *Canadian Council of Churches*:¹⁹

The whole purpose of granting status is to prevent the immunization of legislation or public acts from any challenge. [Underlining added by me for emphasis.]

[28] As indicated above, counsel for the applicant urged that Her Majesty in Right of Alberta has standing to bring this application as an entity “directly affected by the matter in respect of which relief is sought” within the meaning of subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*, alternatively, on the basis of public interest standing, and in the further alternative, as of right. In support of these arguments, he cited evidence before me that the applicant has long been interested in grain marketing in the province of Alberta, has exercised a long-standing regulatory role in relation to the production, supply, delivery and marketing of agricultural products in the province, has a social and economic interest in maintaining farm operations and the resulting employment in the province and therefore has a genuine or direct interest in the respondent’s grain delivery program as it affects grain producers in Alberta. He urged that the position of Her Majesty in Right of Alberta is fully analogous to that of Her Majesty in Right of the Province of Nova Scotia, on whose behalf the Attorney General of Nova Scotia was granted public interest standing in the *Ultramar* case. Finally, he argued that, whether or not a challenge as of prerogative right on the part of the Crown in right of a province has yet been recog-

[27] Dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*¹⁸, le juge Cory, se prononçant au nom de la Cour a décrit dans les termes suivants le critère applicable en matière de reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public:

On a vu qu’il faut tenir compte de trois aspects lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public. Premièrement, la question de l’invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu’il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

D’après moi, le mot «loi» au paragraphe précédent s’applique également aux «actes publics». Dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, le juge Cory a écrit¹⁹:

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d’empêcher que la loi ou les actes publics soient à l’abri des contestations. [C’est moi qui souligne.]

[28] Comme nous l’avons indiqué précédemment, l’avocat de la requérante fait valoir que sa Majesté du chef de l’Alberta a qualité pour présenter la présente demande en tant qu’entité «directement touchée par l’objet de la demande» aux termes mêmes de l’article 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et, subsidiairement, qu’elle a qualité pour agir dans l’intérêt public ou, subsidiairement encore, que sa qualité pour agir est de plein droit. Il cite, à l’appui de ses arguments, des preuves soumises à la Cour et selon lesquelles la requérante s’intéresse depuis longtemps à la commercialisation des céréales en Alberta, elle joue depuis longtemps un rôle réglementaire en matière de production, d’approvisionnement, de livraison et de commercialisation des produits agricoles dans la province, elle est socialement et économiquement intéressée à la bonne marche des exploitations agricoles et des emplois que cela crée dans la province et elle a donc un intérêt réel ou direct dans le programme de livraison de grains de l’intimée puisque ce programme touche les producteurs de céréales de l’Alberta. Il fait valoir que la position de Sa Majesté du chef de l’Alberta est entièrement analogue à celle de Sa Majesté du chef de la province de la Nouvelle-Écosse, au nom de laquelle le procureur général de la Nouvelle-

nized by Canadian courts in respect of a program of a federal agency such as the Canadian Wheat Board, it should be recognized on the facts before me. For this proposition he cited among other authorities, the following discussion from *The Canadian Constitution and the Courts*:²⁰

This does lead, however, to a more general question as to the possible role of the Attorney General in initiating actions in the public interest to challenge constitutionally invalid laws or actions. Traditionally, only the Attorney General could sue for a declaration that a public body is exceeding its powers. Presumably this could include situations where it is alleged that the public body acts without jurisdiction because the statute under which it purports to act is itself *ultra vires*. While the Attorney General has a right of action only if the public as a whole is affected, it would seem that the question of whether a statute of the Legislature is valid or not would be of concern to the public as a whole.

The application of these common law principles within a federal system causes considerable difficulty. Could a provincial Attorney General commence action in this way to challenge the authority of a federal agency on the grounds that its Act of Parliament was *ultra vires*? Could the Attorney General of Canada challenge a provincial statute in a similar manner? These questions have not been fully answered in Canada.

We have seen that in four provinces (Manitoba, British Columbia, Alberta, and Ontario) there is a statutory right for either the federal or provincial Attorney General to seek a declaration of invalidity of a provincial statute, and the Ontario law also permits an action by either such officer with respect to the validity of a federal Law. There is some precedent for the Attorney General of Canada being admitted as an additional plaintiff in an action commenced by a private party for a declaration of invalidity of a provincial law and regulation where it was alleged that the provincial provisions interfered with a field of federal jurisdiction. There is some logic to this in that in such a case the Attorney General of Canada is the only law officer with the responsibility of protecting jurisdiction of Parliament which was alleged to be affected. There is also some authority that the Attorney General of Canada now has a sufficient interest, as required in Quebec, in order to intervene in a case involving the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and its possible effect on a provincial law. On the

Écosse s'était vu reconnaître, dans l'affaire *Ultramar*, qualité pour agir dans l'intérêt public. Et, enfin, il fait valoir que les tribunaux canadiens aient ou non reconnu à la Couronne du chef d'une province la prérogative de contester un programme instauré par un organisme fédéral telle que la Commission canadienne du blé, une telle prérogative devrait être reconnue en l'occurrence. À l'appui de cette thèse, il cite parmi d'autres références, cet extrait de l'ouvrage *The Canadian Constitution and the Courts*²⁰:

[TRADUCTION] Cela appelle, cependant, une question d'ordre plus général quant au rôle qui pourrait incomber au procureur général lorsqu'il s'agit, dans l'intérêt public, de contester en justice des lois ou des actes constitutionnellement invalides. Traditionnellement, seul le procureur général pouvait réclamer en justice une déclaration selon laquelle un organisme public avait commis un excès de pouvoir. Cela devait sans doute comprendre des situations où l'on prétendait qu'un organisme public avait agi sans compétence, la loi au titre de laquelle il entendait agir étant elle-même *ultra vires*. Alors que le procureur général n'a le droit d'engager une action que dans les cas où l'ensemble du public est touché par une mesure, il semblerait que la question de savoir si une loi est ou non valide serait effectivement une question intéressant l'ensemble du public.

L'application de ces principes de common law dans le cadre d'un système fédéral soulève des difficultés considérables. Le procureur général d'une province pourrait-il, par exemple, contester en justice le pouvoir d'un organisme fédéral au motif que sa loi constitutive était *ultra vires*? Le procureur général du Canada pourrait-il, de la même manière, contester la validité d'une loi provinciale? Au Canada, ces questions n'ont pas encore reçu de réponse définitive.

Nous avons vu que dans quatre provinces (le Manitoba, la Colombie-Britannique, l'Alberta et l'Ontario) la loi confère au procureur général du Canada ou de la province le droit de demander qu'une loi provinciale soit déclarée invalide, et la loi ontarienne permet également qu'une telle action soit engagée par l'un ou l'autre de ces deux personnes pour contester la validité d'une loi fédérale. Selon une certaine jurisprudence, le procureur général du Canada peut être admis en tant que demandeur additionnel dans le cadre d'une action engagée par un particulier et tendant à faire constater l'invalidité d'une loi ou d'un règlement provincial là où l'on fait valoir que les dispositions provinciales empiètent sur un domaine relevant de la compétence fédérale. Cela ne manque pas de logique étant donné qu'en pareille circonstance le procureur général du Canada est le seul officier de justice chargé de protéger la compétence du Parlement dans l'hypothèse où celle-ci serait affectée. Certains auteurs affirment également que le procureur général du Canada a maintenant un intérêt suffisant, comme

other hand, doubt has been expressed by the Supreme Court that a provincial Attorney General would by the general rules have standing to seek a declaration against the validity of federal legislation, because he would not be in a different position from other provincial Attorneys General.

In Australia the High Court has held that a state Attorney General had a sufficient title to challenge the validity of the federal *Pharmaceutical Benefits Act* as it operated within his state. This view may be open to question. It may be that each Attorney General should on principle be entitled to commence an action by himself only with respect to the laws of the jurisdiction to which he belongs. The right of the Attorney General in these cases probably stems from the Crown's prerogative rights as *parens patriae*. It has been held in other situations that the extent of the prerogative in right of Canada or of a province corresponds to the distribution of legislative power under the *Constitution Act*.

If this constitutional distribution does apply to declaratory actions by Attorneys General, it is unlikely that they will ever be a means of bringing a public action to challenge directly the validity of legislation. This action has the virtue of simplicity in that the Attorney General need prove no interest in the matter to commence action. But in bringing action he must challenge the validity of acts of his own legislature. He is a member of the Government responsible to that legislature and if he has formed the opinion that the legislation is invalid he should advise that it be repealed. If the Government rejects his advice he must either accept the majority decision or resign. If he merely has doubts about the validity of the law or if outright repeal is impolitic, then the easier course is for him to advise the cabinet to refer the matter to the courts for an opinion. Or, put another way as Laskin J. did for the Supreme Court in the *Thorson* case, it is doubtful if a requirement as a condition of standing that the Attorney General first be requested to attach his own legislation "can have any application in a federal system where the Attorney General is the legal officer of a Government obliged to enforce legislation enacted by Parliament and a challenge is made to the validity of the legislation.

It is possible for a private citizen to initiate such proceedings by way of a relator action. In such cases he must obtain the consent of the Attorney General to commence the action in the latter's name. Presumably the same principles which

l'exige le droit québécois, pour intervenir dans une affaire relative à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'effet que ce texte est susceptible d'avoir sur une loi provinciale. La Cour suprême a cependant émis des doutes quant à la question de savoir si le procureur général d'une province aurait, en vertu des règles générales, qualité pour demander un jugement déclaratoire constatant l'invalidité d'un texte de loi fédéral, étant donné qu'il ne se trouverait pas dans une situation différente de celle des autres procureurs généraux des provinces.

En Australie, la Haute Cour a décidé que le procureur général d'un État avait qualité pour contester la validité de la *Loi sur les pharmacies* fédérale relativement à la manière dont ce texte s'appliquait dans le cadre de son État. Cet avis peut être débattu. Chaque procureur général ne devrait peut-être, par principe, avoir le droit d'engager, de son propre chef, une action qu'à l'encontre des lois de sa propre juridiction. Dans ce genre d'affaire, le droit du procureur général découle probablement des prérogatives royales, la Couronne agissant à titre de *parens patriae*. Dans d'autres circonstances, les tribunaux ont estimé que la portée des prérogatives du chef du Canada ou d'une province correspond à la répartition du pouvoir législatif prévue dans la *Loi constitutionnelle*.

Si cette répartition des pouvoirs constitutionnels s'applique aux requêtes en jugement déclaratoire présentées par les procureurs généraux, il est peu probable que l'on puisse jamais intenter une action publique afin de mettre directement en cause la validité d'une loi. Ce genre d'action a l'avantage d'être simple, puisque le procureur n'a pas, pour l'intenter, à démontrer son intérêt en l'espèce. Mais, dans le cadre de l'action qu'il intente, il lui faut contester la validité de textes votés par l'assemblée législative de sa juridiction. Or, le procureur général appartient à un gouvernement qui est responsable devant cette assemblée législative et s'il estime qu'un texte de loi est invalide, il lui appartient de prôner son abrogation. Si le gouvernement rejette ses conseils en la matière, il lui faut soit se rendre à la décision de la majorité, soit démissionner. S'il entretient simplement des doutes quant à la validité de la loi, ou si l'abrogation du texte ne paraît pas politiquement faisable, pour lui la meilleure solution consiste à conseiller au Cabinet de solliciter l'avis des tribunaux sur la question ou, pour reprendre la démarche adoptée par le juge Laskin, au nom de la Cour suprême dans l'affaire *Thorson*, il est peu probable que l'on puisse exiger, avant de reconnaître à un procureur général qualité pour agir, que celui-ci propose un texte de rechange, dans un système fédéral où le procureur général est l'officier de justice d'un gouvernement et tenu à ce titre d'appliquer les textes de loi votés par le Parlement lorsqu'un texte voit sa validité mise en cause.

Un particulier peut, lui, engager une telle action à titre de partie civile. En pareille circonstance, il doit obtenir, du procureur général, l'autorisation d'engager l'action au nom de ce dernier. Les principes qui empêchent le procureur

would inhibit the Attorney General from suing by himself would deter him from granting his consent to a private citizen to bring this unique public action.

The Attorney General's action against public bodies to prevent an excess of jurisdiction might be used in a quasi-constitutional manner. This could arise where the allegation was that the public body was wrongly exercising valid statutory powers, in a manner which would apply the statute unconstitutionally in contravention of the distribution of powers or of the Charter of Rights and Freedoms. Thus a provincial Attorney General might seek a declaration that a municipality had exercised its power to make bylaws for the preservation of order on municipal streets in a way which conflicted with the *Criminal Code*. This would not involve an attack on the provincial statute under which the municipality purported to make its by-law, but only an attack on the by-law itself as being outside the contemplation of that statute. [Citations omitted.]

[29] In response, counsel for the respondent pointed out that, on the evidence, there were 33,012 permit book holders in Alberta and 112,581 permit book holders in the designated area for the crop year 1995-1996, each of whom was directly affected by the respondent's grain delivery program, and that none of those persons joined in this application for judicial review although one permit book holder, who was also a public servant in the employment of the applicant, filed an affidavit in support of the applicant's motion. Thus, counsel urged, the applicant is not among the broad class of those "directly affected" within the meaning of subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*. Counsel further argued that the applicant fails to meet the test for public interest standing as there is clearly "another reasonable and effective way to bring this issue before the Court" and that way rests in the hands of persons clearly more "directly affected" than the applicant. Counsel also submitted that the applicant had adduced no evidence to establish that there was no other way to raise this issue before the Court. Finally, counsel noted that the theory of "standing as of right" has not been adopted by Canadian courts in this context and, as noted by Strayer J.A. in the passage from his text quoted above: "The application of these common law principles within a federal system causes considerable difficulty."²¹

général d'engager lui-même une telle action l'empêcherait sans doute aussi d'autoriser un particulier à engager ce type singulier d'action publique.

L'action qu'un procureur général peut engager contre des organismes publics afin d'éviter tout excès de pouvoir pourrait faire l'objet d'une utilisation quasi constitutionnelle. Il pourrait notamment en être ainsi lorsqu'on estime que l'organisme public en question a exercé à tort des pouvoirs légaux parfaitement valides, appliquant donc la loi de manière inconstitutionnelle, contrairement à la répartition des pouvoirs ou aux dispositions de la Charte des droits et libertés. Un procureur général provincial pourrait ainsi demander aux tribunaux de constater qu'une municipalité a exercé le pouvoir de prendre des règlements en vue de maintenir l'ordre sur la voie publique d'une manière qui est contraire au *Code criminel*. Cela ne mettrait nullement en cause la loi provinciale en vertu de laquelle la municipalité prétend avoir pris son règlement, mais seulement le règlement, au motif que celui-ci dépasse le cadre envisagé par la loi en question. [Les renvois sont omis.]

[29] En réponse, l'avocat de l'intimée fait remarquer que, selon la preuve produite, il y avait, en Alberta, 33 012 détenteurs de carnets et 112 581 détenteurs dans l'ensemble de la zone désignée au titre de la campagne 1995-1996, chacun desquels était directement touché par le programme de livraison de grains de l'intimée. Il note qu'aucune de ces personnes ne s'est jointe à la présente demande de contrôle judiciaire bien qu'un détenteur de carnet, également fonctionnaire au service de la requérante, ait déposé un affidavit à l'appui de la requête présentée par cette dernière. L'avocat de l'intimée soutient donc que la requérante n'appartient pas à cette grande catégorie de personnes «directement touchées» au sens du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il soutient également que la requérante ne correspond pas aux critères permettant de lui reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public étant donné qu'il existe, à l'évidence, «une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour» et que ce moyen appartient aux personnes qui sont nettement plus «directement touchées» que ne l'est la requérante. L'avocat de l'intimée a également fait valoir que la requérante n'avait présenté aucune preuve tendant à établir l'absence de toute autre loi permettant de porter cette question devant la Cour. Pour terminer, l'avocat a relevé que la théorie de la «qualité pour agir de plein droit» n'a pas encore été, dans le présent contexte, adoptée par les tribunaux canadiens et, ainsi que le

juge Strayer, de la Cour d'appel, le fait remarquer dans le passage de son ouvrage cité plus haut: «[l']application de ces principes de common law dans le cadre d'un système fédéral soulève des difficultés considérables²¹.»

[30] I find the position of counsel for the respondent to be determinative on this issue.

[30] L'argumentation développée par l'avocat de l'intimée me semble déterminante sur ce point.

[31] On the evidence before me, I find no basis to conclude that the applicant is "anyone directly affected" within the meaning of subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*. While it is undoubtedly true that the applicant has an interest in the respondent's grain delivery program, and the evidence is sufficient for that purpose, that is not, I conclude, sufficient to establish direct effect.

[31] La preuve versée au dossier ne porte pas à conclure que la requérante serait «directement touché[e]» au sens du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Si, à n'en pas douter, la requérante possède un intérêt dans le programme de livraison de grains de l'intimée, et la preuve le confirme en effet, j'estime que cela ne permet pas d'affirmer que la requérante est directement touchée.

[32] To grant public interest standing to the applicant, I must find that there is no other reasonable and effective way that this matter could have come before this Court. I simply cannot so conclude on the evidence and argument before me. The grain farmers of Alberta have access to this Court. They clearly are persons directly affected. Recent activity before the Court demonstrates that they are not loathe to exercise that access.²² Thus, it cannot be said that the alternative way this matter could have come before this Court is more theoretical than real, reasonable and effective.

[32] Avant de reconnaître à la requérante qualité pour agir dans l'intérêt public, il me faudrait constater l'absence de tout autre moyen raisonnable et efficace de porter la question devant la Cour. Je ne peux pas conclure en ce sens au vu de la preuve versée au dossier et des arguments présentés devant la Cour. Les producteurs de céréales de l'Alberta peuvent saisir la Cour. Il est clair qu'ils sont directement touchés. De récentes affaires portées devant la Cour montrent bien qu'ils n'hésitent pas à le faire²². On ne saurait donc affirmer que l'autre voie permettant de porter cette affaire devant la Cour est théorique plutôt qu'effective, raisonnable et efficace.

[33] Finally, on standing as of right, it is to be noted that Parliament specifically provided such standing to the Attorney General of Canada. I am not prepared to conclude that failure to grant equivalent standing to the attorneys general of the provinces was a mere oversight. If Parliament had intended to confer such standing it could easily have done so. I am not prepared to read into section 18.1 of the *Federal Court Act* the words that counsel for the applicant would have me read in. Nor, in the absence of such words, do I feel at liberty to recognize a common law right of standing.

[33] Pour finir, en ce qui concerne la qualité pour agir de plein droit, notons que le législateur a explicitement reconnu qualité pour agir au procureur général du Canada. Je ne saurais conclure que le fait de ne pas avoir reconnu la même qualité pour agir aux procureurs généraux des provinces était un simple oubli. Si le législateur avait entendu leur reconnaître la qualité pour agir en de telles circonstances, il aurait pu très aisément le faire. Je ne suis pas disposé à interpréter l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* comme contenant les mots que l'avocat de la requérante voudrait pouvoir y lire. Ces mots ne s'y trouvant pas, je ne suis pas en mesure de reconnaître qualité pour agir de par la common law.

[34] In the result, I conclude that the applicant does not have standing to bring this application for judicial review.

(3) Is the manner in which the respondent operates its grain delivery program within its jurisdiction as defined by the *Canadian Wheat Board Act*?

[35] The applicant does not attack the respondent's grain delivery program as a whole. Neither does it attack the acreage-based component nor the delivery contracts component as a whole. Rather, the applicant argues that, in the assignment and management of quotas through the program and its two major components, the respondent is failing to fulfil certain of its statutory obligations under the *Canadian Wheat Board Act*. More specifically, counsel for the applicant advanced the following positions before me:

— Pursuant to subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 38, s. 1; S.C. 1991, c. 47, s. 713; 1995, c. 31, s. 1] and sections 26 and 28 of the *Canadian Wheat Board Act* (the Act), the respondent has a duty to issue to producers permit books authorizing delivery of grain produced on the land comprising the farms of the producers. The respondent is not satisfying its statutory duty in this respect because, under the program, although permit books authorize deliveries of grain, the authorizations are conditional with control of satisfaction of the conditions resting solely with the respondent.

— Under section 5 of the Act, the respondent has a duty to market, in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada. The respondent fails to meet this obligation by mandating, through its grain delivery program, producers to produce grain without providing them with a concomitant undertaking to market all of the grain required to be produced.

[34] En conséquence, j'estime que la requérante n'a pas qualité pour introduire la présente demande de contrôle judiciaire.

(3) La manière dont l'intimée administre son programme de livraison de grains est-elle conforme à la compétence qu'elle tient de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*?

[35] La requérante ne s'en prend pas à l'ensemble du programme de livraison de grains de l'intimée. Elle ne met pas en cause non plus le volet des livraisons prévues en fonction de la surface cultivée, pas plus qu'elle ne conteste l'ensemble du volet constitué de livraisons fixées par contrat. La thèse de la requérante est que l'affectation et l'administration des contingents, par l'intimée, dans le cadre de son programme et des deux principaux volets constituant celui-ci entraînent un manquement à certaines des obligations que lui impose la *Loi sur la Commission canadienne du blé*. L'avocat de la requérante fait de manière plus précise valoir que:

— Selon le paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 38, art. 1; L.C. 1991, ch. 47, art. 713; 1995, ch. 31, art. 1] et les articles 26 et 28 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* (la Loi), l'intimée est tenue de délivrer aux producteurs des carnets de livraison autorisant la livraison de grains produits sur les terres constituant les exploitations agricoles des producteurs. L'intimée ne respecte pas l'obligation que la Loi lui impose sur ce point puisque, dans le cadre du programme, bien que les carnets de livraison autorisent effectivement la livraison de grains, il s'agit d'autorisations conditionnelles et l'intimée est seule juge quant à la question de savoir si ces conditions ont été effectivement remplies.

— L'article 5 de la Loi impose à l'intimée l'obligation d'organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada. Or, l'intimée manque à cette obligation en demandant, dans le cadre de son programme de livraison de grains, aux producteurs de produire du grain sans s'engager par là même à commercialiser l'ensemble du grain qu'ils sont tenus de produire.

— Under subsection 32(1) [as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 2] of the Act, the respondent has a duty to undertake the marketing of wheat and barley produced in the designated area, in interprovincial and export trade. Under the grain delivery program, the respondent fails, by the terms of the program, to fulfil this duty in respect of all of the wheat and barley produced in the designated area for marketing in interprovincial and export trade.

— By virtue of subsection 2(1), paragraphs 6(a),(b) and (k) and paragraph 32(1)(a) of the Act, the respondent has a duty to buy all wheat and barley produced in the designated area and offered by a producer for sale and delivery to the respondent at an elevator or railway car. Once again, by virtue of certain of the terms of the grain delivery program, the respondent is failing to fulfil its duty with respect to all wheat and barley produced in the designated area for interprovincial and export trade.

— By obligating, under the terms of its grain delivery program, farmers to deliver, and therefore hold so that it is not available for export, grain that the respondent may never buy, the respondent is breaching its duty not to reduce the quantity of either foreign or interprovincial trade in wheat, wheat products, barley or barley products.

— As noted earlier in *Murphy*,²³ the scheme of the Act is primarily to benefit producers of wheat in the designated area. Once again, by virtue of certain of the terms of its grain delivery program, it is argued that the respondent fails to act primarily for the benefit of producers and rather, is acting in its own best commercial interest.

— Once again, by reference to *Murphy*, it is argued that the respondent's grain delivery program fails to fully meet its duty to market, in a timely way, the grain production of the designated area and the portion of that grain production represented by producers

— Le paragraphe 32(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 2] de la Loi impose à l'intimée l'obligation de commercialiser le blé et l'orge produits dans la zone désignée, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation. Dans le cadre du programme de livraison de grains, l'intimée manque à cette obligation en raison même des conditions fixées, et ce, pour tout le blé et l'orge produits dans la zone désignée en vue d'être vendus sur le marché interprovincial et de l'exportation.

— Le paragraphe 2(1), les alinéas 6a), b) et k) ainsi que l'alinéa 32(1)a) de la Loi imposent à l'intimée l'obligation d'acheter tout le blé et l'orge produits dans la zone désignée qu'un producteur peut offrir de vendre et de livrer à l'intimée à un silo ou à un wagon de chemin de fer. Encore une fois, aux termes mêmes du programme de livraison de grains, l'intimée manque à l'obligation qui lui incombe à l'égard de l'ensemble du blé et de l'orge produits dans la zone désignée et destinés au marché interprovincial et de l'exportation.

— En obligeant, en raison même des conditions du programme de livraison de grains, les agriculteurs à livrer, et donc à soustraire au marché de l'exportation, du grain que l'intimée ne finira peut-être jamais par acheter, l'intimée manque à l'obligation qui est la sienne de ne pas réduire la quantité de blé, de produits du blé, d'orge ou de produits de l'orge offerte sur le marché interprovincial ou international.

— Comme la Cour l'a relevé dans le cadre de l'affaire *Murphy*²³, les dispositions de la Loi sont surtout dans l'intérêt des producteurs de blé de la zone désignée. Encore une fois, en raison de certaines des conditions du programme de livraison de grains, il est allégué que l'intimée n'agit pas principalement dans l'intérêt des producteurs et que, au contraire, elle a surtout pour souci de protéger ses propres intérêts commerciaux.

— Encore une fois, en citant *Murphy*, il est allégué qu'en raison de son programme de livraison de grains l'intimée manque à son obligation de commercialiser en temps opportun la production de grains de la zone désignée et la partie de cette production de grains que

initial quotas.

— Finally, and once again by reference to *Murphy*, it is argued that the respondent, through certain provisions of its grain delivery program, is failing to fulfil its duties not to delay the movement of grain and to cause grain that is moved to flow in an orderly and unabated way.

[36] In response, counsel for the respondent referred me to the following passages among others, from the reasons of Mr. Justice Muldoon in *Archibald v. Canada*:²⁴

Grain is an important commodity for domestic consumption in, and for export from, Canada. The history of the grain economy demonstrates in the evidence before the Court that a free market generates gluts and famines, high prices and low prices, and speculators having taken unconscionable advantage of the grain producers. Moreover the free market forces also generate counter-market production. Canada enjoys a worldwide reputation for non-corrupt, reliable marketing of grain, Canada's great and important export.

...

The objective of the enabling legislation [*Canadian Wheat Board Act*] is to facilitate "orderly marketing" of Canadian grain. The defendant has established that the Canadian Wheat Board achieves this. It has no other *raison d'être*.

The nature of the legislation is such that the defendant needs only to establish that when the Act is applied and CWB operates, it sells grain in an orderly fashion. The provisions of the Act, particularly sections 2 and 28, which allow the CWB to fix quotas and use a contract delivery system are the backbone of orderly marketing. . . . Further, the actual sales of grain are coordinated by the Canadian Wheat Board's annual sales plan. . . . More particularly, the CWB has—by virtue of its monopoly—developed strong markets in countries such as China and Japan, and has increased Canada's overall market share *vis-a-vis* the United States.

[37] That the respondent's grain delivery program is not a program that relieves producers of all uncertainty and results in the respondent taking unto itself

représentent les contingents initialement accordés aux producteurs.

— Pour finir, et encore une fois en citant l'arrêt *Murphy*, ils font valoir qu'en raison de certaines dispositions de son programme de livraison de grains l'intimée manque à ses obligations de ne pas retarder les expéditions de grains et de faire en sorte que le grain voué à l'expédition fasse l'objet d'un transport diligent et ordonné.

[36] En réponse, l'avocat de l'intimée m'a cité, entre autres, les passages suivants des motifs du juge Muldoon dans l'affaire *Archibald c. Canada* ²⁴:

Le grain est un important produit de consommation domestique au Canada et d'exportation à l'étranger. L'histoire de l'économie du grain qui a été présentée en preuve devant la Cour démontre qu'un libre marché provoque des situations de surabondance et de famine, et de grandes variations de prix, et que des spéculateurs ont profité à l'excès des producteurs de grains. En outre, les forces du libre marché génèrent aussi une production défavorable au marché. Le Canada jouit d'une réputation mondiale pour ce qui est de la commercialisation fiable et exempte de corruption du grain, qui constitue un produit d'exportation renommé et important du Canada.

...

La loi habilitante a pour objet de faciliter l'«organisation de la commercialisation» du grain cultivé au Canada. La défenderesse a établi que la Commission canadienne du blé atteint cet objectif. Elle n'a pas d'autre raison d'être.

La loi est conçue de telle manière que la défenderesse a seulement besoin d'établir que lorsque la loi est appliquée et que la CCB exerce ces activités, elle vend du grain de façon méthodique. Les dispositions de la Loi, et surtout les articles 2 et 28, qui permettent à la CCB de fixer des contingents et de recourir à un système de livraisons à contrat, sont le pivot de la commercialisation méthodique . . . En outre, la coordination des ventes réelles de grains est régie par le plan annuel de ventes de la Commission canadienne du blé . . . Plus particulièrement, la CCB—du fait de son monopole—a établi de solides marchés dans des pays tels la Chine et le Japon, et a accru la part de marché générale du Canada par rapport aux États-Unis . . .

[37] Que le programme de livraison de grains de l'intimée ne permette pas d'éviter aux producteurs toute incertitude et de faire assumer par l'intimée tous

all risks of downward turns in interprovincial and international markets for grain, is demonstrated by the aspects of the respondent's program to which counsel for the applicant referred me. That is not to say, however, that any or all of those aspects represents an action, a refusal to exercise jurisdiction or other error in respect of which relief may be granted on a judicial review application such as this. On the basis of the evidence before me, were I to conclude that this application for judicial review is properly before me which, as I have indicated earlier in these reasons, I do not conclude, I would dismiss this application on its merits as disclosing no basis for relief on an application for judicial review.

ADDITIONAL CONSIDERATIONS

[38] To return briefly to a factor commented on earlier in these reasons, I find it telling on the merits of this application that no grain producer or permit book holder is a co-applicant with Her Majesty in Right of Alberta. Also as indicated earlier, I am acutely conscious that not all grain producers in the designated area are fully satisfied with the legislative and administrative scheme governing marketing in interprovincial and export trade of wheat and barley grown in the designated area. That said, while some producers have chosen to challenge aspects of the legislative and administrative scheme before the courts, I reiterate, none have joined in this application.

[39] Finally, I note that all evidence before me related to the grain marketing program of the respondent for the 1995-1996 crop year. If, on this application by this applicant and on the evidence before me, I had determined that some relief was warranted, I would have found myself hard pressed to identify a remedy that would not be moot and would be meaningful with respect to the current grain delivery program of the respondent.

les risques de baisse de la demande de grains sur le marché interprovincial et de l'exportation est un fait démontré par les divers aspects du programme de l'intimée évoqués devant la Cour par l'avocat de la requérante. Cela ne veut pas dire, cependant, que l'un ou l'ensemble de ces aspects sont constitutifs d'une action, d'un refus d'exercer une compétence ou d'un autre manquement susceptible d'être corrigé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire comme celle-ci. Si, d'après le dossier qui a été plaidé, je parvenais à la conclusion que c'est à juste titre que la Cour a été saisie de cette demande de contrôle judiciaire, ce qui, comme je l'ai indiqué plus tôt dans ces motifs, n'est pas le cas, je rejetterais quand même la demande sur le fond, car elle n'est justiciable d'aucun redressement susceptible d'être accordé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

CONSIDÉRATIONS ADDITIONNELLES

[38] Revenant rapidement à un facteur évoqué plus haut, il est assez révélateur qu'aucun producteur de grains ou détenteur d'un carnet de livraison ne se soit joint comme corequérant à Sa Majesté du chef de l'Alberta. Je suis, comme je l'ai dit plus haut, parfaitement conscient que tous les producteurs de grains de la zone désignée ne sont pas entièrement satisfaits des dispositions législatives et administratives qui régissent la commercialisation, sur le marché interprovincial de l'exportation, du blé et de l'orge cultivés dans la zone désignée. Cela dit, si certains producteurs ont décidé de contester en justice plusieurs aspects des dispositions législatives et administratives en vigueur, aucun, je le répète, n'a cherché à se joindre à la présente demande.

[39] Je note, pour finir, que les éléments produits devant la Cour ont trait au programme de commercialisation du grain mis en place par l'intimée pour la campagne 1995-1996. Si, vu la demande présentée par le requérant et les preuves soumises à la Cour, j'avais décidé qu'il y avait lieu d'ordonner un redressement, j'aurais éprouvé beaucoup de peine à en trouver un qui ne serait pas devenu parfaitement théorique et qui aurait pu se révéler efficace dans le cadre de l'actuel programme de livraison de grains de l'intimée.

CONCLUSION

[40] In the result, based upon the considerations outlined in these reasons, this application for judicial review is dismissed. Neither counsel before me identified “special reasons” that would justify an order of costs, taking into account Rule 1618 of the *Federal Court Rules*. There will be no order as to costs.

¹ R.S.C., 1985, c. C-24, as am.

² R.S.C., 1985, c. F-7 as am.

³ [1997] F.C.J. No. 1603 (T.D.) (QL).

⁴ [1980] 1 F.C. 326 (T.D.).

⁵ [1985] 1 F.C. 127 (C.A.).

⁶ [1958] S.C.R. 626, at p. 630.

⁷ *Id.*, at p. 642.

⁸ C.R.C., c. 663, as am.

⁹ (1994), 82 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).

¹⁰ 11 October 1995, T-1931-95, F.C.T.D. unreported.

¹¹ See, for example, *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.).

¹² [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.).

¹³ [1993] 3 F.C. 557 (T.D.), at p. 568.

¹⁴ S. 5 of the *Canadian Wheat Board Act*, *supra*, note 1.

¹⁵ [1993] 2 F.C. 229 (T.D.); *revd* (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 1 (F.C.A.) on other grounds.

¹⁶ [1995] 3 F.C. 713 (T.D.).

¹⁷ Cases referred to, dealing with public interest standing, are: *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

¹⁸ [1992] 1 S.C.R. 236, at p. 253.

¹⁹ *Id.*, at p. 252.

²⁰ B. L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1988), at pp. 162-164.

²¹ *Id.*, at p. 162.

²² See for example *Archibald v. Canada*, [1997] 3 F.C. 335 (T.D.) (appeal to the Federal Court of Appeal filed 9 May, 1997) and *Jackson v. Canada (Attorney General)*, *supra*, note 3.

²³ *Supra*, note 6.

²⁴ *Supra*, note 22, at pp. 407-408 and 424-425.

CONCLUSION

[40] Par conséquent, et compte tenu des considérations exposées précédemment, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. Aucun des avocats plaidant devant la Cour n’a invoqué de «raisons spéciales» justifiant une adjudication des dépens au titre de la Règle 618 des *Règles de la Cour fédérale*. Il n’y aura donc pas d’adjudication des dépens.

¹ L.R.C. (1985), ch. C-24, modifiée.

² L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée.

³ [1997] F.C.J. n° 1603 (1^{re} inst.) (QL).

⁴ [1980] 1 C.F. 326 (1^{re} inst.).

⁵ [1985] 1 C.F. 127 (C.A.).

⁶ [1958] R.C.S. 626, à la p. 630.

⁷ *Id.*, à la p. 642.

⁸ C.R.C., ch. 663 (et modifications).

⁹ (1994), 82 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁰ 11 octobre 1995, T-1931-95, C.F. 1^{re} inst., jugement non publié.

¹¹ Voir, par exemple, *Mcinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.).

¹² [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1^{re} inst.).

¹³ [1993] 3 C.F. 557 (1^{re} inst.), à la p. 568.

¹⁴ Art. 5 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, *supra*, note 1.

¹⁵ [1993] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.); *inf.* par (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 1 (C.A.F.) pour d’autres motifs.

¹⁶ [1995] 3 C.F. 713 (1^{re} inst.).

¹⁷ Les affaires citées, portant sur la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public sont: *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

¹⁸ [1992] 1 R.C.S. 236, à la p. 253.

¹⁹ *Id.*, à la p. 252.

²⁰ B. L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1988), aux p. 162 à 164.

²¹ *Id.*, à la p. 162.

²² Voir, par exemple, *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335 (1^{re} inst.) (appel devant la Cour fédérale interjeté le 9 mai 1997) et *Jackson c. Canada (Procureur général)*, *supra*, note 3.

²³ *Supra*, note 6.

²⁴ *Supra*, note 22, aux p. 407-408 et 424-425.

IMM-740-96

IMM-740-96

Liberal Ferreira Da Costa (*Applicant*)**Liberal Ferreira Da Costa** (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)**INDEXED AS: DA COSTA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: DA COSTA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**Trial Division, MacKay J.—Toronto, February 19;
Ottawa, September 24, 1997.Section de première instance, juge MacKay—Toronto,
19 février; Ottawa, 24 septembre 1997.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Judicial review of decision applicant danger to public in Canada — Found not guilty of crime due to mental disorder, detained in psychiatric hospital by order of Ontario Criminal Code Review Board — While appeal from deportation order pending, letter advising Minister considering rendering opinion applicant "danger to public" sent to parents' address — Copy sent to solicitor representing him in deportation appeal — Latter responding, describing circumstances of detention — Application allowed — Applicant under disability — Federal Court Rules, R. 1700(1)(a) applied i.e. procedures of Ontario Court (General Division) should be adhered to — No evidence service of Minister's possible opinion made in accord with Ontario law — Provincial officials, responsible for applicant's interests, not notified of proceedings — Decision set aside — Questions certified: (1) Whether notice of Immigration Act, s. 70(5) proceedings in accord with provincial law required to be provided to those responsible for person held in provincial facility by decision of Criminal Code Review Board; (2) if so, whether absence of evidence of such notice ground for setting aside opinion person constituting danger to public in Canada.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant constituait un danger pour le public au Canada — Il a été déclaré non coupable d'un crime en raison d'un trouble mental, et détenu dans un hôpital psychiatrique sur ordonnance de la commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel — Alors que l'appel interjeté de la mesure d'expulsion était pendant, une lettre avisant que le ministre envisageait d'émettre l'avis selon lequel le requérant constituait un «danger pour le public» a été envoyée à l'adresse des parents — Une copie en a été envoyée à l'avocate qui le représentait dans l'appel interjeté de l'expulsion — L'avocate a répondu en décrivant les circonstances de la détention — Demande accueillie — Le requérant est frappé d'incapacité — La Règle 1700(1)a des Règles de la Cour fédérale s'applique, c'est-à-dire que les procédures de la Cour de l'Ontario (Division générale) devraient être respectées — Il n'existe aucune preuve que la signification de l'avis possible du ministre a été effectuée conformément au droit ontarien — Les autorités provinciales, responsables des intérêts du requérant, n'ont pas été avisées des procédures — Décision annulée — Questions certifiées: Dans les procédures engagées sous le régime de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration, un avis, conforme au droit provincial, doit-il être donné à ceux qui sont responsables de la personne détenue dans une institution provinciale par suite de la décision de la Commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel? 2) Dans l'affirmative, l'absence de preuve d'un tel avis constitue-t-elle un motif d'annulation de l'opinion selon laquelle la personne constitue un danger pour le public au Canada?

Practice — Service — Judicial review of Immigration Act decision applicant "danger to public" — Applicant under disability due to mental illness — Detained by order of Ontario Criminal Code Review Board — Letter advising Minister considering rendering opinion applicant "danger to public" sent to parents' address — Copy sent to solicitor representing him in deportation appeal — Federal Court Rules, R. 1700(1)(a) providing proceeding against person

Pratique — Signification — Contrôle judiciaire de la décision, fondée sur la Loi sur l'immigration, selon laquelle le requérant constitue un «danger pour le public» — Le requérant est frappé d'incapacité en raison d'une maladie mentale — Détenu par ordonnance de la Commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel — La lettre avisant que le ministre envisageait d'émettre l'avis selon lequel le requérant constituait un «danger pour

under disability may be brought in manner under which would be brought in superior court of province where person under disability residing — Procedures of Ontario Court (General Division) applied — No evidence service of Minister's possible opinion made in accordance with Ontario law — Provincial officials responsible for applicant's interests not notified of proceedings — Decision set aside.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Charter, s. 12 guaranteeing right not to be subjected to cruel, unusual treatment — Defect in service of notice of Immigration Act, s. 70(5) proceedings not cruel, unusual treatment.

This was an application for judicial review of the decision that the applicant constituted a “danger to the public in Canada”. The applicant is a permanent resident who came to Canada from Portugal in 1969 at age four. He has chronic schizophrenia, as a result of which he suffers from hallucinations, delusions and paranoia. He also has a history of drug and alcohol abuse and a criminal record. As a result of his most recent criminal charge, upon which he was found not guilty by reason of mental disorder, he is being detained at a psychiatric hospital by order of the Ontario Criminal Code Review Board, pursuant to *Criminal Code*, paragraph 672.54(c). He had earlier been served with a deportation order, which was under appeal, when the respondent's Department advised by letter dated November 7, 1995 that the applicant was being considered for determination of the Minister's opinion that he was a “danger to the public in Canada” under *Immigration Act*, subsection 70(5). The letter was sent to the applicant at his parents' address where he no longer resided. A copy was sent to the solicitor who had filed the applicant's appeal from the deportation order. She responded that she was applicant's counsel “for the hearing of his appeal on the deportation order”, and described the circumstances in which he was being held in a psychiatric facility.

The issue was whether the applicant had been properly served with notice of the consideration being given by the Minister to rendering a “danger opinion”.

Held, the application should be allowed.

The solicitor's letter made it clear that further inquiry was needed to determine whether the applicant, in view of his mental incapacity, was capable of taking responsibility for

le public au Canada» a été envoyée à l'adresse des parents — Une copie en a été envoyée à l'avocate qui le représentait dans l'appel interjeté de l'expulsion — La Règle 1700(1)a des Règles de la Cour fédérale prévoit qu'une procédure engagée contre un incapable peut être engagée de la façon dont une telle procédure serait engagée devant une cour supérieure de la province où l'incapable réside — Les procédures de la Cour de l'Ontario (Division générale) s'appliquent — Il n'existe aucune preuve que la signification de l'avis possible du ministre a été effectuée conformément au droit ontarien — Les autorités provinciales responsables des intérêts du requérant n'ont pas été avisées des procédures — Décision annulée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'art. 12 de la Charte garantit le droit à la protection contre tous traitements cruels et inusités — Un vice de signification des procédures prévues à l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration ne constitue pas un traitement cruel et inusité.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant constitue un «danger pour le public au Canada». Le requérant est un résident permanent qui a quitté le Portugal pour venir au Canada en 1969 à l'âge de quatre ans. Il souffre de schizophrénie chronique, ce qui lui donne des hallucinations, des fantasmes et de la paranoïa. Il a aussi, dans son passé, des problèmes de toxicomanie et d'alcool, et il possède un casier judiciaire. Par suite de l'infraction la plus récente dont il a été accusé, pour laquelle il a été déclaré non coupable en raison d'un trouble mental, il est détenu à un hôpital psychiatrique par ordonnance de la commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel, en application de l'alinéa 672.54c) du *Code criminel*. Il avait auparavant reçu la signification d'une mesure d'expulsion, qui faisait l'objet d'un appel lorsque le Ministère de l'intimé a avisé par lettre du 7 novembre 1995 que le cas du requérant était examiné aux fins de déterminer l'avis du ministre selon lequel il constituait un «danger pour le public au Canada» en application du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*. La lettre a été envoyée au requérant, à l'adresse de ses parents où il ne résidait plus. Une copie en a été envoyée à l'avocate qui avait déposé l'appel interjeté par le requérant de la mesure d'expulsion. Elle a répondu qu'elle était l'avocate du requérant [TRADUCTION] «pour l'audition de l'appel qu'il a interjeté de la mesure d'expulsion prise contre lui», et elle a décrit les circonstances dans lesquelles il était détenu dans un établissement psychiatrique.

Il s'agit de déterminer si on avait, de façon appropriée, signifié au requérant l'avis de l'examen fait par le ministre pour émettre un «avis de danger».

Jugement: la demande doit être accueillie.

Il ressort de la lettre de l'avocate qu'une autre enquête s'imposait pour s'assurer que le requérant, à cause de son incapacité mentale, était à même de s'occuper de ses propres

his own affairs, or whether, some other person or body responsible for looking after his affairs ought to be notified regarding the *Immigration Act* proceedings.

Federal Court Rules, Rule 1700(1)(a) provides that any proceeding against a person under disability may be brought in the Federal Court in the manner in which such a proceeding would be brought in a superior court of the province where the person under disability is resident. In any proceeding before this Court, including this application for judicial review, Rule 1700(1)(a) applies and the applicant should be represented in accord with procedures of the Ontario Court (General Division). The provincial Crown is responsible for the care and welfare of persons under a disability under applicable provincial law. There was no evidence that service of the notice of the Minister's possible opinion was made in accord with the law of Ontario. The applicant's rights, including procedural rights under that law, which is intended to safeguard the civil rights of persons under a disability, may not be ignored in proceedings under subsection 70(5). Provincial officials responsible for the applicant's interests may not have had notice of proceedings that affected him or their responsibilities for him.

The respondent argued that the principle of fairness was the only applicable standard in review of the procedure followed in the exercise of discretion to render an administrative decision. It was argued that there was no lack of fairness because counsel for the applicant had notice, and had responded on his behalf with submissions that were before the Minister's delegate when the decision was made. But there was no evidence that counsel was authorized to act for the applicant in relation to anything but his appeal from the deportation order. Absent appropriate notice, the proceedings did not meet minimal standards of fairness and the Minister's opinion had to be set aside.

Charter, section 12 guarantees the right not to be subjected to cruel and unusual treatment. A defect in service of notice on the applicant did not result in cruel and unusual treatment.

The following questions were certified: (1) In *Immigration Act*, subsection 70(5) proceedings, is notice, in accord with provincial law, required to be provided to those responsible for the affairs and civil rights of the person concerned, when that person is held in a provincial facility by decision of the provincial Criminal Code Review Board? and (2) If so, is the absence of evidence of notice of subsection 70(5) proceedings to those responsible for his affairs a ground for setting aside an opinion that the person concerned constitutes a danger to the public in Canada?

affaires, ou pour déterminer si quelqu'un d'autre ou un organisme, nommé pour s'occuper de ses affaires, devait être avisé des procédures prévues par la *Loi sur l'immigration*.

La Règle 1700(1)a des Règles de la Cour fédérale prévoit qu'une procédure engagée contre un incapable peut être engagée de la façon dont une telle procédure serait engagée devant une cour supérieure de la province où l'incapable réside. Dans une action dont est saisie la Cour, y compris la présente demande de contrôle judiciaire, la Règle 1700(1)a s'applique, et le requérant devrait être représenté conformément aux procédures de la Cour de l'Ontario (Division générale). La Couronne provinciale est responsable des intérêts et du bien-être des incapables, en vertu du droit provincial applicable. Il n'existe pas de preuve que la signification de la notification de l'avis possible du ministre a été effectuée conformément au droit ontarien. Les droits du requérant, y compris les droits en matière de procédure prévus par ce droit, qui est destiné à sauvegarder les droits civils des incapables, ne peuvent être méconnus dans les procédures engagées sous le régime du paragraphe 70(5). Les agents provinciaux responsables des intérêts du requérant n'ont peut-être pas eu l'avis des procédures qui le touchaient ou qui affectaient leurs responsabilités à son égard.

L'intimé fait valoir que le principe d'équité est la seule norme applicable au contrôle de la procédure suivie dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de rendre une décision administrative. Il est allégué qu'il n'y a pas eu défaut d'équité parce que l'avocate du requérant avait reçu l'avis, avait répondu pour le compte de ce dernier et présenté des observations dont le délégué du ministre disposait lors de la prise de la décision en question. Mais il n'existe pas de preuve que l'avocate était autorisée à agir pour lui sauf en ce qui concernait son appel de la mesure d'expulsion. En l'absence d'un avis approprié, les procédures n'ont pas satisfait aux normes d'équité minimales, et l'avis du ministre doit être annulé.

L'article 12 de la Charte garantit le droit à la protection contre tous traitements cruels et inusités. Un vice de signification de l'avis au requérant n'entraîne pas un traitement cruel et inusité.

Les questions suivantes ont été certifiées: 1) Dans les procédures engagées sous le régime du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, un avis, conforme au droit provincial, doit-il être donné à ceux qui sont chargés des affaires et des droits civils de la personne visée lorsque celle-ci est détenue dans une institution provinciale par suite de la décision de la Commission d'examen provinciale constituée en vertu du Code criminel? et 2) Dans l'affirmative, l'absence de preuve que l'avis relatif aux procédures engagées sous le régime du paragraphe 70(5) a été donné à ceux qui sont responsables de ses affaires constitue-t-elle un motif

d'annulation d'une opinion selon laquelle la personne visée constitue un danger pour le public au Canada?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54(c) (as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 4).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1700(1)(a).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d), 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).
Substitute Decisions Act, 1992, S.O. 1992, c. 30.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1997] 2 F.C. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); *R. v. Hume, Ex p. Morris*, [1965] 3 C.C.C. 118 (B.C.S.C.); revd on other grounds [1965] 3 C.C.C. 349 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Tsang v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration) (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 1; 211 N.R. 131 (F.C.A.); *Casiano v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 25 (F.C.T.D.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270; (1992), 10 C.R.R. (2d) 348 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of the decision that the applicant constituted a "danger to the public" based on improper service of the notice of the *Immigration Act*, subsection 70(5) proceedings on the applicant, who was involuntarily detained in a psychiatric hospital under order of the Ontario Criminal Code Review Board. Application allowed.

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, 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54c (édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 4).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui, L.O. 1992, ch. 30.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)d) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 70(5) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1700(1)a).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1997] 2 C.F. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.); *R. v. Hume, Ex p. Morris*, [1965] 3 C.C.C. 118 (C.S.C.-B.); infirmé, pour d'autres motifs, par [1965] 3 C.C.C. 349 (C.A.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Tsang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 1; 211 N.R. 131 (C.A.F.); *Casiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 25 (C.F.1^{re} inst.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270; (1992), 10 C.R.R. (2d) 348 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant constituait un «danger pour le public», la demande étant fondée sur la signification irrégulière de l'avis des procédures engagées sous le régime du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration* au requérant, qui était détenu dans un hôpital psychiatrique par ordonnance de la commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du Code criminel. Demande accueillie.

COUNSEL:

Jeffrey A. House for applicant.
Jeremiah A. Eastman for respondent.

SOLICITORS:

Jeffrey A. House, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MACKAY J.: This application for judicial review came on for hearing in Toronto on February 19, 1997. It seeks an order quashing the decision by a delegate of the respondent Minister, dated February 15, 1996 pursuant to subsection 70(5) [as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as amended (the Act), that the applicant constitutes "a danger to the public in Canada". The effect of that decision is to withdraw from the applicant a right to appeal to the Immigration Appeal Board concerning an earlier decision that he be deported from Canada.

[2] At the time of hearing, the issues raised included some then expected to be considered by the Court of Appeal, as they later were in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.). Decision in this matter was reserved. Having considered the matters then raised and some references to statutory and other materials, concerning analogous situations, submitted following the hearing by counsel for the applicant at the Court's invitation, and in light of the decision of the Court of Appeal in *Williams*, an order now issues allowing the application. The decision is based on legal procedural grounds concerning appropriate notice to and provision for representation of the applicant in proceedings by or on behalf of the respondent Minister in this case.

AVOCATS:

Jeffrey A. House pour le requérant.
Jeremiah A. Eastman pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jeffrey A. House, Toronto, pour le requérant.
 Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE MACKAY: La présente demande de contrôle judiciaire a été entendue à Toronto, le 19 février 1997. Elle tend à l'obtention d'une ordonnance portant annulation de la décision, en date du 15 février 1996, prise par un délégué du ministre intimé en application du paragraphe 70(5) [édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée (la Loi), selon laquelle le requérant constitue «un danger pour le public au Canada». Cette décision a pour conséquence d'enlever au requérant le droit d'interjeter appel, devant la Commission d'appel de l'immigration, d'une décision antérieure selon laquelle il devait être expulsé du Canada.

[2] Au moment de l'audition, les points litigieux soulevés comprenaient certaines questions qu'on s'attendait à ce que la Cour d'appel examine, comme elles ont été plus tard examinées dans l'arrêt *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.). Le prononcé de la décision en l'espèce a été remis à plus tard. Vu les questions alors soulevées et certaines mentions de documents législatifs et autres, concernant des situations analogues, présentées à la suite de l'audition par l'avocat du requérant à l'invitation de la Cour, et compte tenu de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Williams*, une ordonnance est maintenant rendue pour accueillir la demande. La décision repose sur des motifs juridiques en matière de procédure concernant l'avis approprié à donner au requérant et les mesures afférentes pour qu'il fasse des observations dans des procédures intentées en l'espèce par le ministre intimé ou au nom de ce dernier.

[3] The applicant, at times relevant for the Minister's decision under subsection 70(5) of the *Immigration Act* and since, has been held by order of the Ontario Criminal Code Review Board, by decision made February 21, 1995. He is detained involuntarily at the St. Thomas Psychiatric Hospital in St. Thomas, Ontario, pursuant to paragraph 672.54(c) [as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 4] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 as amended. The order of that Board provides that he be detained at the hospital in a program of treatment pending his possible rehabilitation. Under the *Criminal Code*, while detained in the hospital the applicant is to be assessed at least annually to determine whether he continues to be a dangerous person from whom the public should be protected. So long as he is adjudged to be that he is to remain in detention.

[4] It is useful to sketch the background of the applicant up to the time of the decision here impugned. He is a native and a citizen of Portugal who came to Canada with his family in 1969, when he was almost four years old. Since then he has continued to live in Canada as a permanent resident without having acquired citizenship.

[5] The applicant has a criminal record, including a conviction for mischief to public property in 1985 and since then, robberies in 1991, 1992 and 1994. He has also had a long history of mental illness, and since 1984 he has been repeatedly hospitalized. He suffers from chronic schizophrenia, as a result of which he suffers from hallucinations, delusions and paranoia. In addition he has a history of alcohol and drug abuse. At times, even when in hospital, he has demonstrated bizarre, aggressive and abusive behaviour, and this is exacerbated by a recurring pattern of his refusal to continue with medication prescribed to alleviate his condition and to assist in controlling his impulses.

[6] The applicant's family is supportive of him, but because of his recurring aggressive and erratic behaviour, his parents are said not to be prepared or able to take him back into their home if he should be released from the St. Thomas facility.

[3] Le requérant, aux époques en cause de la décision du ministre fondée sur le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration* et depuis, a été détenu sur ordonnance de la commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du *Code criminel*, par décision prise le 21 février 1995. Il a été détenu au St. Thomas Psychiatric Hospital à St. Thomas (Ontario), en application de l'alinéa 672.54c [édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 4] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié. L'ordonnance de la Commission prévoit qu'il doit être détenu à l'hôpital dans le cadre d'un programme de traitement en attendant sa possible réadaptation. En vertu du *Code criminel*, pendant qu'il est détenu à l'hôpital, le requérant doit être examiné annuellement pour déterminer s'il continue d'être une personne dangereuse contre qui le public devrait être protégé. Tant qu'il sera déclaré qu'il l'est, il demeurera en détention.

[4] Il est utile d'exposer les antécédents du requérant jusqu'au moment de la décision contestée. Il est originaire du Portugal et est citoyen de ce pays. Il est venu au Canada avec sa famille en 1969, année où il avait presque quatre ans. Il continue de vivre depuis au Canada en tant que résident permanent sans avoir acquis la citoyenneté.

[5] Le requérant a un casier judiciaire où figurent une condamnation pour dommages à la propriété publique en 1985 et, depuis lors, des vols qualifiés commis en 1991, 1992 et 1994. Il a aussi, dans son passé, connu de longues périodes de maladie mentale et, depuis 1984, il a été hospitalisé à plusieurs reprises. Il souffre de schizophrénie chronique, ce qui lui donne des hallucinations, des fantasmes et de la paranoïa. En outre, il a, dans son passé, des problèmes d'alcool et de toxicomanie. Parfois, même à l'hôpital, il a eu un comportement bizarre, agressif et violent, et ceci est exacerbé par son refus périodique de continuer de prendre des médicaments pour soulager son état et l'aider à contrôler ses impulsions.

[6] La famille du requérant lui est d'un grand soutien, mais en raison de son comportement agressif périodique et capricieux, on dit que ses parents ne sont pas disposés à le reprendre dans leur maison s'il était autorisé à quitter l'hôpital St. Thomas, ou ne peuvent le faire.

[7] The applicant's most recent offence occurred on August 27, 1994 when, armed with a fork, he robbed or attempted to rob a convenience store. His prosecution for this led to a finding in January 1995 that he was not criminally responsible for the offence by reason of his mental disorder and he was ordered held, pending determination of the Ontario Criminal Code Review Board. As noted, that Board ordered in February 1995, that he be held at St. Thomas pursuant to paragraph 672.54(c) of the *Criminal Code*. In accord with that provision of the Code, that decision was made "taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons".

[8] Earlier, in November 1993, following an immigration inquiry the applicant had been served with a deportation order, when an adjudicator found him to be a person within paragraph 27(1)(d) of the Act, i.e. a person who, if he were then applying for admission to Canada would not be admissible because of his criminal convictions. That deportation order was appealed by counsel then representing him, to the Immigration Appeal Board. That appeal had not been heard when proceedings were initiated under subsection 70(5) of the Act.

[9] By letter of November 7, 1995 the respondent's Department advised that the applicant was being considered for determination of the Minister's opinion that he is "a danger to the public in Canada" under subsection 70(5) of the Act. That provision, which came into force July 10, 1995, provides as follows:

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

(a) a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c), (c.1), (c.2) or (d);

[7] L'infraction la plus récente commise par le requérant est survenue le 27 août 1994 lorsque, armé d'une fourchette, il a volé ou tenté de voler un dépanneur. La poursuite dont il a fait l'objet par suite de cette infraction a conduit à une conclusion en janvier 1995 selon laquelle il n'était pas criminellement responsable de l'infraction du fait de son trouble mental, et il a été ordonné qu'il soit détenu en attendant la décision de la commission d'examen de l'Ontario constituée en vertu du *Code criminel*. Ainsi qu'il a été noté, cette commission a ordonné en février 1995 qu'il soit détenu à St. Thomas en application de l'alinéa 672.54c) du *Code criminel*. Conformément à cette disposition du Code, cette décision a été prise «compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses».

[8] Antérieurement, en novembre 1993, par suite d'une enquête de l'immigration, on avait signifié au requérant une mesure d'expulsion lorsqu'un arbitre avait jugé qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(1)d) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de la Loi, c'est-à-dire une personne qui, si elle demandait à être admise au Canada, ne serait pas admissible en raison de ses condamnations criminelles. L'avocat qui le représentait à l'époque a interjeté appel de cette mesure d'expulsion devant la Commission d'appel de l'immigration. Cet appel n'avait pas été entendu lors de l'engagement des procédures sous le régime du paragraphe 70(5) de la Loi.

[9] Par lettre en date du 7 novembre 1995, le Ministère de l'intimé a avisé que le cas du requérant était examiné aux fins de déterminer l'avis du ministre selon lequel il constitue «un danger pour le public au Canada» en application du paragraphe 70(5) de la Loi. Cette disposition, qui est entrée en vigueur le 10 juillet 1995, porte:

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) 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) 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.

This provision was made applicable, by a transition provision, to persons like the applicant who had filed an appeal that had not been heard before July 10, 1995 (see S.C. 1995, c. 15, s. 13(4); *Tsang v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.); and *Casiano v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 25 (F.C.T.D.)).

[10] Several issues were raised on behalf of the applicant in this application for judicial review, including some constitutional issues. With one exception, I consider the issues raised are now settled, a number of them by the decision of Mr. Justice Strayer speaking for the Court of Appeal in *Williams, supra*, a decision rendered after the hearing of this application. In *Williams* (at page 665) His Lordship commented upon the effect of subsection 70(5) of the *Immigration Act* as follows:

... I am not prepared to assume that an opinion given under subsection 70(5) should be seen as the equivalent of a deportation order. At worst it replaces an appeal on law and facts with judicial review, substitutes the Minister's humanitarian discretion for that of the Appeal Division, and substitutes the possibility of a judicial stay of deportation for the certainty of a statutory stay.

[11] In my opinion the following issues raised in this case are now resolved.

(i) Subsection 70(5) of the Act and the manner of its application in this case, do not engage interests affecting liberty and security of the person under section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11

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.

Cette disposition a été rendue applicable, au moyen d'une disposition transitoire, aux personnes comme le requérant qui avaient déposé un appel qui n'avait pas été entendu avant le 10 juillet 1995 (voir L.C. 1995, ch. 15, art. 13(4); *Tsang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.); et *Casiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 25 (C.F. 1^{re} inst.)).

[10] Plusieurs questions ont été soulevées au nom du requérant dans la présente demande de contrôle judiciaire, y compris quelques questions constitutionnelles. À l'exception d'une seule question, je considère que les points litigieux soulevés sont maintenant tranchés; un certain nombre d'entre eux l'a été par la décision rendue au nom de la Cour d'appel par le juge Strayer dans l'affaire *Williams, supra*, décision rendue après l'audition de la présente demande. Dans l'affaire *Williams* (à la page 665), le juge a commenté en ces termes l'effet du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*:

... je ne suis pas disposé à présumer qu'un avis donné en vertu du paragraphe 70(5) devrait être assimilé à une mesure d'expulsion. Au pire, l'avis remplace un appel sur le droit et les faits par un contrôle judiciaire, remplace le pouvoir discrétionnaire de la section d'appel par le pouvoir discrétionnaire dont le ministre est investi d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire et remplace la certitude d'un sursis d'exécution d'origine législative par l'éventualité d'un sursis d'exécution judiciaire.

[11] À mon avis, les questions suivantes soulevées en l'espèce sont maintenant tranchées.

i) Le paragraphe 70(5) de la Loi et la façon dont il s'applique en l'espèce ne font pas intervenir un droit à la liberté et à la sécurité de la personne prévu à l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le*

(U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], even if it were the Minister's opinion under subsection 70(5) of the *Immigration Act*, which it is not, that causes the removal of a permanent resident from Canada. (See *Williams, supra*, at page 665.)

(ii) The process followed in this case in applying subsection 70(5) of the Act does not raise problems of fairness, in terms of section 7 of the Charter, or paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III], or in administrative law terms, by the lack of an oral hearing (*Williams, supra*), by the limited time provided for comment in regard to documents assembled for a possible opinion of the Minister or her delegate under subsection 70(5), or by the lack of reasons for the opinion (see *Williams, supra*, page 672 ff. and page 678 ff.). Absent a statutory requirement there is no obligation for reasons to be given for a decision, even though giving reasons is generally to be commended.

(iii) Subsection 70(5) of the Act, and the manner of its application in this case, do not infringe upon the rights protected under section 12 of the Charter that is, not to be subjected to cruel or unusual punishment or treatment. (See *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270 (C.A.)). Moreover, I am not persuaded that any defect in service of notice on the applicant can be said, as it was here urged, to result in cruel and unusual treatment, which because of the applicant's personal characteristics would warrant exempting him from the application of subsection 70(5). Appropriate service may be required. But subsection 70(5), if applied, does not result in cruel and unusual treatment contrary to section 12 of the Charter.

[12] Further, I am not persuaded that the Minister's delegate in this case erred in interpretation and application of the words "danger to the public". I accept, as was urged for the applicant, that while generally similar concepts are used in subsection 70(5) of the Act (and some other sections), and also in the *Criminal Code* of Canada, section 672.54, where reference

Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], même si c'était l'avis du ministre fondé sur le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, mais tel n'est pas le cas, qui occasionne le renvoi d'un résident permanent du Canada. (Voir *Williams, supra*, à la page 665.)

ii) Le processus suivi en l'espèce dans l'application du paragraphe 70(5) de la Loi ne soulève pas de problèmes d'équité, relativement à l'article 7 de la Charte, ou à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III], ou en termes administratifs, par le défaut d'une audition orale (*Williams, supra*), par le délai prévu pour faire des commentaires sur les documents réunis en vue d'un possible avis du ministre ou de son délégué sous le régime du paragraphe 70(5), ou par le défaut de motiver l'avis (voir *Williams, supra*, page 672 et suiv. et page 678 et suiv.). En l'absence d'une exigence légale, il n'existe aucune obligation de motiver une décision, même si motiver est généralement recommandé.

(iii) Le paragraphe 70(5) de la Loi et la façon dont il s'applique en l'espèce ne portent pas atteinte au droit protégé par l'article 12 de la Charte, c'est-à-dire le droit à la protection contre tous traitements et peines cruels et inusités. (Voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270 (C.A.)). De plus, je ne suis pas persuadé qu'on puisse dire qu'un vice de signification de l'avis au requérant entraîne, comme on l'a prétendu en l'espèce, un traitement cruel et inusité, qui, en raison des caractéristiques personnelles du requérant, justifierait qu'il soit exempté de l'application du paragraphe 70(5). Une signification appropriée peut être requise. Mais le paragraphe 70(5), s'il est appliqué, n'entraîne pas de traitements cruels et inusités, contrairement à l'article 12 de la Charte.

[12] De plus, je ne suis pas persuadé que le délégué du ministre en l'espèce ait commis une erreur dans l'interprétation et l'application de l'expression «danger pour le public». Je reconnais, comme l'a fait valoir l'avocat du requérant, que bien que, généralement, de semblables concepts soient utilisés au paragraphe 70(5) de la Loi (et à quelques autres articles), et aussi

is made to “the need to protect the public from dangerous persons”, the considerations concerning the application of those words in the *Immigration Act* may differ from those applicable in the context of the *Criminal Code*. In my view, the finding by the Ontario Board in relation to the applicant, that he is a danger to the public, is in no way binding on the Minister’s delegate, just as a future decision by that Board that he is no longer a danger to the public, and may be released, would not bind the Minister under subsection 70(5) of the Act.

[13] Yet, I am not persuaded, as was urged for the applicant, that the absence of evidence that he had ever physically hurt anyone, and the fact that he was held in an institution under the *Criminal Code* so that he was not at large among members of the public, must lead to a conclusion that the Minister’s delegate erred in law in reaching the “danger opinion”. That argument invites the Court to substitute its decision for that of the Minister’s delegate. That, the Court may not do.

[14] I am not persuaded that there was no evidence to support the Minister’s opinion. In those circumstances the opinion cannot be said to be unreasonable. Even if I might have reached a different decision on the evidence that was before the Minister’s delegate, had it been mine to make, it is not possible to say the decision was made without reference to the evidence before the decision maker.

[15] There is, however, one argument on behalf of the applicant that leads me to conclude that in this case there was procedural error that violates legal principle, if not the law, and that warrants intervention to set aside the opinion and refer the matter back for reconsideration.

[16] It is urged that the applicant was not properly served with notice of the consideration being given by the Minister that a “danger opinion” be rendered with reference to him. The facts from the record are as follows. The letter of November 7, 1995 advising of

à l’article 672.54 du *Code criminel* du Canada, où il est fait état de «la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses», les facteurs concernant l’application de cette expression dans la *Loi sur l’immigration* peuvent différer de ceux applicables dans le contexte du *Code criminel*. À mon avis, la conclusion de la commission de l’Ontario à l’égard du requérant, savoir qu’il constitue un danger pour le public, ne lie nullement le délégué du ministre, tout comme une décision future de cette commission selon laquelle il ne constitue plus un danger pour le public et peut être mis en liberté ne lierait pas le ministre sous le régime du paragraphe 70(5) de la Loi.

[13] Cependant, je ne suis pas persuadé, comme l’a prétendu l’avocat du requérant, que l’absence de preuve qu’il avait déjà blessé quelqu’un, et le fait qu’il était détenu dans une institution en application du *Code criminel* de telle sorte qu’il n’était pas en liberté parmi les membres du public, doivent conduire à la conclusion que le délégué du ministre a commis une erreur de droit en exprimant l’«avis de danger». Cet argument invite la Cour à substituer sa décision à celle du délégué du ministre, ce que la Cour ne peut faire.

[14] Je ne suis pas persuadé qu’il n’existe pas d’éléments de preuve qui étayaient l’avis du ministre. Dans ces circonstances, on ne saurait dire de l’avis qu’il est déraisonnable. Même si j’aurais pu prendre une décision différente d’après les éléments de preuve dont disposait le délégué du ministre, si je devais prendre cette décision, il n’est pas possible de dire que la décision a été prise sans tenir compte des éléments de preuve dont était saisi le décideur.

[15] Cependant, un argument invoqué par l’avocat du requérant m’amène à conclure que, en l’espèce, il existait une erreur procédurale qui viole le principe juridique, pour ne pas dire la loi, et qui justifie que la Cour intervienne pour annuler l’avis et renvoyer l’affaire pour nouvel examen.

[16] Il est allégué que le requérant n’a pas reçu une signification appropriée de la notification selon laquelle le ministre envisageait de formuler une «avis de danger» à son égard. Voici les faits qui découlent du dossier. La lettre du 7 novembre 1995 qui informait

a possible opinion of the Minister, and setting out the documents to be relied upon, with an opportunity for the applicant to make representations within 15 days, was addressed to the applicant at his parents' address where he no longer resided. A copy was sent to the solicitor who had earlier filed the applicant's appeal to the Appeal Division in regard to the deportation order that had been issued against him in 1993.

[17] No response to the letter of November 7 was made by the applicant himself. The solicitor, who had received a copy of that letter on November 9, 1995 did write on November 23, 1995, in response to that letter. In her response she advised she was counsel for the applicant "for the hearing of his appeal on his deportation order". She submitted letters in support of the applicant, including a letter from his family, including his parents, and she described the circumstances in which he was then held in a treatment facility until the Ontario Board should determine he will no longer be a danger to the public. Whether in or out of that facility the applicant was described as one who will require support and treatment which could not be expected to be available to him if he were deported to Portugal, where he has no close relatives or friends.

[18] In my opinion, it must have been clear from the solicitor's letter that further inquiry was needed to ensure that the applicant, apparently held under the *Criminal Code*, because of his mental incapacity, was in a position to be responsible for his own affairs, or whether, apparently being under a disability, some other person or body, appointed to look after his affairs, needed to be advised about his interests under *Immigration Act* proceedings. I believe that his circumstances were clear, for in the "Criminal Backlog Review Ministerial Opinion Report, Danger to the Public", completed in January 1996, after submissions had been made by the applicant's then solicitor earlier acting in relation to his appeal, reference is made to the applicant being in detention at the St. Thomas Psychiatric Facility. Also included in that Report was

d'un avis possible du ministre et qui énumérait les documents à examiner, avec la possibilité pour le requérant de faire des observations dans un délai de 15 jours, a été envoyée au requérant à l'adresse de ses parents où il ne résidait plus. Une copie en a été envoyée à l'avocate qui avait auparavant déposé l'appel du requérant devant la Section d'appel relativement à la mesure d'expulsion qui avait été prise contre lui en 1993.

[17] Le requérant lui-même n'a pas répondu à la lettre du 7 novembre. L'avocate, qui avait reçu une copie de cette lettre le 9 novembre 1995, a effectivement écrit le 23 novembre 1995 pour répondre à cette lettre. Dans sa réponse, elle a fait savoir qu'elle était l'avocate du requérant [TRADUCTION] «pour l'audition de l'appel qu'il a interjeté de la mesure d'expulsion prise contre lui». Elle a soumis des lettres à l'appui du requérant, notamment une lettre provenant de sa famille, y compris ses parents, et elle a décrit les circonstances dans lesquelles il avait été alors détenu dans un établissement de traitement jusqu'à ce que la commission de l'Ontario déterminât qu'il ne constituerait plus un danger pour le public. Qu'il soit détenu dans cet établissement ou qu'il en soit libéré, le requérant a été décrit comme quelqu'un qui avait besoin de soutien et de traitements dont on ne pouvait s'attendre à ce qu'ils lui soient disponibles s'il devait être expulsé au Portugal où il n'avait aucun parent proche ni aucun ami.

[18] À mon avis, il ressort de la lettre de l'avocate qu'une autre enquête s'imposait pour s'assurer que le requérant, apparemment détenu en application du *Code criminel*, à cause de son incapacité mentale, était à même de s'occuper de ses propres affaires, ou pour déterminer si, le requérant étant apparemment frappé d'une incapacité, quelqu'un d'autre ou un organisme, nommé pour s'occuper de ses affaires, devait être avisé de ses intérêts dans les procédures fondées sur la *Loi sur l'immigration*. Je crois que ses circonstances sont claires, car, dans le «Rapport relatif à l'avis ministériel sur l'examen des cas de criminels accumulés, Danger pour le public», établi en janvier 1996, après que des observations eurent été présentées par l'avocate du requérant à l'époque, qui agissait auparavant relativement à l'appel interjeté par ce dernier, il

a note of the January 1995 finding that he was not criminally responsible for the robbery earlier committed by reason of mental disorder. Further the report notes that his release is "Awaiting Review Board Disposition on s. 672.45 C.C.". Moreover, a letter in support of the applicant, submitted by his then solicitor, dealt with his circumstances of being detained and under care.

[19] The applicant is a person under a disability by reason of his mental illness. He is detained by the order made by the Ontario Board under the *Criminal Code*. In any proceedings before this Court, including presumably this application for judicial review, paragraph 1700(1)(a) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] should apply and he should be represented in the manner and through procedures there provided, i.e., in accord with procedures of the Ontario Court (General Division). I concede that Rule 1700 does not specifically apply to the Minister and her officers in discharging their duties under the Act. However, by the general principles of *parens patriae*, care for the welfare and the interests of a person under a disability, like the applicant, is the responsibility of the provincial Crown, a responsibility that may be discharged through the provincial superior courts in regard to ordinary legal proceedings in the courts, but in any event a responsibility established under applicable provincial law.

[20] In *R. v. Hume, Ex p. Morris*, [1965] 3 C.C.C. 118 (B.C.S.C.); reversed on other grounds, [1965] 3 C.C.C. 349 (B.C.C.A.) the British Columbia Supreme Court upheld that principle in relation to the application of the *Criminal Code* provisions then relating to an inquiry to declare a person to be a habitual criminal. In that case Mr. Justice Munroe said (at pages 119-120):

In British Columbia, personal service of a writ of summons or other civil process upon a patient confined in the

est fait état de ce que le requérant est détenu à St. Thomas Psychiatric Facility. Ce rapport comprenait également une note de janvier 1995 concluant que le requérant n'était pas criminellement responsable du vol qualifié qu'il avait auparavant commis en raison du trouble mental. De plus, le rapport note que sa libération [TRADUCTION] «attend la décision de la commission d'examen conformément à l'article 672.45 du C.C.». De plus, une lettre à l'appui du requérant, présentée par son avocate d'alors, traitait des circonstances dans lesquelles il était détenu et soigné.

[19] Le requérant est un incapable en raison de sa maladie mentale. Il est détenu par ordonnance rendue par la commission de l'Ontario constituée en vertu du *Code criminel*. Dans une action dont est saisie la Cour, y compris probablement la présente demande de contrôle judiciaire, l'alinéa 1700(1)a des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] devrait s'appliquer, et le requérant devrait être représenté de la manière et selon les procédures y prévues, c'est-à-dire conformément aux procédures de la Cour de l'Ontario (Division générale). Je reconnais que la Règle 1700 ne s'applique particulièrement pas au ministre et à ses agents dans l'exercice de leurs fonctions sous le régime de la Loi. Toutefois, en vertu des principes généraux de *parens patriae*, s'occuper du bien-être et des intérêts d'un incapable tel le requérant est la responsabilité de la Couronne provinciale, responsabilité qui peut être exécutée par l'entremise des cours supérieures provinciales en ce qui concerne les procédures juridiques ordinaires devant les tribunaux, mais, en tout état de cause, une responsabilité établie en vertu du droit provincial applicable.

[20] Dans la décision *R. v. Hume, Ex P. Morris*, [1965] 3 C.C.C. 118 (C.S.C.-B.), infirmée pour d'autres motifs par [1965] 3 C.C.C. 349 (C.A.C.-B.), la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé ce principe quant à l'application des dispositions du *Code criminel* qui se rapportaient à une enquête menée pour déclarer qu'une personne est un repris de justice. Dans cette affaire, le juge Munroe s'est exprimé en ces termes (aux pages 119 et 120):

[TRADUCTION] En Colombie-Britannique, la signification à personne d'une assignation ou d'autres actes de procédure

Provincial Mental Hospital, who is deprived of his right to manage his own affairs, would not be deemed good service. Surely, then, service upon such person of the important notice required by the criminal law cannot be deemed good service. The law concerns itself with safeguarding the civil rights of such persons. It can be no less zealous to preserve and safeguard the rights of such persons in criminal proceedings.

[21] In my view the principle is equally applicable in proceedings under the *Immigration Act*, particularly proceedings like those under subsection 70(5) which are initiated by or on behalf of the respondent Minister and which may affect adversely the applicant's procedural rights under the Act. There is no evidence in this case that service of the notice of the Minister's possible opinion was made in accord with the law of Ontario. In my opinion, the applicant's rights, including procedural rights under that law, which is intended to safeguard the civil rights of persons under a disability, may not be ignored in proceedings under subsection 70(5) of the Act. Without appropriate notice as required by Ontario law applicable in the case of administrative processes in regard to persons under a disability, provincial officials responsible for the applicant's interests may not have notice of proceedings that may affect him or their responsibilities for him.

[22] It was urged on behalf of the respondent that the only applicable standard in review of the procedure followed in the exercise of discretion to render an administrative decision is the principle of fairness. In this case, it was argued, there could be no serious claim of a lack of fairness where counsel for the applicant had notice and had responded on his behalf with submissions that were before the Minister's delegate when the decision in question was made. That begs the question whether counsel representing the applicant in relation to his appeal filed earlier, concerning a deportation order, was authorized by law to represent him in dealing with other immigration proceedings initiated after the applicant, who was found not criminally responsible for an offence by reason of a mental disorder, was ordered held in a

à un patient confiné dans le Provincial Mental Hospital et qui se voit priver de son droit de gérer ses propres affaires ne serait pas censée être une signification valable. Il est alors certain que la signification à une telle personne de l'important avis qu'impose le droit criminel ne saurait être considérée comme étant une signification valable. La loi s'occupe de sauvegarder les droits civils de telles personnes. Elle ne peut faire moins de zèle dans la préservation et la sauvegarde des droits de ces personnes dans les procédures pénales.

[21] À mon avis, ce principe s'applique également aux procédures engagées en vertu de la *Loi sur l'immigration*, particulièrement aux procédures telles que celles prévues au paragraphe 70(5) qui sont engagées par le ministre intimé ou au nom de ce dernier et qui peuvent porter atteinte, sur le plan procédural, aux droits du requérant prévus par la Loi. En l'espèce, fait défaut la preuve que la signification de la notification de l'avis possible du ministre a été effectuée conformément au droit ontarien. À mon avis, les droits du requérant, y compris les droits en matière de procédure prévus par ce droit, qui est destiné à sauvegarder les droits civils des incapables, ne peuvent être méconnus dans les procédures engagées sous le régime du paragraphe 70(5) de la Loi. Sans l'avis approprié requis par le droit ontarien applicable dans le cas des actes de procédure administratifs concernant des incapables, les agents provinciaux responsables des intérêts du requérant ne peuvent être avisés des procédures qui le touchent ou qui affectent leurs responsabilités à son égard.

[22] L'avocat de l'intimé fait valoir que la seule norme applicable au contrôle de la procédure suivie dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de rendre une décision administrative est le principe d'équité. En l'espèce, il est allégué qu'on ne pouvait prétendre sérieusement qu'il y avait eu défaut d'équité lorsque l'avocate du requérant avait reçu l'avis et avait répondu pour le compte du requérant et présenté des observations dont le délégué du ministre disposait lors de la prise de la décision en question. Cela présume résolue la question de savoir si l'avocate représentant le requérant relativement à son appel déposé antérieurement, concernant une mesure d'expulsion, était autorisée par la loi à le représenter dans d'autres procédures en matière d'immigration engagées après que le requérant, qui avait été jugé non responsable d'une

psychiatric facility until released by order of the provincial Review Board. There is no evidence the applicant's then solicitor was authorized to act for him in relation to anything but his appeal to the Appeal Board. The subsection 70(5) proceedings were different from those of the Board in relation to his appeal.

[23] When this matter was heard I sought advice of counsel concerning requirements for service of notice upon a person under a disability in circumstances of administrative decisions analogous to that here in question. Despite efforts which I am sure were diligent, no legislative provisions or jurisprudence dealing directly with the issue was suggested. The Ontario *Substitute Decisions Act, 1992*, S.O. 1992, c. 30, in so far as it deals with the person and decisions affecting a person under a disability, may be of some relevance.

[24] In my opinion, the record is clear that there is no evidence the applicant had notice of the subsection 70(5) proceedings in accord with applicable Ontario law. Absent appropriate notice the proceedings were faulty in the sense that they did not meet minimal standards of fairness. In those circumstances, in my view the opinion of the Minister cannot stand. An order will issue that it be set aside and the matter be referred to the Minister for reconsideration in accord with the law.

[25] At the conclusion of the hearing of this application, I left open the possibility for counsel to submit any questions for certification pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the Act for consideration by the Court of Appeal.

[26] Before issuing an order allowing the application, I invite counsel to submit in writing any question or questions pursuant to subsection 83(1). If counsel can agree on any question(s) and submit those by

infraction en raison d'un trouble mental, eut fait l'objet d'une ordonnance de détention dans un établissement psychiatrique jusqu'à sa mise en liberté sur ordonnance de la commission d'examen provinciale. Il n'existe pas de preuve que l'avocate qui représentait à l'époque le requérant était autorisée à agir pour lui sauf en ce qui concernait son appel devant la commission d'appel. Les procédures prévues au paragraphe 70(5) différaient de celles de la commission relatives à son appel.

[23] Lorsque l'espèce a été entendue, j'ai demandé aux avocats de me donner des opinions sur les conditions de signification d'avis à un incapable dans le cas des décisions administratives semblables à celles en question en l'espèce. Malgré des tentatives qui, j'en suis sûr, étaient diligentes, aucune disposition législative ni aucune jurisprudence portant directement sur la question n'ont été suggérées. La *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, L.O. 1992, ch. 30, dans la mesure où elle porte sur la personne et les décisions touchant un incapable, est quelque peu applicable.

[24] À mon avis, il ressort du dossier que fait défaut la preuve que le requérant avait reçu l'avis des procédures fondées sur le paragraphe 70(5) conformément au droit ontarien applicable. En l'absence d'un avis approprié, les procédures ont été viciées en ce sens qu'elles ne satisfaisaient pas aux normes d'équité minimales. Dans ces circonstances, j'estime que l'avis du ministre ne saurait être confirmé. Une ordonnance sera rendue pour annuler cet avis et renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen conforme à la loi.

[25] À la fin de l'audition de la présente demande, j'ai laissé ouverte la possibilité pour les avocats de soumettre des questions aux fins de la certification prévue au paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la Loi, en vue de leur examen par la Cour d'appel.

[26] Avant de rendre une ordonnance accueillant la demande, je demande aux avocats de soumettre par écrit une question ou des questions conformément au paragraphe 83(1). Si les avocats peuvent s'entendre

October 6, 1997 that would be helpful. If they cannot agree and either of counsel submits a question by that date, it should be submitted to opposing counsel who may then comment in writing on or before October 10, 1997.

* * *

[Order dated October 20, 1997.]

[27] UPON application for judicial review of and for an order setting aside the decision of the delegate of the respondent Minister dated February 1, 1996 and communicated to the applicant on February 20, 1996 wherein the Minister's delegate formed the opinion, pursuant to subsection 70(5) of the *Immigration Act* (the Act), that the applicant is a danger to the public in Canada;

[28] UPON hearing counsel for the parties in Toronto on February 19, 1997 when decision was reserved, and upon consideration of submissions then made, and subsequently this Court having filed reasons for order which invited counsel to propose questions for certification pursuant to subsection 83(1) of the Act, and thereafter having considered written submissions by counsel of proposed questions;

ORDER

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

1. The application for judicial review is allowed.
2. The decision, dated February 1, 1996, whereby the Minister's delegate was of the opinion that the applicant is a danger to the public in Canada, is set aside and the matter is referred back to the Minister for reconsideration in accord with the law.
3. Pursuant to subsection 83(1) of the Act the following questions are certified for possible consideration by the Court of Appeal:
 1. In proceedings pursuant to subsection 70(5) of the *Immigration Act* is notice, in accord with

sur une question ou sur des questions et les soumettre avant le 6 octobre 1997, cela serait utile. S'ils ne peuvent s'entendre et si l'un ou l'autre des avocats soumet une question avant cette date, elle devrait être présentée à l'avocat de la partie adverse qui peut alors faire des commentaires écrits au plus tard le 10 octobre 1997.

* * *

[Ordonnance en date du 20 octobre 1997.]

[27] VU la demande de contrôle judiciaire qui tend à l'obtention d'une ordonnance portant annulation de la décision, en date du 1^{er} février 1996, prise par un délégué du ministre intimé et communiquée au requérant le 20 février 1996 selon laquelle il est d'avis, en application du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration* (la Loi), que le requérant constitue un danger pour le public au Canada;

[28] APRÈS avoir entendu les avocats des parties à Toronto le 19 février 1997 lorsqu'il a été sursis à décision et après avoir examiné les arguments qui ont été présentés et que par la suite la Cour a déposé des motifs d'ordonnance qui invitaient les avocats à soumettre des questions aux fins de la certification prévue au paragraphe 83(1) de la Loi, et examiné les arguments présentés par écrit par les avocats à l'égard des questions soumises;

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE:

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision, en date du 1^{er} février 1996, selon laquelle le délégué du ministre était d'avis que le requérant constitue un danger pour le public au Canada, est annulée et l'affaire est renvoyée au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen conforme à la loi.
3. Aux termes du paragraphe 83(1) de la Loi, les questions suivantes sont certifiées en vue d'un examen possible par la Cour d'appel:
 1. Dans les procédures engagées sous le régime du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigra-*

provincial law, required to be provided to those responsible for the affairs and civil rights of the person concerned when that person is held in a provincial facility by decision of the provincial Criminal Code Review Board?

2. If the answer to question 1 is “yes”, is the absence of evidence of notice of subsection 70(5) proceedings to those responsible for his affairs a ground for setting aside an opinion that the person concerned constitutes a danger to the public in Canada?

tion, un avis, conforme au droit provincial, doit-il être donné à ceux qui sont chargés des affaires et des droits civils de la personne visée lorsque celle-ci est détenue dans une institution provinciale par suite de la décision d’une commission d’examen provinciale constituée en vertu du *Code criminel*?

2. S’il convient de répondre à la question 1 par l’affirmative, l’absence de preuve que l’avis relatif à une procédure engagée sous le régime du paragraphe 70(5) a été donné à ceux qui sont responsables des affaires de la personne visée constitue-t-elle un motif d’annulation d’une opinion selon laquelle celle-ci constitue un danger pour le public au Canada?

T-2358-95

Chief and Council of the Shubenacadie Indian Band (*Applicant*)

v.

Canadian Human Rights Commission, Darlene MacNutt, Lolita Knockwood, John B. Pictou Jr. and Attorney General of Canada, representing the Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Respondents*)

INDEXED AS: SHUBENACADIE INDIAN BAND v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Halifax, August 20; Calgary, October 30, 1997.

Native peoples — Shubenacadie Band Council administers federally funded welfare program — Denying social assistance to non-Indian spouses of Band members living on Reserve — CHRT finding Band guilty of race, marital status discrimination — Canadian Human Rights Act, s. 67 not interpreted as removing from scope of Act all Indian band council decisions — Immunizes only decisions authorized by Indian Act, Regulations — Discrimination not justified on basis of preserving Band's traditions, culture, languages — Right to administer federally funded welfare program originates from federal spending power, not from Aboriginal treaty rights.

Human rights — Human Rights Tribunal finding Indian Band guilty of discrimination based on race, marital status — Band denying social assistance benefits to non-Indian spouses of Band members living on Indian reserve — Band Council's policy allowing all non-Indian spouses to reside on Reserve — Social assistance not available from other sources — Non-Indian spouses members of "general public" for whom social assistance services customarily available on Reserve under CHRA, s. 5 — Act, s. 67 not precluding Tribunal's jurisdiction — No bona fide justification for discrimination.

Constitutional law — Distribution of powers — Social assistance provided to non-Indian spouses originating with federal spending power — Federal spending within Parliament's legislative authority under CHRA, s. 2 — Jurisdiction

T-2358-95

Chef et Conseil de la bande indienne de Shubenacadie (*requérant*)

c.

Commission canadienne des droits de la personne, Darlene MacNutt, Lolita Knockwood, John B. Pictou fils et procureur général du Canada, représentant le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE SHUBENACADIE c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Halifax, 20 août; Calgary, 30 octobre 1997.

Peuples autochtones — Le Conseil de la bande indienne de Shubenacadie administre un programme de bien-être social financé par le gouvernement fédéral — Il refuse de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de membres de la bande demeurant dans la réserve — Le TCDP a conclu que le conseil de bande avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial — On ne peut dire que l'art. 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne enlève du champ de la Loi toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes — Il ne protège que les décisions autorisées par la Loi sur les Indiens et son Règlement — La préservation des traditions, de la culture et des langues de la bande ne justifie pas la discrimination — Le droit d'administrer un programme d'aide sociale financé par le gouvernement fédéral trouve sa source dans l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser et non dans les droits des Autochtones issus de traités.

Droits de la personne — Le tribunal des droits de la personne a conclu que le conseil de bande avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial — Le conseil de bande refuse de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de membres de la bande demeurant dans la réserve — La politique du conseil de bande autorise tous les conjoints non indiens à demeurer dans la réserve — L'aide sociale ne peut être reçue d'autres sources — Les conjoints non indiens, dans le contexte de l'art. 5 de la LCDP, font partie du «public» à qui des services d'aide sociale sont destinés dans la réserve — L'art. 67 de la Loi ne prive pas le tribunal de sa compétence — Absence de motif justifiable de discrimination.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'aide sociale fournie aux conjoints non indiens trouve sa source dans le pouvoir fédéral de dépenser — Le pouvoir fédéral de dépenser figure parmi les compétences législatives du

of Human Rights Tribunal over Band Council's distribution of social assistance funds not "regulation" of provincial matter — Band Council statutory body under Indian Act, subject to CHRA — Indian Act not conferring authority on Band Council to decide on eligibility for social assistance.

This was an application for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision on the eligibility for social assistance payments of non-Indian spouses of Indian band members living on a Nova Scotia Indian reserve. Two of the three complainants (respondents), who are status Indians, claimed social assistance from the Council of the Shubenacadie Indian Band, which administers a welfare program funded by the federal government, and included their non-Indians spouses as dependents. The third complainant is a non-Indian married to a male Indian who also claimed for social assistance and included his wife as dependent. Prior to April 1992, the Band Council granted social assistance in respect of female non-Indian spouses, but since then, it has refused social assistance in respect of all non-Indians living on the Reserve to avoid any complaint of discrimination on account of gender. The Tribunal found that the applicant had discriminated against the three complainants on account of race and marital status. However, this case does not involve discrimination on the basis of marital status or gender, but only discrimination on the basis of race. Three main issues were raised: (1) whether the three complainants are members of the relevant "general public" eligible to benefit from the social assistance program; (2) whether section 67 of the *Canadian Human Rights Act* protects the Band Council's decision on social assistance eligibility from human rights review and (3) whether the preservation of the Band's traditions, culture and languages is a *bona fide* justification for discrimination.

Held, the application should be dismissed.

(1) Section 5 of the *Canadian Human Rights Act* prohibits discrimination in the provision of services which are customarily available to the general public. Under subsection 3.01(2) of the Native Community Services Guidelines, Policies and Procedures, social assistance may be provided to specific categories of non-Indians permitted to reside on a Reserve as per the Band's policy regarding residency status provided such assistance is not available from other sources. Therefore, not every non-Indian residing on the Reserve is eligible for social assistance. The Band Council did not have a policy against male non-Indian spouses residing on the Reserve. It also had no policy of excluding female non-Indian spouses from the Reserve. The authority

Parlement prévues à l'art. 2 de la LCDP — Le Tribunal des droits de la personne ne «réglemente» pas une matière de compétence provinciale parce qu'il a le pouvoir de statuer sur la manière dont le conseil de bande distribue les fonds d'aide sociale — Le conseil de bande est un organisme administratif établi en vertu de la Loi sur les Indiens et soumis à la LCDP — La Loi sur les Indiens ne donne pas au conseil de bande le pouvoir de prendre des décisions en matière d'admissibilité à l'aide sociale.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des droits de la personne sur la question de savoir si les conjoints non indiens de membres d'une bande vivant dans une réserve indienne en Nouvelle-Écosse étaient admissibles à des prestations d'aide sociale. Deux des trois plaignants (intimés), qui sont des Indiens inscrits, ont demandé des prestations d'aide sociale au conseil de la bande indienne de Shubenacadie, qui administre un programme de bien-être social financé par le gouvernement fédéral, et dans leur demande, ils ont inclus leurs conjoints non indiens à titre de personnes à charge. La troisième plaignante est une non-Indienne mariée à un Indien qui a également demandé au conseil de bande des prestations d'aide sociale pour lui-même et pour son épouse à titre de personne à charge. Avant avril 1992, le conseil de bande versait des prestations d'aide sociale aux épouses non indiennes, mais depuis lors, il refuse de verser des prestations à tous les non-Indiens demeurant dans la réserve, et ce, pour éviter toute plainte pour discrimination fondée sur le sexe. Le Tribunal a conclu que le requérant avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial contre les trois plaignants. Cependant, cette affaire ne concerne pas une discrimination fondée sur l'état matrimonial ou sur le sexe, mais seulement une discrimination fondée sur la race. Trois principales questions litigieuses ont été soulevées: 1) les trois plaignants sont-ils des membres du «public» admissibles au programme d'aide sociale?; 2) l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soustrait-elle au contrôle en matière de droits de la personne les décisions du conseil de bande touchant l'admissibilité à l'aide sociale?; 3) la préservation des traditions, de la culture et des langues de la bande justifie-t-elle la discrimination?

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) L'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit aux fournisseurs de services destinés au public d'exercer une discrimination. En vertu du paragraphe 3.01(2) des lignes directrices, politiques et procédures des services communautaires autochtones, des prestations d'aide sociale peuvent être versées à des catégories particulières de non-Indiens autorisés à résider dans une réserve en vertu de la politique de la bande se rapportant au statut de résident, pour autant qu'une aide semblable ne soit pas reçue d'autres sources. En conséquence, les non-Indiens qui résident dans la réserve ne sont pas tous admissibles à l'aide sociale. Le conseil de bande n'avait aucune politique interdisant aux conjoints non indiens de sexe masculin de

given to female non-Indian spouses to reside on the Reserve must apply to male non-Indian spouses and can only be construed as allowing all non-Indian spouses to reside on the Reserve. The individual respondents had either applied for or inquired as to social assistance from the province or municipality but were advised that this was unavailable. Social assistance was not available from other sources and non-Indian spouses residing on the Reserve fall within the specific categories of non-Indians recognized by subsection 3.01(2) of the Guidelines. Since the Band Council has allowed non-Indian spouses to reside on the Reserve in accordance with Band policy and because social assistance is not available from other sources, these spouses must be considered to be members of the "general public" for whom social assistance services are customarily available on the Reserve as required by section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The word "may" in section 3.01 of the Guidelines should not be read as granting to the Band Council discretion to refuse welfare to Band members or non-Indians who otherwise on "objective criteria" qualify for welfare.

(2) The applicant's decision not to extend social assistance benefits to non-Indian spouses is not one contemplated by section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. There was no evidence to suggest that that decision was made pursuant to a provision of the *Indian Act*. Section 67 should not be interpreted as taking out of the scope of the *Canadian Human Rights Act* all decisions of Indian band councils provided they are made under the *Indian Band Council Procedure Regulations*. It immunizes decisions authorized by the *Indian Act* and Regulations, but not all decisions made by Indian band councils.

(3) The *bona fide* justification provision is found in paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*. The Tribunal was entitled to find that the decision to deny social assistance to non-native spouses was not made in good faith, which is an essential component to establish a *bona fide* justification. On this aspect of its findings, the Tribunal was entitled to deference from the Court. The Band Council did pay welfare to female non-Indian spouses prior to 1992, which is inconsistent with its justifications and suggests that these justifications are not genuine. With respect to the standard of proof, the case law is clear that the civil standard of proof, namely a balance of probabilities, is the appropriate standard required to establish a *bona fide* justification. While a *bona fide* justification may not require the strongest possible evidence, it is still necessary to prove the need for the discriminatory rule with convincing evi-

demeurer dans la réserve. Il n'y avait pas non plus de politique interdisant aux conjoints non indiens de sexe féminin de demeurer dans la réserve. La politique du conseil de bande admet une seule interprétation: le droit des conjoints non indiens de sexe féminin de demeurer dans la réserve doit aussi être accordé aux conjoints non indiens de sexe masculin. Les intimés avaient demandé des prestations d'aide sociale à la province ou à la municipalité ou encore s'étaient renseignés sur cette question, mais on les a informés qu'ils n'étaient pas admissibles à une telle aide. Une aide sociale ne pouvait être obtenue par eux d'autres sources, et les conjoints non indiens demeurant dans la réserve font partie des catégories particulières de non-Indiens reconnues par le paragraphe 3.01(2) des lignes directrices. Vu que le conseil de bande autorisait les conjoints non indiens à demeurer dans la réserve conformément à la politique de la bande, et puisqu'une aide sociale ne peut être obtenue d'autres sources, ces conjoints doivent, dans le contexte de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, être considérés comme partie du «public» à qui des services d'aide sociale sont destinés dans la réserve. Le mot «peuvent», à l'article 3.01 des lignes directrices, ne donne pas au conseil de bande le pouvoir discrétionnaire de refuser des prestations d'aide sociale aux membres de la bande ou aux non-Indiens qui par ailleurs, selon des «critères objectifs», sont admissibles à des prestations d'aide sociale.

2) La décision du requérant de ne pas verser de prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens n'est pas visée par l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Aucun élément de preuve ne laisse entendre que la décision a été prise en vertu d'une disposition de la *Loi sur les Indiens*. On ne peut pas dire que l'article 67 enlève du champ de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes dans la mesure où elles sont prises en vertu du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens*. Il protège les décisions autorisées par la *Loi sur les Indiens* et par son Règlement, mais non toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes.

3) L'alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est la disposition qui concerne le motif justifiable. Le tribunal avait le droit de conclure que la décision de refuser des prestations d'aide sociale aux conjoints non autochtones n'a pas été prise de bonne foi, la bonne foi étant un élément essentiel pour établir l'existence d'un motif justifiable. La Cour doit faire preuve de réserve à l'égard de cet aspect des conclusions du tribunal. Le conseil de bande versait d'ailleurs des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de sexe féminin avant 1992, ce qui ne concorde pas avec les justifications fournies par le conseil de bande et laisse croire qu'elles ne sont pas sincères. Quant à la norme de preuve, la jurisprudence fait apparaître clairement que la norme civile de la preuve, c'est-à-dire la probabilité la plus forte, est la norme à appliquer pour établir l'existence d'un motif justifiable. Même si un motif justifiable ne

dence and, if necessary, expert evidence.

A number of arguments, which were not initially advanced before the Human Rights Tribunal, were developed in the present application. One of these arguments was that the Court, on judicial review, has no jurisdiction to deal with issues not raised before the Tribunal. The Court found it appropriate to consider the new jurisdictional arguments raised by the applicant. First, it was required to determine whether Parliament has the ability to provide the social assistance in question. The welfare program respecting non-Indian spouses originates with the exercise of the federal spending power. Money has been appropriated by Parliament, placed in the budget of Indian Affairs and Northern Development and then provided to the Band Council to distribute in accordance with the annual funding agreements. The federal spending power is within the legislative authority of Parliament, even when exercised in relation to provincial matters, and does not amount to regulation. The Band Council is a statutory body constituted by Parliament under the *Indian Act* and subject to the *Canadian Human Rights Act*. Second, sections 15 and 25 of the Charter, invoked by the applicant, are inapplicable. Section 25 is not independently enforceable, but acts as a shield to protect Aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected by the Charter. This case did not arise under section 15 or any other section of the Charter, but involves a challenge under section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The right to administer a welfare program funded by the federal government does not derive from any Aboriginal treaty or other right or freedom that pertains to the Aboriginal peoples of Canada. The Charter does not give band council decisions general immunity from human rights review. Third, the argument raised by the applicant, that the social assistance program is an ameliorative program within the meaning of section 16 of the *Canadian Human Rights Act*, could not be raised for the first time on judicial review. In any case, the refusal to provide social assistance to the respondents is not protected by that provision.

requiert pas nécessairement la preuve la plus solide possible, il demeure nécessaire de prouver la nécessité de la règle discriminatoire au moyen d'une preuve convaincante et, si nécessaire, une preuve d'expert.

Un certain nombre d'arguments, qui n'ont pas été invoqués devant le tribunal des droits de la personne, ont été développés pour la première fois durant le présent contrôle judiciaire. L'un de ces arguments était que, dans une procédure de contrôle judiciaire, la Cour n'a pas compétence pour aborder des aspects non soulevés devant le tribunal. La Cour a conclu qu'il était opportun d'examiner les nouveaux arguments soulevés par le requérant en ce qui concerne la compétence. Premièrement, la Cour devait se demander si le Parlement avait le pouvoir d'aménager l'aide sociale en question. Le programme d'aide sociale à l'égard duquel a été prise la décision se rapportant aux conjoints non indiens trouve sa source dans l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser. Des sommes ont été affectées par le Parlement, inscrites dans le budget du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, puis attribuées au conseil de bande pour qu'il les distribue en conformité avec les ententes annuelles de financement. Le pouvoir fédéral de dépenser figure parmi les compétences législatives du Parlement, même lorsqu'il est exercé dans des matières de compétence provinciale, et il n'équivaut pas à une réglementation. Le conseil de bande est un organisme administratif établi par le législateur fédéral en vertu de la *Loi sur les Indiens* et il est soumis à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Deuxièmement, les articles 15 et 25 de la Charte, que le requérant a invoqués, ne s'appliquent pas. L'article 25 ne s'applique pas de façon autonome, mais tient lieu de bouclier qui protège les droits des Autochtones, qu'ils soient ancestraux, issus de traités ou autres, contre les conséquences négatives possibles de la Charte. La présente affaire ne fait pas intervenir l'article 15 de la Charte ni une autre disposition de ce texte. Il s'agit plutôt d'une contestation qui concerne l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le droit d'appliquer un programme d'aide sociale financé par le gouvernement fédéral ne dérive pas d'un quelconque traité autochtone ou d'un droit ou d'une liberté propre aux peuples autochtones du Canada. La Charte ne saurait conférer aux décisions des conseils de bande une immunité générale en les soustrayant à la procédure de contrôle des droits de la personne. Troisièmement, l'argument du requérant selon lequel le programme d'aide sociale constitue une mesure de promotion sociale au sens de l'article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne pouvait être soulevé pour la première fois dans une procédure de contrôle judiciaire. De toute façon, le refus de verser des prestations d'aide sociale aux intimés n'est pas légitimé par cette disposition.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

- Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 15, 25.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 15, 16, 40(2),(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62), 67.
- Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 63(2).
- 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., 1985, c. I-5, ss. 28, 30.
- Indian Band Council Procedure Regulations*, C.R.C., c. 950.
- nexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15, 25.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5, 15, 16, 40(2),(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 62), 67.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 63(2).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 28, 30.
- Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 950.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

University of British Columbia v. Berg, [1993] 2 S.C.R. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 13 Admin. L.R. (2d) 141; 26 B.C.A.C. 241; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

DISTINGUISHED:

Toussaint v. Conseil canadien des relations du travail et al. (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; (1989), 58 D.L.R. (4th) 475; 37 Admin. L.R. 59; 96 N.R. 34 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Desjarlais (Re), [1989] 3 F.C. 605; (1989), 12 C.H.R.R. D/466; [1990] 1 C.N.L.R. 39; 102 N.R. 71 (C.A.).

REFERRED TO:

Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services) (1988), 52 D.L.R. (4th) 253; [1988] 5 W.W.R. 446; 9 C.H.R.R. D/5181 (Sask. C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Ontario*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Université de la Colombie-Britannique c. Berg, [1993] 2 R.C.S. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 13 Admin. L.R. (2d) 141; 26 B.C.A.C. 241; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail et al. (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; (1989), 58 D.L.R. (4th) 475; 37 Admin. L.R. 59; 96 N.R. 34 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Desjarlais (Re), [1989] 3 C.F. 605; (1989), 12 C.H.R.R. D/466; [1990] 1 C.N.L.R. 39; 102 N.R. 71 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services) (1988), 52 D.L.R. (4th) 253; [1988] 5 W.W.R. 446; 9 C.H.R.R. D/5181 (C.A. Sask.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Commis-*

Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733; (1995), 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/11; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; (1972), 27 D.L.R. (3d) 608; [1972] 5 W.W.R. 581; [1972] C.T.C. 385; *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71; [1985] 2 W.W.R. 711; 36 Alta. L.R. (2d) 27; 10 Admin. L.R. 229; 28 M.P.L.R. 235 (C.A.); *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons, Re*, [1970] 2 O.R. 438; (1970), 11 D.L.R. (3d) 148 (H.C.); *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; 206 N.R. 85 (F.C.A.); *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (Ont. C.A.); *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; 117 D.L.R. (4th) 297; 94 CLLC 17,030; 73 O.A.C. 20 (C.A.).

sion ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733; (1995) 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/11; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) v. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; (1972), 27 D.L.R. (3d) 608; [1972] 5 W.W.R. 581; [1972] C.T.C. 385; *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71; [1985] 2 W.W.R. 711; 36 Alta. L.R. (2d) 27; 10 Admin. L.R. 229; 28 M.P.L.R. 235 (C.A.); *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons, Re*, [1970] 2 O.R. 438; (1970), 11 D.L.R. (3d) 148 (H.C.); *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; 206 N.R. 85 (C.A.F.); *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (C.A. Ont.); *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; 117 D.L.R. (4th) 297; 94 CLLC 17,030; 73 O.A.C. 20 (C.A.).

AUTHORS CITED

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.

APPLICATION for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision ([1995] C.H.R.D. No. 14 (QL)) that the applicant had discriminated against the individual respondents on account of race and marital status contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. Application dismissed.

COUNSEL:

Bruce H. Wildsmith, Q.C., for applicant.
Margaret Rose Jamieson for respondent Canadian Human Rights Commission.
Michael F. Donovan for respondent Attorney General of Canada.

SOLICITORS:

Bruce H. Wildsmith, Q.C., Barss Corner, Nova Scotia, for applicant.

DOCTRINE

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal des droits de la personne ([1995] D.C.D.P. n° 14 (QL)) selon laquelle le requérant a exercé contre les particuliers intimés une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial, contrevenant ainsi à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Bruce H. Wildsmith, c.r., pour le requérant.
Margaret Rose Jamieson, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.
Michael F. Donovan, pour le procureur général du Canada, intimé.

PROCUREURS:

Bruce H. Wildsmith, c.r., Barss Corner (Nouvelle-Écosse), pour le requérant.

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

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.: This is a judicial review of a decision by a Human Rights Tribunal, dated October 11, 1995 [[1995] C.H.R.D. No. 14 (QL)], which found that the applicant had discriminated against the three complainants named in the style of cause, on account of race and marital status.¹ This case involves the eligibility for social assistance payments of non-Indian spouses of Indian members of the Shubenacadie Indian Band living on the Shubenacadie Indian Reserve in Nova Scotia.²

[2] The basic facts are straightforward. All of the claimants live on the Shubenacadie Indian Reserve in Nova Scotia. The respondents Darlene MacNutt and John B. Pictou, Jr. are status Indians. They claimed social assistance from the Band Council, which administers a welfare program funded by the federal government, and included their spouses, Gordon MacNutt and Christine Pictou, respectively, as dependents. Their spouses are not Indians. The respondent Lolita Knockwood is a non-Indian married to Garfield Knockwood, an Indian. Garfield Knockwood applied to the Band Council for social assistance and included his wife as a dependent.

[3] Prior to April 1992, the Band Council granted social assistance in respect of female non-Indian spouses, and up to that time social assistance was paid in respect of the two female respondents. Commencing in April 1992, the Band Council refused social assistance in respect of all non-Indians living on the Reserve. This change was intended to avoid any complaint of discrimination on account of gender.

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

Le sous-procureur général du Canada, pour le procureur général du Canada, intimé.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN: Le requérant demande le contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal des droits de la personne, en date du 11 octobre 1995 [[1995] D.C.D.P. n° 14 (QL)], dans laquelle le tribunal était arrivé à la conclusion que le requérant avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial contre les trois plaignants nommés dans l'intitulé¹. Il s'agit de savoir si les conjoints non indiens de membres indiens de la bande indienne Shubenacadie vivant dans la réserve indienne Shubenacadie, en Nouvelle-Écosse, sont admissibles à des prestations d'aide sociale².

[2] Les faits sont simples. Tous les réclamants vivent dans la réserve indienne Shubenacadie, en Nouvelle-Écosse. Les intimés Darlene MacNutt et John B. Pictou fils sont des Indiens inscrits. Ils ont demandé des prestations d'aide sociale au conseil de bande, qui administre un programme de bien-être social financé par le gouvernement fédéral, et dans leur demande ils ont inclus leurs conjoints, Gordon MacNutt et Christine Pictou, respectivement, à titre de personnes à charge. Lesdits conjoints ne sont pas des Indiens. L'intimée Lolita Knockwood est une non-Indienne, épouse de Garfield Knockwood, un Indien. Garfield Knockwood a demandé au conseil de bande des prestations d'aide sociale, pour lui-même et pour son épouse à titre de personne à charge.

[3] Avant avril 1992, le conseil de bande versait des prestations d'aide sociale aux épouses non indiennes, et jusqu'alors des prestations avaient été payées aux deux femmes intimées. À compter d'avril 1992, le conseil de bande a refusé de verser des prestations à tous les non-Indiens demeurant dans la réserve. Par ce changement, on voulait éviter toute plainte pour discrimination fondée sur le sexe.

[4] Applications were made to the Canadian Human Rights Commission alleging that the Chief and Council were discriminating on the basis of gender, race and marital status. A Human Rights Tribunal found that the complaints were justified and awarded compensation. The applicant now seeks judicial review of that decision.

[5] I note that this case does not really involve discrimination on the basis of marital status or gender. Gender discrimination deals with distinctions between males and females. Although prior to 1992 the Band Council did decline social assistance in respect of non-Indian males living on the Reserve, the practice of treating male and female non-Indian spouses differently has ceased and was not an issue in this judicial review. Similarly, discrimination on the basis of marital status typically involves distinctions between persons who are single, married or living in common law relationships. However, all of the individuals involved in this case are married and do not claim that others, either common law or single, are being treated differently in the provision of social assistance. Although the Tribunal considered marital status in addition to race, the real issue involved, as will become clear from these reasons, and indeed the sole issue argued before this Court, was discrimination on the basis of race.

I. THE ISSUES

[6] The Tribunal found that the Band Council's refusal to provide social assistance in respect of non-Indian spouses of Band members contravened section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The applicant now seeks judicial review of the Tribunal's decision on the following grounds:

(1) that the three complainants are not members of the relevant "general public" eligible to benefit from the social assistance program;

[4] Des demandes furent présentées à la Commission canadienne des droits de la personne, dans lesquelles on affirmait que le chef et le conseil exerçaient une discrimination fondée sur le sexe, la race et l'état matrimonial. Un tribunal des droits de la personne jugea que les plaintes étaient justifiées et accorda réparation. Le requérant demande aujourd'hui le contrôle judiciaire de cette décision.

[5] J'observe que cette affaire ne concerne pas vraiment une discrimination fondée sur l'état matrimonial ou sur le sexe. La discrimination fondée sur le sexe se rapporte aux distinctions entre personnes de sexe masculin et personnes de sexe féminin. Avant 1992, le conseil de bande refusait bien de verser des prestations aux hommes non indiens demeurant dans la réserve, mais la pratique consistant à traiter différemment les conjoints non indiens en fonction de leur sexe a cessé et n'est pas en litige dans le présent contrôle judiciaire. La discrimination fondée sur l'état matrimonial concerne en général quant à elle les distinctions entre personnes qui sont célibataires, celles qui sont mariées et celles qui vivent en union de fait. Cependant, toutes les personnes concernées par la présente affaire sont mariées et ne prétendent pas que d'autres, qu'il s'agisse de conjoints de fait ou de célibataires, sont traitées différemment pour ce qui est des prestations d'aide sociale. Le tribunal a examiné, outre la question de la race, celle de l'état matrimonial, mais la question véritable, et d'ailleurs la seule question débattue devant la Cour fédérale, a été la discrimination fondée sur la race. On le verra à la lecture des présents motifs.

I. POINTS EN LITIGE

[6] Le tribunal a jugé que le refus du conseil de bande de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens des membres de la bande contrevenait à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le requérant demande maintenant le contrôle judiciaire de la décision du tribunal, sur le fondement des moyens suivants:

(1) les trois plaignants ne sont pas des membres du «public» admissibles à bénéficier du programme d'aide sociale;

(2) that section 67 of the *Canadian Human Rights Act* protects the Band Council's decision on social assistance eligibility from human rights review;

(3) that if the Band Council's decision is discriminatory, the preservation of the Band's traditions, culture and languages is a *bona fide* justification for the discrimination.

1. Are non-Indian spouses included in the relevant general public?

[7] Section 5 of the *Canadian Human Rights Act* prohibits discrimination in the provision of services which are customarily available to the general public:

5. It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual, on a prohibited ground of discrimination.

[8] The applicant argues that non-Indians are not part of the relevant "general public" eligible for social assistance provided through the Band Council. Therefore, denying non-Indians welfare does not constitute discrimination. Since the general public in this case consists of Indian members of the Shubenacadie Band, the Band Council claims there has been no denial of welfare to any member of this group.

[9] The approach to follow in determining the "general public" is outlined by the Supreme Court of Canada in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at page 383, *per* Lamer C.J.:

Therefore, I would reject any definition of "public" which refuses to recognize that any accommodation, service or facility will only ever be available to a subset of the public. Students admitted to a university or school within the university, or people who enter into contracts of insurance with a public insurer, or people who open accounts with financial institutions, become the "public" for that service.

(2) l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soustrait au contrôle en matière de droits de la personne les décisions du conseil de bande touchant l'admissibilité à l'aide sociale;

(3) si la décision du conseil de bande est discriminatoire, alors la préservation des traditions, de la culture et des langues de la bande justifie la discrimination.

1. Les conjoints non-indiens font-ils partie de la notion de «public»?

[7] L'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit aux fournisseurs de services destinés au public d'exercer une discrimination.

5. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public:

a) d'en priver un individu;

b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture.

[8] Le requérant soutient que les non-Indiens ne font pas partie du «public» admissible à l'aide sociale qui est fournie par l'entremise du conseil de bande. Par conséquent, le fait de refuser des prestations d'aide sociale aux non-Indiens ne constitue pas une discrimination. Puisque le public se compose ici d'Indiens membres de la bande Shubenacadie, le conseil de bande affirme qu'il n'y a pas eu refus de prestations à l'égard d'un membre quelconque de ce groupe.

[9] La marche à suivre pour définir ce qu'il faut entendre par «public» a été décrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, à la page 383 (le juge en chef Lamer):

Je rejetterais donc toute définition du mot «public» qui refuse de reconnaître qu'un logement, des services ou des installations ne seront toujours offerts qu'à un sous-ensemble du public. Les étudiants admis à une université ou à une école au sein de l'université, ou les personnes qui passent des contrats d'assurance avec un assureur public, ou les gens qui ouvrent des comptes dans des institutions financières

Every service has its own public, and once that “public” has been defined through the use of eligibility criteria, the Act prohibits discrimination within that public.

[10] At page 384:

Eligibility criteria, as long as they are non-discriminatory, are a necessary part of most services, in that they ensure that the service reaches only its intended beneficiaries, its “public”, thereby avoiding overuse and unnecessary depletion of scarce resources. The benefits of such screening tools, however, should not come at the cost of excluding the protection of human rights legislation.

This is not to say that all of the activities of an accommodation, service or facility provider are necessarily subject to scrutiny under the Act just because some are.

... in determining which activities of the School are covered by the Act, one must take a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility. Some services or facilities will create public relationships between the School’s representatives and its students, while other services or facilities may establish only private relationships between the same individuals. [Emphasis in original.]

[11] And at page 386:

The idea of defining a “client group” for a particular service or facility focuses the inquiry on the appropriate factors of the nature of the accommodation, service or facility and the relationship it establishes between the accommodation, service or facility provider and the accommodation, service or facility user, and avoids the anomalous results of a purely numerical approach to the definition of the public. Under the relational approach, the “public” may turn out to contain a very large or very small number of people.

I would summarize the approach in this way:

(1) The term “general public” does not refer to the public at large. It is a subset of the public defined through the use of non-discriminatory eligibility criteria.

(2) The term “general public” refers to those who enjoy a “public relationship” with the service provider.

deviennent le «public» en ce qui concerne ces services. Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d’admissibilité, la Loi interdit d’établir des distinctions au sein de ce public.

[10] Et à la page 384:

Les critères d’admissibilité, pourvu qu’ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu’ils garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu’ils visent, c.-à-d. leur «public», évitant ainsi l’utilisation abusive et l’épuisement inutile de ressources rares. Les avantages de tels outils de sélection, cependant, ne devraient pas être acquis au prix de l’exclusion de la protection des lois en matière de droits de la personne.

Cela ne veut pas dire que toutes les activités d’un fournisseur de logement, de services ou d’installations sont nécessairement assujetties à un examen fondé sur la Loi uniquement parce que certaines le sont.

... pour déterminer quelles activités de l’École sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d’installations et l’usager des services ou des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l’École et ses étudiants, tandis que d’autres services ou installations pourront établir seulement des relations privées entre les mêmes individus. [Souligné dans l’original.]

[11] Et à la page 386:

L’idée de définir un «groupe client» pour des services ou des installations particuliers fait porter l’enquête sur les facteurs appropriés de la nature du logement, des services ou des installations et sur la relation qu’ils établissent entre le fournisseur de logement, de services ou d’installations et l’usager du logement, des services ou des installations, et elle permet d’éviter les résultats anormaux d’une méthode purement numérique de définition du public. Selon la méthode relationnelle, il peut s’avérer que le «public» comprend un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.

Je résumerais la démarche de la façon suivante:

(1) Le mot «public» ne s’entend pas du public au sens large. Il s’agit d’un sous-ensemble du public, défini au moyen de critères non discriminatoires d’admissibilité.

(2) Le mot «public» s’entend des personnes qui bénéficient d’une «relation publique» avec le fournis-

Once the relevant subset of the general public is defined, the *Canadian Human Rights Act* prohibits discrimination within that subset.

(3) In *Berg*, the Court concluded that a public relationship existed where a publicly-funded university made its facilities and resources available to all who had been admitted as students.

[12] In the case at bar, the Government of Canada and the Shubenacadie Indian Band entered into annual contracts which stipulated that the Government would provide funding for social assistance on the Reserve, and that the Band Council would be responsible for administering the social assistance program in accordance with the provisions of the contract. The annual contracts were between Her Majesty the Queen in Right of Canada, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development, and the Band, as represented by the Band Council. I will refer to the 1992/93 contract as representative of all relevant years, except where a relevant provision is different in another year's contract. Section 1 of the agreement provides in part:

1. The purpose of this Arrangement is to describe the responsibilities and obligations of the Department and the First Nation.

Section 2 sets forth that welfare is to be provided by the Band in accordance with the Program Administration Manual. The Program Administration Manual provides in part:

The First Nation agrees to administer Social Assistance funds to provide for basic needs, special needs and service delivery in accordance with the program standards described in the First Nation's Social Assistance Manuals for New Brunswick and Nova Scotia,³ which may be amended from time to time.

[13] Section 3.01 of the Guidelines sets forth who may be provided social assistance:

seur de services. Une fois défini le sous-ensemble opportun du public, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit les distinctions à l'intérieur de ce sous-ensemble.

(3) Dans l'arrêt *Berg*, la Cour est arrivée à la conclusion qu'il existe une relation publique lorsqu'une université financée par des fonds publics met ses installations et ressources à la disposition de tous ceux qui ont été admis comme étudiants.

[12] En l'espèce, le gouvernement du Canada et la bande indienne Shubenacadie ont conclu des ententes annuelles prévoyant que le gouvernement verserait des crédits à l'intention des bénéficiaires de l'aide sociale demeurant dans la réserve et qu'il appartiendrait au conseil de bande d'administrer le programme d'aide sociale en conformité avec les dispositions de l'entente. Les ententes annuelles étaient conclues entre, d'une part, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord, et, d'autre part, la bande, représentée par le conseil de bande. Je me référerai à l'entente de 1992-1993, représentative à mon avis de toutes les années qui nous intéressent, sauf lorsqu'une disposition sera formulée différemment dans l'entente d'une autre année. L'article 1 de l'entente est rédigé en partie ainsi:

1. L'objet du présent arrangement est de décrire les responsabilités et obligations du Ministère et de la Première Nation.

L'article 2 prévoit que les prestations doivent être versées par la bande en conformité avec le Guide d'administration du programme. Le Guide d'administration du programme mentionne ce qui suit:

[TRADUCTION] La Première Nation s'engage à administrer les fonds d'aide sociale de manière à satisfaire aux besoins fondamentaux, aux besoins spéciaux et aux services requis en conformité avec les normes décrites dans le Manuel d'aide sociale des Premières Nations pour le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse³, manuel qui pourra à l'occasion être modifié.

[13] L'article 3.01 des lignes directrices précise les personnes qui peuvent recevoir des prestations d'aide sociale:

3.01 Social Assistance may be provided to:

- (1) registered Indians resident on Reserves or on land, the legal title to which is vested in Her Majesty the Queen, in the Right of Canada;
- (2) specific categories of non-Indians permitted to reside on a Reserve as per the Band's policy regarding residency status provided such assistance is not available from other sources, e.g.:
 - (a) persons of former Indian status who return to Reserves because of desertion, divorce or death of their spouses or parents, or for other reasons (that is Bill C-31);
 - (b) persons either living with their mother or in care of friends or relatives on a Reserve;
 - (c) un-registered children of Indian families;
 - (d) children apprehended on a Reserve and whose residence cannot be established in a community other than the Reserve;
 - (e) other non-Indians who reside on-Reserve in accordance with Band policy.

Section 3.01 determines the general public eligible for the social assistance program. It is of some significance that the examples listed in subsection 3.01(2) are examples only and not conditions which must strictly be met in order to qualify. The binding qualifying term is in the main part of subsection 3.01(2):

(1) that the specific categories of non-Indians are permitted to reside on the Reserve as per the Band's policy; and

(2) that social assistance not be available from other sources.

[14] It can readily be seen that not every non-Indian residing on the Reserve is eligible for social assistance. The categories listed as examples in subsection 2 appear to be non-Indians having a personal (as opposed to a business) relationship with the Band or members of the Band. Thus non-Indians who may be

3.01 Des prestations d'aide sociale peuvent être versées:

- (1) aux Indiens inscrits demeurant dans des réserves ou sur des terres dont le titre est dévolu à Sa Majesté la Reine du chef du Canada;
- (2) à des catégories particulières de non-Indiens autorisés à résider dans une réserve en vertu de la politique de la bande se rapportant au statut de résident, pour autant qu'une aide semblable ne soit pas reçue d'autres sources, c'est-à-dire:
 - (a) aux personnes qui ont déjà eu le statut d'Indien et qui retournent dans les réserves à cause d'un abandon ou d'un divorce ou à cause du décès de leurs conjoints ou de leurs parents, ou pour d'autres raisons (se référer au projet de loi C-31);
 - (b) aux personnes qui soit vivent avec leur mère, soit sont sous la garde d'amis ou de parents dans une réserve;
 - (c) aux enfants non inscrits de familles indiennes;
 - (d) aux enfants qui sont arrêtés dans une réserve et dont le lieu de résidence ne peut être rattaché à une collectivité, si ce n'est la réserve;
 - (e) aux autres non-Indiens qui résident dans la réserve conformément à la politique de la bande.

L'article 3.01 définit le public admissible au programme d'aide sociale. Il est significatif que les exemples énumérés au paragraphe 3.01(2) sont des exemples seulement et non des conditions qui doivent être strictement remplies avant qu'il n'existe un droit à l'aide sociale. Les conditions d'admissibilité obligatoires se trouvent dans la partie principale du paragraphe 3.01(2):

(1) que les catégories particulières de non-Indiens soient autorisées à résider dans la réserve en vertu de la politique de la bande; et

(2) qu'une aide sociale ne soit pas reçue d'autres sources.

[14] On peut voir d'emblée que les non-Indiens qui résident dans la réserve ne seront pas tous admissibles à l'aide sociale. Les catégories énumérées comme exemples au paragraphe 2 semblent se rapporter aux non-Indiens qui ont des relations personnelles (par opposition à des relations d'affaires) avec la bande ou

leaseholders of land on a reserve or who may simply be employees of the Band do not seem to be covered. The example that most closely relates to the facts in this case is (e) “other non-Indians who reside on reserve in accordance with Band policy”.

(i) Band policy on residency

[15] I was not told of any express Band policy respecting residency on the Reserve of non-Indian spouses of Band members. However, the evidence is that the non-Indian spouses in this case have all resided on the Reserve for a number of years: Gordon MacNutt since 1980 (married to Darlene MacNutt on April 24, 1987), Christine Pictou from July 1990 (married to John B. Pictou on July 29, 1990) and Lolita Knockwood from March 1985 (married to Garfield Knockwood on August 24, 1985). The Tribunal found that “the Band had an unwritten policy (or perhaps a policy by default)” of allowing these, and other non-Indian spouses to reside on the Reserve.⁴

[16] However, the Band Council appears to have attempted to restrict non-Indian residency on the Reserve by passing a trespassing by-law, pursuant to section 30 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, permitting guests in Band owned housing to remain for only two weeks of every twelve-month period, and imposing a \$100 fine for violations. The by-law was disallowed by the Minister because, according to his decision, it only applied to persons residing in Band owned housing, the fines that it imposed were greater than those permitted under section 30 of the *Indian Act*, and the Minister was of the view that the Band Council could not bring a trespass action against the invited guest of a Band member who is legally occupying a home on the Reserve. The Minister informed the Band Council that had it intended a policy of excluding non-Indians, it could have attempted to make proper use of the procedures available to it.⁵ The failed attempt to pass the trespass-

les membres de la bande. Ainsi, il ne semble pas que les non-Indiens qui sont locataires d’un bien-fonds dans une réserve ou qui sont simplement des employés de la bande puissent bénéficier d’une aide sociale. L’exemple qui se rapproche le plus des faits de la présente affaire est l’alinéa (e): «[Les] autres non-Indiens qui résident dans la réserve conformément à la politique de la bande».

(i) La politique de la bande concernant le statut de résident

[15] On ne m’a signalé l’existence d’aucune politique explicite de la bande portant sur le droit des conjoints non indiens de membres de la bande de résider dans la réserve. Cependant, il appert qu’en l’espèce, les conjoints non indiens résident dans la réserve depuis plusieurs années: Gordon MacNutt depuis 1980 (il s’est marié avec Darlene MacNutt le 24 avril 1987), Christine Pictou, depuis juillet 1990 (elle s’est mariée avec John B. Pictou le 29 juillet 1990) et Lolita Knockwood, depuis mars 1985 (elle s’est mariée avec Garfield Knockwood le 24 août 1985). Le tribunal a jugé que «la bande avait une politique tacite (ou peut-être une politique par défaut)» qui autorisait ces personnes, et d’autres conjoints non indiens, à résider dans la réserve⁴.

[16] Cependant, le conseil de bande semble avoir cherché à limiter le droit des non-Indiens de résider dans la réserve en adoptant, conformément à l’article 30 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, un règlement administratif sur la violation du droit de propriété. Selon ce règlement, les visiteurs ne pouvaient séjourner dans des logements appartenant à la bande que pour une durée de deux semaines pendant chaque période de douze mois, et le règlement prévoyait une amende de 100 \$ en cas d’infraction. Le règlement administratif fut désavoué par le ministre parce que, selon lui, il ne s’appliquait qu’aux personnes séjournant dans des logements de la bande et que les amendes prévues étaient supérieures à celles qu’autorisait l’article 30 de la *Loi sur les Indiens*. Le ministre était aussi d’avis que le conseil de bande ne pouvait engager une action pour entrée non autorisée contre l’invité d’un membre de la bande qui occupe légalement un logement dans la réserve. Le ministre a

ing by-law cannot be said to amount to a policy of exclusion because the by-law was disallowed by the Minister and the Band Council never followed through with the Minister's suggestions with respect to passing a valid by-law.

[17] The Band Council also attempted to remove Mr. MacNutt, the only male non-Indian spouse involved in these proceedings, from the Reserve. The Tribunal found that the Band Council resorted to harassing the MacNutt family in its effort to make Mr. MacNutt leave. The Tribunal did not address the question of whether these attempts to remove Mr. MacNutt constituted a policy of not allowing male non-Indian spouses to reside on the Reserve.⁶

[18] However, in my view the Band did not have a policy against male non-Indian spouses residing on the Reserve. Given that the Band Council had no policy of excluding female non-Indian spouses from the Reserve, its attempts to remove Mr. MacNutt were discriminatory on account of sex. A discriminatory policy would obviously be invalid. The only possible conclusion is that the Band Council's policy of allowing female non-Indian spouses to reside on the Reserve must apply to male non-Indian spouses. Therefore the Band Council's policy can only be construed as allowing all non-Indian spouses to reside on the Reserve.

(ii) Was social assistance available from other sources?

[19] There was evidence before the Tribunal that pursuant to unwritten policies of Nova Scotia and the municipality of East Hants, welfare was not available to non-Indian spouses living on the Reserve. Gordon MacNutt had applied for social assistance from the municipality of East Hants but was refused.

informé le conseil de bande que, si le conseil avait voulu instituer une politique d'exclusion des non-Indiens, il aurait pu employer pour cela les moyens à sa disposition⁵. On ne saurait dire que la tentative avortée d'adopter le règlement administratif sur la violation du droit de propriété équivalait à une politique d'exclusion, puisque le règlement a été désavoué par le ministre et que le conseil de bande n'a jamais donné suite aux conseils du ministre à propos de l'adoption d'un règlement administratif valide.

[17] Le conseil de bande a aussi tenté d'expulser de la réserve M. MacNutt, le seul conjoint non indien de sexe masculin concerné par la présente instance. Le tribunal a estimé que le conseil de bande avait employé des tactiques de harcèlement contre la famille MacNutt pour contraindre M. MacNutt de partir. Le tribunal ne s'est pas demandé si les moyens employés pour expulser M. MacNutt s'inscrivaient dans une politique visant à interdire aux conjoints non indiens de sexe masculin de résider dans la réserve⁶.

[18] À mon avis cependant, la bande n'avait aucune politique interdisant aux conjoints non indiens de sexe masculin de demeurer dans la réserve. Puisque le conseil de bande n'interdisait pas aux conjoints non indiens de sexe féminin de demeurer dans la réserve, les moyens pris par lui pour expulser M. MacNutt constituaient une discrimination fondée sur le sexe. Une politique discriminatoire serait évidemment invalide. La seule conclusion possible est que la politique du conseil de bande consistant à autoriser les conjoints non indiens de sexe féminin à demeurer dans la réserve doit s'appliquer aux conjoints non indiens de sexe masculin. Par conséquent, la politique du conseil de bande admet une seule interprétation: tous les conjoints non indiens sont autorisés à demeurer dans la réserve.

(ii) Une aide sociale pouvait-elle être obtenue d'autres sources?

[19] On a prouvé devant le tribunal que, conformément à des directives non écrites de la Nouvelle-Écosse et de la municipalité de East Hants, les conjoints non indiens demeurant dans la réserve ne pouvaient recevoir de prestations. Gordon MacNutt avait demandé des prestations à la municipalité de

Knockwood and Pictou made telephone inquiries but were informed that they were not eligible for provincial assistance. There has been no judicial determination as to whether the provincial or federal government bears legal responsibility for the provision of social assistance to these non-Indians living on the Reserve with their Indian spouses. However, I do not read subsection 3.01(2) to require those non-Indian spouses to take, and be unsuccessful in, legal proceedings involving complex constitutional issues in order to establish that social assistance is not available from the province or municipality. It is sufficient that applications and inquiries were made and were refused. I am satisfied that social assistance was not available from other sources and that non-Indian spouses residing on the Reserve fall within the specific categories of non-Indians recognized by subsection 3.01(2) of the Guidelines.

[20] In summary, section 3.01 of the Guidelines establishes eligibility criteria which define the class of people entitled to receive social assistance from the Band Council. The involvement of the federal government, the use of public funds, and the characterization of social assistance as a public service (see *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4th) 253 (Sask. C.A.)) are indicative of a public relationship existing between the non-Indian spouses involved in the case at bar and the Band Council. Having regard to the fact that the Band Council has allowed these non-Indians to reside on the Reserve in accordance with Band policy and that social assistance is not available from other sources, these non-Indian spouses must be considered to be members of the "general public" for whom social assistance services are customarily available on the Reserve as required by section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

(iii) Other arguments on the "general public"

[21] The applicant's arguments to the contrary are not persuasive. First, while it is true the document

East Hants, mais elles lui ont été refusées. Knockwood et Pictou s'étaient renseignés par téléphone, mais on les a informés qu'ils n'étaient pas admissibles à une aide provinciale. La jurisprudence ne permet pas de dire si c'est le gouvernement provincial ou le gouvernement fédéral qui est juridiquement tenu de fournir une aide sociale aux non-Indiens demeurant dans une réserve avec leurs conjoints indiens. Cependant, je ne crois pas que le paragraphe 3.01(2) oblige ces non-Indiens à engager, sans succès, des procédures judiciaires faisant intervenir des questions constitutionnelles complexes, dans le dessein d'établir qu'ils ne peuvent recevoir une aide sociale de la province ou de la municipalité. Il suffit qu'ils aient présenté des demandes en ce sens et qu'elles aient été refusées. Je suis convaincu qu'une aide sociale ne pouvait être obtenue par eux d'autres sources et que les conjoints non indiens demeurant dans la réserve font partie des catégories particulières de non-Indiens reconnues par le paragraphe 3.01(2) des lignes directrices.

[20] En résumé, l'article 3.01 des lignes directrices prévoit des critères d'admissibilité qui définissent les catégories de personnes fondées à recevoir des prestations d'aide sociale du conseil de bande. Le rôle du gouvernement fédéral, l'utilisation de fonds publics et la qualification de l'aide sociale comme service public (voir l'arrêt *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4th) 253 (C.A. Sask.)) attestent l'existence d'une relation publique entre les conjoints non indiens dont il s'agit ici et le conseil de bande. Eu égard au fait que le conseil de bande a autorisé ces non-Indiens à demeurer dans la réserve conformément à la politique de la bande, et puisqu'une aide sociale ne peut être obtenue d'autres sources, ces conjoints non indiens doivent, dans le contexte de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, être considérés comme partie du «public» à qui des services d'aide sociale sont destinés dans la réserve.

(iii) Autres arguments portant sur la notion de «public»

[21] Les arguments contraires des requérants ne sont pas convaincants. D'abord, même s'il est vrai que le

containing subsection 3.01(2) is a guideline, the linkage between it and the contract effectively incorporates it by reference into the contract and its terms are, to all intents and purposes, contractual terms.

[22] Next, the fact that “persons” are defined in section 2.07 as registered Indians cannot displace subsection 3.01(2) nor section 1.02 which provides in part:

1.02 The Social Assistance program for the Nova Scotia Bands and the Department of Indian and Northern Affairs is for the provision of services and assistance primarily for Indian people [Emphasis added.]

[23] Further, that section 3.01 contains the term “may”, signifying discretion, does not assist the applicant. The relevant words are “Social Assistance may be provided to”. The Band must have discretion to determine whether an applicant is eligible for welfare. Subsection 3.03(1) provides:

3.03 Eligibility Requirements:

- (1) Every applicant shall complete an application form, and a release of information form. The fact of need rather than cause is the most significant determinative of eligibility. Eligibility is to be determined on the basis of objective criteria rather than on value judgments as to who is “deserving”.

However, in order to determine eligibility the applicant must first be prepared to provide the basic information requested on the application form. From this information the Social Development Administrator learns whether or not the applicant meets the requirements of residence and Indian Status and other facts which are essential in determining the amount of assistance to which the applicant may be entitled. [Emphasis added.]

Thus if an application form is not completed or the basic information discloses that the applicant does not meet other eligibility requirements, social assistance may not be provided to the applicant. In other words, simply because a person fits the criteria of section 3.01 does not entitle him or her to welfare. Section

texte renfermant le paragraphe 3.01(2) est une ligne directrice, le lien entre cette ligne directrice et l’entente a pour effet d’incorporer par référence la ligne directrice dans l’entente, et les dispositions de la ligne directrice sont, à toutes fins utiles, des dispositions contractuelles.

[22] Ensuite, même si l’article 2.07 donne au mot «personne» le sens de «Indien inscrit», cette définition ne supprime pas le paragraphe 3.01(2), ni l’article 1.02, dont voici un extrait:

1.02 Le Programme d’aide sociale pour les bandes de la Nouvelle-Écosse et le ministère des Affaires indiennes et du Nord s’adresse en premier lieu aux Indiens . . . [Non souligné dans l’original.]

[23] De plus, le mot «peuvent» de l’article 3.01, un mot qui confère un pouvoir d’appréciation, ne vient pas en aide au requérant. Les mots pertinents sont: «Des prestations d’aide sociale peuvent être versées». La bande doit être libre de dire si un candidat est admissible à des prestations. Le paragraphe 3.03(1) est rédigé ainsi:

3.03 Conditions d’admissibilité

- (1) Chaque candidat doit remplir une formule de demande, ainsi qu’une formule de communication de renseignements. C’est le besoin, et non la cause du besoin, qui sera le critère principal d’admissibilité. L’admissibilité sera évaluée en fonction de critères objectifs plutôt qu’en fonction de jugements de valeur consistant à dire qui mérite une aide et qui ne la mérite pas.

Cependant, pour qu’on puisse établir son admissibilité, le candidat doit d’abord être disposé à fournir les renseignements de base demandés dans la formule de demande. L’administrateur du développement social saura alors si le candidat répond ou non aux conditions de résidence, à celles du statut d’Indien et à d’autres éléments qui sont essentiels pour déterminer le montant de l’aide auquel le candidat pourrait avoir droit. [Non souligné dans l’original.]

Par conséquent, si une formule de demande n’est pas remplie ou si les renseignements de base montrent que le candidat ne répond pas à d’autres conditions d’admissibilité, alors des prestations d’aide sociale ne pourront être versées au candidat. En d’autres termes, le simple fait pour une personne de répondre aux

3.01 is only an initial screening test. Viewed as an initial screening test, it is clear why the term “may” is used. I do not read “may” in section 3.01 as granting to the Band Council discretion to refuse welfare to Band members or non-Indians who otherwise on “objective criteria” qualify for welfare.

[24] Next, the applicant relies on section 1.10 of the Guidelines which vests the Band Council with the administration and interpretation of the Guidelines:

1.10 The Council of the Band is responsible for the administration and interpretation of these guidelines and determining need of the client. Program integrity depends on no interference from other officials.

Counsel for the applicant submits that the Band’s authority to interpret the Guidelines entitles the Band Council to interpret subsection 3.01(2) as excluding all non-Indians and specifically non-Indian spouses of Band members. The power to interpret, however, is not a power to change the terms of the Guidelines and that indeed is what the Band Council is purporting to do by excluding non-Indian spouses when subsection 3.01(2) includes them. The agreement made between the Band and the Government was that social assistance was to be available for specific categories of non-Indians as described in subsection 3.01(2) and non-Indian spouses fit within those categories.

[25] Another argument of the applicant relates to section 28 of the *Indian Act* which provides:

28. (1) Subject to subsection (2), any deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind, whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void.

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to

critères de l’article 3.01 ne lui donne pas droit à des prestations. L’article 3.01 ne constitue qu’un schéma de présélection. On comprend alors pourquoi le mot «peuvent» y est employé. Selon moi, le mot «peuvent», à l’article 3.01, ne donne pas au conseil de bande le pouvoir discrétionnaire de refuser des prestations aux membres de la bande ou aux non-Indiens qui par ailleurs, selon des «critères objectifs», sont admissibles à des prestations.

[24] Ensuite, le requérant invoque l’article 1.10 des lignes directrices, qui assigne au conseil de bande l’administration et l’interprétation des lignes directrices:

1.10 Le conseil de bande est chargé de l’administration et de l’interprétation des présentes lignes directrices et de faire l’évaluation des besoins du client. L’intégrité du programme ne souffre aucune ingérence de la part d’autres fonctionnaires.

L’avocat du requérant fait valoir que le pouvoir de la bande d’interpréter les lignes directrices donne au conseil de bande le droit de dire que le paragraphe 3.01(2) exclut tous les non-Indiens et plus particulièrement les conjoints non indiens des membres de la bande. Le pouvoir d’interprétation n’équivaut pas cependant à un pouvoir de modifier les dispositions des lignes directrices, et c’est ce que le conseil de bande prétend faire lorsqu’il exclut les conjoints non indiens alors que le paragraphe 3.01(2) les inclut. Selon l’entente passée entre la bande et le gouvernement, l’aide sociale devait être destinée à des catégories particulières de non-Indiens qui sont décrites au paragraphe 3.01(2), et les conjoints non indiens font partie de ces catégories.

[25] Un autre argument du requérant se rapporte à l’article 28 de la *Loi sur les Indiens*, formulé ainsi:

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d’une bande est censé permettre à une personne, autre qu’un membre de cette bande, d’occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

(2) Le ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d’un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour

occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

The applicant argues that a Band policy is subject to section 28 of the *Indian Act* and without a permit granted by the Minister, non-Indian spouses may not reside or exercise rights on the Reserve. Therefore no valid Band policy in this case can exist as no ministerial permits were obtained in respect of the non-Indian spouses. However, I accept the argument presented by counsel for the Attorney General that section 28 deals with commercial transactions involving the disposition of land or interests in land on the Reserve. This interpretation is supported by reference to the words “deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind” in subsection 28(1). I think this is the correct interpretation of section 28 and that it is not referable to the situation of non-Indians residing on the Reserve as spouses of Band members.

[26] The definition of the general public for purposes of social assistance eligibility in this case is set forth by the Band’s funding agreement with the Government of Canada. If the Band Council was unwilling to abide by the terms of the agreement including subsection 3.01(2), it was open to the Band Council not to enter into the agreement. Once it did so, however, it was bound by its terms.⁷ For the above reasons, I find that non-Indian spouses living on the Reserve are members of the “general public” for the purpose of section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

2. Does section 67 of the *Canadian Human Rights Act* preclude the Tribunal’s jurisdiction?

[27] This next argument of the applicant is that the *Canadian Human Rights Act* is excluded from application in this case by reason of section 67 of that Act. Section 67 reads:

67. Nothing in this Act affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.

[28] *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 F.C. 605 (C.A.) explains the type of “provision” contemplated by section 67 (then subsection 63(2)). Desjardins J.A.

toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

Le requérant soutient qu’une politique de la bande est régie par l’article 28 de la *Loi sur les Indiens* et que, sans un permis du ministre, les conjoints non indiens ne peuvent résider dans la réserve ou y exercer des droits. Par conséquent, aucune politique valide de la bande ne peut exister en l’espèce puisqu’aucun permis ministériel n’a été délivré pour les conjoints non indiens. Cependant, j’accepte l’argument invoqué par l’avocat du procureur général selon lequel l’article 28 porte sur des opérations commerciales concernant l’aliénation de terres ou de droits sur des terres situées dans la réserve. Cette interprétation s’appuie sur la mention des mots «acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature», au paragraphe 28(1). C’est là, je crois, l’interprétation qu’il faut donner de l’article 28. Cet article est sans rapport avec le cas des non-Indiens demeurant dans la réserve à titre de conjoints de membres de la bande.

[26] La définition du public auquel sont destinées les prestations d’aide sociale est donnée par l’entente de financement conclue entre la bande et le gouvernement du Canada. Si le conseil de bande ne souhaitait pas se conformer aux conditions de l’entente, y compris celles du paragraphe 3.01(2), il était libre de ne pas conclure l’entente. Après qu’il l’a conclue, cependant, il est devenu lié par ses dispositions⁷. Pour les motifs exposés précédemment, j’arrive à la conclusion que les conjoints non- indiens vivant dans la réserve font partie du «public» dont parle l’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

2. L’article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prive-t-il le tribunal de sa compétence?

[27] Le requérant soutient ensuite que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne peut s’appliquer en l’espèce à cause de l’article 67 de cette Loi. L’article 67 est formulé ainsi:

67. La présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi.

[28] Dans l’arrêt *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 C.F. 605 (C.A.), on trouve une explication du genre de «dispositions» envisagées par l’article 67 (qui était alors le

found, at pages 608-609, that:

. . . “or any provision made under or pursuant to” mean more than a mere stipulation of a legal character. I interpret such words as covering any decision made under or pursuant to the *Indian Act*.

[29] In that case, there was some doubt as to the way in which Indian bands could make legal decisions: by by-law, by resolution transmitted to the Minister, or under the *Indian Band Council Procedure Regulations*, C.R.C., c. 950. Desjardins J.A. found that regardless of how the decision was made, any decision taken by a band council under specific sections of the *Indian Act* would be made “under or pursuant to the *Indian Act*.” However, a vote of non-confidence in an employee of a band was “nowhere, expressly or by implication, provided for by the *Indian Act*” and was determined not to come within the exception provided by section 67 (then subsection 63(2)).

[30] The applicant says that its decision not to extend social assistance benefits to non-Indian spouses is made pursuant to the *Indian Act* and therefore is not subject to review pursuant to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. Applicant’s counsel does not rely on any specific provision of the *Indian Act* but on the fact that the decision was made pursuant to the *Indian Band Council Procedure Regulations*.

[31] I do not think that the decision in this case is one contemplated by section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. While there is no doubt that a decision was made by the Band Council, and it may well have been made under the *Indian Band Council Procedure Regulations*, there is no evidence to suggest that the decision was made pursuant to a provision of the *Indian Act*. While undoubtedly section 67 recognizes that certain provisions of the *Indian Act* and Regulations may conflict with the *Canadian Human Rights Act* and in such cases the *Indian Act* and Regulations will prevail, I do not think section 67 is

paragraphe 63(2)). Le juge Desjardins, J.C.A., s’explique ainsi, aux pages 608 et 609:

. . . les termes «*or any provision made under or pursuant to that Act*» désignent-ils plus que les seules stipulations à caractère légal. J’interprète ces mots comme s’étendant à toutes les décisions prises en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

[29] Dans cette affaire, on s’interrogeait sur la manière dont les bandes indiennes pouvaient prendre des décisions de nature juridique: par règlement administratif, par résolution transmise au ministre, ou par application du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d’Indiens*, C.R.C., ch. 950. Le juge Desjardins a estimé que, quelle que soit la manière dont la décision était prise, toute décision prise par un conseil de bande en vertu d’une disposition précise de la *Loi sur les Indiens* serait prise «en vertu de la *Loi sur les Indiens*». Cependant, un vote de non-confiance contre un employé d’une bande n’était «nulle part autorisé par la *Loi sur les Indiens*, que ce soit explicitement ou implicitement» et ne pouvait donc mettre en jeu l’exception prévue par l’article 67 (qui était alors le paragraphe 63(2)).

[30] Le requérant affirme que sa décision de ne pas verser de prestations d’aide sociale aux conjoints non indiens est prise en vertu de la *Loi sur les Indiens* et échappe donc à tout contrôle judiciaire exercé en conformité avec l’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L’avocat des requérants ne s’appuie sur aucune disposition précise de la *Loi sur les Indiens*, mais sur le fait que la décision a été prise en conformité avec le *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d’Indiens*.

[31] Je ne crois pas que la décision dont il s’agit en l’espèce soit une décision visée par l’article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il ne fait aucun doute qu’une décision a été prise par le conseil de bande, et il se peut fort bien qu’elle ait été prise en vertu du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d’Indiens*, mais aucun élément de preuve ne laisse entendre que la décision a été prise en vertu d’une disposition de la *Loi sur les Indiens*. Indubitablement, l’article 67 reconnaît que certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* et de ses règlements peuvent être en conflit avec la *Loi canadienne*

to be interpreted as taking out of the scope of the *Canadian Human Rights Act* all decisions of Indian band councils provided they are made under the *Indian Band Council Procedure Regulations*. If it was Parliament's intention to immunize all decisions of Indian band councils from overview by the Human Rights Commission, Parliament would have expressly so provided rather than enacting section 67. Section 67 immunizes decisions authorized by the *Indian Act* and *Regulations*, but not all decisions made by Indian band councils. I think that this conclusion is consistent with the dicta in *Desjarlais (Re)*. Section 67 therefore does not assist the applicant in this case.

3. Bona fide justification

[32] The applicant then relies on paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*—the *bona fide* justification provision. Paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act* provides:

15. It is not a discriminatory practice if

...

(g) in the circumstances described in section 5 or 6, an individual is denied any goods, services, facilities or accommodation or access thereto or occupancy of any commercial premises or residential accommodation or is a victim of any adverse differentiation and there is *bona fide* justification for that denial or differentiation.

The Human Rights Tribunal dealt with this argument at page 79 of its decision [at pages 125-126 of QL]:

A *bona fide* justification defence requires proof both of a subjective element (good faith) and an objective element (related to the provision of the service) (*Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202).

The Tribunal is unable to say that the decision to refuse benefits to non-native spouses was made with a sincerely held belief that it was in the best interests of the Reserve

sur les droits de la personne et, dans un tel cas, la *Loi sur les Indiens* et son Règlement auront préséance, mais je ne crois pas que l'on puisse dire que l'article 67 enlève du champ de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes dans la mesure où elles sont prises en vertu du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens*. Si le législateur fédéral avait voulu soustraire toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes au contrôle de la Commission des droits de la personne, il l'aurait expressément prévu au lieu d'édicter l'article 67. L'article 67 protège les décisions autorisées par la *Loi sur les Indiens* et par son Règlement, mais non toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes. Je crois que cette conclusion s'accorde avec les remarques incidentes de l'arrêt *Desjarlais (Re)*. L'article 67 ne vient donc pas en aide au requérant.

3. Motif justifiable

[32] Le requérant invoque ensuite l'alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—la disposition qui concerne le motif justifiable. L'alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé ainsi:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

...

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, s'il a un motif justifiable de le faire.

Le Tribunal des droits de la personne a examiné cet argument à la page 90 de sa décision [aux pages 138 et 139 de QL]:

Pour établir un moyen de défense fondé sur un motif justifiable, il faut prouver un élément subjectif (la bonne foi) et un élément objectif (se rapportant à la fourniture du service). (Arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202).

Le Tribunal n'est pas en mesure d'affirmer que la décision de priver de prestations les conjoints non autochtones a été prise avec la conviction sincère qu'il y allait de l'intérêt des

residents, particularly prior to May 1992. If the Tribunal is wrong and the objective element requires consideration, the Tribunal notes that counsel for the Respondent suggests that the evidence of the Chief, former Chief and Council members support concerns about the homogeneous population of Reserves and the First Nations' desire to preserve their culture, traditions and language. This argument is not supported by the "strongest possible evidence". Further, there was no suggestion that the Respondent had attempted to accommodate non-native spouses within the Social Services program on Reserve. Both of these elements must be present if the Respondent is to succeed in proving the objective element of the bona fide justification defence. [References omitted.]

[33] With respect to the Tribunal's finding that the decision to deny social assistance to non-native spouses was not made in good faith, which is an essential component to establish a *bona fide* justification, it was entitled to make the finding that it did. On this aspect of its findings the Tribunal is entitled to deference from the Court (see *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 578, per Lamer C.J.). Indeed, the Band Council did pay welfare to female non-Indian spouses prior to 1992, which is inconsistent with the justifications advanced by the Band Council and suggests that these justifications are not genuine.

[34] With respect to the Tribunal's finding respecting the standard of proof, the case law is clear that the civil standard of proof, namely a balance of probabilities, is the appropriate standard required to establish a *bona fide* justification (see *Ontario Human Rights Commission et al. v. Burough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208). Linden J.A. explained the standard more fully in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), at page 409:

The onus is on the employer to establish that the rule or standard is a BFOR. It is not enough to rely on assumptions and so-called common sense; to prove the need for the discriminatory rule convincing evidence and, if necessary, expert evidence is required to establish this on the balance of probabilities. Without that requirement, the protection afforded by human rights legislation would be hollow indeed. Hence, it is necessary, in order to justify *prima facie*

personnes résidant dans la réserve, en particulier avant mai 1992. Si le Tribunal se trompe et que l'élément objectif doit être pris en considération, le Tribunal fait observer que l'avocat de l'intimé soutient que les témoignages du chef, de l'ex-chef et de membres du conseil attestent une inquiétude au sujet de l'homogénéité de la population des réserves et de la volonté des Premières Nations de préserver leur culture, leurs traditions et leur langue. Cet argument ne s'appuie pas sur la [TRADUCTION] «la meilleure preuve». En outre, rien n'indique que l'intimé ait tenté d'accueillir les conjoints non autochtones dans le cadre du programme de services sociaux offert dans la réserve. L'intimé doit prouver ces deux éléments pour établir l'élément objectif du moyen de défense du motif justifiable. [Renvois omis.]

[33] En ce qui concerne la conclusion du tribunal selon laquelle la décision de refuser des prestations d'aide sociale aux conjoints non autochtones n'a pas été prise de bonne foi, la bonne foi étant un élément essentiel pour établir l'existence d'un motif justifiable, le tribunal avait le droit de tirer cette conclusion. La Cour doit faire preuve de réserve à l'égard de cet aspect des conclusions du tribunal (voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 578, le juge en chef Lamer). Le conseil de bande versait d'ailleurs des prestations aux conjoints non indiens de sexe féminin avant 1992, ce qui ne concorde pas avec les justifications fournies par le conseil de bande et laisse croire qu'elles ne sont pas sincères.

[34] Quant à la conclusion du tribunal qui concerne la norme de preuve, la jurisprudence fait apparaître clairement que la norme civile de la preuve, c'est-à-dire la probabilité la plus forte, est la norme à appliquer pour établir l'existence d'un motif justifiable (voir l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208). Le juge Linden, J.C.A., explique la norme plus en détail dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), à la page 409:

Il incombe à l'employeur d'établir que la règle ou la norme est une EPJ. Il ne suffit pas de s'appuyer sur des présomptions et sur le soi-disant bon sens; pour établir la nécessité de la règle discriminatoire, une preuve convaincante et, si nécessaire, une preuve d'expert est nécessaire pour l'établir suivant la prépondérance des probabilités. Sans cette exigence, la protection offerte par les lois en matière de droits de la personne serait effectivement vide de sens. Par

direct discrimination, to demonstrate that it was done in good faith and that it was “reasonably necessary” to do so, which is both a subjective and an objective test.

Thus, while a *bona fide* justification may not require the “strongest possible evidence”, as found by the Tribunal, it is still necessary to prove the need for the discriminatory rule with “convincing evidence and, if necessary, expert evidence”. In argument before me, counsel hardly dealt with the sufficiency of the *bona fide* justification evidence. There was no expert evidence tendered before the Tribunal to explain why the rule against providing welfare to non-Indian spouses was reasonably necessary and it would seem the evidence was more in the nature of “assumptions” which Linden J.A., in *Rosin*, found to be insufficient.

[35] Finally, contrary to the Tribunal’s reasons, the issue of accommodation does not arise in instances of direct discrimination, which this undoubtedly is. The discriminatory rule must stand or fall on its own (see *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at page 514, *per* Wilson J.; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733, at pages 749-750, *per* Sopinka J.). The Tribunal may have erred in its statement of the duty to accommodate. However, the absence of a duty to accommodate does not invalidate the Tribunal’s decision which is supported, if for no other reason, than on the basis of its finding respecting the “subjective” branch of the test. Based on the evidence before it, the Tribunal was entitled to find that there was no *bona fide* justification.

II. NEW ARGUMENTS

[36] The arguments in this case have been complex. Part of the problem appears to be that a number of the arguments were not initially advanced before the Human Rights Tribunal and were developed for the first time for this judicial review. The issues not raised before the Tribunal that were raised for the first time

conséquent, il est nécessaire, pour justifier une discrimination directe à première vue, de démontrer qu’elle a été faite de bonne foi et qu’il était «raisonnablement nécessaire» de le faire, ce qui constitue à la fois un critère subjectif et objectif.

Donc, même si un motif justifiable ne requiert pas nécessairement la «preuve la plus solide possible», comme l’a estimé le tribunal, il demeure nécessaire de prouver la nécessité de la règle discriminatoire au moyen d’«une preuve convaincante et, si nécessaire, une preuve d’expert». Dans les arguments que j’ai entendus, les avocats ont à peine abordé la suffisance de la preuve du motif justifiable. Le tribunal n’a entendu aucune preuve d’expert expliquant pourquoi il était raisonnablement nécessaire de refuser des prestations d’aide sociale aux conjoints non indiens, et il semblerait que la preuve produite ressemblait davantage à des «présomptions», ce que le juge Linden, dans l’arrêt *Rosin*, a estimé insuffisant.

[35] Finalement, contrairement aux motifs du tribunal, la question de l’accommodation ne se pose pas dans les cas de discrimination directe, ce dont il s’agit indubitablement ici. La règle discriminatoire doit tenir ou tomber par elle-même (voir l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la page 514 (le juge Wilson); et l’arrêt *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, aux pages 749 et 750 (le juge Sopinka). Le tribunal a peut-être commis une erreur dans sa manière de voir l’obligation d’accommodation. Cependant, l’absence d’une telle obligation n’invalide pas la décision du tribunal, laquelle trouve appui de toute façon sur sa conclusion se rapportant à l’élément «subjectif» du critère. Eu égard à la preuve produite, le tribunal avait le droit de dire qu’il n’y avait pas de motif justifiable.

II. NOUVEAUX ARGUMENTS

[36] Les arguments produits en l’espèce sont complexes. Cette complexité trouve son origine dans le fait que plusieurs d’entre eux n’ont pas été invoqués devant le tribunal des droits de la personne et ont été développés pour la première fois durant le présent contrôle judiciaire. Les points qui n’ont pas été

here were:

(1) whether the complaint concerns a matter “within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament”;

(2) whether section 25 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]] (Charter) protects the decision of the Band Council;

(3) whether the decision not to pay welfare to non-Indian spouses is justified as an affirmative action measure under section 16 of the *Canadian Human Rights Act*.

[37] Counsel for the Attorney General submitted that the Court on judicial review has no jurisdiction to deal with issues not raised before the Tribunal.⁸ In *Toussaint v. Conseil canadien des relations du travail et al.* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.), Décary J.A. stated at page 399:

... it seems to us that the applicant is trying to argue in this court that clause 44.05 of the collective agreement is invalid having regard to s. 57(1) of the *Code*. Even if we admit, for the purposes of argument, that this question could have been argued in this case before an arbitrator and subsequently before the Board, it was not argued, and it has been clearly established that in the context of an application for judicial review this court cannot decide a question which was not raised before the administrative tribunal (*Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; 96 N.R. 34, at p. 247 (F.C.)).

[38] The Attorney General further argues that because the Tribunal has no jurisdiction to subject provisions of the *Canadian Human Rights Act* to Charter scrutiny (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at page 898, the Court reviewing the Tribunal’s decision cannot rule on these issues either (*Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.), at page 42; *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233 (C.A.), at page 247, per Marceau J.A.). The Attorney General submits that had the applicant

soulevés devant le tribunal et qui l’ont été ici pour la première fois sont les suivants:

(1) la plainte concerne-t-elle une matière qui relève de la compétence législative du Parlement?

(2) l’article 25 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]] (ci-après la Charte) immunise-t-il la décision du conseil de bande?

(3) la décision de ne pas verser de prestations d’aide sociale aux conjoints non indiens se justifie-t-elle à titre de mesure de promotion sociale autorisée par l’article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

[37] L’avocat du procureur général a fait valoir que, dans une procédure de contrôle judiciaire, la Cour n’a pas compétence pour aborder des aspects non soulevés devant le tribunal⁸. Dans l’arrêt *Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail et al.* (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.), le juge Décary, J.C.A., s’exprime ainsi, à la page 399:

... il nous semble que le requérant cherche à plaider devant nous l’invalidité de la clause 44.05 de la convention collective eu égard au paragraphe 57(1) du *Code*. Or cette question, même en admettant pour les fins du débat qu’elle eût pu être plaidée en l’espèce devant un arbitre et subséquentement devant le Conseil, ne l’a pas été et il est clairement établi que cette Cour, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, ne peut pas trancher une question qui n’a pas été soulevée devant le tribunal administratif (*Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; 96 N.R. 34, à la page 247 (C.F.)).

[38] Le procureur général soutient aussi que, puisque le tribunal n’a pas compétence pour examiner au regard de la Charte les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, à la page 898), la Cour ne peut, elle non plus, dans l’examen de la décision du tribunal, statuer sur ces aspects (*Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.), à la page 42; *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.), à la

intended to challenge the *Canadian Human Rights Act*, it should have brought an application for prohibition to prevent the Tribunal from sitting.

[39] My concern is with the argument that the Court cannot review a tribunal decision, even where that decision is either in excess of that tribunal's statutory jurisdiction, or is made pursuant to a statutory jurisdiction that is unconstitutional.

[40] In *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, the Supreme Court of Canada held that a statutory tribunal cannot be immunized from review for errors of jurisdiction. Laskin C.J. states, at page 236:⁹

. . . if such a tribunal has acted beyond its jurisdiction in making a decision, it is not a decision at all within the meaning of the statute which defines its powers because Parliament could not have intended to clothe such tribunal with the power to expand its statutory jurisdiction by an erroneous decision as to the scope of its own powers. [Emphasis added.]

Given that a decision of an administrative tribunal in excess of its jurisdiction "is not a decision at all", it seems paradoxical that the same "decision" would be immunized from review where jurisdiction is never raised and the tribunal's jurisdiction and/or the constitutionality of its enabling legislation is assumed. This is tantamount to saying that parties to an administrative proceeding may, by waiver or acquiescence, confer jurisdiction on a tribunal that was not, or could not be, conferred by Parliament, and that this conferral of authority by the parties is unreviewable once the decision is made. Indeed, it is not difficult to imagine a tribunal falling into jurisdictional error simply because it did not hear arguments on that issue.

[41] Viewed in this light, the decisions of the Federal Court of Appeal in *Toussaint, Poirier* and *Sirois* are distinguishable from the case at bar because

page 247, le juge Marceau, J.C.A.). Le procureur général affirme que, si le requérant avait eu l'intention de contester la validité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il aurait fallu qu'il demande une ordonnance visant à empêcher le tribunal de siéger.

[39] Je demeure sceptique sur l'argument selon lequel la Cour doit s'abstenir de revoir la décision d'un tribunal, même si cette décision excède la compétence conférée par la loi au tribunal ou est rendue en vertu d'une disposition attributive de compétence qui est inconstitutionnelle.

[40] Dans l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, la Cour suprême du Canada a jugé qu'un tribunal administratif n'est pas mis à l'abri d'un contrôle judiciaire par ses erreurs de compétence. Voici les propos du juge en chef Laskin, à la page 236⁹:

. . . si le tribunal a excédé sa compétence dans une décision, cette dernière n'est pas une décision du tout, selon la loi qui définit les pouvoirs du tribunal, parce que le Parlement ne pouvait pas avoir l'intention de conférer à pareil tribunal le pouvoir d'étendre sa compétence légale au moyen d'une décision erronée quant à l'étendue de ses propres pouvoirs. [Non souligné dans l'original.]

Puisqu'une décision rendue par un tribunal administratif au-delà des limites de sa compétence «n'est pas une décision du tout», il semble paradoxal de dire que cette même «décision» puisse être à l'abri d'un contrôle judiciaire si la question de compétence n'est jamais soulevée, et si la compétence du tribunal ou la constitutionnalité de la loi organique de ce tribunal est présumée. Cela équivaut à dire que les parties à une procédure administrative peuvent, par renonciation ou acquiescement, conférer à un tribunal une compétence qui n'a pas été, ou n'a pu être, conférée par le Parlement et que cette attribution de compétence par les parties échappe à tout contrôle judiciaire après que la décision est rendue. Il n'est d'ailleurs pas difficile d'imaginer qu'un tribunal outrepassera les limites de sa compétence simplement pour ne pas avoir entendu les arguments concernant cet aspect.

[41] Vus sous cet angle, les arrêts *Toussaint, Poirier* et *Sirois* de la Cour d'appel fédérale doivent être distingués de la présente espèce parce que les nou-

of the jurisdictional nature of the new arguments being raised here.¹⁰ The Alberta Court of Appeal and Ontario High Court have considered this issue and held that a reviewing court may consider a challenge to a tribunal's jurisdiction that was never raised before the tribunal itself (see: *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71 (C.A.), at page 76, and *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons, Re*, [1970] 2 O.R. 438 (H.C.)). I find this approach to jurisdictional questions more consistent with the reasoning in *Crevier* and conclude that it is appropriate to consider the new jurisdictional arguments raised by the applicant in this proceeding.

[42] I should not be taken to be saying that a court on judicial review must decide any and all jurisdictional questions. Some questions of this nature will depend on an evidentiary foundation that could only be introduced before the Tribunal, and in other cases the responding party may need to adduce evidence in reply to the new argument. However, no party to this case suggested a need for evidence that was not already part of the record.

[43] The third argument raised by the applicant, that the social assistance program is an ameliorative program within the meaning of section 16 of the *Canadian Human Rights Act*, in no way relates to the Tribunal's jurisdiction. For the reasons given by the Court of Appeal in *Poirier* and *Toussaint*, this argument cannot be raised for the first time in this application for judicial review.

1. Division of Powers

[44] Counsel for the applicant argued that by virtue of section 2 of the *Canadian Human Rights Act* a Human Rights Tribunal has no jurisdiction unless the subject-matter of the complaint is within the legislative jurisdiction of Parliament. Section 2 of the *Canadian Human Rights Act* provides:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within

veaux arguments soulevés ici font intervenir des questions de compétence¹⁰. La Cour d'appel de l'Alberta et la Haute Cour de l'Ontario ont examiné ce point et jugé qu'une juridiction de contrôle peut prononcer sur une exception déclinatoire qui n'a jamais été alléguée devant le tribunal visé par cette exception (voir l'arrêt *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71 (C.A.), à la page 76, et le jugement *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons (Re)*, [1970] 2 O.R. 438 (H.C.)). Cette manière de considérer les questions de compétence est, à mon sens, davantage en harmonie avec le raisonnement suivi dans l'arrêt *Crevier*, et j'arrive à la conclusion qu'il est opportun d'examiner les nouveaux arguments de cette nature soulevés en l'espèce par le requérant.

[42] Je ne dis pas qu'une juridiction de contrôle doit statuer sur toutes les questions de compétence. Certaines de ces questions dépendront d'éléments de preuve qui ne pouvaient être présentés que devant le tribunal et, dans d'autres cas, la partie intimée devra parfois produire des preuves en réponse au nouvel argument. Aucune des parties au présent litige n'a cependant évoqué la nécessité de preuves ne figurant pas déjà dans le dossier.

[43] Le troisième argument invoqué par le requérant, l'argument selon lequel le programme d'aide sociale constitue une mesure de promotion sociale au sens de l'article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ne se rapporte en aucune façon à la compétence du tribunal. Pour les motifs donnés par la Cour d'appel dans les arrêts *Poirier* et *Toussaint*, cet argument ne peut être invoqué pour la première fois dans la présente demande de contrôle judiciaire.

1. Partage des pouvoirs

[44] L'avocat du requérant a fait valoir que, en vertu de l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, un tribunal des droits de la personne est privé de tout pouvoir si l'objet de la plainte ne relève de la compétence législative du Parlement. L'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé ainsi:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence

the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices [Emphasis added.]

[45] The resolution of this issue requires that the Court determine whether Parliament has the ability to provide the social assistance in question. The applicant submitted that welfare is a matter falling within provincial jurisdiction, more specifically, property and civil rights, and therefore the *Canadian Human Rights Act* can have no application. Counsel for the applicant further argues that a federal human rights tribunal purporting to exercise jurisdiction over a band council, and requiring it to make social assistance payments to non-Indians, is in fact regulating this sphere of band activity which is beyond the legislative jurisdiction of Parliament.

[46] Counsel for the Attorney General suggested that an analysis pursuant to Class 24 of section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], ("Indians, and Lands reserved for the Indians"), would raise more issues than it settles and he recommended that the social assistance plan be analyzed as a manifestation of the federal spending power. I agree. The welfare program in respect of which the decision was made respecting non-Indian spouses in this case originates with the exercise of a spending power by the Government of Canada. Money has been appropriated by Parliament, has been placed in the budget of Indian Affairs and Northern Development and is then provided to the Band Council to distribute in accordance with the annual funding agreements.

[47] The federal spending power is within the legislative authority of Parliament, even when exercised in relation to provincial matters, and does not amount to regulation. This is made clear in *Reference*

du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur . . . [Non souligné dans l'original.]

[45] La solution de cette question oblige la Cour à se demander si le Parlement a le pouvoir d'aménager l'aide sociale en question. Le requérant affirme que l'aide sociale est une matière de compétence provinciale, plus précisément au titre de la propriété et des droits civils, et que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne peut donc trouver application. L'avocat du requérant affirme aussi qu'un tribunal fédéral des droits de la personne dont un conseil de bande est censément justiciable et qui oblige ce conseil à verser des prestations d'aide sociale à des non-Indiens se trouve en réalité à régir une activité des bandes qui dépasse la compétence législative du Parlement du Canada.

[46] L'avocat du procureur général a laissé entendre qu'une analyse de la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 et 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]) («Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens») soulèverait davantage de questions qu'elle n'en réglerait, et il a recommandé que le régime d'aide sociale soit analysé sous l'angle du pouvoir fédéral de dépenser. Je partage cet avis. Le programme d'aide sociale à l'égard duquel a été prise la décision se rapportant aux conjoints non indiens trouve sa source dans un pouvoir de dépenser qu'a exercé le gouvernement du Canada. Des sommes ont été affectées par le Parlement, ont été inscrites dans le budget du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, puis ont été attribuées au conseil de bande pour qu'il les distribue en conformité avec les ententes annuelles de financement.

[47] Le pouvoir fédéral de dépenser figure parmi les compétences législatives du Parlement, même lorsqu'il est exercé dans des matières de compétence provinciale, et il n'équivaut pas à une réglementation. Ce point

re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 S.C.R. 525, at page 567:

The written argument of the Attorney General of Manitoba was that the legislation “amounts to” regulation of a matter outside federal authority. I disagree. The Agreement under the *Plan* set up an open-ended cost-sharing scheme, which left it to British Columbia to decide which programmes it would establish and fund. The simple withholding of federal money which had previously been granted to fund a matter within provincial jurisdiction does not amount to the regulation of that matter. [Emphasis added.]

[48] Further, Professor Peter Hogg describes the spending power as follows:

When the federal government makes an unconditional grant to a province, the grant is of course used by the province for its own purposes. This means that funds raised by federal taxes end up being applied to objects which are outside federal legislative authority. . . . If, in addition, those federal funds are granted on condition that the programme accord with federal stipulations, then those stipulations will effectively regulate the programme even though it lies outside federal legislative authority. In fact, many of the shared-cost programmes do lie outside federal legislative authority, and yet are administered in accordance with federally-imposed stipulations

...

This [the *Canada Assistance Plan* decision] is a rather clear affirmation both of the Parliament’s power to authorize grants to the provinces for use in fields of provincial jurisdiction, and the power to impose conditions on the recipient provinces. Provided the Parliament’s intervention does not go beyond the granting or withholding of money, there is no unconstitutional trespass on provincial jurisdiction.¹¹ [Emphasis added.]

I therefore conclude that irrespective of whether the provision of social assistance to non-Indians residing on the Shubenacadie Reserve falls within federal or provincial legislative authority, federal spending itself is within Parliament’s legislative authority and section 2 of the *Canadian Human Rights Act* therefore applies.

de vue est exprimé clairement dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 567:

Suivant l’argument écrit avancé par le procureur général du Manitoba, la loi en cause [TRADUCTION] «revient à» réglementer un domaine qui ne relève pas de la compétence fédérale. Je ne partage pas cet avis. L’accord conclu en vertu du *Régime* établissait un système flexible de partage des coûts qui laissait à la Colombie-Britannique le soin de décider quels programmes elle mettrait sur pied et financerait. Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à réglementer cette matière. [Non souligné dans l’original.]

[48] Le professeur Peter Hogg décrit ainsi, quant à lui, le pouvoir de dépenser:

[TRADUCTION] Lorsque le gouvernement fédéral verse à une province une subvention inconditionnelle, la subvention est évidemment employée par la province à ses propres fins. Cela signifie que les fonds recueillis au moyen des impôts fédéraux finissent par être appliqués à des matières qui ne relèvent pas de la compétence législative fédérale Si, de plus, ces fonds fédéraux sont versés à la condition que le programme s’accorde avec les exigences fédérales, alors lesdites exigences se trouveront à réglementer le programme bien que le programme échappe à la compétence législative fédérale. En fait, nombre des programmes à frais partagés ne relèvent pas de la compétence législative fédérale et sont pourtant appliqués en conformité avec des règles imposées par le gouvernement fédéral

...

[Le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*] est une confirmation assez nette à la fois du pouvoir du Parlement fédéral d’autoriser le versement de subventions aux provinces en vue de leur utilisation dans des champs de compétence provinciale, et du pouvoir du gouvernement fédéral d’imposer des conditions aux provinces bénéficiaires. Pour autant que le Parlement se limite à verser des crédits ou à ne pas en verser, il n’y a pas d’empiètement inconstitutionnel sur les compétences provinciales¹¹. [Non souligné dans l’original.]

J’arrive donc à la conclusion que les dépenses fédérales relèvent des compétences législatives fédérales, sans qu’il soit nécessaire de se demander si le versement de prestations d’aide sociale à des non-Indiens demeurant dans la réserve Shubenacadie sont du ressort des autorités fédérales ou du ressort des autorités provinciales. L’article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* trouve donc application.

[49] Finally the jurisdiction of the Human Rights Tribunal over the Band Council's distribution of the social assistance funds is not "regulation" of a provincial matter. The Band Council is a statutory body constituted by Parliament under the *Indian Act* and is therefore subject to the *Canadian Human Rights Act* unless Parliament provides otherwise.

2. Sections 15 and 25 of the Charter

[50] The applicant's argument is that section 15 of the Charter—the equality rights provision—must be considered through the "prism" of section 25 which protects Aboriginal rights and freedoms. To the extent that section 5 of the *Canadian Human Rights Act* is not construed in the same way, the applicant argues it is "unconstitutional and must be read as subject to this limitation".

[51] Subsection 15(1) and section 25 of the Charter provide:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

...

25. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

(a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

(b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

[52] There are a number of difficulties with the applicant's argument. First, section 25 is not independently enforceable, but acts as a shield to protect Aboriginal, treaty and other rights from being adverse-

[49] Finalement, on ne saurait dire que le tribunal des droits de la personne «réglemente» une matière de compétence provinciale simplement parce qu'il a le pouvoir de statuer sur la manière dont le conseil de bande distribue les fonds d'aide sociale. Le conseil de bande est un organisme administratif établi par le législateur fédéral en vertu de la *Loi sur les Indiens* et il est donc soumis à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à moins que le législateur fédéral n'exprime une volonté contraire.

2. Articles 15 et 25 de la Charte

[50] Selon le requérant, l'article 15 de la Charte—la disposition qui concerne les droits à l'égalité—doit être considéré à travers le «prisme» de l'article 25, qui préserve les droits et libertés des peuples autochtones. Dans la mesure où l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas interprété de la même façon, le requérant affirme qu'il est [TRADUCTION] «inconstitutionnel et doit être limité dans son champ d'application».

[51] Le paragraphe 15(1) et l'article 25 de la Charte sont rédigés ainsi:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

...

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés—ancestraux, issus de traités ou autres—des peuples autochtones du Canada, notamment:

a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;

b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

[52] L'argument du requérant soulève plusieurs difficultés. D'abord, l'article 25 ne s'applique pas de façon autonome, mais tient lieu de bouclier qui protège les droits des Autochtones, qu'ils soient

ly affected by the Charter (*Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122 (F.C.A.), at page 135). However, this case did not arise under section 15 or any other section of the Charter. Rather, it involves a challenge under section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

[53] In any event the applicant's claim to an Aboriginal right is not made out. The applicant argues that to require the Band Council to pay welfare to non-Indian spouses on the Reserve would derogate from Aboriginal treaty or other rights or freedoms that pertain to the Aboriginal people. The rights and freedoms in question are said to derive either from the *Indian Act* or the inherent right of Indian bands to make decisions.

[54] With respect to the *Indian Act*, the applicant argues that the Band Council's capacity to administer a social assistance program is a "right or freedom" conferred or recognized by the *Indian Act*. The simple answer is that to the extent a band council decision is authorized by the *Indian Act*, it is protected by section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. However, for the reasons I expressed in addressing the applicant's arguments under section 67 of the *Canadian Human Rights Act*, the *Indian Act* does not confer any authority on the Band Council to make decisions respecting eligibility for social assistance.

[55] The applicant's alternative argument is that if the Band Council did not act pursuant to the *Indian Act*, "it must have acted pursuant to its inherent powers of self government and its residual sovereignty" and that "this inherent power/residual sovereignty is one of the 'rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada' shielded from erosion by the Charter through s. 25". No evidence has been pointed out which would suggest that the right to administer a welfare program funded by the federal government derives from any Aboriginal treaty

ancestraux, issus de traités ou autres, contre les conséquences négatives possibles de la Charte (*Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122 (C.A.F.), à la page 135). Cependant, la présente affaire ne fait pas intervenir l'article 15 de la Charte ni une autre disposition de ce texte. Il s'agit plutôt d'une contestation qui concerne l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[53] En tout état de cause, le requérant n'a pas prouvé l'existence d'un droit autochtone. Il soutient que le fait d'obliger le conseil de bande à verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens vivant dans la réserve porterait atteinte aux droits et libertés—ancestraux, issus de traités ou autres—des peuples autochtones. Les droits et libertés en question procéderaient soit de la *Loi sur les Indiens*, soit du droit fondamental des bandes indiennes de décider pour elles-mêmes.

[54] Quant à la *Loi sur les Indiens*, le requérant affirme que la capacité du conseil de bande d'appliquer un programme d'aide sociale est «un droit ou une liberté» conféré ou reconnu par la *Loi sur les Indiens*. Il suffira de répondre que, dans la mesure où la décision d'un conseil de bande est autorisée par la *Loi sur les Indiens*, elle est protégée par l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Toutefois, pour les raisons que j'ai données lorsque j'ai abordé les arguments du requérant se rapportant à l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la *Loi sur les Indiens* ne donne pas au conseil de bande le pouvoir de prendre des décisions en matière d'admissibilité à l'aide sociale.

[55] L'argument subsidiaire du requérant est que si le conseil de bande n'a pas agi en s'autorisant de la *Loi sur les Indiens*, [TRADUCTION] il a dû agir en s'autorisant de son pouvoir naturel d'autonomie gouvernementale et de sa souveraineté résiduelle». Le requérant affirme que [TRADUCTION] «ce pouvoir naturel ou cette souveraineté résiduelle constitue l'un des "droits ou libertés des peuples autochtones du Canada" qui sont préservés par l'article 25 de la Charte». Aucune preuve n'a été produite donnant à penser que le droit d'appliquer un programme d'aide

or other right or freedom that pertains to the Aboriginal peoples of Canada.

[56] Moreover, if the applicant's position was correct, any decision of an Indian band council would be protected under section 25 of the Charter from scrutiny by a human rights tribunal. Even applicant's counsel acknowledges that section 25 does not grant to a band council a general right to discriminate, e.g. in relation to physical disability. However, he contends that any decision that pertains to Aboriginal differences are protected. I cannot understand the distinction if indeed the argument is that section 25 protection for such decisions originates with either the creation of the Band pursuant to the *Indian Act* or inherent powers. If the applicant were correct, all discriminatory decisions of the Band Council would be immune from human rights scrutiny under the defence that they arise from the *Indian Act* or inherent powers. Clearly the Charter does not give band council decisions general immunity from human rights review.

3. Section 16 of the *Canadian Human Rights Act*

[57] The applicant's argument appears to be that the welfare program is a program contemplated by section 16 of the *Canadian Human Rights Act*, and that the fact that non-Indians are excluded is permissible by reason of this provision. I have already concluded that this new argument cannot be raised for the first time on judicial review. However, since both parties addressed this argument I do not consider it out of place to indicate that in my view it would not assist the applicant. I will briefly explain my reasons.

[58] Subsection 16(1) of the *Canadian Human Rights Act* reads:

sociale financé par le gouvernement fédéral dérive d'un quelconque traité autochtone ou d'un droit ou d'une liberté propre aux peuples autochtones du Canada.

[56] Au reste, si l'argument du requérant était valide, toute décision prise par le conseil d'une bande indienne serait soustraite, par l'effet de l'article 25 de la Charte, à l'examen d'un tribunal des droits de la personne. L'avocat lui-même du requérant reconnaît que l'article 25 ne confère pas à un conseil de bande le droit général d'exercer une discrimination fondée par exemple sur une déficience physique. Cependant, il affirme que les décisions qui se rapportent à des particularités autochtones sont soustraites à l'examen d'un tribunal des droits de la personne. Je ne puis comprendre la distinction si l'argument est effectivement que la protection de telles décisions par l'article 25 procède soit de la création de la bande conformément à la *Loi sur les Indiens*, soit d'un pouvoir naturel. Si l'argument du requérant était juste, alors toutes les décisions discriminatoires du conseil de bande seraient à l'abri des procédures visant à faire respecter les droits de la personne, et cela pour le motif qu'elles procèdent de la *Loi sur les Indiens* ou d'un pouvoir naturel. La Charte ne saurait conférer aux décisions des conseils de bande une immunité générale en les soustrayant à la procédure de contrôle des droits de la personne.

3. Article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*

[57] Le requérant semble soutenir que le programme d'aide sociale est un programme envisagé par l'article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et que cette disposition autorise le conseil de bande à exclure de ce programme les non-Indiens. Je suis déjà arrivé à la conclusion que cet argument nouveau ne peut être soulevé pour la première fois dans une procédure de contrôle judiciaire. Cependant, puisque les deux parties l'ont invoqué, je ne crois pas qu'il soit mal à propos d'affirmer que, à mon avis, cet argument ne viendrait pas en aide au requérant. J'expliquerai brièvement mes motifs.

[58] Le paragraphe 16(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est formulé ainsi:

16. (1) It is not a discriminatory practice for a person to adopt or carry out a special program, plan or arrangement designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status or disability of members of that group, by improving opportunities respecting goods, services, facilities, accommodation or employment in relation to that group.

[59] Assuming, without deciding, that the social assistance program is the type of program contemplated by subsection 16(1) of the *Canadian Human Rights Act*, the exclusion of a person or group from eligibility under such a program will usually be discriminatory if that person or group falls within the larger group that the program was designed to benefit and the exclusion is not rationally related to the program's objectives (see: *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (Ont. C.A.), at pages 145-148; *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.) (the *Roberts* case), at pages 428-429, *per* Houlden J.A., and at pages 406-407, *per* Weiler J.A.).

[60] Counsel has not satisfied me that the refusal to provide social assistance in respect of the respondents is protected by subsection 16(1). Indeed, the opposite appears to be true. As I concluded above, subsection 3.01(2) of the funding agreement Guidelines renders specific categories of non-Indians eligible for welfare. Non-Indian spouses of Band members residing on the Reserve fall into these specific categories. It cannot, therefore, be said they are outside the group intended to benefit from the welfare program, or that their exclusion is rationally related to the objectives of the program. As a result, section 16 would be of no assistance to the applicant.

[61] The judicial review is dismissed.

¹ This matter arose as a result of three separate complaints brought to the Canadian Human Rights Commission.

16. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait d'adopter ou de mettre en œuvre des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés, directement ou indirectement, sur leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur âge, leur sexe, leur état matrimonial, leur situation de famille ou leur déficience en améliorant leurs chances d'emploi ou d'avancement ou en leur facilitant l'accès à des biens, à des services, à des installations ou à des moyens d'hébergement.

[59] Si l'on suppose, sans plus, que le programme d'aide sociale est le genre de programme envisagé par le paragraphe 16(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, alors le fait d'exclure une personne ou un groupe de personnes du bénéfice d'un tel programme sera en général discriminatoire si cette personne ou ce groupe fait partie de la population pour laquelle le programme a été conçu et s'il n'existe pas de lien rationnel entre l'exclusion décrétée et les objectifs du programme (voir l'affaire *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (C.A. Ont.), aux pages 145 à 148; et l'arrêt *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.)) (l'affaire *Roberts*), aux pages 428 et 429 (le juge Houlden) et aux pages 406 et 407 (le juge Weiler)).

[60] L'avocat du requérant ne m'a pas convaincu que le refus de verser des prestations d'aide sociale aux intimés est légitimé par le paragraphe 16(1). Ce serait même plutôt l'inverse. Comme je l'ai dit précédemment, le paragraphe 3.01(2) des lignes directrices rend admissibles aux prestations d'aide sociale certaines catégories de non-Indiens. Les conjoints non indiens des membres de la bande qui demeurent dans la réserve font partie de ces catégories. Il est donc impossible de dire que ces conjoints non indiens ne font pas partie de la population visée par le programme d'aide sociale ou que leur exclusion présente un lien rationnel avec les objectifs du programme. L'article 16 ne serait donc d'aucune assistance au requérant.

[61] La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

¹ Cette affaire découle de trois plaintes distinctes portées devant la Commission canadienne des droits de la personne.

Darlene MacNutt cited the grounds of sex and marital status in her complaints. John B. Pictou cited marital status and Lolita Knockwood cited race, national or ethnic origin and marital status. The Commission requested the appointment of a single Tribunal to examine the three complaints. S. 40(4) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62], allows separate complaints to be grouped together in this manner:

40. . . .

(4) Where complaints are filed jointly or separately by more than one individual or group alleging that a particular person is engaging or has engaged in a discriminatory practice or a series of similar discriminatory practices and the Commission is satisfied that the complaints involve substantially the same issues of fact and law, it may deal with those complaints together under this Part and may request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a single Human Rights Tribunal pursuant to section 49 to inquire into those complaints.

The Tribunal then examined for discrimination on the basis of race and marital status with respect to all three complaints.

² Of the three complainants, only Lolita Knockwood is a non-Indian claiming discrimination on the basis of her race. The other complainants are Indian heads of households who are seeking redress for the alleged harm they suffered because their spouses are non-Indians. Although the issue was not clearly canvassed by the Tribunal, it is my view that this case revolves around discrimination against the non-Indians themselves rather than the indirect effects suffered by their Indian spouses or families. Since the complaints here concern the denial of social assistance in respect of particular individuals, it is the discrimination against those individuals, and not the effects on those near to them, that brings the complaints within the scope of the *Canadian Human Rights Act*.

The complaints initiated by the heads of non-Indian households raise the further issue of whether the complaints were properly before the Tribunal. S. 40(2) of the *Canadian Human Rights Act* provides:

40. . . .

(2) If a complaint is made by someone other than the individual who is alleged to be the victim of the discriminatory practice to which the complaint relates, the Commission may refuse to deal with the complaint unless the alleged victim consents thereto.

The question of whether the alleged victims of discrimination consented to the complaints being brought by their Indian spouses was not addressed by the Tribunal, nor was it raised by the parties. However, the Commission appears

Darlene MacNutt alléguait dans ses plaintes une discrimination fondée sur le sexe et l'état matrimonial. John B. Pictou alléguait une discrimination fondée sur l'état matrimonial et Lolita Knockwood une discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et l'état matrimonial. La Commission demanda que soit constitué un tribunal unique pour l'examen des trois plaintes. L'art. 40(4) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 62], autorise dans les termes suivants la jonction de plaintes distinctes:

40. . . .

(4) En cas de dépôt, conjoint ou distinct, par plusieurs individus ou groupes de plaintes dénonçant la perpétration par une personne donnée d'actes discriminatoires ou d'une série d'actes discriminatoires de même nature, la Commission peut, pour l'application de la présente partie, joindre celles qui, à son avis, soulèvent pour l'essentiel les mêmes questions de fait et de droit et demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de charger, conformément à l'article 49, un tribunal unique de les examiner.

Le tribunal a alors examiné, pour les trois plaintes, la question de la discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial.

² Parmi les trois plaignants, seule Lolita Knockwood est une non-Indienne alléguant une discrimination fondée sur la race. Les autres plaignants sont des Indiens chefs de famille qui demandent réparation pour le préjudice qu'ils prétendent avoir subi parce que leurs conjoints sont des non-Indiens. La question n'a pas été clairement étudiée par le tribunal, mais je suis d'avis que cette affaire concerne une discrimination exercée contre les non-Indiens eux-mêmes plutôt que les effets indirects subis par leurs conjoints indiens ou leurs familles indiennes. Puisque les plaintes dont il s'agit ici concernent le refus de prestations d'aide sociale opposé à certaines personnes, c'est la discrimination exercée contre ces personnes, et non les effets de cette discrimination sur leurs proches, qui fait relever les plaintes du champ de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Les plaintes déposées par les chefs de ménages non-indiens soulèvent aussi la question suivante: s'agit-il de plaintes qui étaient de la compétence du tribunal? L'art. 40(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé ainsi:

40. . . .

(2) La Commission peut assujettir la recevabilité d'une plainte au consentement préalable de l'individu présenté comme la victime de l'acte discriminatoire.

Le tribunal ne s'est pas demandé si les prétendues victimes de la discrimination avaient consenti à ce que les plaintes soient portées par leurs conjoints indiens, et les parties n'ont pas soulevé cet aspect. Il semble que la Commission a

to have exercised its discretion to deal with the complaints, which s. 40(2) allows it to do.

³ Counsel advised that the First Nations Social Assistance Manual for New Brunswick and Nova Scotia was one and the same as the Native Community Services Guidelines, Policies and Procedures dated April 1, 1991. For the sake of clarity I will hereinafter refer to these documents as "the Guidelines".

⁴ Tribunal decision, at pp. 22 and 47.

⁵ Tribunal decision, at pp. 54-56.

⁶ Tribunal decision, at pp. 57-58.

⁷ Prior to the 1992/93 contract year, s. 3.01(2)(g) provided:

3.01 Social Assistance may be provided to:

...
(2) specific categories of non-Indians residing on reserves, provided such assistance is not available from other sources:

...
(g) other non-Indians for whom assistance, in the opinion of the Minister of Indian Affairs and Northern Development, is justified.

The only difference of note between the version of s. 3.01(2) prior to 1992/93 and after is that specific categories in s. 3.01(2) are not examples but appear to be exhaustive of the possible categories and that the Minister must have been satisfied that assistance to "other non-Indians" is justified. That the categories may have been exhaustive is not significant because non-Indian spouses would qualify under s. 3.01(2)(g). In so far as the Minister's opinion is concerned, there is no formal opinion in the evidence that was disclosed to me. However, in the period prior to 1992, assistance was provided in respect of Darlene Knockwood and Christine Pictou, both non-Indian spouses. Had the Minister been of the view that assistance to these persons was not justified he had ample time to express his opinion. I infer that the Minister was of the opinion that welfare to these persons was justified.

⁸ The Attorney General's written argument only addressed the applicant's argument relating to s. 25 of the Charter. In oral argument counsel agreed that his submission would apply to all of the new arguments raised by the applicant.

⁹ Quoting Martland J. in *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120.

¹⁰ *Toussaint* concerned an application for judicial review of a decision of the Canada Labour Relations Board in which the Court refused to consider a new argument relating to the applicant's right to bring his dismissal to an arbitrator. Although the new argument arguably related to the "jurisdiction" of arbitrators, it did not concern the jurisdiction of the

décidé malgré tout d'examiner les plaintes, ce que l'art. 40(2) l'autorisait à faire.

³ Les avocats ont mentionné que le Manuel d'aide sociale des Premières Nations pour le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse ne faisait qu'un avec les lignes directrices, politiques et procédures des services communautaires autochtones, en date du 1^{er} avril 1991. Pour la commodité de mes propos, j'appellerai tous ces documents «lignes directrices».

⁴ Décision du tribunal, aux p. 25 et 54.

⁵ Décision du tribunal, aux p. 61 à 63.

⁶ Décision du tribunal, aux p. 64 à 66.

⁷ Avant l'année contractuelle 1992-1993, l'art. 3.01(2)(g) était formulé ainsi:

3.01 Des prestations d'aide sociale peuvent être versées:

...
(2) à des catégories particulières de non-Indiens demeurant dans les réserves, à condition qu'une aide semblable ne soit pas obtenue d'autres sources:

...
g) les autres non-Indiens pour lesquels, de l'avis du ministre des Affaires indiennes et du Nord, une aide est justifiée.

La seule différence marquante entre la version de l'art. 3.01(2) antérieure à 1992-1993 et la version postérieure est que les catégories particulières de l'art. 3.01(2) ne sont pas des exemples, mais qu'il s'agit plutôt de catégories limitatives, et que le ministre doit être convaincu que l'aide aux «autres non-Indiens» est justifiée. Les catégories peuvent avoir été exhaustives, mais ce point n'importe pas puisque les conjoints non indiens pouvaient se qualifier en vertu de l'alinéa 3.01(2)(g). Quant à l'avis du ministre, il n'en existe aucun dans la preuve qui m'a été présentée. Pourtant, durant la période antérieure à 1992, une aide sociale a été versée à Darlene Knockwood et Christine Pictou, toutes deux des conjointes non indiennes. Si le ministre avait pensé que l'aide qu'elles ont reçue n'était pas justifiée, il avait toute latitude d'exprimer son avis. J'en infère que le ministre était d'avis que les prestations versées à ces personnes étaient justifiées.

⁸ Les conclusions écrites du procureur général ne portaient que sur l'argument du requérant fondé sur l'art. 25 de la Charte. Dans sa plaidoirie, l'avocat du procureur général a convenu que ses conclusions s'appliqueraient à tous les nouveaux arguments invoqués par le requérant.

⁹ Il cite le juge Martland dans l'arrêt *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120.

¹⁰ Dans l'affaire *Toussaint*, la Cour d'appel fédérale était saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations du travail. La Cour refusa d'examiner un nouvel argument se rapportant au droit du requérant de saisir un arbitre de son renvoi. On pourrait soutenir que le nouvel argument concernait la «compétence»

Board whose decision was under review.

¹¹ Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992, at pp. 149 and 153.

des arbitres, mais il ne concernait pas la compétence du Conseil dont la décision était soumise à un contrôle.

¹¹ Hogg, Peter *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough (Ont.): Carswell, 1992, aux p. 149 et 153.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Standard of review—Application for judicial review of Canadian International Trade Tribunal (CITT) order rescinding order that dumping in British Columbia of yellow onions originating in or exported from U.S.A., for use or consumption in B.C. had caused and likely to cause material injury to production of Canadian like goods—Appropriate standard of review—Spectrum of judicial review set out in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557—CITT clearly expert body, however, decisions not protected by true privative clause, but subject to judicial review—Nonetheless, great deference to be shown to Tribunal's decisions particularly when dealing with questions that go to heart of its expertise—Therefore, fourth standard of review falling between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness reserved for cases where decision rendered by expert tribunal on issue within its field or expertise and has arrived at higher court by way of application for judicial review—This fourth standard of review requiring more deference to tribunal's findings than that given to tribunals protected by true privative clause—Application dismissed—Although Tribunal erred in mentioning degree to which U.S. onions sold in past only occasionally sold at lower prices, error not patently unreasonable as played relatively small role in final decision of Commission—However, if not for unique facts of present case, reasoning in *Canadian Pasta Manufacturer's Association v. Aurora Importing & Distributing Ltd. et al.* (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.) would be followed and application for judicial review would be allowed.

BRITISH COLUMBIA VEGETABLE MARKETING COMMISSION V. WASHINGTON POTATO AND ONION ASSN. (A-435-97, McDonald J.A., judgment dated 5/11/97, 5 pp.)

Declarations

Motions to strike out judicial review application on ground out of time under Federal Court Act, s. 18.1(2)

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

because filed over 30 days after Report of Review Panel—Judicial review application seeking declaration environmental assessment of Cheviot coal project by Review Panel invalid for failing to comply with Canadian Environmental Assessment Act (CEAA); prohibition order to prevent Minister of Fisheries and Oceans from issuing any authorizations under Fisheries Act until CEAA, Agreement for Cheriot Coal Project, all applicable federal legislation, complied with—Motions dismissed—Not meeting very high threshold set in *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 209 (F.C.A.)—Doubtful report “decision or order” within s. 18.1(2)—Report essential statutory preliminary step required by CEAA prior to Minister's decision to issue authorization under Fisheries Act, s. 35—That decision not yet made—Motion seeking primarily to prohibit Minister from making such decision on ground Panel Report fatally defective—Prohibition remedy specifically envisaged in Federal Court Act, s. 18—Not requiring decision or order actually exist as prerequisite to its exercise—That application made more than 30 days after Panel Report, but prior to any decision by Minister, not making it “so clearly improper as to be bereft of any possibility of success”—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as am. *idem*, s. 5)—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 35.

ALBERTA WILDERNESS ASSN. V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-2354-97, Hugessen J., order dated 2/12/97, 6 pp.)

AGRICULTURE

Judicial review of Canadian Wheat Board's decision not to issue licence to export pedigree status seed wheat—In considering whether to characterize entity as federal board, commission or other tribunal, case law distinguishing between exercise of powers of public character, exercise of

AGRICULTURE—Continued

powers incidental to carrying on of business—Although character of corporation significant to analysis, character of powers being exercised determining whether decision-maker federal board, commission or other tribunal: *Aeric, Inc. v. Chairman of the Board of Directors Canada Post Corporation*, [1985] 1 F.C. 127 (C.A.)—Canadian Wheat Board Act, ss. 4(2), 5, 6(j), 7(2),(3), 18 indicating Board constituted as public entity—Board characterized as corporation with significant public aspects involving carrying out of government policy—Board's export licensing power at issue—Under Canadian Wheat Board Regulations, s. 14, Canadian Wheat Board Act, ss. 45, 46, Board granting export licences for purposes of carrying out government policy allowing export of wheat from Canada by persons other than Board if conditions specified in s. 14 satisfied—Regulatory power such as granting of licences public by nature—No ordinary corporation having power to regulate—Regulatory power hallmark of public, commercial activity—Board, when granting licences pursuant to s. 14, federal board within Federal Court Act, ss. 2, 18.1—Respondent submitting Act, s. 4(3), dealing with actions against Board in respect of any obligation incurred by it on behalf of Her Majesty, and allowing person to sue Board in any court that would have jurisdiction if not agent of Her Majesty i.e. provincial superior court, displacing judicial review—Presupposes Board incurring obligation—Essence of such proceeding private contractual dispute—Judicial review inappropriate procedure in such case—Licensing power not obligation incurred by Board—S. 4(3) not relevant—As to merits, applicant contending his wheat not under Board's jurisdiction—S. 2(2) providing words used in Canadian Wheat Board Act having same meaning as in Canada Grain Act—Under latter, "grain" defined as any seed designated by regulation as grain—Pedigree seed not referred to in regulations—As result, his wheat not designated as grain for purposes of Canada Grain Act, and by reason of Canadian Wheat Board Act, s. 2(2) not included as wheat under that Act—Wheat means wheat—Word not qualified—Intent to give Board monopoly over export of any, all wheat products from Canada—Necessary implication of s. 46(b) wherein Parliament granting Governor in Council regulation-making authority to exclude any kind of wheat or any grade thereof from Board's monopoly under s. 45(a) that any and all wheat initially contemplated under s. 45(a)—Furthermore applicant's wheat designated under Canada Grain Act—Extra Strong Red Spring Wheat designated as grain under Regulations—That pedigree status graded under Canada Grain Act as No. 1 or 2 not detracting from conclusion—That wheat to which Seeds Act applies not excluding that wheat from application of Canadian Wheat Board Act—No inconsistency between Seeds Act, Canadian Wheat Board Act—Application dismissed—Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 2(2), 4(2),(3), 5, 6(j), 7(2),(3), 18, 45, 46—Canadian Wheat Board Regulations, C.R.C., c. 397, s. 14 (as am. by SOR/95-338, s. 1)—Seeds Act, R.S.C., 1985, c. S-8—Canada Grain Act,

AGRICULTURE—Concluded

R.S.C., 1985, c. G-10, s. 2 "grain" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 37, s. 1)—Canada Grain Regulations, c. 889, s. 6 (as am. by SOR/86-813, s. 1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as am. *idem*, s. 5).

JACKSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-2622-96, Rothstein J., order dated 21/8/97, 9 pp.)

BROADCASTING

Appeal from trial judgment ([1998] 1 F.C. 245)—Decoding of material identified in Radiocommunication Act, s. 9(1)(c), including encrypted subscription programming signal or encrypted network feed coming from U.S.A., requiring prior authorization from person holding lawful right in Canada to transmit it and authorize decoding—"Lawful right" referring to person who possesses regulatory rights through proper licensing under Act, authorization of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission as well as contractual rights, copyrights necessarily pertaining to content involved in transmission of encrypted subscription programming signal or encrypted network feed—Prohibition intended to cover more than mere theft of signals—Not limited to theft from lawful distributors in Canada—Proper authorization only obtainable from lawful distributor in Canada of radiocommunication—Providing measure of control in Canada over unfair competition coming both from internal, external sources, inherent in reception, enjoyment of satellite services—Trial Judge's interpretation reasonable—Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2, s. 9(1)(c) (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1991, c. 11, s. 83).

EXPRESSVU INC. V. NII NORSAT INTERNATIONAL INC.
(A-541-97, Létourneau J.A., judgment dated 20/11/97, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL**

Judicial review of decision applicant danger to public—Applicant, family settling in Canada under auspices of United Nations High Commission for Refugees in 1976—Applicant acquiring significant criminal record, both as youth and as adult—In 1995 notified respondent contemplating issuing opinion applicant constituting danger to public in Canada—Extensive documentation provided to applicant, but some documentation upon which Minister proposed to rely (CPIC printout, police occurrence reports, Correctional Service report) not provided—While *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.) making no reference to reliance on extrinsic evidence as ground for judicial review, not expli-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

citly ruling it out—But not intending to overrule *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.) wherein, with reference to application for landing from within Canada, held if Minister relying on extrinsic evidence, not brought forward by applicant, must give applicant opportunity to respond to such evidence—CPIC printout, police occurrence reports, Correctional Service report extrinsic evidence—Neither provided by applicant nor available to applicant—Question whether respondent's delegate presumed to have relied on undisclosed material—Court must assume, in absence of evidence to contrary, Minister's delegate acting in good faith in having regard to all of material before him—Reviewing officer's memorandum for use of Minister's delegate stating CPIC printout, police occurrence reports, Correctional Service report not included in submission as not provided to applicant—Thus extrinsic material not before Minister's delegate, but no indication reviewing officer who prepared memorandum, recommendation for Minister's delegate, not taking extrinsic material into account—Reading of whole memorandum leading to conclusion officer preparing memorandum, recommendation having regard to extrinsic material—If so, and if Minister's delegate giving weight to reviewing officer's memorandum, recommendation, Minister's delegate indirectly relied on those materials—Other concerns including reviewing officer's comments as to difficulty in assessing case; accuracy of reviewing officer's comments—Application allowed; matter referred back for redetermination—On basis of material before Court, opinion applicant representing danger to public in Canada might well be open to respondent, delegate—In reaching decision, duty of fairness on respondent not met in process leading to decision under review.

ASTUDILLO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2115-96, Gibson J., order dated 24/11/97, 9 pp.)

Inadmissible Persons

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence—Although applicant conditionally qualified as entrepreneur, application refused because husband convicted of serious offences in 1960s in Hong Kong rendering him inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.1)(ii)—Immigration Regulations, s. 9(1)(a) permitting issuance of immigrant visa only if applicant, dependants not members of inadmissible class—Regulations, s. 2 defining spouse of applicant as dependant—S. 9(2)(a) providing visa officer not required to determine whether dependant member of inadmissible class if dependant spouse, where immigration officer satisfied spouse separated from and no longer cohabiting with applicant—Visa officer finding applicant, contrary to her submission not separated

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

from husband—While matrimonial law providing some guidance to interpretation of matrimonial terms in Immigration Act, also necessary to consider context in which terms used—Determination of whether parties separated necessitating consideration of specific circumstances of each case, including, where appropriate, customs in countries and cultures other than Canada—Scheme of Regulations, s. 9 to treat applicant for immigrant visa, dependants, whether accompanying or not, as family group—Under s. 9(2)(a), if visa officer satisfied spouse separated from, no longer cohabiting with applicant, no determination of inadmissibility of separated spouse necessary—Object to ensure family not disunited by granting immigrant visa to applicant—Where spouses no longer united in marriage, granting immigrant visa to applicant will have no disuniting effect on family—Evidence applicant's husband head of Hong Kong triad, secretive criminal fraternity conducting national, international criminal activities—In 1981 husband acquiring concubine, leading to 1982 separation agreement—Applicant, husband continuing to live at same location—Applicant named as director, shareholder or partner in various businesses after separation—Visa officer of opinion relationship between applicant, husband, still constituting family unit according her certain rights, as evidenced by reluctance to divorce him—Applicant's denial husband "crime boss", notwithstanding weight of evidence about criminal notoriety, evidenced loyalty to him beyond reasonable expectations—Visa officer believed applicant would attempt to sponsor husband if granted immigrant visa because of loyalty to him, and influence, control exercised by husband over number of people, including wife—All relevant considerations in assessing whether applicant, husband separated for purposes of s. 9(2)(a)—Application dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2 "spouse" (as am. by SOR/85-25, s. 1), 9(1)(a) (as am. by SOR/88-675, s. 3; 88-286, s. 5), (2)(a) (as am. by SOR/83-675, s. 3; 88-286, s. 5)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(c.1)(ii) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

YUEN (GUARDIAN) V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2103-95, Rothstein J., order dated 13/11/97, 9 pp.)

Application to set aside visa officer's decision applicant inadmissible to Canada as permanent resident as medical condition could cause excessive demands on health or social services in Canada: Act, s. 19(1)(a)(ii)—1994 surgery had successfully removed cancerous growth in lung—Medical doctors who evaluated application for s. 19(1)(a) purposes incorrectly read applicant's medical records and stated applicant expected to deteriorate and require regular medical attention, specialized treatment and hospitalization—Second medical notification corrected errors but arrived at same conclusion, without giving applicant opportunity to respond to medical assessment—Meanwhile, at interview with visa

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

officer, applicant showed his extensive health insurance coverage and stated his intention to return to Boston for treatment, if required—Landing refused in view of latter medical notification—Furthermore, administrative practice not to take into account person's intention not to use Canadian health services in assessment as no way of enforcing commitment once person in Canada, and as would give preference to wealthier, insured applicants over less well-off applicants—Applicant provided expert report on medical records and criteria—Application allowed—At interview with visa officer, neither applicant nor interviewing officer knew second medical notification had been signed—Applicant given no information about policy medical officers were applying—While applicant told being given opportunity to send new medical information not previously on immigration medical file, applicant did not know what was in immigration medical file—S. 19(1)(a)(ii) presenting many difficulties: what are excessive demands on health services, are personal circumstances of individual (herein, health insurance, intention to return to Boston for treatment) relevant to decision?—Doctors being asked to make s. 19(1)(a)(ii) decisions not happy with vagueness of legislative "direction" given—In fairness to all, legislator should provide clearer definition of what is intended—Applicant herein not given adequate opportunity to respond to prospective decision admission might reasonably be expected to cause excessive demands on health services—Applicant did not know content of medical file, did not know what criteria applied to assess his medical condition—Applicants' files not necessarily to be produced in all cases, but, in circumstances of present case, disclosure inadequate—Counsel given opportunity to make representations as to whether question for certification arises—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

MASCHIO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3354-96, Reed J., order dated 14/11/97, 12 pp.)

Removal of Permanent Residents

Judicial review of decision applicant danger to public in Canada—Applicant born in Italy in 1959—Arriving in Canada at age nine—Living in Alberta entire time in Canada—Applicant's criminal record dating from 1976—Including dangerous driving, driving with more than legal limit of alcohol in blood, assault, sexual assault on former wife—Assumption respondent's delegate relying heavily on reviewing officer's report, recommendation, in forming opinion—In absence of evidence to contrary, Court assuming decision-maker acting in good faith in having regard to totality of material—Reviewing officer's summary reasonable, not misrepresenting material before reviewing officer, not disclosing either bias or basis for reasonable apprehen-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

sion thereof—Respondent's delegate making no reviewable error in failing to seek further material to support applicant's position—Preferable to share reviewing officer's summary report, recommendations with applicant, provide applicant with opportunity to comment thereon, include those comments in material submitted directly to respondent's delegate for consideration, particularly where reasons for respondent's delegate's decision not provided—Such sharing would increase confidence in efficacy of process—Sharing and providing reasonable opportunity to respond to document likely to reduce range of applications for judicial review arising from danger to public opinions—Additional time added to process only conceivable argument against sharing—Against time factor must weigh reality that persons such as applicant often in Canada for greater part of lives, product of Canadian environment—Likely to suffer substantial hardship by reason of removal from Canada to environment where have little if any support resources, opportunities for employment—Arguably, will therefore represent substantially greater risks of harm by turning in new environment to very kinds of influences, activities, leading or contributing to criminal lifestyle in Canada—Fairness weighing in favour of their knowing basis on which respondent's delegate in part acted—Against test for judicial review of such matters enunciated in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), no reviewable error herein justifying Court's intervention—Application dismissed.

PASCALE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-889-96, Gibson J., order dated 24/11/97, 10 pp.)

Judicial review of Minister's decision applicant danger to public—Of six documents on file, newspaper article from Winnipeg Free Press should be ignored as highly prejudicial to applicant since allegedly recounting event from victim's point of view—Such articles possibly unreliable—S. 27(1) highlights report, judge's comments on sentencing, only documents relating to present, future danger—Highlights report describing offences—Offences brutal, violent—One offence with which applicant charged, but of which acquitted (threatening victim with firearm), included in report as conviction—Error continuing through into s. 70(5) ministerial opinion report, request for minister's opinion—Judge's comments on sentencing indicating offences planned, deliberate, motivated largely by greed—Judge also stating accused young person of 25 with no previous criminal record, and nothing in background indicating any propensity to living life of crime—Noting applicant showing no remorse, maintaining innocence notwithstanding jury's findings—Concluding applicant man of intelligence, incarceration imposed expected to be stern lesson—These comments not material to support conclusion applicant, at end of incarceration will be danger to society—Only factors

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

supporting that conclusion (1) crimes of which applicant convicted (assault, forcible confinement, living off the avails, possession of weapon, uttering threats) involving violence, brutality; (2) lack of remorse; (3) continuing to maintain innocence—Evidence insufficient to support finding of present, future danger—Also, s. 70(5) opinion, request reports relied upon evidence not put to applicant and upon which had no opportunity to comment—Reports prepared in biased way, prejudicial to applicant—Writers of opinion, request reports, questioning whether applicant's, mother's applications for landing genuine based on speculation applicant's mother not really daughter of person who sponsored her—Such speculation arising out of fact sponsor writing letter of support on behalf of applicant, without saying she was his grandmother—Applicant neither aware of speculation, nor having opportunity to respond thereto—Applicant also not given opportunity to respond to statement in opinion report victim had to relocate out of fear—Prior to *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), in absence of reasons, flaws in summary reports grounds for setting decision aside—Since *Williams*, some decisions of this Court holding decision should not be set aside even if flaws in one or other report, providing some evidence on file to support Minister's delegate's conclusion—*Ngo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 854 (T.D.) (QL) indicating erroneous report by Minister's official materially mischaracterizing evidence grounds for setting aside Minister's delegate's decision—Officials entitled to choose documents relied upon, to interpret, summarize evidence provided reports substantially correct—Alternate way of approaching analysis i.e. in order to find mischaracterization, or that report substantially incorrect, must find decision made by Minister's delegate not supported by evidence—Reports prepared to limit degree to which necessary for respondent's delegate to review in detail totality of material presented—Cumulative effect of difficulties herein requiring decision be set aside—Immigration Act, R.S.C., 1985, s. 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

SAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3163-96, Reed J., order dated 28/11/97, 14 pp.)

Application for judicial review of respondent's decision applicant constitutes danger to public in Canada—Applicant citizen of Jamaica, permanent resident of Canada since June 1978—Has extensive criminal record as youth—No merit in argument regarding fettering of respondent's discretion—No evidence in record to indicate those involved in decision-making process fettered judgment by inappropriate reliance on statement applicant fell within "criminal ranking set down by Minister as priority one Test Case"—No basis to conclude decision under review based on erroneous finding

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

of fact made in perverse, capricious manner or without regard to record—"Danger to the Public Ministerial Opinion Report" not determinative herein—Officer McNight not decision-maker on behalf of respondent—Court must assume decision-maker acted in good faith in having regard to totality of material presented to him, in absence of evidence to contrary—Recommendation of officer McNight only one small element of record before decision-maker—No basis to conclude decision-maker biased—No evidence on which to base reasonable apprehension of bias on part of decision-maker—Application dismissed.

JARRETT V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4733-96, Gibson J., order dated 24/11/97, 10 pp.)

Removal of Visitors

Application for judicial review of decision by visa officer denying application for visitor's visa on basis applicant not person seeking to come to Canada for temporary purpose—Applicant, citizen of Tanzania, previously admitted to Canada on visitor's visa for nine-week period in 1992—In May 1996, applicant's niece invited applicant to Canada to attend wedding, visit family—Respondent arguing issue moot as applicant wanted to visit Canada to attend niece's wedding which had passed—No live controversy between parties—Case to be heard on merits—Whether visa officer made reviewable error in finding applicant not visitor on grounds she had lack of proper funds, insufficient ties to Tanzania—When determining whether to issue visitor's visa, visa officer must determine whether person visitor as defined in Immigration Act, s. 2(1)—Visitor one who comes to Canada for temporary purpose—Onus on applicant to prove he is visitor—Visa officer did not believe applicant had sufficient funds or sufficient ties to Tanzania to remain visitor in Canada—Court should not interfere with decision if not patently unreasonable finding—No evidence of bank statement or other evidence as further indication of applicant's ties to Tanzania—Visa officer not satisfied applicant *bona fide* visitor—Decision not patently unreasonable—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1).

KASSAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2660-96, Jerome A.C.J., order dated 28/11/97, 10 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Principal issue raised in three proceedings herein concerning right of impecunious applicant, refugee in Canada, to "competent and careful counsel" funded by public funds for

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

representation by counsel in relation to immigration inquiry convened to consider admissibility to Canada as result of allegations he has committed act, omission outside Canada that constitutes war crime—Applicant found to be Convention refugee after arrival in Canada—Court will strike out applicant's claim only in plain and obvious cases where Court satisfied beyond doubt no reasonable cause of action—Respondent arguing legal aid provincial responsibility—Any funding of legal expenses by respondent only on *ex gratia* basis, not based on any legal duty—Parliament under Immigration Act, s. 30(1) clearly recognized persons involved in proceedings under Act entitled to be represented by counsel, but at person's own expense—No statutory jurisdiction in Court to direct representation by counsel be funded—General right to state funding by federal Ministers for representation by counsel not arising under Charter, s. 7 in circumstances herein—Plaintiff's statement of claim struck out under R. 419(1)—Plain and obvious plaintiff's action could not succeed as Court having no authority to order relief sought—No general right to representation by counsel, funded by respondent for applicant's involvement in immigration proceedings—Proceeding by statement of claim, for relief sought, and in regard to issue raised, not consistent with requirements of Immigration Act, Federal Court Act—Order allowing respondent's motion, striking out statement of claim in Court file IMM-2158-97—Application by A.B. dismissed in Court files IMM-2156-97, IMM-2157-97—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 30(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7.

A.B. v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2156-97, IMM-2157-97, IMM-2158-97, MacKay J., orders dated 10/11/97, 18 pp.)

Application for stay of deportation order to Iran—Applicant seeking leave, judicial review of decision of immigration officer denying request to depart Canada to country where he will not face danger—Urgency surrounding application for injunctive relief not permitting thorough review of procedural issues and distinction between *Sivaraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (F.C.T.D.) and *Sivakumar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 872 (C.A.) concerning choice of proceedings—In June 1994, after three prior convictions since arrival in Canada, applicant sentenced to four-year term of imprisonment for trafficking in cocaine—On September 5, 1996, deportation order issued against applicant on grounds convicted of offence for which term of imprisonment of more than six

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

months imposed—Serious issue raised herein not substantially different from those in *Sivakumar* and *Sivaraj*—Execution of deportation orders challenged on Charter grounds—Applicant raising serious issue—No serious issue raised, however, in asserting deportation must be postponed pending outcome of application, yet to be filed, under Immigration Act, s. 114(2)—Applicant's evidence concerning irreparable harm general, limited—No evidence of risk assessment made by respondent concerning applicant's return to Iran—Sufficient uncontradicted evidence that, as army deserter, applicant would face certain consequences in Iran not compensable in damages—Irreparable harm linked directly to serious issue—Success applicant may achieve herein of no practical effect if, as army deserter, returned to Iran—Balance of convenience also rests with applicant—Court must weigh irremediable consequences of applicant's return to Iran against respondent's authority, statutory duty in executing deportation order—Balance of convenience favouring granting of stay—Application granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; c. 29, s. 14; S.C. 1990, c. 38, s. 1; 1992, c. 49, s. 102; 1994, c. 26, s. 36).

MOKTARI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4922-97, Lutfy J., order dated 1/12/97, 8 pp.)

Appeal from FCTD decision ((1995), 94 F.T.R. 262) certifying following question of general importance: whether Immigration Act, s. 69.1(9.1) requires Board to give notice it is considering making finding of no credible basis—Effect of finding of no credible basis by Refugee Division claimant not eligible for inclusion in Post-Determination Refugee Claimants in Canada (PDRCC), afforded only seven-day stay of removal from Canada—Respondent Tamil male of Hindu faith, citizen of Sri Lanka—Refugee Board finding no credible basis to Convention refugee claim—Whether specific notice must be given to claimant before Board may make finding of no credible basis at end of hearing to decide Convention refugee status—No express statutory requirement to give extra notice of matter—No right to receive extra notice about possibility of finding of no credible basis—Claim for refugee status cannot be established without first establishing credible basis for claim—One totally dependent upon, included in other—Issue of credible basis finding not analogous to issue of internal flight alternative (IFA), for which notice required—Credible basis determination inherent in definition of Convention refugee—General, generic notice given prior to hearing would be useless as would be *pro forma*, would not alert claimant to specific problem he may face—No denial of natural justice to fail to give special notice of risk of no credible basis finding, as implied in notice of hearing itself—Appeal allowed, certified question answered in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

negative—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(9.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 60).

MATHIYABARANAM V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-223-95, Linden J.A., judgment dated 5/12/97, 8 pp.)

JUDICIAL REVIEW*Leave Requirements*

Application for visitor's or Minister's permit refused—Whether leave necessary to bring judicial review; if leave necessary, whether Court should grant leave now and proceed with merits—Leave required and leave application dismissed—Immigration Act, s. 82.1 applied (leave to apply for judicial review required except with respect to certain decisions of visa officers)—Determined in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Sajjan* (1997), 216 N.R. 150 (F.C.A.), only decisions taken by visa officers themselves exempt from leave requirement—As decisions herein made by Minister, exception not applicable and leave required—Case moot as applicant applied for visa to attend Federation of International Basketball Association Games in Toronto in July 1994—Games have come and gone—Applicant can attempt to clear name by applying at any time for admission to Canada (applicant suspected of links to Hong Kong triad and other similar organizations in Canada and in United States, drug trafficking, money laundering, contract murders and arms sales) and present facts—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CHING V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3798-94, Rothstein J., order dated 21/10/97, 4 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Applicant challenging visa officer's refusal of application for permanent residence, arguing visa officer erred in law in allocation of units for knowledge of English as first official language and demonstrated reasonable apprehension of bias in making decision—Application allowed—Principles of natural justice and procedural fairness apply to visa officer's meeting with applicant—Visa officer told applicant's wife to "shut up" when verifying applicant's knowledge of English—Visa officer's use of intemperate language at meeting cannot be justified or condoned—Use of such language would unduly and detrimentally affect atmosphere

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

in which had to satisfy visa officer of qualifications to enter Canada—Reasonable apprehension of bias.

JIANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1215-97, Lutfy J., order dated 17/11/97, 6 pp.)

Citizenship judge approving application for citizenship between June 12 and July 5, 1996—On July 5 officer/manager preparing internal memo to Registrar expressing disagreement with Judge's decision—On July 8, manager informing Judge file to be sent to Ottawa for appeal of Judge's decision—Judge requesting to see file again—Between July 8 and 12, Judge reversing decision—On July 16, applicant receiving notice of denial of citizenship based on failure to meet residency requirements—Hence, present appeal—September 17, 1997 internal memo from Manager of Citizenship Registration Centre noting sequence of events, indicating author informing Citizenship Judge any questionable files will be referred directly to Minister without any "second looks" by him—Citizenship Act, s. 14(2) providing citizenship judge shall approve or not approve application in accordance with his or her determination—Citizenship judge's duties primarily judicial, i.e. decisions made according to law—Whether or not citizenship judge can also consider administrative policy, in sense of broader questions of public interest with respect to citizenship, approval, disapproval must only be in accordance with "his or her determination"—After positive determination made, Citizenship Judge *functus officio*—Appropriate to proceed by way of ministerial appeal—Citizenship Judge committed error of law—If Minister disagreeing with citizenship judge's decision, only option to appeal that decision—Since Citizenship Judge *functus officio*, appeal should have been brought by Minister, not applicant—Wrong decision appealed—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(c), 14(2).

WONG (RE) (T-2003-96, Wetston J., judgment dated 18/11/97, 4 pp.)

Appeal from grant of citizenship—Citizenship Act, s. 5(1)(c) imposing three-year period of residency over four years immediately preceding application for citizenship—Respondent accumulating little more than 100 days of physical residency in Canada over previous four years, representing shortfall of 994 days—Appellant suggesting respondent not meeting criteria imposed by doctrine of constructive residency outlined in *Re Papadogiorgakis*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.)—Appeal allowed—Actual shortage of 994 days out of possible 1,095 days, objective fact considerably undermining any inference respondent, from date of landing in Canada, allowed herself to draw in Canadian attitudes, values—Citizenship Judge departing

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

from indicia listed in *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.) when considering constructive residency—Ratio of absence days to residency days 10 to 1—Although not itself determinative, at extreme edge of jurisprudential generosity—Poor evidence as to ties with family on ongoing basis—Visits infrequent, brief—Whereabouts during summer, Christmas vacations, Easter breaks not on record—Other indicia examined dealing with residency issues, i.e. driver's licences, health cards, bank accounts, having little probative value—Court on appeal must be wary of extending mathematical formulae beyond calculations of residency, absence days—Varying weights may be given to each criterion—Expressions of subjective desires, wishes, purposes must always be buttressed by more objective elements to enable more solid inferences to be drawn—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. LUI (T-2249-96, Joyal J., judgment dated 12/12/97,
5 pp.)

Appeal from Citizenship Judge's decision—Appeal dismissed—Minimal knowledge of English, some knowledge of Canada—No adequate knowledge of both as required by Citizenship Act—Appellant's husband on welfare—Appellant has minimal part-time job—Two children not supported by her as left family home even though going to school and receiving some sort of government assistance (including tuition and living expenses) to do so—Children have no part-time job—Appellant should have attempted to influence children to remain at home and contribute to economic well-being of family and minimize family's reliance on public assistance in various forms—All citizens have responsibility, to try to attain self-sufficiency, and parents and children should recognize obligation to assist each other financially when circumstances require—Therefore, serious doubt appellant understands responsibilities associated with citizenship—Credibility of appellant viewed with some skepticism as had declared wanted citizenship to be able to vote, whereas demonstrated extremely limited knowledge of political parties, political leaders in Canada—In view of circumstances, not appropriate case for Court to refer to Minister for waiver of knowledge requirements—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.

TRAN (RE) (T-49-97, Rothstein J., order dated 14/11/97,
3 pp.)

CROWN**PREROGATIVES**

Application for injunction staying proceedings currently under way pending hearing and judicial determination of

CROWN—Concluded

main issue, application for order declaring Governor in Council could not proceed to remove applicant from office without complying with Judges Act, s. 69—Applicant, chairperson of Canada Labour Relations Board (CLRB) appointed by Governor in Council in May 1989 for term of 10 years, to hold office during good behaviour (removable for cause only)—After newspaper and auditor general pointed out his excessive travel and hospitality expenses, Minister of Labour announced in House intended to fire applicant and that legal steps in order for Governor in Council to remove applicant had been initiated—In view of nature of his functions, very close to judicial, applicant argues process of inquiry by Canadian Judicial Council under Judges Act, s. 69 only one capable of ensuring complete, fair and impartial hearing—Applicant also arguing harm to himself and to institution of which chairperson would be serious and irreparable and that delay in final disposition will not be to respondents' prejudice—Application dismissed—Little case law on such cases—In effect, "behaviour" on part of order in council appointments determinable on case-by-case basis; Crown, through Governor in Council, preserving for itself ultimate judicial prerogative to determine when "behaviour" compatible or not with particular office—Judicial intrusion in field of ultimate prerogative authority very delicate matter—Although applicant's case has sufficient merit to pass first stage (arguable case) of three-fold test applicable in stay proceedings, applicant failed to establish irreparable harm—Outcome of case cannot be prejudged—Furthermore, when respondent representing public authority, one must look at balance of convenience more widely and take into account interests of public in general, to whom these duties owed—Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, s. 69 (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 28; 1993, c. 34, s. 89).

WEATHERILL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-18-98, Joyal J., order dated 23/1/98, 13 pp.)

EVIDENCE

Applicant Minister seeking to tender as evidence four signed statements by deceased persons and two by person no longer mentally competent—Statements obtained in Ukraine by RCMP Special Investigations and War Crimes Unit—Statements given in foreign language with two interpreters present in each case—Issue whether statements have necessary requirements of necessity and reliability to permit their admission into evidence as exception to hearsay rule—Supreme Court decisions in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915 applied—Six statements herein do not fall within spontaneous declaration rule as statement neither contemporary nor made under pressure or emotional intensity which would give it guarantees of reliability upon which spontaneous declaration

EVIDENCE—Continued

rule has traditionally rested—Four tests as stated by Lord Pearce in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001 (H.L.) (must be case where difficult to obtain other evidence; declarant must be disinterested; must be made before any dispute or litigation; declarant must have peculiar means of knowledge not possessed in ordinary cases) summarized as necessity and reliability—In light of age and health of witnesses herein at time of interviews, cannot be said that deaths of two witnesses and mental incompetence of third sudden and unexpected—Since nine witnesses have testified to relevant events during German occupation, not difficult to obtain other evidence—Also, statements given 50 years after events took place—Therefore, evidence not meeting requirement of necessity—Reliability—First statement by each of three witnesses made in connection with investigation unrelated to respondent—Second statement made after suggestion of litigation (witnesses aware people being investigated for reason)—Not spontaneous declarations by witnesses immediately after events, but some 50 years after—Cross-examination of witnesses might have disclosed hearsay—Some problems with reliability of statements taken from three witnesses: statements not verbatim transcripts of interviews, and no recordings or videos made, and none of witnesses could identify respondent from photograph although only one witness thought that he could make such identification—Some difficulties with translation and transcription of statements—Also, fact one witness was contacted and located by local communist officials in former U.S.S.R. may have affected responses of witnesses—Finally, given wording of caution administered to witnesses, they may have felt they had no alternative but to subject themselves to interview—In light of above, statements do not meet necessary requirements of necessity and reliability to permit their admission into evidence as exception to hearsay rule.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. BOGUTIN (T-1700-96, McKeown J., ruling dated
3/10/97, 21 pp.)

Appeal from order of judge designated under Canada Evidence Act (CEA), s. 38(1) sustaining objection to disclosure, in application for judicial review, of information placed before Security Intelligence Review Committee during course of investigation by SIRC pursuant to Immigration Act, 1976, s. 39 (threat to security of Canada) to determine whether appellant person described in Act, s. 19(1)(g)—Objection to disclosure of evidence (oral testimony and documents as well as parts of written argument before SIRC of counsel for CSIS) made pursuant to CEA, s. 37(1) on ground would be injurious to national security of Canada—*Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.) considered as to proper balancing of competing interests where application for judicial review of SIRC decision brought—Appellant has not established Judge below erred in law in deciding public

EVIDENCE—Concluded

interest in disclosure not outweighing requirement for confidentiality of documents for national security reasons—Judge below carefully considered case law and disputed information—On appeal, function of Court of Appeal limited to reviewing decision of designated judge for error within Federal Court Act, s. 18.1(4)—Where no error detected, matter ends—Court of Appeal not entitled to examine any of information unless it first concludes designated judge so erred in sustaining objection—Furthermore, Court of Appeal on judicial review application will not have full text of SIRC report as result of Clerk of Privy Council's certificate under CEA, s. 39(1) stating SIRC report confidence of Queen's Privy Council—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37(1), 38(1), 39(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 19(1)(g), 39.

MOUMDJIAN V. CANADA (SECURITY INTELLIGENCE
REVIEW COMMITTEE) (A-361-95, Stone J.A., judgment
dated 17/11/97, 8 pp.)

INCOME TAX**CORPORATIONS**

Appeal from Tax Court decision finding plaintiff liable for income tax because of shareholder's loan she had received (T-47-91)—Claim in negligence against defendant alleging Revenue Canada's own actions made it impossible for plaintiff to repay loan—In 1984, plaintiff's husband involved in several businesses taking advantage of Scientific Research Tax Credits provisions of Income Tax Act—Corporations involved 285614 Alberta Ltd. ('614), Albion Transportation Research Corporation (Albion)—On October 30, 1984, Albion approved, by corporate resolution, loan of \$750,000 to plaintiff—Money used to purchase house, 160 acres of land (Priddis property)—In July 1985, plaintiff, husband considered transferring title to Priddis property from plaintiff to '614 property—Transfer not proceeded with as Albion operating companies under surveillance by Revenue Canada with respect to possible tax fraud—In September 1985, notice of assessment issued in respect of transfer of Priddis property from Albion Transportation Research Corporation to plaintiff—Notice of assessment issued erroneous on face as Priddis property not transferred from Albion to plaintiff—Property acquired from arm's-length vendor—In June 1988, notice of reassessment issued against plaintiff for 1984 taxation year in amount of \$342,101.53, based on receipt by her of shareholder's benefit—Income Tax Act, s. 15(2) sets out conditions under which shareholder's benefit not included in person's income—Plaintiff's appeal from tax assessment to Tax Court dismissed—Court having no authority to grant relief sought—Court's authority to determine correctness of

INCOME TAX—Continued

Minister's decisions by reference to applicable law, primarily Income Tax Act, as applied to facts of taxpayer's case—No discretionary grant of authority conferred on Court in case of income tax appeals—Plaintiff's appeal from Tax Court decision dismissed—Revenue Canada issued erroneous tax assessment—Error not necessarily constituting negligence—No evidence defendant's officials acted negligently when issued writ in pursuit of taxes owed by Albion—Actions of Revenue Canada not causing non-conveyance of property—No evidence taxpayer considered conveying property to '614 or selling it to third party during time in question—Plaintiff already recovered damages from solicitors for amount owed as taxes—Cannot recover second time—Actions dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 15(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 7(1)).

MAPLESDEN v. M.N.R. (T-47-91, T-1134-90, Reed J., judgment dated 10/12/97, 14 pp.)

INCOME CALCULATION

Appeal from Tax Court decision allowing appeal from reassessment in respect of 1989 taxation year—Erroneous posting of payment of part of purchase price of new home (\$28,490.37 cheque issued by taxpayer's daughter on corporation's bank account while taxpayer away on vacation) as corporate expense while should have been debited to shareholder's loan account—When error discovered in 1991, corporate expense disallowed, and taxpayer reassessed to increase income on basis corporation had conferred benefit on him as shareholder pursuant to Act, s. 15(1)—In allowing appeal, Tax Court Judge interpreted Act, s. 15(1) as providing benefit may be conferred within meaning thereof without actual knowledge or intent where shareholder or corporation ought to have known benefit was conferred and did nothing to reverse benefit—And even where genuine bookkeeping error, court may conclude error should have been caught by corporation or shareholders or outside auditors—Evidence reasonably supporting Tax Court Judge's finding posting of amount as corporate expense when should have been debited to shareholder's loan account due to taxpayer's ignorance and innocence in not knowing error had been made—No reason to intervene with respect to Tax Court Judge's interpretation of Act, s. 15(1)—In *Long v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 722, Tax Court Judge found simple error (failure to adjust loan account), readily susceptible of correction, not creating taxability, adding bookkeeping error of which sole shareholder not aware and which he did not sanction and that was not in accordance with company's established practices not constituting in reality method, arrangement or device for conferring benefit or advantage on shareholder *qua* shareholder—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 15(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 8).

CANADA v. CHOPP (A-87-95, Denault J.A. (*ex officio*), judgment dated 13/11/97, 4 pp.)

INCOME TAX—Continued

Appeal from T.C.C. determination refund of Federal Sales Tax (FST) under Excise Tax Act should not be included in taxpayer's income in year of receipt—Income Tax Act, s. 12(1)(x)(iv) requiring inclusion in income of amounts received in year, in course of earning income from business or property, from government where received as reimbursement in respect of expense—Between December 1, 1985 and December 31, 1989 taxpayer paying \$2,794,438 to Crown on account of FST under Excise Tax Act—Deducted FST paid as expense in computation of taxable income—Applied for refund on certain amounts of FST paid up until January 2, 1988 on ground paid by mistake—MNR refunding \$2,794,438—Taxpayer deducting refund as "other income related to prior years" in calculating income for taxation year ending January 1, 1994—MNR including refund in income in year of receipt—Appeal dismissed—Primary meaning of "reimbursement" associated with indemnification through repayment to someone of expense, loss incurred; secondary meaning mere repayment or refund—Primary meaning of "refund" restitution or return of sum received, taken; secondary meaning of reimbursement—Term as used in s. 12(1)(x)(iv) limited by context—*Westcoast Energy Inc. v. Canada*, [1991] 3 F.C. 302 (T.D.) clearly indicating not every payment or repayment qualifying as reimbursement within s. 12(1)(x)(iv)—All examples of word reimbursement containing flow of benefits between parties—In case of refund of sums paid by error, no flow of benefits between parties: money simply returned to payer—While notion of reimbursement generally involving intervention by third party, refund implying mere return of money between two parties—In both Excise Tax Act and Income Tax Act, Parliament envisaging return of moneys paid by error to taxpayer as refund, not as reimbursement—"Reimbursement" in s. 12(1)(x)(iv) not including "refund"—Refund should not be included in 1994 income—Minister allowed, within certain limits under Act, to reopen accounts of prior years, reassess them—Appropriate, balanced means of correcting *bona fide* errors without creating injustice to parties—Argument Minister outside time limit to reassess after litigation ignoring fact Minister, can seek from taxpayer waiver of limitation period, and in case of refusal, proceed to reassess on basis of amount in dispute—Case illustrating lack of coordination at time between FST section, Income Tax section within Revenue Canada—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 12(1)(x)(iv) (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 6; 1990, c. 45, s. 39)—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15.

CANADA v. CANADA SAFEWAY LTD. (A-896-96, Létourneau J.A., judgment dated 26/11/97, 12 pp.)

Deductions

Appeal from Trial Division decision disallowing inventory allowance deduction ([1993] 2 C.T.C. 325)—Appeal dismissed—Central question whether or not appellant held

INCOME TAX—Continued

inventory which could be subject of inventory allowance deduction—To qualify for deduction, three conditions must be met: taxpayer must have property in goods which it can sell; goods must be described in taxpayer's inventory in respect of business carried on in year; goods must be held for sale in ordinary course of business, subject to distinction between finished and unfinished goods—Appellant GSW Ltd., in business of manufacturing and selling household appliances, wholly owned subsidiary of GSW—In September 1976, GSW entered into foundation agreement with Canadian General Electric Ltd. for purposes of integrating their respective major appliance businesses—They caused new company, CAMCO, to be incorporated to acquire all assets of subsidiaries of CGE and GSW, including assets of appellant—GSW entered into asset transfer agreement with CAMCO in December 1976, with closing date of January 4, 1977—Appellant then sought to claim deduction on value of its inventory authorized by Act, s. 20(1)(gg) for 1977, and carried back to 1976—MNR disallowed deduction—Trial Judge found appellant had already struck asset transfer agreement before commencement of 1977, therefore did not have tangible property held for sale in ordinary course of business, and confirmed disallowance—*Bastion Management Ltd. v. Canada*, [1995] 2 F.C. 709 (C.A.) should not be reconsidered in light of French version of text, not brought to attention of Court in *Bastion*—Nothing in French text leading to different interpretation of s. 20(1)(gg), in fact confirming interpretation in *Bastion*—Crucial to remember purpose behind provision: government subsidy delivered through tax system designed to help those businesses forced to carry inventory during inflationary periods—Rationale underlying provision having no application to appellant's situation: GSW Ltd. would not have suffered from either market fluctuations, or from inflation, as price had already been established by agreements signed in 1976—Therefore, whereas finished goods must also be held for sale in ordinary course of business, at all times during 1977 taxation year, appellant held goods for purposes of transferring them to CAMCO—Not held for sale in ordinary course of business to qualify for deduction of s. 20(1)(gg)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(gg) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14).

GSW APPLIANCES LTD. v. CANADA (A-69-94, Linden J.A., judgment dated 18/11/97, 12 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing as business expenses under Income Tax Act, s. 18(1)(a) amount of \$269,629.69 imposed on respondent by British Columbia Egg Marketing Board, as over quota levy—Such levies meant to carry out purpose of scheme, which is *inter alia* orderly production of natural products in province—Respondent could have carried on business in such way as to avoid above-normal excess of layers it admitted having pursued intentionally—Strong public policy argument

INCOME TAX—Continued

precluding respondent from claiming as business expenses over quota levies it incurred—That producers able to take action similar to that of respondent and successfully claim as business expenses levies encountered in excess of permissible allotments inconsistent with purpose of marketing scheme—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 18(1)(a).

CANADA v. 65302 BRITISH COLUMBIA LTD. (A-125-95, Desjardins J.A., judgment dated 6/11/97, 2 pp.)

PRACTICE

Application to set aside MNR decision requiring applicant, trustee of bankrupt company, Vancouver Trade Mart Inc. (VTM), to provide documents relating to bankrupt company and shareholders, pursuant to Income Tax Act (ITA), s. 231.2—VTM controlled by Lee couple and two children—Applicant informed MNR auditor of irregularities between VTM and shareholders and of suspicion shareholder had appropriated VTM funds for personal use—MNR auditor wrote applicant, requesting to be allowed to review its account analyses of bankrupt company, including analyses of shareholder accounts, for purpose of completing audit of Lee family—Applicant refused production of documents requested—Application dismissed—MNR's interpretation of ITA, s. 231.2 not amounting to justification of unreasonable search contrary to Charter, s. 8—*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627 applied: while provision infringing expectation of privacy, given need for random monitoring to maintain integrity of tax system based on self-reporting and self-assessment, intrusion into privacy interests of taxpayer not unreasonable—No very high expectation of privacy respecting applicant's work as trustee of bankrupt estate—No conflict created between ITA and Bankruptcy and Insolvency Act (BIA) by application of s. 231.2(1): trustee can comply with ITA herein without breaching any portion of BIA—Minister's having access to trustee's working papers and account analyses not necessarily causing prejudice to bankrupt estate—ITA, s. 231.2 (1) simply allowing Minister, in proper circumstances, to obtain production of relevant information and documents so as to properly administer and enforce provisions of ITA—Not creating any incoherence between ITA and BIA—Minister's interpretation of ITA, s. 231.2(1) not leading to expropriation without compensation as no transfer of property or rights from one party to other—Applicant's working papers and account analyses not subject to solicitor-client privilege making it non-compellable to production under s. 231.2(1)—Object of work undertaken by trustee was to inform inspectors to bankruptcy in order to allow them to make proper decisions, initially with respect to VTM's proposal and subsequently regarding assets of bankrupt estate—Documents sought by Minister not prepared for "dominant purpose" of obtaining legal advice—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.

INCOME TAX—Concluded

1, s. 231.2 (as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 58)—Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3.

VANCOUVER TRADE MART INC. (TRUSTEE OF) V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1071-96, Nadon J., order dated 31/10/97, 22 pp.)

MARITIME LAW

Amount of bail required to obtain release of vessel *Filomena Lembo*—Action for US\$495,025, representing cost of repairing vessel—Contract providing for 6% per month interest rate on any amount due under contract—Contract price herein due in January 1997—Plaintiff assuming case would take at least two years, with interest amounting to US \$730,000, plaintiff prepared to accept bail in amount of US \$1,000,000—Shipowners argue rate of interest of 6% per month illegal and outrageous—Criminal Code, s. 347(1) prohibition of criminal rates not applicable as contract entered into in Croatia and governing law English law—Interest Act, s. 4, providing rate of interest reduced to 5% per annum where less-than-yearly rate not expressed in equivalent yearly rate, not relevant where contract governed by foreign law—Rate of interest determined by law of the contract—Bail therefore fixed at US\$1,000,000—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347(1)—Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 4.

VIKTOR OVERSEAS LTD. V. FILOMENA LEMBO (THE) (T-2241-97, Nadon J., order dated 19/11/97, 6 pp.)

PRACTICE

Security—Appeal from prothonotary's orders as to amount of bail and production of supplementary affidavit—Main action for damages in amount of \$590,000 (\$336,954 for loss of profit as result of its inability to execute cargo shipment from Eilat; \$138,920 for toll fees incurred to transit Suez Canal during redelivery of ship; hire statement balance of \$114,387 owing by defendant owner) for breach of parties' charter party agreement—Defendant's ship *Necat A* arrested and released upon payment of \$605,000 bail—Upon defendant's motion, prothonotary set aside bail corresponding to two of plaintiff's claims (loss of profits and Suez Canal toll charges), reducing bail to \$124,387, including additional security of \$10,000 for legal costs—Arrest: plaintiff must show arrest requested necessary for protection of its rights and lawfully carried out—On application to set aside arrest with no provision for bail, defendant must show statement of claim disclosing no reasonable cause of action, or frivolous, or vexatious within meaning of R. 419—In Canada, determination of bail has generally followed English decision in *Moschanthy (The)*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 37 (Adm.): plaintiff entitled to sufficient security to cover amount of his claim with interest

MARITIME LAW—Continued

and costs on basis of his reasonably arguable best case; also, Court cannot try case in interlocutory proceedings such as those pertaining to security—Not plain and obvious or beyond doubt plaintiff has no case to assert in law with respect to claim for loss of profit—Speculative calculations, attractive as they might be at first glance, not sufficient—Wrong for prothonotary to reduce to zero security for claim for loss of profits unless he concluded plaintiff's reasonably arguable best case, was, in effect, no case at all—Claim for Suez Canal toll charges: plaintiff having right to claim over toll charges against defendant—On face of record, defendant has established reasonably arguable case even with invoice remaining unpaid as yet—No justification to have reduced, particularly not to zero, security for this portion of claim—In reducing to zero security for claims for loss of profit and Suez Canal charges, prothonotary implied arrest was unlawful and security unnecessary—His conclusions do not reflect proper application of reasonably arguable best case set out in *The Moschanthy*—Prothonotary erred in that he exercised his discretion upon wrong principle within meaning of *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—Prothonotary's discretion ought now to be exercised by reviewing judge—Plaintiff's claim for loss of profit representing 60% of its projected revenues from shipment—Bail reduced by half in this respect; amount of security, representing profit of almost 30% of revenues, sufficient to protect rights of plaintiff—Otherwise, security remaining same—Bail set at \$436,784—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

AMICAN NAVIGATION INC. V. DENSAN SHIPPING CO. (T-1357-97, Lutfy J., order dated 21/10/97, 12 pp.)

TORTS

Apportionment of liability—Defendants arguing since plaintiff's husband partly at fault for accident in which lost life, plaintiff should recover no damages—Referring to *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.* (1995), 126 D.L.R. (4th) 1 (Nfld. C.A.); affd [1997] S.C.J. No. 111 (QL)—Trial Judge in that case finding under Canadian maritime law, contributory negligence complete defence to plaintiff's claim—Nfld. C.A. holding Canadian maritime law applicable to negligence resulting in damage, that law required apportionment in case of contributory negligence either because Nfld. Contributory Negligence Act applied or because Canadian maritime law itself included principle of apportionment—Canadian maritime law not operating to deny plaintiff recovery because some contributory negligence by plaintiff's husband—Permission granted to specifically plead, rely on British Columbia Negligence Act pursuant to Federal Court Rules, R. 420 permitting Court to amend pleadings at any stage—No prejudice arising to any party as result of amendment—Decision in this case based on same alternative bases as those adopted by Nfld.

MARITIME LAW—Concluded

C.A., rather than relying solely on Canadian maritime law—Sea Link defendants 70% at fault, Crown 30% at fault—While Crown servant careless in not investigating manner in which tug/barge combination would operate, to some extent led into this position by less than candid approach of Sea Link's servant, whose concern tug/barge combination not be classified as composite unit because might have led to increased manning requirements, costs for him—Tragedy would not have occurred had he been less concerned with economic self-interest, more concerned with ensuring safe presentation of vessels to others on water—Although several causes contributing to accident, including another Crown servant's misinterpretation of Regulations, plaintiff's husband's fatigue, bulk of responsibility lying with Sea Link defendants—Panning of search light by tug/barge combination causing plaintiff's husband to abruptly turn his vessel, attempt to cross in front of bow of tug/barge—Conduct of Sea Link defendants (lack of candour, honesty, unsubstantiated allegations) meriting increased award of costs—Taxing officer directed to apply column V, Part II, Tariff B—B.C. Negligence Act not applicable to require apportionment of costs according to liability—Provincial law only applied when gap in applicable federal law—Federal Court Rules, R. 344 providing awarding of costs within trial judge's discretion, including amount, allocation of costs, as well as persons by whom to be paid—Result of proceeding, apportionment of liability, among factors identified to be considered in awarding costs—No gap to be filled by reference to provincial legislation—R. 344 governing award of costs—Plaintiff's award of taxed costs not reduced because of contributory negligence for same reasons justifying increase in costs—Also plaintiff herself not negligent, degree of fault attributed to husband not large—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 420—Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298—Contributory Negligence Act, R.S.N. 1990, c. C-33.

KAJAT V. ARCTIC TAGLU (THE) (T-1724-94, Reed J., order dated 4/12/97, 9 pp.)

NATIVE PEOPLES**ELECTIONS**

Application for judicial review of Appeals Officer's decision setting aside election held by Beaver Lake First Nation in November 1996, directing chief and council holding office immediately before election remain in office pending results of new election, and directing new election be held in January 1997—Appeals Officer conducted limited investigation required by Beaver Lake Tribal Election Law, relying mainly on own observations on election day—Application for interlocutory relief allowed on December 27, 1996, prohibiting each of applicants and respondents from

NATIVE PEOPLES—Concluded

participating in any way in election for chief or councillor until further order of Court; declaring chief and councillors elected in November 1996 entitled to carry out powers and duties of respective offices—Appeal therefrom not heard yet—Application allowed—Appeals Officer public authority having duty of procedural fairness—In present case, duty of fairness minimal—Appeals officer had obligation to notify those most directly impacted by appeal, and provide them with opportunity to make representations to him in respect thereof—Investigation herein fell far short of meeting minimal duty of fairness, and judicial review application should be allowed—According to evidence, Appeals Officer did not err in law in deciding questionable practices constituted corrupt practice in connection with election—No basis in law upon which Court could substitute different decision for that of Appeals Officer—However, Appeals Officer acted without jurisdiction or beyond jurisdiction in ordering new election and declaring old chief and councillors to continue in office pending outcome of new election—Appeal referred back to Appeals Officer for reinvestigation and redetermination in accordance with Beaver Lake Tribal Election Law, Beaver Lake Customary Election Regulations and present reasons—Beaver Lake First Nation encouraged to resolve matters by and for itself—Court including procedure to govern Appeals Officer's reinvestigation and redetermination of election appeal.

LAMEMAN V. CARDINAL (T-2755-96, Gibson J., order dated 10/11/97, 22 pp.)

PAROLE

Application for judicial review of National Parole Board Appeal Division decision confirming Board's order applicant, inmate at Warkworth Institution, be detained beyond statutory release date—In February 1990, applicant had pleaded guilty to charges of attempted murder, sexual assault and unlawful confinement—Sentenced to 8 1/2 years imprisonment, with statutory release date of October 18, 1995—At release date, Board decided applicant not eligible for statutory release, based on fact offence had established pattern of persistent violent behaviour, on substantial degree of indifference to consequences of crime on victim, on admission took conscious decisions to commit brutal sexual assault and murder, and on psychological profile depicting applicant's lack of emotional and psychological progress in coming to terms with offence—Appeal Division dismissed appeal and affirmed Board's decision in February 1996—In September 1996, Board held annual review of detention and confirmed original decision—Appeal Division dismissed appeal from annual review decision—Application herein seeking judicial review of Appeal Division's last decision—Application dismissed—While applicant arguing single criminal episode insufficient to establish "pattern of persistent violent behaviour", clear from language of Act, s.

PAROLE—Concluded

132(1)(a) legislator contemplated possibility pattern of persistent violent behaviour could be said to exist, regardless of number of offences committed by offender—Neither wording of section nor Board's interpretation thereof rendering it vulnerable to Charter, s. 7 challenge for vagueness—Act, s. 132 providing wide parameters for review, including unidentified factors, provided they are relevant—Nothing wrong in Board using its own body of knowledge as Act providing Board had duty to take into consideration all available information relevant to case—So long as information relevant and reliable, must be taken into account irrespective of source—No basis on record for proposition Board declined to give any consideration to specified evidence advanced by applicant—No obligation to produce, examine specialist who wrote report on applicant for cross-examination—So long as process fair and offender allowed to make position known, requirements of procedural fairness met—No duty on Board to call for second opinion—Board did not act on wrong principle or by reference to irrelevant or improper considerations when concluded no resources in place which could adequately supervise applicant within community having regard to his particular needs, and therefore did not have offender undergo community assessment—Decision to order or not to order community assessment discretionary—No basis for suggestion Board failed to make least restrictive determination consistent with protection of society as required by Act, s. 101(d)—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 101(d), 132—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

KNAPP V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-641-97, Noël J., order dated 13/11/97, 13 pp.)

PENITENTIARIES

Appeal from Motions Judge's decision dismissing motion for order extending time to file application for judicial review from decision of Correctional Services of Canada ordering appellant's involuntary transfer from medium security to maximum security institution—Appellant currently inmate of Kingston penitentiary, serving indeterminate sentence for variety of offences—On December 12, 1994, respondent approved appellant's emergency involuntary transfer to Kingston penitentiary—Appellant spent almost three years in maximum security jail pursuant to decision to order transfer—First obstacle for appellant to overcome delay in seeking judicial review—Basic rule established by Federal Court Act, s. 18.1(2) judicial review has to be sought within 30 days from day impugned decision rendered—Extension of time allowed only if entire delay satisfactorily accounted for and application discloses fairly arguable case within jurisdiction of Court—Where unrepresented inmate held on indeterminate sentence still

PENITENTIARIES—Concluded

suffers prejudicial effects of transfer to maximum security institution, including jeopardy of parole rights, concepts of time, due diligence, justice take different connotation—Appellant has given reasonable, satisfactory explanation for eight-month delay in bringing application for judicial review—Application for extension of time meets first part of test—No evidence in record before Court appellant given adequate information to meet allegation made by another inmate which appeared to be main justification for transfer—Appellant never told of additional serious allegations against him, let alone given details, opportunity to rebut them—Has shown arguable case with respect to fairness of involuntary transfer by respondent to maximum security institution—Justice requires extension be granted to have legality of transfer reviewed—Appeal allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

BULLOCK V. CANADA (A-706-96, Létourneau J.A., judgment dated 3/12/97, 11 pp.)

First judicial review application objecting to physical surroundings provided for visit by applicant solicitor with inmate—Federal Court Act, s. 18.1(1) permitting Attorney General of Canada or "anyone directly affected by matter in respect of which relief sought" to apply for judicial review—Matter in respect of which relief sought wrongful infringement of visiting right, privilege—Under Corrections and Conditional Release Regulations, s. 90 clearly personal right of particular inmate to visitation, not of visitor—For someone else to apply for judicial review, necessary as condition precedent to that person gaining standing that inmate, in respect of whom decision regarding visitation taken, make clear objection to action taken—Applicant not having standing as inmate not making clear objection to action taken—Avowed purpose of application to obtain ruling to guide prison authorities, applicant as to respective rights, duties, obligations—Inappropriate use of judicial review, unless brought in context of particular inmate's rights being infringed—As no evidence of live controversy about visitation conditions, issue moot—Second application objecting to question by assistant warden whether inmates applicant desiring to meet clients—Again, as condition precedent to standing, inmate must object to decision made—None of inmates applicant intended to visit objecting—Further, request for information question, not decision—If assistant warden stating applicant would be admitted to institution following day if inmates providing written statement applicant their counsel, merely statement of intention, not decision—Both applications dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 90.

DAVISON V. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T-1430-96, T-1431-96, Campbell J., order dated 8/10/97, 5 pp.)

PRACTICE

APPEARANCE

Conditional Appearance

Applications for orders pursuant to R. 401 granting applicants leave to file conditional appearance; stay of proceedings; declaring action invalidly commenced; declaring court without *in rem* jurisdiction herein—Action arising out of blockade, in Prince Rupert Harbour, of passenger and motor vehicle ferry *Malaspina* operating between Prince Rupert, B.C. and States of Alaska and Washington—Application for leave to file conditional appearance on basis irregularity in proceedings in joinder and service of all persons listed in Schedule A to amended statement of claim, and Court's jurisdiction over original *in rem* claims as pleaded challenged—Original statement of claim named 14 vessels and persons unknown, and others—Later, amended statement of claim purporting to add 180 vessels and 227 individuals and companies as defendants—Defendants argue proceedings improperly commenced as these defendants added without obtaining order of Court and that any purported service of statement of claim on any defendant prior to that defendant being named as defendant invalid—Application allowed in part—R. 401 contemplating two-stage procedure whereby applicant obtains leave and stay of proceedings at initial hearing and merits of objection to jurisdiction argued at subsequent hearing—Applying *Larsen v. Canada* (1995), 60 C.P.R. (3d) 98 (F.C.T.D.) and *Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (F.C.T.D.), objection proceedings improperly commenced meeting test in *Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 320 (C.A.) for granting leave (whether defendant has *prima facie* raised sufficient doubt as to regularity of proceedings or jurisdiction *rationae personae* of Court that justice requires defendant be allowed to appear in manner so as to avoid any waiver of these objections)—Order allowing Schedule A defendants to amended statement of claim to file conditional appearance for purpose of objecting to alleged irregularity in commencement of proceeding against them by adding them as party under R. 421(1) and consequential irregularity of service on them of statement of claim—Pursuant to R. 401(c), proceedings against such defendants stayed pending disposition of such objection by judge of Trial Division—Any defendants named in Schedule A who were not parties to these two motions may make application for leave to file conditional appearance, for purpose of maintaining their objection to two alleged irregularities identified herein, and participate in hearing—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 401, 421.

ALASKA (STATE) V. PERSONS UNKNOWN (T-1552-97, Richard J., order dated 25/9/97, 12 pp.)

DISCOVERY

Applicant seeking to examine respondent Minister to obtain names of importers of certain shipments of drug

PRACTICE—Continued

ranitidine hydrochloride into Canada—Applicant, owner of two patents for drug, seeking to identify alleged infringers in order to protect patent—Bill of discovery equitable remedy never before granted by this Court—Recognized as exceptional remedy in jurisdictions where granted—Basic threshold for granting equitable bill of discovery inability of applicant to ascertain desired information through other Court procedures or by own means—Applicant could have pursued refusal of Access to Information Act request under Act, s. 41—Other procedural alternatives including hiring private investigators, exercising right under compulsory licence to require second audit of licensees—Although one of applicant's licensees admitting that in third quarter of 1996, sales understated by almost 3,000 kilograms, applicant not pursuing further audit—*Norwich Pharmacal Co v Commissioners of Customs and Excise*, [1973] 2 All E.R. 943 (H.L.), upon which applicant placing much reliance, distinguishable because within Court's discretion as Minister not having discretion to make public information received by him—Appropriate principles to be applied by Minister herein set out in *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Comrs. (No. 2)*, [1974] A.C. 405 (H.L.)—Minister performing statutory duty in collecting information—Unlike in Great Britain, Minister person Canadian Parliament designating to decide if information should be released—Minister's decision subject to judicial review—Granting bill of discovery would ignore Parliament's view in this area—Whether Minister properly exercised discretion question for judicial review—Three Canadian cases *Johnston and Frank Johnston's Restaurants Limited, Re* (1979), 33 Nfld. & P.E.I.R. 333 (P.E.I.S.C.); (1980), 33 Nfld. & P.E.I.R. (P.E.I. C.A.); *Leahy v. Dr. A.B.* (1992), 113 N.S.R. (2d) 417 (S.C.T.D.); *Comeau, Re* (1986), 77 N.S.R. (2d) 57 (S.C.T.D.) wherein bill of discovery granted, coming from jurisdictions where pre-action discovery granted by rules—Federal Court Rules, like those of Ontario, B.C., not providing for pre-action discovery—Their test essentially same as English test—Application dismissed.

GLAXO WELLCOME PLC v. M.N.R. (T-1613-97, McKeown J., order dated 27/11/97, 5 pp.)

INTEREST

Application for pre-judgment interest on unpaid rent since June 8, 1995 under Federal Court Act, s. 36, providing provincial laws relating to pre-judgment interest apply—B.C. Court Order Interest Act, s. 1(1) requiring court to add to pecuniary judgment interest calculated on amount ordered to be paid from date on which cause of action arose to date of order—Under leases, determination of rent in each of 20 years commencing June 8, 1995 referred to Court when parties unable to agree thereon—*Webb & Knapp (Canada) Ltd. v. Crown Forest Industries Ltd.*, [1985] B.C.J. No. 1035 (QL) holding s. 1(1) not applicable to arbitration board's determination of annual rent to be paid under lease as no order to pay, no wrongful conduct by tenant—Judgment

PRACTICE—Continued

herein only declaratory of fair rent payable—Prior to issuance of judgment, amount of rent payable annually not known—Until determined, amount of rent payable not due—Not cause of action based on unpaid rent, and court order requiring rent to be paid—Although equities favouring plaintiffs (defendants having had use of both leased land and fair rent monies since June 8, 1995), *Webb & Knapp* applied—S. 1(1) not applicable herein—S. 36 not conferring jurisdiction on Court to order pre-judgment interest—*Webb & Knapp*, not argued in other decisions of this Court in which prejudgment interest awarded in similar circumstances—Award in commercial case not taking account of cost of money not doing justice between parties, but matter herein neither at large, nor is discretion conferred on Court to award prejudgment interest—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 36 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9)—Court Order Interest Act, R.S.B.C., c. 76, s. 1.

MUSQUEAM INDIAN BAND V. GLASS (T-1545-96, Rothstein J., judgment dated 5/12/97, 6 pp.)

PARTIES

Appeal and cross-appeal from two orders of Trial Division (12/7/96), one requiring style of cause be amended to join either Public Service Commission Appeal Board or Minister of National Revenue in application for judicial review of Appeal Board decision determining respondent successful in open competition in public service; second denying Attorney General's separate motion for leave to intervene—Appeals and cross-appeal allowed—Appeal Board should not be joined as should not be permitted to defend its own decision on s. 28 application, and not suggested that jurisdiction in issue—Attorney General ought to be allowed to intervene at this stage in order to defend employment process and manner in which competitions conducted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

SALUTIN V. PRINCE (A-581-96, A-584-96, Stone J.A., judgment dated 4/11/97, 3 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

In action where plaintiffs seek damages for blockade of their passenger and motor vehicle ferry *Malaspina* at Prince Rupert, B.C., applicants, owners and operators of fishing vessels in B.C., seeking order declaring action against Schedule A defendants, other than those defendant ships named in statement of claim, not properly commenced—Original statement style of cause listing 17 ships “and others”, and persons unknown—In amended statement of claim pursuant to R. 421(1), style of cause amended by

PRACTICE—Continued

adding “ships and owners and managing owners listed on Schedule A”—Schedule listing names of 94 ships and owners/managing owners—Whether applicants should have proceeded under R. 1716—Issue whether Schedule A defendants, save 17 ships named in statement of claim, new parties to action or simply identification of “Doe” defendants—Application of Lord Devlin's test in *Davies v. Elsby Brothers Ltd.*, [1960] 3 All E.R. 672 (C.A.)—Action directed only against defendants who “wrongfully and with intent to cause damage to plaintiffs” “positioned various ships directly in path or near *Malaspina*”—Therefore, action not aimed at all ships present at Prince Rupert Harbour—No evidence with respect to whereabouts of Schedule A ships at relevant time—Therefore, Schedule A ships would not be certain that plaintiffs' litigating finger pointed at them—Plaintiffs had burden of adducing some evidence in order to show Schedule A defendants were “Doe” defendants named in statement of claim—Plaintiffs did not succeed in making proof thereof—By amendment, plaintiffs were not attempting to correct misnomer—Application allowed—Service of statement of claim or amended statement of claim invalid—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 421, 1716.

ALASKA (STATE) V. PACIFIC SHORE (THE) (T-1552-97, Nadon J., order dated 3/11/97, 12 pp.)

SUBPOENAS

Application to quash *subpoenas duces tecum* issued in context of show cause order in course of contempt proceedings in patent matter—Second subpoena in effect replacing first—Application allowed—Both subpoenas quashed and set aside—Obligation of plaintiffs to disclose documents that are relevant and that may assist defence of Apotex and Dr. Sherman (Apotex Chairman and CEO) does not support subpoenas here issued, with broad description of documents sought—Where *subpoena duces tecum* describing documents in very general terms, as herein, not reasonable to presume, for purposes of production to Court, that all documents in general class so described are relevant to issues before Court—Issues primarily concern whether alleged contemnors had knowledge of prohibitions included in reasons for judgment and judgment, whether they acted in contravention of prohibitions in December 1994 and January 1995, and, if both issues determined in affirmative, whether factors should be considered in determining any penalty to be imposed—All information in several classes of documents included in subpoenas cannot be considered relevant in these proceedings—Principle of disclosure, to assure opportunity to make full answer and defence, not ordinarily extending to information beyond possession or control of prosecution's office in criminal proceedings—Herein, in circumstances of case, by analogy, that office not extending beyond offices of counsel appearing for Merck in proceedings and of instruc-

PRACTICE—Continued

ting counsel employed by Merck, Quesnel (Director of Legal Affairs of Merck Frosst Canada Inc.)—Clearly not extending to offices of employees of Merck Frosst, or offices of Merck, which are abroad and beyond reach of this Court's subpoena in any event—In criminal proceedings, documents from investigation leading to prosecution available to prosecutor subject to disclosure—In case of civil contempt with private prosecution, appropriate, for purposes of applying principle of disclosure, to consider office of in-house counsel for Merck Frosst and office of counsel appearing in these proceedings as comparable to office of prosecution in ordinary criminal proceedings—Therefore, same disclosure principles applicable in case of relevant documents now in possession of Quesnel, as instructing counsel on behalf of Merck Frosst, as has generally been applied by counsel for Merck in these proceedings in relation to documents in their control—Application of standard established by Sopinka J. in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451—Standard should be applied by counsel in these proceedings working with Quesnel in regard to documents known to Quesnel, or predecessor, to be relevant in show cause proceeding—Order quashing subpoenas without prejudice to any application Apotex and Dr. Sherman may make for further subpoena seeking documents described with greater particularity than in subpoena here in question, and with basis for determining their relevance to issues before Court in these proceedings.

MERCK & CO. INC. V. APOTEX INC. (T-2408-91, MacKay J., order dated 29/10/97, 13 pp.)

VARIATION OF TIME

Appeal from Trial Division refusal, pursuant to Federal Court Act, s. 18.1(2), to extend time for bringing application to review and set aside refusal of Minister of National Revenue's delegate, pursuant to Income Tax Act, s. 220(3.2), to extend time for filing preferred beneficiary election, on ground reasons for request did not fall within guidelines of fairness provisions—Evidence suggesting trustee signed election form prior to deadline date and passed it to staff member for posting, but not posted until ten days after deadline had passed—Appeal allowed—Key factor herein whether appellant has arguable case to present to reviewing judge—Motions Judge reasoned Court should not substitute its decision for that of Minister's delegate if satisfied decision made fairly, not arbitrarily or in bad faith—However, Court may intervene and set aside discretionary decision if contrary to law—Statutory delegate herein erred in law by refusing to extend time for filing preferred beneficiary election which had been signed and passed on to staff by trustee for posting prior to filing deadline—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Income Tax Act, R.S.C.,

PRACTICE—Concluded

1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.2) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181).

MCNABB FAMILY TRUST V. CANADA (A-568-96, Stone J.A., judgment dated 17/11/97, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE**TERMINATION OF EMPLOYMENT**

Application to set aside adjudicator's decision applicant should be awarded damages rather than reinstatement—Applicant began employment with CSIS in 1989 as Senior Officer—Terminated by CSIS under Work Force Adjustments Policy (WFAP) and Reverse Order of Merit (ROM)—Applicant grieved termination as being disguised disciplinary action under guise of WFAP, ROM exercise—Requested reinstatement as remedy at all level of grievances—CSIS denied all grievances—Adjudicator finding applicant would derive more benefit from payment in lieu of reinstatement—Whether adjudicator erred in finding applicant would derive more benefit with payment in lieu of reinstatement, without hearing parties on issue—Whether adjudicator breached principles of natural justice by not allowing parties opportunity to be heard on issue of remedy once reinstatement deemed by him not to be option—Adjudicator not inviting parties to make submissions, give evidence concerning calculation, amount of award for damages—Based calculation only on number of years of public service, lack of disciplinary record, salary applicant continued to receive until April 1, 1996—Adjudicator should have given applicant, respondent opportunity to make submissions, give evidence on method of calculation, amount of damages to be awarded to applicant—No evidence relating to applicant's loss of pension entitlement, ability to obtain alternative employment, notice range or value of lost benefits—Procedural fairness requiring applicant, respondent be given opportunity to address matter of quantum of damages through submissions, evidence—Part of adjudicator's decision fixing amount of damages awarded to applicant set aside.

MATTHEWS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-623-97, Richard J., order dated 8/12/97, 7 pp.)

TRADE MARKS**INFRINGEMENT**

Application for interlocutory injunction under R. 469 arising out of trade-mark infringement action—Plaintiff company producing, distributing business, telephone directories in Canada—Also providing access to business listings on Internet—Owner of "Yellow Pages", "Pages Jaunes", "Walking Fingers" (word and design) trade-marks in

TRADE MARKS—Continued

Canada—Corporate defendant operating Internet site in association with electronic business directory services—“Yellow Pages”, “Walking Fingers” well-known in both official languages—Exposure of marks such that public compulsively identifying them with telephone business directories—Case made by plaintiff of unlawful use in Canada by defendants of trade-marks “Yellow Pages”, “Walking Fingers” and design—Messages on Internet not only mode of communication—Apart from trade-marks, words, phrases can be found in whole field of electronic commerce, with attendant problems relating to certainty, predictability, permanency—That use of Canadian trade-marks abroad might have evidentiary weight in some cases not disputed—Such use not cogent in matters involving alleged disappearing distinctiveness of well-known trade-mark—Corporate defendant appears to be paper company—Owner, as sole director, providing no evidence of activity under corporate status—No tangible evidence by way of supporting documents, minutes, contracts, lists, bank accounts to reflect financial stability, visibility of operation—Evidence of unauthorized use knowingly made by defendants conclusive—Application allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469.

TELE-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. V. CANADIAN BUSINESS ONLINE INC. (T-1340-97, Joyal J., order dated 17/9/97, 9 pp.)

PRACTICE

Motion by defendants to strike paragraphs of statement of claim under R. 419—On December 19, 1995, plaintiffs, Coca-Cola Ltd. (CCL) and Coca-Cola Bottling Ltd. (CCBL) commenced action against defendants, alleging infringement of plaintiffs’ trade-marks, depreciation of value of goodwill in them, by selling Coca-Cola, made for sale and consumption only in Canada, abroad—Defendants filing statement of defence, counterclaim on March 14, 1996, present motion on June 2, 1997—No delay in defendants having brought motion herein—Period of time at issue only one consideration in determining whether delay—Delay not bar to bringing present motion—Defendants pleading over plaintiffs’ statement of claim without specifically objecting to impugned paragraphs—Whether impugned paragraphs disclose no reasonable cause of action—Claim disclosing no reasonable cause of action if, according to law, it could not possibly succeed—Primary issue interpretation of meaning of “use”—Defendants entitled to purchase, resell trade-marked products in Canada—Such activity not *per se* constituting “use” under Trade-marks Act—Plaintiffs arguing export of trade-marked products deemed to be “use in Canada” under Act, s. 4(3)—In enacting s. 4(3), Parliament not intending that provision should apply to every carriage of goods between Canada and another country, whether personal or commercial—Export need not take

TRADE MARKS—Continued

place in normal course of trade to be deemed “use in Canada” under s. 4(3)—Purposive interpretation of s. 4(3) means it applies to exports which would otherwise constitute use under Act, but for fact trade-marked product being exported—No allegation of actual use of plaintiffs’ trade-marks by defendants—Defendants not producing counterfeit Coca-Cola products for sale locally or abroad—Merely purchasing large quantities of genuine Coca-Cola products from third-party retailer, then exporting them for sale abroad against obvious wishes of plaintiffs—Defendants not violating Act, s. 22(1), not engaging in activities which constitute “use” under Act, such as unauthorized use of trade-mark or use of confusing mark on product it produces—Evidence of confusion or depreciation of value of goodwill in foreign jurisdictions not evidence of confusion or depreciation of value of goodwill in Canada—Impugned paragraphs disclosing no reasonable cause of action—Plaintiffs failing to plead facts necessary to establish “use” under Act—Plain and obvious action cannot succeed—Entire statement of claim struck without leave to amend—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(3), 22(1).

COCA-COLA LTD. V. PARDHAN (T-2685-95, Wetston J., order dated 27/11/97, 14 pp.)

Motions for answers to questions posed on discovery—Action, counterclaim for injunctive relief involving trade-marks using family name, passing off, damages, or accounting of profits—Questions bearing on intent proper as could go to type of damages to be awarded—Also, plaintiff clearly raised issue of intent in pleadings—Questions as to development of product irrelevant to infringement—As plaintiff seeking damages at trial, not separate reference, necessary for defendants to answer questions dealing with financial, operational aspects of their organization in order to provide material from which judge might come to conclusion as to appropriate measure of profit—Questions asking what company understanding by certain wording used on packaging proper, although witness should not be asked to interpret, speculate on meaning of document—Questions relating to patent objections, allegations of invalidity better left to expert to explain under procedure set out in R. 482—Proper to ask discovery witness to speak of all facts, surrounding certain incident, of which either knows or must properly inform himself about—Never permissible to ask discovery witness as to facts relied upon in support of certain allegation, as requires witness to choose facts, disclose how lawyer might prove given allegation—Particular facts relied upon based upon counsel’s view of law—Examination for discovery of witness seeking to discover fact, not argument as to what is relevant in order to prove given plea—Fundamental rule: examination for discovery is as to facts, not as to law—Permitting question, requiring witness to select facts upon which relies to support given allegation,

TRADE MARKS—Concluded

attempt to evade fundamental rule by requiring witness to consider applicable law, then use it to select facts, announce result: *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.* (1989), 30 C.P.C. (2d) 1 (F.C.A.)—Substantial number of defendant's questions seeking answers descriptive of plaintiff's shoulder rests and falling within *James River Corp. of Virginia v. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157 (F.C.T.D.) concept of having discovery witness describe characteristics of product as party understanding them—Questions going to correlation of aspects of plaintiff's shoulder rests with patent wording, technical description of shoulder rests produced by third party competitors, province of experts—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 482 (as am. by SOR/90-846, ss. 18, 19).

KUN SHOULDER REST INC. v. JOSEPH KUN VIOLIN AND BOW MAKER INC. (T-118-97, Hargrave P., order dated 12/9/97, 10 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of decision of umpire acting under Unemployment Insurance Act, claimant not disentitled from unemployment benefits under Act, s. 31(1) when other longshoremen on strike—Whether case distinguishable from decision in *White v. Canada*, [1994] 2 F.C. 233 (C.A.)—Applicant party to collective agreement with International Longshoremen's and Warehousemen's Union representing longshore workers employed by applicant's members—Claimant longshoreman but not member of regularly scheduled crew—Not union member—Benefitted from terms of settlement later signed between union and employers' association, received retroactive pay under new agreement—Work carried out under collective agreement loading, unloading of vessels, related functions—Claimant applied for benefits on July 8, 1993, effective July 4, 1993, but continued to work until January 27, 1994—At no time, on or before January 28, 1994, did applicant advise claimant he had been laid off, employment terminated—Board of referees concluding reason for claimant's loss of employment directly connected to stoppage of work attributable to labour dispute—Whether claimant lost employment, unable to resume previous employment due to stoppage of work when coming to waterfront on January 28, 1994—Claimant had not been object of layoff when left employment on evening of January 27, 1994—Had no definite recall in hand but not out of work on January 28, 1994—No shortage of work for claimant—Claimant had neither terminated employment relationship, nor broken ties with employer—Received retroactive pay when new agreement signed—Remained in workforce comprising union, non-union, casual and scheduled longshoremen—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 31(1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 23).

BRITISH COLUMBIA MARITIME EMPLOYERS ASSN. v. WELLCOME (A-690-96, Desjardins J.A., judgment dated 11/12/97, 17 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

Application for judicial review of Tax Court of Canada decision concerning applicant's insurable employment—Tax Court Judge not proceeding to review Minister's exercise of discretion in coming, under Unemployment Insurance Act, s. 3(2)(c)(ii), to determination parties would not have entered into substantially similar contract service if at arm's length—Determination made by Minister on basis of number of assumptions, some of which erroneous, might have led him to different conclusion—Appeal from Minister's determination involving two-stage process, first one being assessment of legality of Minister's determination—Appellant entitled on appeal to have legality of Minister's determination reviewed in view of fact Minister made determination on basis of number of erroneous assumptions—Tax Court Judge failed to make thorough review of evidence, arrived at conclusion based on findings of fact not supported by evidence, apparently determinative for him—Failed to consider whether remaining facts proved at trial sufficient in law to support Minister's determination—Proper process to which applicant entitled on appeal before Tax Court Judge not followed—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3(2)(c)(i) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2).

CORBO v. M.N.R. (A-41-97, Létourneau J.A., judgment dated 20/11/97, 4 pp.)

VETERANS

Application for judicial review of decisions of review bodies concerned with veterans pensions dismissing applications for veterans pension benefits on basis allegedly had contracted hepatitis, resulting in tuberculosis, while on duty in Sardinia in 1968—Entitlement Board and Appeal Panel of Veterans Review and Appeal Board found that applicant had contracted hepatitis in off duty activity (eating mussels at local, off-base restaurant) and that hepatitis short-term affliction not causing disability—Application allowed—In Canadian Pension Commission decision, no finding of fact as to circumstances in which disease contracted—Before Entitlement Board, former Canadian Forces pilot gave evidence hepatitis common occurrence in Sardinia among Canadian Forces personnel, attributed to eating bad mussels, to point where pilots on all squadrons deployed to Sardinia advised to avoid sea food there—Evidence before Appeal Panel not conclusive on where applicant might have eaten contaminated sea food, as applicant stated in affidavit ate mussels at base mess as well as in local restaurant—In view of conflict between new evidence before Appeal Panel and conclusion reached by Entitlement Board, latter Board's decision should have been given no weight by Appeal Panel as had obligation to conduct trial *de novo*—Appeal Panel also disregarded Brigadier General's evidence Canadian Forces pilots in Sardinia on duty 24 hours a day and had full authorization to proceed into local economy for meals

VETERANS—Continued

and recreation, under full understanding and knowledge were protected by rules and regulations of RCAF—Veterans Review and Appeal Board Act, s. 39 providing Appeal Panel obliged to accept any uncontradicted evidence presented to it by applicant or appellant that it considers credible in circumstances—Appeal Panel wrong in effectively finding Brigadier General's evidence lacked credibility—Effect found by Appeal Panel cannot be supported by

VETERANS—Concluded

evidence—In view of serious errors made by Appeal Panel, its decision patently unreasonable and thus its decision reviewable—Panel's order quashed—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18.

KING V. CANADA (VETERANS REVIEW AND APPEAL BOARD) (T-91-97, Campbell J., order dated 7/11/97, 12 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

AGRICULTURE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne du blé a refusé de délivrer au requérant une licence pour pouvoir exporter du blé à semence contrôlée—Pour déterminer si une entité fédérale constitue un office fédéral, les tribunaux font une distinction entre l'exercice de pouvoirs de caractère public et l'exercice de pouvoirs qui sont accessoires à l'exercice d'activités—Bien que, dans le cadre de cette analyse, la nature de l'organisme en cause soit importante, c'est la nature des pouvoirs qui sont exercés qui détermine si l'auteur de la décision est un office fédéral (*Aeric, Inc. c. Société canadienne des postes*, [1985] 1 C.F. 127 (C.A.)—Il ressort des art. 4(2), 5, 6j), 7(2),(3) et 18 de la Loi sur la Commission canadienne du blé que la Commission a été constituée en tant qu'entité publique—La Commission peut être qualifiée de corporation comportant d'importants aspects publics qui supposent la mise en application de politiques gouvernementales—Le pouvoir de la Commission qui est en litige est son pouvoir d'octroyer des licences—En vertu de l'art. 14 du Règlement sur la Commission canadienne du blé et des art. 45 et 46 de la Loi, la Commission octroie des licences d'exportation dans le but de mettre en application les politiques gouvernementales permettant l'exportation de blé du Canada par d'autres personnes que la Commission si les conditions précisées à l'art. 14 du Règlement sont réunies—Un pouvoir de réglementation comme l'octroi de licences est, par définition, public—Aucune corporation ordinaire n'est dotée de pouvoirs de réglementation—Le pouvoir de réglementation est une des marques distinctives d'une activité publique, par opposition à une activité commerciale privée—Lorsqu'elle octroie une licence en vertu de l'art. 14, la Commission est un office fédéral au sens des art. 2 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Suivant l'intimé, l'art. 4(3) de la Loi empêche le contrôle judiciaire—L'art. 4(3) porte sur les actions intentées contre la Commission à l'égard des obligations que celle-ci assume pour le compte de Sa Majesté et permet à quiconque de poursuivre la Commission devant les tribunaux qui seraient compétents si la Commission n'était pas mandataire de Sa Majesté, c.-à-d. les

AGRICULTURE—Suite

tribunaux provinciaux—Cette disposition présuppose que la Commission a assumé une obligation—Une telle instance constitue essentiellement un différend contractuel privé—Le contrôle judiciaire n'est pas le recours approprié en pareil cas—Le pouvoir d'octroyer des licences que possède la Commission ne peut être interprété comme une obligation assumée par la Commission—L'art. 4(3) n'est pas pertinent—Sur le fond, le requérant affirme que son blé ne relève pas de la compétence de la Commission—L'art. 2(2) prévoit que les termes employés dans la Loi sur la Commission canadienne du blé s'entendent au sens de la Loi sur les grains du Canada—Suivant cette dernière loi, constituent des «grains» ou leur sont assimilées les céréales ou graines désignées comme tels par règlement—Le blé à semence contrôlée n'est pas mentionné dans le règlement—En conséquence, le blé du requérant n'est pas désigné comme une céréale ou une graine pour l'application de la Loi sur les grains du Canada et, en raison de l'art. 2(2) de la Loi sur la Commission canadienne du blé, il n'est pas compris parmi les diverses variétés de blé visées par cette Loi—Sens du mot «blé»—La portée de ce mot n'est aucunement atténuée—Volonté d'accorder à la Commission un monopole sur l'exportation du Canada de tout type de blé et de tous les produits du blé—Il découle nécessairement de l'art. 46b), où le législateur fédéral accorde au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements pour soustraire tout type ou grade de blé au monopole conféré à la Commission par l'art. 45a) que tous les types de blé sont initialement visés par l'art. 45a)—En outre, le blé du requérant est désigné comme un grain au sens de la Loi sur les grains du Canada—Le blé extra fort roux du printemps est désigné comme grain aux termes du Règlement—Le fait que le blé contrôlé soit classé en tant que blé n° 1 ou n° 2 n'y change rien—Le fait qu'il s'agisse de blé auquel la Loi sur les semences s'applique ne soustrait pas ce blé à l'application de la Loi sur la Commission canadienne du blé—Il n'existe pas de contradiction entre la Loi sur les semences et la Loi sur la Commission canadienne du blé—Demande rejetée—Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24,

AGRICULTURE—Fin

art. 2(2), 4(2),(3), 5, 6j), 7(2),(3), 18, 45, 46—Règlement sur la Commission canadienne du blé, C.R.C., ch. 397, art. 14 (mod. par DORS/95-338, art. 1)—Loi sur les semences, L.R.C. (1985), ch. S-8—Loi sur les grains, L.R.C. (1985), ch. G-10, art. 2 «grain» (mod. par L.C. 1994, ch. 45, art. 1)—Règlement sur les grains du Canada, ch. 889, art. 6 (mod. par DORS/86-813, art. 1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (mod., *idem*, art. 5).

JACKSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-2622-96, juge Rothstein, ordonnance en date du
21-8-97, 10 p.)

ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire de décisions par lesquelles des organismes de réexamen compétents en matière de pensions des anciens combattants ont rejeté des demandes de prestations de retraite des anciens combattants où le requérant prétendait avoir contracté une hépatite et, en conséquence de celle-ci, la tuberculose, alors qu'il servait dans l'armée en Sardaigne en 1968—Un comité d'examen et un tribunal d'appel du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) ont conclu que le requérant avait contracté une hépatite alors qu'il avait quartier libre (en mangeant des moules dans un restaurant local à l'extérieur de la base) et qu'il s'agissait d'une maladie de courte durée n'ayant pas causé d'invalidité—Demande accueillie—Dans la décision rendue par la Commission canadienne des pensions, aucune conclusion de fait n'a été tirée au sujet des circonstances dans lesquelles le requérant avait contracté la maladie—Devant le comité d'examen, un ancien pilote des Forces canadiennes a témoigné que les cas d'hépatite étaient fréquents en Sardaigne parmi le personnel des Forces canadiennes en raison de la consommation de moules contaminées, au point que les pilotes de tous les escadrons déployés en Sardaigne avaient été avisés d'éviter les fruits de mer—La preuve présentée devant le tribunal d'appel n'est pas concluante quant à l'endroit où le requérant aurait pu manger des fruits de mer contaminés, car il avait déclaré dans un affidavit avoir mangé des moules et au mess de la base et dans un restaurant local—À cause du conflit entre les nouveaux éléments de preuve présentés devant le tribunal d'appel et la conclusion tirée par le comité d'examen, le tribunal d'appel n'aurait pas dû accorder de poids à la décision de ce dernier comité, car il avait l'obligation de tenir un nouveau procès—Le tribunal d'appel n'a pas tenu compte non plus du témoignage du brigadier-général selon lequel les pilotes des Forces canadiennes en Sardaigne étaient en service 24 heures sur 24 et étaient pleinement autorisés à se mêler à la population civile pour leurs repas et leurs loisirs, en étant parfaitement conscients du fait qu'ils étaient protégés par les règlements de l'ARC—Aux termes

ANCIENS COMBATTANTS—Fin

de l'art. 39 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), le tribunal d'appel est tenu d'accepter tout élément de preuve non contredit que lui présente le requérant ou l'appelant et qui lui semble vraisemblable en l'occurrence—Le tribunal d'appel a eu tort en venant à la conclusion que le témoignage du brigadier-général manquait de crédibilité—La preuve n'appuie pas l'effet constaté par le tribunal d'appel—Compte tenu des graves erreurs que le tribunal d'appel a commises, sa décision est manifestement déraisonnable et elle est en conséquence susceptible d'appel—Ordonnance du tribunal annulée—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18.

KING C. CANADA (TRIBUNAL DES ANCIENS COMBATTANTS (RÉVISION ET APPEL)) (T-91-97, juge Campbell, ordonnance en date du 7-11-97, 12 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre agissant en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage, décision selon laquelle l'art. 31(1) de la Loi n'a pas pour effet de rendre le demandeur non admissible aux prestations d'assurance-chômage quand les autres débardeurs étaient en grève—Il s'agit de savoir si l'affaire se distingue de l'arrêt *White c. Canada*, [1994] 2 C.F. 233 (C.A.)—La requérante est partie à une convention collective signée avec l'International Longshoremen's and Warehousemen's Union, qui représente les débardeurs employés par les entreprises membres de l'association requérante—Le prestataire est débardeur, mais il ne fait pas partie d'une équipe régulière—Il n'est pas membre du syndicat—Il a profité du règlement intervenu plus tard entre le syndicat et l'association des employeurs et, aux termes de la nouvelle convention collective, il a touché une rémunération rétroactive—Les tâches accomplies dans le cadre de la convention collective consistent à charger et à décharger les navires ainsi qu'à effectuer divers travaux annexes—Le prestataire a déposé une demande de prestations d'assurance-chômage le 8 juillet 1993, avec effet au 4 juillet 1993, mais a continué à travailler jusqu'au 27 janvier 1994—Jamais, ni le 28 janvier 1994, ni avant cette date, la requérante n'avait fait savoir au prestataire qu'il avait été mis à pied ou qu'il avait été mis fin à son emploi—Le conseil arbitral a conclu que la perte d'emploi du prestataire était directement liée à un arrêt de travail dû à un conflit collectif—La question est de savoir si le prestataire avait perdu son emploi ou s'il n'était pas en mesure de reprendre son emploi antérieur en raison d'un arrêt de travail lorsqu'il s'est présenté sur les quais le 28 janvier 1994—Le prestataire n'avait pas été mis à pied lorsqu'il a quitté son emploi dans la soirée du 27 janvier 1994—On ne lui avait pas indiqué une date précise pour la reprise du travail, mais il n'était pas sans emploi le 28 janvier 1994—Le travail ne manquait pas pour le

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

prestataire—Ce dernier n'avait pas mis fin à la relation de travail l'unissant à son employeur, et n'avait pas rompu les liens qui l'unissaient à celui-ci—Il a touché une rémunération rétroactive lors de la signature de la nouvelle convention collective—Il a continué d'appartenir au bassin de main-d'œuvre que constituaient les travailleurs syndiqués et les non-syndiqués, c'est-à-dire les débardeurs réguliers autant qu'occasionnels—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 31(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 23).

BRITISH COLUMBIA MARITIME EMPLOYERS ASSN. C. WELLCOME (A-690-96, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 11-12-97, 17 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant l'emploi assurable de la requérante—Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas examiné l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire de conclure, en application de l'art. 3(2)c)(ii) de la Loi sur l'assurance-chômage, que les parties n'auraient pas conclu entre elles un contrat de travail semblable s'il n'y avait pas eu un lien de dépendance—Le ministre a fondé sa décision sur diverses présomptions, dont certaines étaient fausses et auraient pu lui inspirer une conclusion différente—L'appel formé contre une décision du ministre comporte un processus à deux étapes, la première consistant en l'examen de la légalité de cette décision—L'appelante avait le droit, lorsqu'elle a fait appel, à un examen de la légalité de la décision du ministre, d'autant plus que celui-ci l'a fondée sur un certain nombre de fausses présomptions—Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas examiné avec soin les preuves et témoignages produits et est parvenu à une décision fondée sur des conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve et qui semblent avoir été déterminantes dans sa décision—Il n'a pas examiné si les autres faits mis en preuve au procès pouvaient servir de fondement juridique à la décision du ministre—Inobservation de la procédure à laquelle la requérante avait droit sur appel devant le juge de la Cour de l'impôt—Recours accueilli—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(2)c)(i) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2).

CORBO C. M.R.N. (A-41-97, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 20-11-97, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Conditions d'autorisation*

Le requérant s'était vu refuser un visa de visiteur ou permis ministériel—Il échet d'examiner si le recours est subordonné à l'autorisation préalable, et dans l'affirmative,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

s'il y a lieu pour la Cour d'accorder maintenant l'autorisation puis de juger l'affaire au fond—Autorisation requise et demande d'autorisation rejetée—Applicabilité de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration (recours en contrôle judiciaire subordonné à l'autorisation préalable, sauf à l'égard de certaines décisions des agents des visas)—Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Sajjan* (1997), 216 N.R. 150 (C.A.F.), il a été jugé que seuls les recours contre les décisions des agents des visas eux-mêmes étaient exemptés de la condition d'autorisation—Comme les décisions en cause ont été prises par le ministre, l'exception n'est pas applicable et l'autorisation est requise—L'affaire ne présente plus aucune valeur pratique puisque le requérant avait demandé son visa pour assister au tournoi de la Fédération internationale de basket-ball, qui s'est déroulé en juillet 1994 à Toronto—Ce tournoi a eu lieu et est chose du passé—Le requérant peut chercher à réhabiliter son nom en faisant une demande d'admission au Canada à n'importe quel moment (il était soupçonné de liens avec les triades de Hong Kong et avec d'autres organisations du même genre au Canada et aux États-Unis, de trafic de drogues, de blanchiment d'argent, de meurtres contre rémunération et de trafic d'armes) et en présentant les faits—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CHING C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3798-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 21-10-97, 4 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Contrôle judiciaire d'une décision selon laquelle le requérant constitue un danger pour le public—Le requérant et sa famille se sont établis au Canada en 1976 sous les auspices du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés—Le requérant a accumulé un lourd casier judiciaire, tant pendant sa jeunesse qu'à l'âge adulte—En 1995, il a été avisé que l'intimé envisageait de formuler l'avis qu'il constituait un danger pour le public au Canada—De nombreux documents ont été fournis au requérant, mais certains documents sur lesquels le ministre se proposait de se fonder (un état imprimé du CIPC, des constats de police et un rapport du Service correctionnel) n'ont pas été remis au requérant—Bien que l'arrêt *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), n'ait pas fait référence au fait de se fonder sur des éléments de preuve extrinsèques en tant que motifs de contrôle judiciaire, il ne l'a pas écarté explicitement—Il n'entendait pas passer outre à la décision rendue dans l'affaire *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.), où, faisant référence à une demande d'établissement présentée en sol canadien, on a indiqué que, si le ministre entend se fonder sur des éléments

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de preuve extrinsèques qui ne lui sont pas fournis par le requérant, il doit lui donner l'occasion d'y répondre—L'état imprimé du CIPC, les constats de police et le rapport du Service correctionnel sont des éléments de preuve extrinsèques—Ils n'ont pas été fournis par le requérant ni mis à sa disposition—Il subsiste donc la question de savoir si l'on peut présumer que le délégué de l'intimé s'est fondé sur les documents non communiqués—La Cour doit présumer, en l'absence de preuve indiquant le contraire, que le délégué du ministre a agi de bonne foi en tenant compte de tous les documents qui lui avaient été soumis—La note de service de l'agent de réexamen, destinée au délégué du ministre, mentionne que l'état imprimé du CIPC, les constats de police et le rapport du Service correctionnel ne sont pas inclus dans cet exposé, car ils n'ont pas été fournis au requérant—Les documents extrinsèques n'avaient pas été soumis au délégué du ministre, mais rien n'indique que l'agent de réexamen qui a préparé la note de service et la recommandation destinées au délégué du ministre n'a pas tenu compte des documents extrinsèques—Une interprétation du texte entier de la note de service amènerait à conclure que l'agent qui a préparé la note de service et la recommandation a tenu compte des documents extrinsèques—S'il en est ainsi et si le délégué du ministre a accordé un certain poids à la note de service et à la recommandation de l'agent de réexamen, il s'est fondé indirectement sur ces documents—Parmi d'autres points à prendre en considération, il y a les commentaires de l'agent de réexamen au sujet de la difficulté d'évaluer le cas et l'exactitude de ces commentaires—Demande accueillie; affaire renvoyée en vue d'une nouvelle décision—Au vu des documents dont la Cour a été saisie, il pourrait être loisible à l'intimé ou à son délégué d'exprimer l'opinion que le requérant représente un danger pour le public au Canada—Pour arriver à une décision, l'intimé était soumis à une obligation imposée par l'équité qui n'a pas été satisfaite dans le processus qui a mené à la décision que vise le contrôle judiciaire.

ASTUDILLO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2115-96, juge Gibson, ordonnance en date du 24-11-97, 10 p.)

Personnes non admissibles

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a rejeté une demande de résidence permanente—La requérante pouvait à certaines conditions être considérée comme un entrepreneur, mais sa demande a été rejetée parce que son mari avait été déclaré coupable d'infractions graves à Hong-Kong au cours des années soixante, ce qui le rendait non admissible selon l'art. 19(1)c. 1)(ii) de la Loi sur l'immigration—L'art. 9(1a) du Règlement ne permet de délivrer un visa d'immigrant que si l'immigrant et les personnes à sa charge ne font pas partie d'une catégorie de personnes non admissibles—Aux termes de l'art. 2 du Règlement, le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

conjoint d'un requérant est défini comme étant une personne à sa charge—L'art. 9(2)a) prévoit que l'agent des visas n'est pas tenu de déterminer si une personne à charge fait partie d'une catégorie de personnes non admissibles si cette personne est le conjoint de la personne qui présente la demande de visa lorsqu'un agent d'immigration est convaincu que le mariage du demandeur et de ce conjoint a dans les faits cessé d'exister à la suite de leur séparation—L'agent des visas a, contrairement à ce que la requérante affirmait, conclu que celle-ci n'était pas séparée de son mari—Bien que le droit de la famille soit utile pour interpréter les termes matrimoniaux que renferme la Loi sur l'immigration, il est également nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel ces termes sont employés—Pour déterminer si des personnes sont séparées, il faut tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, y compris, le cas échéant, des coutumes qui ont cours dans des pays et des cultures autres que le Canada—L'objet de l'art. 9 du Règlement sur l'immigration est de considérer comme un groupe familial la personne qui demande un visa d'immigrant au Canada ainsi que toutes les personnes à sa charge, que celles-ci l'accompagnent ou non—Aux termes de l'art. 9(2)a) du Règlement, s'il est convaincu que le mariage du requérant et de son conjoint a dans les faits cessé d'exister à la suite de leur séparation, l'agent des visas n'est pas tenu de déterminer si le conjoint séparé fait partie d'une catégorie de personnes non admissibles—Le législateur visait ainsi à s'assurer que les membres d'une même famille ne sont pas séparés par suite de la délivrance d'un visa d'immigrant au requérant—Lorsque des conjoints ne sont plus unis par les liens du mariage, l'octroi d'un visa d'immigrant au requérant n'aura pas pour effet de désunir les membres de la famille—Suivant la preuve, le mari de la requérante était à la tête d'une triade de Hong-Kong, une fraternité criminelle secrète qui se livre à des activités criminelles tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale—En 1981, le mari a pris une maîtresse, ce qui a conduit, en 1982, à l'entente de séparation—La requérante et son mari ont continué à vivre à la même adresse—La requérante a été nommée administratrice ou associée de plusieurs entreprises après la séparation—L'agent des visas a formé l'opinion que les rapports qui existaient entre la requérante et son mari correspondaient encore à ceux d'une «cellule familiale» ce qui confèrait à la requérante certains droits, comme en faisant foi ses réticences à divorcer—Le fait qu'elle niait que son mari était un «caïd», malgré l'accumulation d'éléments de preuve au sujet de sa réputation de criminel notoire, témoignait d'une loyauté envers son mari qui allait au-delà de celle à laquelle on pouvait normalement s'attendre—L'agent des visas s'est dit d'avis que la requérante essaierait de parrainer son mari si elle obtenait un visa d'immigrant à cause de la loyauté dont elle faisait preuve envers lui et parce qu'il croyait que son mari influençait et contrôlait plusieurs personnes, dont la requérante—Toutes ces considérations sont pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si la requérante et son mari étaient séparés au sens de l'art.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

9(2)a)—Règlement sur l'immigration, 1978, DORS/78-172, art. 2 «conjoint», (mod. par DORS/85-225, art. 1), 9(1)a) (mod. par DORS/83-675, art. 3, 88-286, art. 5), (2)a) (mod. par DORS/83-675, art. 3; 88-286, art. 5)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1(ii) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

YUEN (TUTEUR) C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2103-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 13-11-97, 9 p.)

Demande en vue de faire annuler une décision d'un agent des visas concluant que le requérant n'était pas admissible au Canada à titre de résident permanent, parce que son état de santé pouvait entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé au Canada: art. 19(1)a)(ii) de la Loi—Une intervention chirurgicale pratiquée en 1994 a permis d'enlever complètement une tumeur cancéreuse au poumon—Les médecins qui ont évalué la demande aux fins de l'art. 19(1)a) ont mal lu le dossier médical du requérant et ont déclaré qu'il fallait s'attendre à ce que son état se détériore, qu'il doive être suivi par un spécialiste, subir un traitement spécialisé et être hospitalisé—Un deuxième avis médical a corrigé les erreurs, mais aboutissait à la même conclusion, sans donner au requérant la possibilité de répondre à cette évaluation médicale—Entre-temps, au cours de l'entrevue avec l'agent des visas, le requérant a fait savoir qu'il avait une assurance-maladie très complète et a déclaré qu'il avait l'intention de retourner à Boston pour subir des traitements en cas de récurrence de la maladie—Le droit d'établissement lui a été refusé en tenant compte de ce dernier avis médical—En outre, il existe une pratique administrative qui consiste à ne pas tenir compte de l'intention d'une personne de ne pas avoir recours aux services de santé canadiens étant donné qu'il n'existe aucune façon de lui faire respecter cet engagement après son admission au Canada, et que cela accorderait un avantage indu aux requérants qui ont des ressources supérieures et de l'assurance par rapport à des requérants moins bien nantis—Le requérant a fourni un rapport d'expert concernant ses dossiers médicaux et les critères pertinents—Demande accueillie—Au cours de l'entrevue avec l'agent des visas, ni le requérant ni l'agent des visas qui l'a interviewé ne savait que le deuxième avis médical avait été signé—Le requérant n'a obtenu aucune information concernant la politique que les médecins appliquaient—Bien qu'on ait dit au requérant qu'il avait la possibilité de faire parvenir de nouveaux renseignements médicaux qui ne figuraient pas déjà au dossier médical aux fins de l'immigration, le requérant ne savait pas ce qui se trouvait dans ce dossier médical—L'art. 19(1)a)(ii) pose de nombreuses difficultés: que signifie un fardeau excessif pour les services de santé, et la situation personnelle d'une personne est-elle pertinente à la prise d'une décision (en l'espèce l'assurance-maladie, l'intention de retourner à Boston pour se faire traiter)?—Les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

médecins à qui on demande de prendre des décisions aux termes de l'art. 19(1)a)(ii) n'apprécient guère le caractère trop vague de la «directive» légale qu'on leur donne—En toute justice, le législateur devrait définir plus clairement son intention—Le requérant n'a pas eu une possibilité raisonnable de répondre à la décision éventuelle selon laquelle son admission risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé—Le requérant ne connaissait pas le contenu de son dossier médical et ne savait pas quels critères étaient appliqués pour évaluer son état de santé—Le dossier médical du requérant ne doit pas lui être communiqué dans tous les cas, mais dans les circonstances de l'espèce, les renseignements qui lui ont été communiqués n'étaient pas suffisants—Les avocats ont eu la possibilité de présenter leurs observations quant à l'opportunité de faire certifier une question—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a)(ii).

MASCHIO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3354-96, juge Reed, ordonnance en date du 14-11-97, 13 p.)

Renvoi de résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire d'une décision portant que le requérant présente un danger pour le public au Canada—Le requérant est né en Italie en 1959—Il est arrivé au Canada à l'âge de neuf ans—Il a toujours vécu en Alberta depuis qu'il est au pays—Le requérant a un casier judiciaire qui remonte à 1976—Il comprend des chefs d'accusation pour conduite dangereuse, une condamnation pour conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à la limite légale, des condamnations pour voies de fait et agression sexuelle commises contre son ex-épouse—Il y a présomption que le délégué de l'intimé s'est largement appuyé sur les rapports et recommandations de l'agent de réexamen pour former son opinion—En l'absence de preuve contraire, la Cour présume la bonne foi du décideur au regard de tout le dossier soumis—Le rapport sommaire de l'agent de réexamen était raisonnable, il ne dénaturait pas le dossier dont l'agent était saisi, il n'indiquait aucun parti pris réel ou raisonnablement appréhendé—Le délégué de l'intimé n'a commis aucune erreur donnant lieu à contrôle en ne cherchant pas à obtenir d'autres documents à l'appui de la position du requérant—Il était préférable de faire part au requérant du rapport sommaire et des recommandations de l'agent de réexamen, de lui fournir l'occasion de les commenter et d'inclure ces commentaires dans les documents présentés directement au délégué de l'intimé afin qu'il les examine personnellement, surtout lorsque la décision du délégué de l'intimé n'est pas assortie de motifs—Pareille communication de document mousserait la confiance dans l'efficacité du processus—En communiquant ce document et en offrant une occasion raisonnable d'y réagir, il est probable que l'éventail des demandes de contrôle judiciaire

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

conséquentes à des avis de danger pour le public sera réduit—Il est difficile de trouver des arguments à l'encontre de la communication, sauf celui du temps supplémentaire que prendra le processus—En regard de ce temps, il faut tenir compte de la réalité, en ce sens que des personnes comme le requérant ont souvent passé au Canada le plus clair de leur existence; qu'elles sont dans une large mesure le produit de leur environnement au Canada—Elles risqueraient d'être soumises à dure épreuve si on les transplantait dans un milieu différent où elles ne trouveront que de rares sources d'appui, sinon aucune, pas plus que des possibilités d'emploi—Elles présenteront, à tout le moins, un danger bien plus grave en retombant, dans leur nouvel environnement, sous les mêmes sortes d'influences et dans les mêmes activités qui les ont conduites, ou du moins ont contribué, à leur délinquance au Canada—L'équité voudrait qu'on dise aux intéressés sur quelle base le délégué de l'intimé a en partie agi—Compte tenu du critère énoncé dans *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), à propos du contrôle judiciaire de questions comme celle-ci, il n'y a aucune erreur qui justifierait, en l'occurrence, l'intervention de la Cour—Demande rejetée.

PASCALE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-889-96, juge Gibson, ordonnance en date du 24-11-97, 10 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre a conclu que le requérant constitue un danger pour le public—Parmi les documents versés au dossier, il faudrait faire abstraction de l'article du journal *Winnipeg Free Press*, car il est hautement préjudiciable au requérant puisqu'il prétend relater l'événement d'après ce qu'en disent les victimes—De tels articles peuvent être sujets à caution—Les seuls documents qui ont trait à un danger présent ou futur sont les rapports sur les points saillants objet de l'art. 27(1) ainsi que les commentaires du juge à la détermination de la peine—Le rapport sur les faits saillants décrit les infractions—Elles étaient brutales et violentes—L'une d'elles dont le requérant a été accusé, mais acquitté par la suite (menace à sa victime avec une arme à feu), figure dans le rapport comme une condamnation—Cette erreur se répète tout au long du rapport relatif à l'avis et de la demande d'avis du ministre en application de l'art. 70(5)—Dans ses commentaires au moment de la détermination de la peine, le juge a indiqué que les infractions, dictées surtout par la cupidité, étaient préméditées et planifiées—Le juge a dit également que l'accusé était un jeune homme de 25 ans qui n'avait pas jusque-là de casier judiciaire et que rien dans ses antécédents ne pouvait indiquer une tendance quelconque à s'adonner au crime—Le juge a remarqué que le sujet n'a montré aucun remords et a maintenu son innocence en dépit des conclusions du jury—Il a conclu en disant que c'était un homme intelligent et qu'il faut s'attendre que la peine de détention lui servira de leçon—Rien dans ces commentaires

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ne vient conforter la conclusion que le requérant, une fois libéré, constituera un danger pour le public—Les seuls facteurs de nature à appuyer cette conclusion se rapportaient au fait (1) que les crimes qui ont entraîné la condamnation du requérant (voies de fait, détention forcée, produit de la prostitution, possession d'arme, menaces) faisaient appel à la violence; (2) qu'il n'a montré aucun signe de remords; et (3) qu'il a continué de clamer son innocence—La preuve ne suffit pas à étayer la conclusion que le requérant constitue un danger présent et futur—De plus, les rapports relatifs à l'avis objet de l'art. 70(5) et à la demande d'avis se fondent sur des preuves dont le requérant n'a pas eu connaissance et auxquelles il n'a pu répondre—Ces rapports sont teintés de parti pris et très préjudiciables à la cause du requérant—Les rédacteurs des rapports relatifs à l'avis et à la demande d'avis mettent en doute la véracité de la demande d'établissement du requérant et de sa mère, car ils soupçonnent que celle-ci n'est pas la fille de la personne qui l'a parrainée à ce titre—Cela est dû au fait que la répondante a envoyé une lettre en faveur du requérant sans dire qu'elle était sa grand-mère—Le requérant n'a pas été informé de ces soupçons et n'a pas eu l'occasion d'y répondre—Il n'a pas eu non plus l'occasion de répondre à un passage du rapport relatif à l'avis selon lequel la victime a dû déménager parce qu'elle avait peur—Antérieurement à l'arrêt *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), en l'absence de motifs, les lacunes constatées dans ces rapports sommaires constituaient des motifs d'annulation de la décision—Depuis l'arrêt *Williams*, la Cour a, dans certaines décisions, statué que la décision ne devrait pas être infirmée même en présence de lacunes dans un rapport ou l'autre, à condition que la conclusion tirée par le délégué du ministre se fonde sur une certaine preuve—Dans l'affaire *Ngo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 854 (1^{re} inst.) (QL), il est indiqué qu'un rapport erroné rédigé par un fonctionnaire ministériel où la preuve est qualifiée erronément sur un élément important peut servir de motif à l'annulation de la décision du délégué du ministre—Les fonctionnaires ont le droit de choisir les documents sur lesquels ils se sont appuyés et d'interpréter et de résumer la preuve, pourvu que les rapports soient sensiblement exacts—C'est une autre façon d'aborder l'analyse, c'est-à-dire que, pour conclure à l'existence d'une qualification erronée sur un élément important ou à celle d'un rapport sensiblement inexact, il faut qu'une décision prise par le délégué du ministre ne soit pas appuyée par la preuve—Les rapports ont été rédigés pour limiter la fréquence de l'examen exhaustif de l'ensemble du dossier présenté—L'effet cumulatif des difficultés dans ce cas d'espèce exige que la décision soit infirmée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), art. 70(5) (édité par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

SAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3163-96, juge Reed, ordonnance en date du 28-11-97, 15 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle l'intimé estime que le requérant constitue un danger pour le public du Canada—Le requérant est citoyen jamaïcain et résident permanent du Canada depuis juin 1978—Il a un dossier chargé en tant que jeune contrevenant—L'argument concernant la restriction du pouvoir discrétionnaire de l'intimé n'est pas fondé—Il n'y a rien dans le dossier qui montre que les personnes en cause dans le processus décisionnel aient limité leur jugement en se fondant d'une façon non appropriée sur la déclaration selon laquelle le requérant appartenait à «la catégorie de criminels établie par le ministre, en tant que cas type de la priorité 1»—Rien ne permet de conclure que la décision ici en cause était fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans qu'il soit tenu compte du dossier—Le «Rapport sur l'avis du ministre» ne constituait pas un facteur déterminant—L'agent McKnight ne prenait pas la décision pour le compte de l'intimé—La Cour doit présumer, en l'absence d'une preuve contraire, que le décideur était de bonne foi en tenant compte de tous les documents dont il disposait—La recommandation de l'agent McKnight ne constituait qu'un élément peu important du dossier dont disposait le décideur—Rien ne permet de conclure que le décideur était partial—Aucun élément de preuve ne justifiait une crainte raisonnable de partialité de la part du décideur—Demande rejetée.

JARRETT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4733-96, juge Gibson, ordonnance en date du 24-11-97, 8 p.)

Renvoi des visiteurs

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas refusant une demande de visa au motif que la requérante n'était pas une personne demandant à être admise au Canada à des fins temporaires—La requérante, citoyenne de Tanzanie, a déjà séjourné au Canada en vertu d'un visa de visiteur pour une période de neuf semaines en 1992—En mai 1996, la nièce de la requérante l'a invitée à venir rendre visite à sa famille et à assister à son mariage—L'intimé prétend que le litige est théorique étant donné que la requérante voulait séjourner au Canada pour assister au mariage de sa nièce qui a déjà été célébré—Il n'y a donc pas de litige actuel entre les parties—L'affaire devrait être entendue au fond—La question est de savoir si l'agent des visas a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que la requérante n'avait pas suffisamment de fonds pour demeurer un visiteur au Canada ni suffisamment d'attaches en Tanzanie—Pour décider s'il y a lieu de délivrer un visa de visiteur, l'agent des visas doit décider si la personne est un visiteur au sens de l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—Cette définition indique qu'un visiteur est une personne qui entre au Canada à des fins temporaires—Il incombe donc au requérant de prouver qu'il est un

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

visiteur—L'agent des visas n'a pas cru que la requérante avait suffisamment de fonds ou d'attaches en Tanzanie pour demeurer un visiteur au Canada—La Cour ne doit pas intervenir dans cette décision si elle n'est pas manifestement déraisonnable—Il n'y a pas d'état de compte bancaire ni d'autres éléments de preuve qui pourraient confirmer les attaches qu'elle a en Tanzanie—L'agent des visas n'a pas été convaincu qu'elle était un visiteur authentique—La décision n'est pas manifestement déraisonnable—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1).

KASSAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2660-96, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 28-11-97, 11 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

La question principale soulevée dans les trois instances concerne le droit du requérant impécunieux, réfugié au Canada, à un «avocat compétent et diligent» rémunéré par l'État pour le représenter dans une enquête en matière d'immigration convoquée pour examiner son admissibilité au Canada par suite d'allégations selon lesquelles il aurait commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre—Le requérant a été considéré, à son arrivée au Canada, comme étant un réfugié au sens de la Convention—La Cour radiera la déclaration du requérant seulement dans les cas évidents lorsqu'elle est convaincue au-delà de tout doute qu'il n'existe aucune cause raisonnable d'action—L'intimé soutient que l'aide juridique est une responsabilité provinciale—Le paiement des frais de justice par l'intimé ne pourrait se faire qu'à titre gracieux, sans obligation légale—Le Parlement a clairement reconnu à l'art. 30(1) de la Loi sur l'immigration que les personnes visées par une procédure sous le régime de la Loi ont le droit de se faire représenter par un avocat, mais à leurs frais—La Cour n'a aucune compétence légale lui permettant d'ordonner que les services d'avocat de l'intimé soient payés par l'État—Dans les circonstances de l'espèce, l'art. 7 de la Charte ne crée aucun droit général à des services d'avocat rémunérés par l'État par l'intermédiaire des ministres fédéraux—La déclaration du demandeur est radiée en vertu de la Règle 419(1)—Il est évident que l'action du demandeur ne peut réussir, car la Cour n'a aucune compétence pour ordonner le redressement sollicité—Il n'existe aucun droit général d'être représenté par un avocat rémunéré par l'intimé pour la participation du requérant à une instance en matière d'immigration—Le fait de procéder par déclaration, en vue du redressement sollicité et à l'égard de la question soulevée, n'est pas conforme aux exigences de la Loi sur l'immigration et de la Loi sur la Cour fédérale—Ordonnance accueillant la requête de l'intimé et radiant la déclaration en ce qui concerne le dossier IMM-2158-97—Les demandes de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

A.B. sont rejetées dans les dossiers IMM-2156-97 et IMM-2157-97—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 30(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7.

A.B. C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2156-97, IMM-2157-97, IMM-2158-97, juge MacKay, ordonnances en date du 10-11-97, 21 p.)

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion vers l'Iran—Le requérant demande l'autorisation, le contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a rejeté sa demande de départ du Canada pour gagner un pays où il ne sera pas en danger—L'urgence entourant la demande d'injonction n'a pas permis d'examiner de façon approfondie des questions de procédure et de faire la distinction entre la décision *Sivaraj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.) et *Sivakumar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 872 (C.A.) concernant le choix des procédures—En juin 1994, après trois condamnations antérieures depuis son arrivée au Canada, le requérant a été condamné à un emprisonnement de quatre ans pour trafic de cocaïne—Le 5 septembre 1996, une mesure d'expulsion a été prise contre le requérant pour le motif qu'il a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois avait été imposé—La question sérieuse soulevée en l'espèce ne diffère pas essentiellement de celle posée dans les affaires *Sivakumar* et *Sivaraj*—Exécution des mesures d'expulsion contestée pour des motifs fondés sur la Charte—Le requérant a soulevé une question sérieuse—Aucune question sérieuse n'est toutefois soulevée dans l'affirmation selon laquelle l'expulsion doit être reportée en attendant l'issue d'une demande, qui n'a pas encore été déposée, fondée sur l'art. 114(2)—La preuve produite par le requérant concernant le préjudice irréparable est générale et limitée—Il n'existe aucune preuve d'une évaluation du risque faite par l'intimé concernant le retour du requérant en Iran—Il existe suffisamment d'éléments de preuve non contredits selon lesquels, en tant que déserteur, le requérant s'exposerait à certaines conséquences en Iran qui ne pourraient être compensées par des dommages-intérêts—Le préjudice irréparable est directement lié à la question sérieuse—Tout succès que le requérant peut avoir en l'espèce n'aurait aucun effet pratique si, en tant que déserteur, il est renvoyé en Iran—La balance des inconvénients penche en faveur du requérant—La Cour doit peser les conséquences irréparables de son retour en Iran par rapport au pouvoir et à l'obligation légale de l'intimé dans l'exécution de la mesure d'expul-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sion—La balance des inconvénients penche en faveur de l'octroi du sursis d'exécution—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 29; ch. 29, art. 14; L.C. 1990, ch. 38, art. 1; 1992, ch. 49, art. 102; 1994, ch. 26, art. 36).

MOKTARI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4922-97, juge Lutfy, ordonnance en date du 1-12-97, 9 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance ((1995), 94 F.T.R. 262), certifiant la question de portée générale qui suit: l'art. 69.1(9.1) de la Loi sur l'immigration oblige-t-il une Commission à donner avis qu'elle envisage de conclure à une absence de minimum de fondement?—Lorsque la section du statut de réfugié conclut à l'absence d'un minimum de fondement, l'intéressé n'a pas le droit d'être inclus dans la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada et n'obtient qu'un sursis de sept jours à l'exécution de son renvoi du Canada—L'intimé est un Tamoul de religion hindoue et citoyen du Sri Lanka—La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention était dénuée d'un minimum de fondement—La question est de savoir s'il faut donner un avis précis au revendicateur avant que la Commission puisse conclure à l'absence d'un minimum de fondement à l'issue de l'audience visant à se prononcer sur le statut de réfugié au sens de la Convention—Il n'est pas expressément prescrit dans la Loi qu'un avis supplémentaire de cette question doit être donné—Il n'existe aucun droit de recevoir un avis supplémentaire au sujet de la possibilité que l'on conclue à l'absence d'un minimum de fondement—On ne peut établir une revendication du statut de réfugié sans établir d'abord, pour cette dernière, un minimum de fondement—L'une est tout à fait subordonnée à l'autre, et incluse en elle—La question d'une conclusion relative au minimum de fondement n'est pas analogue à celle d'une possibilité de refuge intérieur, pour laquelle un avis est requis—Une détermination relative au minimum de fondement est un aspect inhérent de la définition d'un réfugié au sens de la Convention—Si un avis général ou générique était donné avant la tenue d'une audience, il serait inutile car il serait donné pour la forme et n'attirerait pas l'attention du revendicateur sur le problème précis auquel il pourrait être confronté—On ne commet pas de déni de justice naturelle en omettant de donner un avis spécial concernant le risque que pose une conclusion d'absence de minimum de fondement, car cela est sous-entendu dans l'avis d'audience lui-même—Appel accueilli et réponse négative à la question certifiée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(9.1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

MATHIYABARANAM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-223-95, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 5-12-97, 10 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

STATUT AU CANADA

Citoyens

Le requérant conteste la décision par laquelle l'agente des visas a rejeté sa demande de résidence permanente, soutenant qu'elle a commis une erreur de droit en ce qui a trait au nombre de points qu'elle lui a attribués pour la connaissance qu'il avait de la langue anglaise comme première langue officielle et qu'elle a agi de façon à soulever une crainte raisonnable de partialité lorsqu'elle a rendu sa décision—Demande accueillie—Les principes de justice naturelle et d'équité procédurale s'appliquent à la rencontre que l'agente des visas a tenue avec le requérant—L'agente des visas a dit à l'épouse du requérant de se taire («*shut up*») pendant qu'elle vérifiait la connaissance de l'anglais de celui-ci—L'emploi de termes dénotant un manque de contrôle de la part de l'agente des visas lors de la rencontre ne peut être justifié ou toléré—L'emploi de termes de cette nature a sans doute nui à l'ambiance qui devait régner lors d'une entrevue au cours de laquelle le requérant était tenu de prouver à l'agente des visas qu'il respectait les critères prescrits pour entrer au Canada—Crainte raisonnable de partialité.

JIANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1215-97, juge Lutfy, ordonnance en date du 17-11-97, 7 p.)

Le juge de la citoyenneté a approuvé la demande de citoyenneté entre le 12 juin et le 5 juillet 1996—Le 5 juillet, l'agent ou le directeur a préparé une note interne au greffier pour dire qu'il n'était pas d'accord avec la décision du juge—Le 8 juillet, le directeur a notifié au juge le renvoi du dossier à Ottawa pour qu'il soit interjeté appel de la décision—Le juge a demandé à revoir le dossier—Entre le 8 et le 12 juillet, le juge a infirmé la décision—Le 16 juillet, le requérant a reçu un avis selon lequel la citoyenneté lui était refusée pour le motif qu'il ne répondait pas aux conditions de résidence—D'où le présent appel—Le 17 septembre 1997, le directeur du Centre d'enregistrement de la citoyenneté indiquait dans une note interne la suite des faits et mentionnait au juge de la citoyenneté que les dossiers douteux seraient renvoyés directement au ministre sans que «le juge les réexamine»—L'art. 14(2) de la Loi sur la citoyenneté prévoit que le juge de la citoyenneté approuve ou rejette la demande selon qu'il conclut ou non à la conformité de celle-ci—Les attributions d'un juge de la citoyenneté sont surtout judiciaires, en ce sens que les décisions qu'il rend sont rendues conformément à la loi—Qu'il puisse ou non tenir compte également de la politique administrative, c'est-à-dire des grandes questions d'intérêt public se rapportant à la citoyenneté, le juge doit approuver ou rejeter la demande uniquement selon qu'il conclut ou non à la conformité de celle-ci—Après avoir

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

rendu une décision favorable, le juge de la citoyenneté est dépouillé de sa fonction—Il aurait fallu, après cela, que le ministre procède par voie d'appel—Le juge de la citoyenneté a commis une erreur de droit—Si le ministre est en désaccord avec la décision d'un juge de la citoyenneté, son seul recours est de faire appel de cette décision—Puisque le juge de la citoyenneté était dépouillé de sa fonction, l'appel aurait dû être interjeté par le ministre et non par le requérant—Il n'a pas été interjeté appel de la bonne décision—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c), 14(2).

WONG (RE) (T-2003-96, juge Wetston, jugement en date du 18-11-97, 4 p.)

Appel interjeté de l'octroi de la citoyenneté—L'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté impose une période de résidence de trois ans dans les quatre ans qui ont précédé la demande de citoyenneté—L'intimée a accumulé un peu plus de 100 jours de résidence physique au Canada dans les quatre années antérieures, ce qui fait qu'il lui manque 994 jours—L'appelant laisse entendre que l'intimée n'a pas satisfait aux critères imposés par la thèse de la résidence imputée énoncée dans *Re Papadogiorgakis*, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.)—Appel accueilli—Le manque réel de 994 jours sur un nombre possible de 1095 jours est un fait objectif qui sape considérablement toute conclusion que l'intimée, à partir de la date de son établissement au Canada, a adopté des attitudes et valeurs canadiennes—Le juge de la citoyenneté a dérogé aux indices figurant dans *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1^{re} inst.) lorsqu'il s'agissait de déterminer l'existence d'une résidence imputée—La proportion des jours d'absence par rapport aux jours de résidence est de 10 contre 1—Bien qu'en soi cette proportion ne soit pas déterminante, elle est à l'extrême de la générosité jurisprudentielle—Preuve insuffisante quant aux attaches continues avec la famille—Visites peu fréquentes et brèves—Les endroits où l'intimée se trouvait pendant l'été, les vacances de Noël, les congés de Pâques ne figurent pas dans le dossier—Les autres indices qui ont été examinés relativement aux questions de résidence, à savoir les permis de conduire, les cartes de santé, les comptes en banque, n'ont guère de valeur probante—La Cour doit, à l'occasion d'un appel, hésiter à étendre les formules mathématiques au-delà des calculs des jours de résidence et d'absence—Différents poids peuvent être attribués à chaque critère—L'expression des désirs, des souhaits ou des buts subjectifs doit toujours être étayée par des éléments plus objectifs pour permettre de tirer des conclusions plus solides—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. LUI (T-2249-96, juge Joyal, jugement en date du 12-12-97, 6 p.)

Appel de la décision d'un juge de la citoyenneté—Appel rejeté—L'appelante possède une connaissance minimale de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

l'anglais et certaines connaissances au sujet du Canada, mais ne connaît pas suffisamment les deux comme l'exige la Loi sur la citoyenneté—Le conjoint de l'appelante reçoit actuellement des prestations d'assistance sociale—L'appelante exerce un petit emploi quelconque à temps partiel—Elle ne subvient pas aux besoins de ses deux enfants, qui ont quitté la maison familiale, même s'ils poursuivent leurs études et reçoivent une aide du gouvernement (y compris les frais de scolarité et de subsistance)—Ils n'ont aucun emploi à temps partiel—L'appelante aurait dû chercher à convaincre ses enfants de rester à la maison pour l'aider à améliorer le bien-être de la famille et à recourir le moins possible à l'assistance publique—Tous les citoyens doivent tenter d'être autonomes et tant les parents que les enfants devraient reconnaître qu'ils sont tenus de s'aider mutuellement sur le plan financier lorsque les circonstances l'exigent—En conséquence, la Cour a de sérieuses raisons de douter que l'appelante comprenne les responsabilités liées à la citoyenneté—La Cour a également des doutes sur la crédibilité de l'appelante, qui soutient demander la citoyenneté afin de pouvoir voter alors qu'elle a une connaissance très restreinte des partis politiques et des chefs politiques du Canada—Compte tenu des circonstances, il ne s'agit pas d'un cas à renvoyer au ministre pour que celui-ci dispense l'appelante des exigences liées aux connaissances—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.

TRAN (RE) (T-49-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 14-11-97, 3 p.)

COURONNE**PRÉROGATIVES**

Demande d'injonction suspendant les procédures actuellement en cours jusqu'à ce qu'ait été entendue et tranchée la principale question, une demande d'ordonnance déclarant que le gouverneur en conseil ne pouvait révoquer le requérant sans se conformer à l'art. 69 de la Loi sur les juges—Le requérant, président du Conseil canadien des relations du travail, a été nommé par le gouverneur en conseil pour un mandat de 10 ans, à titre inamovible (révocation motivée seulement)—Après qu'un journal et le vérificateur général eurent signalé ses dépenses de voyage et d'hospitalité excessives, le ministre du Travail a annoncé à la Chambre qu'il avait l'intention de renvoyer le requérant, et que des mesures légales permettant au gouverneur en conseil de révoquer le requérant avaient été prises—Étant donné la nature de ses fonctions, très proches des fonctions judiciaires, le requérant soutient que le processus d'enquête suivi par le Conseil canadien de la magistrature en application de l'art. 69 de la Loi sur les juges est le seul à assurer la tenue d'une enquête complète, équitable et impartiale—Le requérant soutient également que le préjudice que subirait lui-même et l'institution dont il est le président serait grave

COURONNE—Fin

et irréparable, et que le retard dans la décision définitive ne causerait pas de préjudice à l'intimé—Demande rejetée—Il n'existe guère de jurisprudence sur ces cas—En fait, le «comportement» de la part des personnes nommées par décret peut être déterminé cas par cas, la Couronne, par l'entremise du gouverneur en conseil, se réserve la prérogative judiciaire ultime de déterminer quand le «comportement» est ou non compatible avec une charge particulière—L'intrusion judiciaire dans le domaine de la prérogative ultime est une question très délicate—Bien que la cause du requérant soit assez valable pour satisfaire au premier stade (cause défendable) du critère à trois volets applicable dans les procédures de suspension d'instance, il n'a pas établi l'existence d'un préjudice irréparable—On ne saurait préjuger de l'issue de l'affaire—De plus, lorsque l'intimé représente une autorité publique, on doit examiner la question de la prépondérance des inconvénients de façon plus globale et tenir compte des intérêts du public en général, auquel ces obligations sont dues—Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 28; 1993, ch. 34, art. 89).

WEATHERILL C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-18-98, juge Joyal, ordonnance en date du 23-1-98, 16 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Normes de contrôle—Demande de contrôle judiciaire du jugement du Tribunal canadien du commerce extérieur, annulant l'ordonnance portant que le dumping en Colombie-Britannique d'oignons jaunes originaires ou exportés des États-Unis et destinés à être utilisés ou consommés en Colombie-Britannique a causé ou est susceptible de causer un préjudice sensible à la production de marchandises canadiennes semblables—Normes appropriées de contrôle—La gamme complète des mesures de contrôle judiciaire est décrite dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557—Le Tribunal est manifestement un organisme spécialisé, mais ses décisions ne sont pas protégées par une véritable clause privative, mais plutôt soumises à un contrôle judiciaire—Néanmoins, il faut faire preuve d'une grande retenue à l'égard des décisions du Tribunal, surtout lorsque celui-ci traite de questions qui touchent au cœur de ses compétences—Par conséquent, il existe, entre le simple caractère raisonnable et le caractère manifestement déraisonnable, une quatrième norme de contrôle, réservée aux décisions qui ont été rendues par un tribunal spécialisé, sur une question relevant de son champ d'expertise et qui ont été soumises à un tribunal supérieur par voie de demande de contrôle judiciaire—Cette quatrième norme de contrôle exige davantage de retenue à l'égard des conclusions du tribunal que celle qui est manifestée envers

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

les tribunaux spécialisés protégés par une véritable clause privative—Demande rejetée—Même si le Tribunal a commis une erreur en mentionnant que, par le passé, les oignons américains n'avaient été vendus qu'occasionnellement à des prix inférieurs, cette erreur n'est pas manifestement déraisonnable étant donné qu'elle a constitué un facteur relativement mineur dans la décision finale de la Commission—Toutefois, n'eût été les faits uniques de la présente espèce, le raisonnement dans *Assoc. canadienne des fabricants de pâte alimentaire c. Aurora Importing & Distributing Ltd. et al.* (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.) aurait été suivi et la demande de contrôle judiciaire aurait été accueillie.

BRITISH COLUMBIA VEGETABLE MARKETING COMMISSION C. WASHINGTON POTATO AND ONION ASSN. (A-435-97, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 5-11-97, 6 p.)

Jugements déclaratoires

Requêtes visant l'annulation de la demande de contrôle judiciaire au motif que celle-ci n'a pas été déposée dans le délai prévu à l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale, car elle l'a été longtemps après la fin de la période de 30 jours qui a suivi le dépôt du rapport de la commission—La demande de contrôle judiciaire visait à obtenir une déclaration portant que l'évaluation environnementale, faite par la commission, du projet d'exploitation houillère de Cheviot n'a pas satisfait aux exigences de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (la Loi), et une ordonnance interdisant au ministre des Pêches et Océans de donner toute autorisation en vertu de la Loi sur les pêches jusqu'à ce qu'il ait été satisfait à la Loi, l'entente concernant le projet d'exploitation houillère de Cheviot et toutes les autres lois fédérales applicables—Requêtes rejetées—Les requêtes ne satisfont pas au critère préliminaire très exigeant énoncé dans l'arrêt *Pharmacia Inc. v. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 209 (C.A.F.)—La Cour doute fortement que ce rapport constitue une «décision ou ordonnance» au sens de l'art. 18.1(2)—Le rapport devrait être considéré comme une étape préliminaire essentielle, prévue par la Loi, qui précède la décision du ministre de donner son autorisation en vertu de l'art. 35 de la Loi sur les pêches—Cette décision n'a pas encore été prise—L'avis de requête introductive d'instance vise principalement à empêcher le ministre de rendre cette décision au motif que le rapport de la commission est irrémédiablement vicié—L'interdiction est une réparation expressément visée par l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—Son exercice ne dépend pas de l'existence préalable d'une décision ni d'une ordonnance—Le fait que la demande ait été déposée plus de 30 jours après le dépôt du rapport de la commission mais avant que le ministre ne prenne de décision ne la rend pas «à ce point clairement inappropriée qu'elle est dénuée de toute possibilité de succès»—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. (1990), ch. 8, art. 4), 18.1 (mod.,

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

idem, art. 5)—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. (1992), ch. 37—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35.

ALBERTA WILDERNESS ASSN. C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-2354-97, juge Hugessen, ordonnance en date du 2-12-97, 6 p.)

DROIT MARITIME

Montant de la garantie d'exécution à fournir pour faire lever la saisie sur le navire *Filomena Lembo*—Le montant de la réclamation est de 495 025 \$US, soit le coût de la réparation du navire—Le contrat prévoit que les montants dus en vertu du contrat portent intérêt à 6 % par mois—Le prix du contrat était devenu exigible en janvier 1997—La demanderesse supposait que la cause s'étendrait sur une période d'au moins deux ans, ce qui lui donne droit à des intérêts de 730 000 \$US; elle était disposée à accepter une garantie d'exécution de 1 000 000 \$US—Les propriétaires du navire font valoir que le taux d'intérêt de 6 % par mois est illégal et outrancier—L'interdiction faite par l'art. 347(1) du Code criminel de percevoir des intérêts à un taux criminel ne s'applique pas étant donné que le contrat de réparation a été conclu en Croatie et que le droit qui s'y applique est le droit anglais—L'art. 4 de la Loi sur l'intérêt, qui prévoit un taux d'intérêt limité à 5 % par année lorsqu'un taux pour une période de moins d'un an n'est pas exprimé sous la forme d'un taux annuel équivalent, n'est pas pertinent lorsque le contrat est régi par le droit d'un pays étranger—Le taux d'intérêt est déterminé selon le droit applicable au contrat—La garantie d'exécution est donc fixée au montant de 1 000 000 \$US—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347(1)—Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15, art. 4.

VIKTOR OVERSEAS LTD. C. FILOMENA LEMBO (LE) (T-2241-97, juge Nadon, ordonnance en date du 19-11-97, 6 p.)

PRATIQUE

Garantie d'exécution—Appel d'ordonnances du protonotaire concernant le montant de la garantie d'exécution et la production d'un affidavit supplémentaire—L'action principale concerne des dommages-intérêts au montant de 590 000 \$ (336 954 \$ pour perte de profits par suite de l'incapacité de faire expédier la cargaison d'Eilat; 138 920 \$ pour les droits de péage relatifs au deuxième passage du navire dans le canal de Suez; un solde de 114 387 \$ sur le contrat de louage qui est dû par le propriétaire de la défenderesse) pour manquement à la charte-partie conclue entre les parties—Le navire *Necat A* de la défenderesse a été saisi et une mainlevée a été accordée sur paiement d'une garantie d'exécution de 605 000 \$—Sur dépôt d'une requête par la défenderesse, le protonotaire a annulé la garantie d'exécu-

DROIT MARITIME—Suite

tion pour deux des trois réclamations de la demanderesse (perte de profits et droits de passage dans le canal de Suez), réduisant ainsi la garantie à 124 387 \$, en y ajoutant une garantie supplémentaire de 10 000 \$ pour les frais juridiques—Saisie: la demanderesse a le fardeau de prouver que la saisie est nécessaire pour protéger ses droits et qu'elle a été exécutée légalement—Dans une demande présentée pour obtenir la mainlevée, sans qu'il y ait versement d'une garantie d'exécution, la défenderesse aura le fardeau de prouver que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action, qu'elle est futile ou vexatoire au sens de la Règle 419—La jurisprudence canadienne concernant la détermination de la garantie d'exécution dans le cadre d'une saisie a généralement suivi l'arrêt anglais *Moschanthy (The)*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 37 (Adm.): le demandeur a droit à une garantie d'exécution suffisante pour couvrir le montant de sa réclamation majorée des intérêts et des frais en s'appuyant sur la meilleure cause qu'il peut raisonnablement faire valoir; en outre la Cour ne peut instruire la cause dans des procédures interlocutoires comme celles qui concernent la garantie d'exécution—Il n'est pas manifeste et hors de tout doute que la demanderesse n'a pas de cause à faire valoir en droit pour les pertes de profits—Les calculs spéculatifs, aussi attrayants qu'ils puissent paraître à première vue, ne sont pas suffisants—Le protonotaire a eu tort de réduire à zéro la garantie d'exécution relative à la réclamation concernant les pertes de profits à moins qu'il n'ait conclu définitivement que la meilleure cause raisonnablement défendable de la demanderesse était dans les faits tout à fait impossible à faire valoir—La réclamation concernant les droits de passage dans le canal de Suez: à la lecture du dossier, la défenderesse a établi une cause raisonnablement défendable même si la facture n'est toujours pas payée—Il n'y a aucune justification d'avoir réduit, surtout pas à zéro, la garantie d'exécution sur cette partie de la réclamation—En réduisant à zéro la garantie d'exécution pour la réclamation relative aux pertes de profits et aux droits de passage dans le canal de Suez, le protonotaire indique implicitement que la saisie était illégale et que la garantie d'exécution est inutile pour ce qui concerne ces deux réclamations—Ces conclusions ne reflètent pas une application appropriée de la meilleure cause raisonnablement défendable dont le critère a été énoncé dans l'arrêt *The Moschanthy*—Le protonotaire a commis une erreur puisqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire en s'appuyant sur un mauvais principe au sens de l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—Le pouvoir discrétionnaire qui était conféré au protonotaire en première instance doit maintenant être exercé par la cour de révision—La réclamation pour perte de profits de la demanderesse représente près de 60 % des revenus prévus concernant cette expédition—La garantie d'exécution pour cette réclamation est réduite de moitié; le montant de la garantie, représentant un bénéfice de près de 30 % des revenus, est suffisant pour protéger les droits de la demanderesse—Pour le reste, la garantie d'exécution demeure la même—Garantie

DROIT MARITIME—Suite

d'exécution établie à 436 784 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

AMICAN NAVIGATION INC. C. DENSAAN SHIPPING CO.
(T-1357-97, juge Lutfy, ordonnance en date du
21-10-97, 12 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Partage de la responsabilité—Les défendeurs ont soutenu que, comme le mari de la demanderesse était partiellement en faute pour l'accident, elle ne devrait pas recevoir de dommages-intérêts—Ils ont cité l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.* (1995), 126 D.L.R. (4th) 1 (C.A.T.-N.); conf. par [1997] A.C.S. n° 111 (QL)—Le juge de première instance dans cette affaire avait conclu qu'en droit maritime canadien, la négligence contributive constituait un moyen de défense complet contre toute action d'un demandeur—La Cour d'appel de Terre-Neuve a jugé que le droit maritime canadien s'appliquait à la faute à laquelle les dommages étaient imputables et qu'il exigeait un partage de la responsabilité en cas de négligence contributive, soit parce que la Contributory Negligence Act de Terre-Neuve s'appliquait, soit parce que le droit maritime canadien en soi prévoyait le principe du partage—Le droit maritime canadien n'a pas pour effet de priver la demanderesse de son droit à une réparation du fait de la négligence contributive de son mari—Permission accordée de plaider de façon particulière et d'invoquer la Negligence Act de la Colombie-Britannique conformément à la Règle 420 des Règles de la Cour fédérale, qui permet à la Cour d'amender les plaidoiries à tout stade d'une action—Aucun préjudice n'a été causé à l'une ou l'autre des parties du fait de la modification—La décision en l'espèce se fonde sur les mêmes fondements subsidiaires que ceux qui ont été adoptés par la Cour d'appel de Terre-Neuve, au lieu de ne s'appuyer que sur le droit maritime canadien—La faute entre les défendeurs est à 70% imputable à la défenderesse Sea Link et à 30% à la Couronne—Bien que le préposé de la Couronne ait fait preuve de négligence en n'examinant pas la façon dont fonctionnerait ce tandem, il a, dans une certaine mesure, été amené à adopter cette position par la position peu sincère du préposé de Sea Link qui faisait en sorte que le tandem remorqueur/barge ne soit pas classé comme unité composite parce que cela aurait pu causer un durcissement des exigences en matière de dotation en personnel, c'est-à-dire des frais plus élevés pour lui—Cette tragédie aurait pu être évitée s'il s'était moins préoccupé de son propre intérêt économique et davantage préoccupé de la sécurité de ses navires pour les tiers quand ils naviguaient—Même si plusieurs causes ont contribué à l'accident, notamment la mauvaise interprétation des règlements par un autre préposé de la Couronne et la fatigue du mari de la demanderesse, la plus grande partie de la responsabilité est imputable à la défenderesse Sea Link—C'est l'utilisation du projecteur par

DROIT MARITIME—Fin

l'opérateur du tandem remorqueur/barge qui a poussé le mari de la demanderesse à virer brusquement et à chercher à traverser devant la proue du tandem remorqueur/barge—La conduite de la défenderesse Sea Link (le manque de sincérité, d'honnêteté, les allégations non corroborées) mérite que des dépens supplémentaires soient adjugés—Il a été ordonné à l'officier taxateur d'appliquer la Colonne V de la Partie II du Tarif B—La Negligence Act de la Colombie-Britannique n'est pas applicable pour exiger que le partage des dépens se fasse en fonction du partage de la responsabilité—La loi provinciale ne s'applique qu'en cas de silence de la loi fédérale applicable—La Règle 344 des Règles de la Cour fédérale prévoit que les dépens sont adjugés à la discrétion du juge de première instance, notamment en ce qui concerne leur somme et leur répartition, ainsi que les personnes qui doivent les supporter—Le résultat de l'instance et le partage de la responsabilité sont parmi les facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'adjudication des dépens—Il n'existe aucune lacune juridique à combler par un renvoi à la loi provinciale—La Règle 344 régit l'adjudication des dépens—Il est approprié de ne pas réduire l'allocation des dépens taxés de la demanderesse à cause de la négligence contributive pour les mêmes motifs qui justifient une augmentation des dépens—De plus, la demanderesse elle-même n'a pas été négligente et le degré de faute attribué à son mari n'est pas élevé—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), 420—Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 298—Contributory Negligence Act, R.S.N. 1990, c. C-33.

KAJAT C. ARCTIC TAGLU (LE) (T-1724-94, juge Reed, ordonnance en date du 4-12-97, 11 p.)

FONCTION PUBLIQUE**FIN D'EMPLOI**

Demande en vue de l'annulation d'une décision dans laquelle un arbitre a conclu que le requérant devrait se voir accorder des dommages-intérêts plutôt que d'être réintégré—Le requérant a commencé à travailler pour le SCRS en 1989 à titre d'agent principal—Il a été licencié en vertu de la politique de réaménagement des effectifs (la PRE) et à la suite d'un exercice d'ordre inverse du mérite (OIM)—Le requérant s'est plaint du licenciement en alléguant qu'il s'agissait d'une mesure disciplinaire déguisée sous le couvert de la PRE et de l'exercice OIM—Il a demandé la réintégration comme redressement à tous les paliers de la procédure de présentation des griefs—Le SCRS a rejeté tous les griefs—L'arbitre a conclu que le requérant retirerait beaucoup plus d'avantages d'un paiement en remplacement de la réintégration—L'arbitre a-t-il commis une erreur en concluant que le requérant retirerait plus d'avantages d'un paiement en remplacement de la réintégration, sans entendre

FONCTION PUBLIQUE—Fin

les parties sur ce point?—L'arbitre a-t-il violé les principes de justice naturelle en ne donnant pas aux parties la possibilité de se faire entendre sur la question du redressement, une fois qu'il eut présumé que la réintégration n'était pas une solution appropriée?—L'arbitre n'a pas invité les parties à présenter des observations ou des preuves au sujet du calcul de l'indemnité ou du montant des dommages-intérêts—Il a uniquement fondé son calcul sur le nombre d'années de service du requérant dans la fonction publique, sur l'absence d'un dossier disciplinaire et sur le fait que le requérant avait touché son salaire jusqu'au 1^{er} avril 1996—L'arbitre aurait dû donner au requérant ainsi qu'à l'intimé la possibilité de présenter des observations et des preuves sur la méthode de calcul et sur le montant des dommages-intérêts devant être accordés au requérant—L'arbitre ne disposait d'aucun élément de preuve se rapportant à la perte du droit à pension du requérant, à la possibilité pour le requérant de trouver un autre emploi, aux délais de préavis ou à la valeur des avantages perdus—L'équité procédurale exige que le requérant et l'intimé aient la possibilité de traiter de la question du montant des dommages-intérêts en présentant des observations et des preuves—La partie de la décision de l'arbitre dans laquelle est fixé le montant des dommages-intérêts accordés au requérant est infirmée.

MATTHEWS C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)
(T-623-97, juge Richard, ordonnance en date du 8-12-97, 7 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Appel d'une décision de la Cour de l'impôt accueillant l'appel d'une nouvelle cotisation établie au sujet de l'année d'imposition 1989—Erreur d'inscription d'un paiement faisant partie du prix d'achat d'une nouvelle maison (un chèque de 28 490,37 \$ a été libellé par la fille du contribuable et tiré sur le compte bancaire de la société pendant que le contribuable était en vacances) qui a été considéré comme une dépense d'exploitation alors qu'il aurait dû être porté au débit du compte de prêt de l'actionnaire—Quand l'erreur a été découverte en 1991, la dépense d'exploitation a été refusée, et le contribuable a fait l'objet d'une nouvelle cotisation dans laquelle son revenu a été augmenté au motif que la société lui avait accordé un avantage en sa qualité d'actionnaire aux termes de l'art. 15(1) de la Loi—En accueillant l'appel du contribuable, le juge de la Cour de l'impôt a interprété l'art. 15(1) de la façon suivante: un avantage peut être conféré, au sens de cet article, sans qu'on ait eu l'intention de le faire ou sans que l'actionnaire ou la société en ait été véritablement informé si les circonstances sont telles que l'actionnaire ou la société auraient dû savoir qu'un avantage était ainsi conféré et n'a rien fait pour annuler cet avantage—Et même si une erreur a véritable-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

ment été commise au niveau de la tenue de livres, le tribunal peut conclure que l'erreur aurait dû être détectée par la société ou les actionnaires ou par les vérificateurs—La preuve appuie raisonnablement la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle la somme en question a été portée aux dépenses de l'entreprise en toute bonne foi et sans que l'on sache qu'une erreur avait été commise, alors qu'elle aurait dû être portée au débit du compte de prêt de l'actionnaire—Il n'y a pas de raison d'intervenir avec l'interprétation donnée par le juge de la Cour de l'impôt de l'article 15(1)—Dans la décision *Long c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 722, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'une simple erreur de ce genre (erreur de redressement d'un compte de prêt), qui peut facilement être corrigée, ne donne pas lieu à un assujettissement à l'impôt, et il ajoute qu'une erreur de tenue de livres dont l'actionnaire unique n'était pas au courant, qu'il n'a pas approuvée et qui n'était pas conforme aux pratiques suivies par la société ne constitue pas en réalité une méthode, un arrangement ou un plan visant à conférer un avantage à l'actionnaire en sa qualité d'actionnaire—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(1) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 8).

CANADA C. CHOPP (A-87-95, juge Denault, J.C.A. (de droit), jugement en date du 13-11-97, 5 p.)

Appel formé contre une décision de la C.C.I. selon laquelle la remise de la taxe de vente fédérale (TVF) en vertu de la Loi sur la taxe d'accise ne devait pas être incluse dans le revenu du contribuable pour l'année de sa réception—L'art. 12(1)x(iv) de la Loi de l'impôt sur le revenu exige que soient inclus dans le revenu les montants reçus dans l'année, en tirant un revenu d'une entreprise ou d'un bien, d'un gouvernement, à titre de remboursement à l'égard d'une dépense—Entre le 1^{er} décembre 1985 et le 31 décembre 1989, le contribuable a versé la somme de 2 794 438 \$ à la Couronne au titre de la TVF en vertu de la Loi sur la taxe d'accise—Il a déduit la TVF versée à titre de dépense dans le calcul de son revenu imposable—Il a demandé la remise de certains montants versés à titre de TVF jusqu'au 2 janvier 1988 pour le motif que ces montants avaient été versés par erreur—Le MRN a remis la somme de 2 794 438 \$—Le contribuable a déduit la remise à titre d'«autre revenu se rapportant à des années antérieures» dans le calcul de son revenu pour son année d'imposition se terminant le 1^{er} janvier 1994—Le MRN a inclus la remise dans le revenu de l'année de sa réception—Appel rejeté—Un premier sens de «*reimbursement*» est associé à l'indemnisation au moyen du paiement à quelqu'un d'une dépense engagée ou d'une perte subie; un deuxième sens est celui de simple paiement ou remise—Le mot «*refund*» a le sens premier de restitution ou remise d'une somme d'argent reçue ou prise et un deuxième sens de remboursement—Le terme ainsi qu'il est utilisé à l'art. 12(1)x(iv) est limité par le contexte—L'affaire *Westcoast Energy Inc. c. Canada*,

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

[1991] 3 C.F. 302 (1^{re} inst.), indique clairement que ce n'est pas tout paiement ou remise qui peut être considéré comme un remboursement au sens de l'art. 12(1)x(iv)—Dans tous les exemples du mot «*reimbursement*», il existe un échange d'avantages entre les parties respectives—Dans le cas de la remise de sommes versées par erreur, il n'existe pas d'échange d'avantages entre les parties respectives: l'argent est simplement remis au payeur—Bien que la notion de «*reimbursement*» implique généralement l'intervention d'un tiers, celle de «*refund*» implique la simple remise d'argent entre deux parties—Dans la Loi sur la taxe d'accise et la Loi de l'impôt sur le revenu, le législateur a envisagé la remise de sommes d'argent versées par erreur par un contribuable comme un *refund* et non pas comme un *reimbursement*—Le mot «*reimbursement*» figurant à l'art. 12(1)x(iv) n'inclut pas le mot «*refund*»—La remise ne devrait pas être incluse dans le revenu de l'année 1994—Le ministre est autorisé, sous réserve de certaines limites prévues par la Loi, à rouvrir les comptes des années précédentes et à établir de nouvelles cotisations à leur égard—Un moyen approprié et équilibré est prévu pour corriger les erreurs faites de bonne foi, sans créer d'injustice envers les parties concernées—L'argument selon lequel le ministre ne pourra pas établir dans le délai imparti une nouvelle cotisation après le litige ne tient pas compte du fait que le ministre peut réclamer du contribuable une renonciation au délai et, en cas de refus, procéder à une nouvelle cotisation en fonction du montant en litige—Ce qui ressort de la présente affaire, c'est l'absence de coordination à l'époque au sein du ministère fédéral du Revenu entre le personnel chargé de la perception de la TVF et celui chargé de la perception des impôts—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)x(iv) (édicte par L.C. 1986, ch. 6, art. 6; 1990, ch. 45, art. 39)—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15.

CANADA C. CANADA SAFEWAY LTD. (A-896-96, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 26-11-97, 13 p.)

Déductions

Appel formé contre une décision de la Section de première instance refusant une déduction pour inventaire ([1993] 2 C.T.C. 325)—Appel rejeté—Il s'agit principalement de savoir si l'appelante détenait des stocks pouvant faire l'objet d'une déduction pour inventaire—Pour que la déduction soit accordée, trois conditions doivent être respectées: le contribuable doit détenir un titre de propriété sur les marchandises qu'il peut vendre; celles-ci doivent être décrites dans l'inventaire du contribuable au titre de l'entreprise exploitée par ce dernier pendant l'année; les marchandises doivent être détenues en vue d'être vendues dans le cours normal de l'exploitation de l'entreprise, sous réserve de la distinction entre les produits finis et les produits non finis—L'appelante GSW Ltd. était une filiale en propriété

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

exclusive de GSW et exploitait une entreprise de fabrication et de vente d'appareils ménagers—En septembre 1976, GSW a conclu avec la Compagnie générale électrique du Canada Ltée un accord de fondation visant à intégrer les entreprises de fabrication de gros appareils ménagers des deux sociétés—Elles ont convenu de former une nouvelle société, CAMCO, qui devait acquérir tous les éléments d'actif des filiales de CGE et de GSW (y compris ceux de l'appelante)—En décembre 1976, GSW a conclu avec CAMCO un accord de transfert d'éléments d'actif dont la date de conclusion serait le 4 janvier 1977—L'appelante a ensuite tenté de déduire la valeur de ses biens en inventaire en invoquant l'art. 20(1)gg de la Loi pour l'année 1977 (et sur une base rétrospective pour l'année 1976)—Le MRN a refusé la déduction—Le juge de première instance a décidé que, étant donné que l'appelante avait déjà conclu l'accord de transfert d'éléments d'actif avant le début de l'année 1977, elle ne détenait pas de biens corporels en vue de les vendre dans le cours normal de l'exploitation de l'entreprise et il a confirmé le refus—La décision *Bastion Management Ltd. c. Canada*, [1995] 2 C.F. 709 (C.A.) n'a pas à être réexaminée à la lumière de la version française du texte législatif, qui n'avait pas alors été portée à l'attention de la cour dans *Bastion*—Rien dans la version française du texte ne mène à une interprétation différente de l'art. 20(1)gg; elle confirme de fait l'interprétation donnée dans l'arrêt *Bastion*—Il importe de se rappeler l'objet qui sous-tend la disposition: il s'agit d'une subvention que l'État offre par l'entremise du régime fiscal afin d'aider les entreprises qui sont forcées de supporter les coûts d'un inventaire en période d'inflation—La raison d'être de la disposition législative ne s'applique pas à la situation de l'appelante: GSW n'aurait pas été lésée en cas de fluctuations du marché ou de poussée inflationniste, parce que le prix avait déjà été fixé par les accords signés en 1976—Donc, attendu que les produits finis doivent également être détenus en vue d'être vendus dans le cours normal de l'exploitation de l'entreprise, en tout temps au cours de l'année d'imposition 1977, l'appelante a détenu les biens en vue de les transférer à CAMCO—Elle ne les a pas détenus pour les vendre dans le cours normal de l'exploitation de son entreprise de façon à pouvoir invoquer la déduction prévue à l'art. 20(1)gg—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)gg (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14).

GSW APPLIANCES LTD. C. CANADA (A-69-94, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 18-11-97, 13 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a accepté comme dépenses d'exploitation en vertu de l'art. 18(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu une somme de 269 629,69 \$ que l'intimée a dû payer à la British Columbia Egg Marketing Board, à titre de prélèvement pour production supérieure au contingent—Ce genre de prélèvement vise à réaliser l'objectif du plan, notamment la production régulière de produits naturels dans la province—

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

L'intimée aurait pu exploiter son entreprise de façon à éviter de produire un surplus de poules pondeuses, ce qu'elle admet avoir fait intentionnellement—Il y a une raison d'ordre public très convaincante à faire valoir en l'espèce pour que l'intimée soit empêchée de réclamer comme dépenses d'exploitation ce prélèvement pour production supérieure au contingent qu'elle a dû payer— Il est manifestement contraire à l'objectif du plan de commercialisation de permettre aux producteurs de se livrer à des activités semblables à celles de l'intimée pour les autoriser ensuite à réclamer comme dépenses d'exploitation les prélèvements qui leur sont imposés sur les dépassements de contingents admissibles—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 18(1)a).

CANADA C. 65302 BRITISH COLUMBIA LTD. (A-125-95, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 6-11-97, 3 p.)

CORPORATIONS

Appel d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a jugé que la demanderesse était assujettie à l'impôt sur le revenu en raison d'un prêt d'actionnaire qu'elle avait reçu (T-47-91)—Demande fondée sur la négligence de la défenderesse, dans laquelle la demanderesse affirme que ce sont les actes du ministère du Revenu lui-même qui l'ont empêchée de rembourser son prêt—Le mari de la demanderesse s'est trouvé engagé, en 1984, dans plusieurs entreprises qui se sont prévaluées des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu relatives au crédits d'impôt pour la recherche scientifique—Les deux compagnies en cause en l'espèce sont la 285614 Alberta Ltd. (la 614) et l'Albion Transportation Research Corporation (l'Albion)—Le 30 octobre 1984, l'Albion a approuvé, par résolution, l'octroi d'un prêt de 750 000 \$ à la demanderesse—L'argent a servi à acheter une maison et un terrain d'environ 160 acres (la propriété de Priddis)—En juillet 1985, la demanderesse et son mari ont envisagé la possibilité de transférer le titre de propriété de la propriété de Priddis de la demanderesse à la compagnie 614—Ce transfert de propriété n'a pas eu lieu, parce que Revenu Canada surveillait à l'époque les compagnies Albion relativement à une possible fraude fiscale—En septembre 1985, un avis de cotisation a été envoyé relativement au transfert de la propriété de Priddis de l'Albion Transportation Research Corporation à la demanderesse—L'avis de cotisation qui a été délivré était manifestement erroné à sa face même, étant donné que la propriété de Priddis n'avait pas été transférée de l'Albion à la demanderesse—La propriété a été acquise d'un vendeur avec qui l'acquéresse n'avait aucun lien de dépendance—En juin 1988, Revenu Canada a envoyé à la demanderesse un avis de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1984—L'impôt dû a été fixé à 342 101,53 \$, sur le fondement de la réception d'un avantage conféré à un actionnaire—L'art. 15(2) énumère les conditions qui doivent être respectées pour qu'un avantage

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

conféré à un actionnaire soit exclu de son revenu—L'appel interjeté par la demanderesse de la cotisation fiscale devant la Cour de l'impôt a été rejeté—La Cour n'a pas le pouvoir d'accorder la réparation demandée—Le pouvoir de la Cour consiste à déterminer le bien-fondé des décisions du ministre en appliquant aux faits de l'affaire du contribuable les règles de droit applicables, principalement celles contenues dans la Loi de l'impôt sur le revenu—Aucun pouvoir discrétionnaire n'est conféré à la Cour dans le cas des appels interjetés en matière fiscale—La demanderesse est déboutée de l'appel qu'elle a interjeté de la décision de la Cour de l'impôt—Revenu Canada a établi une cotisation erronée—Une erreur ne constitue pas nécessairement en soi une négligence—Rien ne permet de penser que les fonctionnaires de la défenderesse ont fait preuve de négligence lorsqu'ils ont envoyé un bref pour obtenir le paiement de l'impôt par l'Albion—On ne saurait conclure que, par ses actes, Revenu Canada a empêché le transfert de la propriété—Il n'y a aucun élément de preuve suivant lequel la contribuable a sérieusement envisagé de transférer la propriété à la compagnie 614 ou de la vendre à un tiers au cours de la période en question—La demanderesse a déjà obtenu de ses avocats des dommages-intérêts pour la dette fiscale qui a été créée—Elle ne peut obtenir une seconde indemnité—Les actions sont rejetées—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 7(1)).

MAPLEDEN C. M.R.N. (T-47-91, T-1134-90, juge Reed, jugement en date du 10-12-97, 16 p.)

PRATIQUE

Demande d'annulation d'une décision du MRN obligeant la requérante, syndic d'une société en faillite, Vancouver Trade Mart Inc (VTM), à fournir des documents se rapportant à une société en faillite et à ses actionnaires, conformément à l'art. 231.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu—VTM avait été contrôlée par le couple Lee et leurs enfants—La requérante a informé le vérificateur du MRN qu'elle avait remarqué des irrégularités entre VTM et ses actionnaires et soupçonnait un actionnaire de s'être approprié des fonds de VTM pour son usage personnel—Le vérificateur du MRN a écrit à la requérante pour lui demander l'autorisation d'examiner les analyses des comptes de la société en faillite, dont les analyses des comptes d'actionnaires, afin de pouvoir effectuer sa vérification concernant la famille Lee—La requérante a refusé de produire les documents demandés—Demande rejetée—La manière dont le ministre a interprété l'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu n'équivaut pas à valider une fouille ou perquisition abusive, ce qui va à l'encontre de l'art. 8 de la Charte—Application de l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 2 R.C.S. 627: bien que la disposition viole les attentes en matière de protection de la vie privée, étant donné qu'il faut un système de vérification au hasard afin de préserver l'intégrité du

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

régime fiscal fondé sur l'auto-déclaration et l'auto-évaluation, l'atteinte au droit à la vie privée du contribuable n'est pas abusive—Dans le cas de la requérante, son travail de syndic de faillite ne comporte pas d'attentes très élevées en matière de vie privée—L'application de l'art. 231.2(1) n'entraîne aucune incompatibilité entre la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur la faillite et l'insolvabilité: le syndic peut se conformer à la Loi de l'impôt sur le revenu sans enfreindre aucunement la Loi sur la faillite et l'insolvabilité—Le fait que le ministre ait accès à des feuilles de travail et à des analyses de comptes du syndic n'a pas nécessairement pour effet de nuire à la société faillie—L'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu autorise simplement le ministre, dans les cas qui le justifient, à obtenir communication des renseignements et documents pertinents, de manière à appliquer et à exécuter comme il convient les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu—Cela n'entraîne aucune incohérence entre la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur la faillite et l'insolvabilité—La manière dont le ministre interprète l'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu n'équivaut pas à une expropriation des biens ni à un transfert de biens ou de droits de l'une des parties à une autre, sans indemnité—Les feuilles de travail et analyses de comptes de la requérante ne relèvent pas du secret professionnel de l'avocat et, par conséquent, elle peut être tenue de les produire aux termes de l'art. 231.2(1)—L'objet du travail entrepris par le syndic était d'informer les inspecteurs nommés dans la faillite, pour qu'ils puissent prendre les bonnes décisions, d'abord en ce qui concerne la proposition de VTM et ensuite en ce qui concerne les biens de la société faillie—Les documents que le ministre cherche à obtenir n'ont pas été préparés dans l'«intention dominante» d'obtenir des avis juridiques—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl., ch. 1, art. 231.2 (mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 58)—Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3.

VANCOUVER TRADE MART INC. (SYNDIC) C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-1071-96, juge Nadon, ordonnance en date du 31-10-97, 20 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles a confirmé l'ordonnance de la Commission exigeant que le requérant, détenu à l'établissement Warkworth, soit maintenu en incarcération au-delà de la date de sa libération d'office—En février 1990, le requérant a plaidé coupable aux accusations de tentative de meurtre, d'agression sexuelle et de séquestration—Il a été condamné à une peine de huit ans et demi d'emprisonnement et devait bénéficier d'une libération d'office le 18 octobre 1995—À la date fixée pour la libération d'office,

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite

la Commission a décidé que le requérant n'était pas admissible à celle-ci en raison du comportement violent persistant établi par les infractions commises, du degré élevé d'indifférence qu'il avait affichée à l'endroit des conséquences de son crime pour la victime, du fait qu'il avait, de son propre aveu, décidé consciemment de commettre l'infraction sexuelle brutale et le meurtre ainsi que d'un profil psychologique dénotant l'absence d'évolution émotive et psychologique de sa part relativement à l'infraction—En février 1996, la Section d'appel a rejeté l'appel et confirmé la décision de la Commission—En septembre 1996, la Commission a procédé à un examen annuel de l'ordonnance de maintien en incarcération et a confirmé sa décision initiale—La Section d'appel a rejeté l'appel de la décision consécutive à l'examen annuel de la Commission, d'où la demande de contrôle judiciaire du requérant—La demande est rejetée—Même si le requérant soutient qu'un seul épisode criminel ne suffit pas pour établir un «comportement violent persistant», il appert nettement du libellé de l'art. 132(1a) de la Loi que le législateur envisageait la possibilité qu'un comportement violent persistant soit établi indépendamment du nombre d'infractions commises par le délinquant—Ni le libellé de la disposition non plus que la façon dont la Commission l'interprète ne la rendent susceptible d'être contestée aux termes de l'art. 7 de la Charte au motif qu'elle serait imprécise—L'art. 132 de la Loi prévoit des paramètres d'examen très larges dans le cadre desquels la Commission peut prendre en compte des facteurs non énumérés, pourvu qu'ils soient pertinents—La Commission n'a pas commis d'erreur en utilisant ses propres connaissances, puisque la Loi l'oblige à tenir compte de toute l'information pertinente disponible—Tant et aussi longtemps que les renseignements sont pertinents et fiables, ils doivent être pris en compte, quelle qu'en soit l'origine—Aucun élément du dossier ne permet de dire que la Commission a omis de prendre en compte certains éléments de preuve présentés par le requérant—Il n'était pas obligatoire de permettre au requérant de contre-interroger le spécialiste qui a rédigé le rapport le concernant—Tant et aussi longtemps que la procédure est équitable et que le délinquant est autorisé à faire connaître sa position, les exigences de l'équité procédurale auront été respectées—La Commission n'était pas tenue de demander un deuxième avis—La Commission ne s'est pas fondée sur un principe erroné ou sur des facteurs inappropriés ou non pertinents lorsqu'elle a conclu à l'absence de ressources permettant de surveiller de façon satisfaisante le requérant dans la collectivité, compte tenu de ses besoins particuliers, et n'a donc pas demandé à celui-ci de se soumettre à une évaluation communautaire—La décision d'ordonner ou de ne pas ordonner une évaluation communautaire relève d'un pouvoir discrétionnaire—Il n'y a aucune raison de dire que la Commission n'a pas rendu la décision «la moins restrictive possible, compte tenu de la protection de la société», comme l'exige l'art. 101d) de la Loi—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992,

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

ch. 20, art. 101d), 132—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.

KNAPP C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-641-97, juge Noël, ordonnance en date du 13-11-97, 14 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Demande d'injonction interlocutoire présentée en vertu de la Règle 469 dans le cadre d'une action en contrefaçon de marque de commerce—La compagnie demanderesse produit et distribue des annuaires commerciaux et téléphoniques au Canada—Elle donne également accès à des listes d'entreprises sur l'Internet—Elle est propriétaire au Canada des marques de commerce «Pages Jaunes», «Yellow Pages», «Faites marcher vos doigts» et «Walking Fingers» (marques verbales et logo)—La compagnie défenderesse exploite sur l'Internet un site qui offre des services informatisés d'annuaires commerciaux—Les expressions «Pages Jaunes» et «Faites marcher vos doigts» sont bien connues dans les deux langues officielles—La renommée de ces marques est telle que le public les identifie invariablement à des annuaires téléphoniques commerciaux—La demanderesse a démontré que les défendeurs emploient illégalement au Canada ses marques de commerce «Pages Jaunes» et son dessin «Faites marcher vos doigts»—Les messages diffusés sur l'Internet ne sont pas le seul moyen de communication qui existe—Outre les marques de commerce, on peut trouver des mots et des expressions dans tout le domaine du commerce électronique, avec les problèmes de certitude, de constance et de permanence qui en découlent—Il n'est pas contesté que l'emploi à l'étranger de marques de commerce canadiennes pourrait avoir une certaine valeur probante dans certains cas—Cet emploi n'est pas très pertinent lorsqu'il s'agit de la présumée perte graduelle de caractère distinctif d'une marque de commerce bien connue—La compagnie défenderesse semble être une compagnie prête-nom—Son propriétaire, qui en est l'unique administrateur, n'a présenté aucun élément de preuve en ce qui concerne les activités prévues dans les statuts constitutifs de sa compagnie—Il n'a pas soumis d'éléments de preuve tangibles sous forme de pièces justificatives, de procès-verbaux, de contrats, de listes ou de comptes bancaires pour démontrer la stabilité et la viabilité financières de son entreprise—Les éléments de preuve relatifs à l'utilisation non autorisée faite sciemment par les défendeurs sont concluants—La demande est accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 469.

TÉLÉ-DIRECT (PUBLICATIONS) INC. C. CANADIAN BUSINESS ONLINE INC. (T-1340-97, juge Joyal, ordonnance en date du 17-9-97, 10 p.)

MARQUES DE COMMERCE—Suite

PRATIQUE

Requête des défendeurs en radiation de certains des paragraphes de la déclaration en vertu de la Règle 419—Le 19 décembre 1995, les demanderesse, Coca-Cola Ltée (CCL) et Embouteillage Coca-Cola Ltée (ECCL) ont intenté une action contre les défendeurs, alléguant que ceux-ci avaient usurpé leurs marques de commerce et diminué la valeur de l'achalandage lié à ces marques en vendant à l'étranger du Coca-Cola destiné uniquement à la vente et à la consommation au Canada—Le 14 mars 1996, les défendeurs ont déposé une défense et une demande reconventionnelle et, le 2 juin 1997, la présente requête—Les défendeurs n'ont pas tardé à présenter leur requête—Pour déterminer s'il y a eu un retard, le temps écoulé n'est qu'un facteur parmi d'autres—Le retard ne rend pas la requête irrecevable—Les défendeurs ont répondu à la déclaration des demanderesse, sans s'opposer expressément aux paragraphes contestés—Il s'agit de savoir si les paragraphes contestés ne révèlent aucune cause raisonnable d'action—Une demande ne révèle aucune cause raisonnable d'action si, selon la loi, elle ne peut vraisemblablement être accueillie—La principale question soulevée consiste à interpréter le sens du mot «emploi»—Les défendeurs avaient le droit d'acheter et de revendre des produits faisant l'objet d'une marque de commerce au Canada—Cette activité ne constitue pas en soi un «emploi» aux termes de la Loi sur les marques de commerce—Les demanderesse soutiennent que l'exportation de produits portant une marque de commerce est réputée constituer un «emploi au Canada» aux termes de l'art. 4(3) de la Loi—En édictant l'art. 4(3), le législateur ne voulait pas que cette disposition s'applique à chaque transport de marchandises entre le Canada et un autre pays, qu'il s'agisse d'un transport personnel ou commercial—Il n'est pas nécessaire que l'exportation ait lieu dans le cours normal des affaires pour être réputée constituer un «emploi au Canada» aux termes de l'art. 4(3)—Suivant une interprétation téléologique, l'art. 4(3) s'applique aux exportations qui constitueraient autrement un emploi aux termes de la Loi, n'eût été du fait que le produit portant la marque de commerce est exporté—Aucune allégation d'emploi réel des marques de commerce des demanderesse par les défendeurs—Les défendeurs n'ont pas fabriqué de produits Coca-Cola contrefaits en vue de les vendre au pays ou à l'étranger—Ils ont simplement acheté de grandes quantités de produits de Coca-Cola véritables auprès d'un tiers détaillant, pour ensuite les exporter en vue de les revendre à l'étranger à l'encontre de l'intention manifeste des demanderesse—Les défendeurs n'ont pas violé l'art. 22(1) de la Loi, ne se sont pas livrés à des activités qui constituent un «emploi» aux termes de la Loi comme l'emploi non autorisé d'une marque de commerce sur un produit qu'ils fabriquent—La preuve de confusion ou de diminution de la valeur de l'achalandage dans des territoires étrangers ne constitue pas une preuve de la confusion ou de la diminution de la valeur de l'achalandage au Canada—Les paragraphes contestés ne

MARQUE DE COMMERCE—Suite

révèlent aucune cause d'action raisonnable—Les demanderesse ont omis de plaider les faits nécessaires pour établir l'«emploi» aux termes de la Loi—Il est évident que l'action ne peut être accueillie—La déclaration intégrale est radiée sans autorisation de l'amender—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4(3), 22(1).

COCA-COLA LTÉE C. PARDHAN (T-2685-95, juge Wetston, ordonnance en date du 27-11-97, 16 p.)

Requêtes concernant des réponses à des questions posées au cours de l'interrogatoire préalable—Action, demande reconventionnelle en vue d'obtenir une injonction concernant des marques de commerce employant le nom de famille, une action en imitation frauduleuse, des dommages-intérêts, ou une comptabilisation des profits—Les questions portant sur l'intention étaient admissibles en ce qu'elles pouvaient concerner le type de dommages-intérêts à accorder—Aussi, la demanderesse a clairement soulevé la question de l'intention dans sa plaidoirie—La question concernant la mise au point du produit ne sont pas pertinentes à la contrefaçon—Étant donné que la demanderesse sollicite des dommages-intérêts au procès, et non une référence distincte, les défendeurs doivent répondre aux questions concernant l'aspect financier et opérationnel de leur organisation afin de fournir les renseignements à partir desquels le juge pourrait tirer une conclusion quant à la mesure appropriée des profits—Les questions concernant ce que la société comprend par certaines phrases employées sur les emballages sont admissibles, bien qu'il ne faudrait pas demander à un témoin d'interpréter un document, ou de se livrer à des conjectures sur la signification de ce dernier—Les questions concernant les oppositions au brevet et les allégations d'invalidité sont des questions auxquelles il serait préférable qu'un expert réponde en vertu de la procédure établie à la Règle 482—Dans le cadre d'un interrogatoire préalable, il est possible de demander à un témoin de parler de tous les faits entourant un certain incident et dont il a connaissance ou dont il doit normalement s'informer—Il n'est jamais permis de demander à un témoin des questions sur des faits invoqués au soutien d'une allégation donnée car cela exige du témoin qu'il choisisse les faits et révèle comment son avocat pourrait prouver une allégation donnée—Les faits particuliers qui seront invoqués sont fondés sur l'opinion du droit qu'a l'avocat—L'interrogatoire préalable d'un témoin vise à découvrir des faits et non des arguments sur ce qui est pertinent pour prouver un argument donné—Règle fondamentale: l'interrogatoire préalable vise les faits et non le droit—Permettre de poser une question qui oblige le témoin à choisir les faits sur lesquels il se fondera pour étayer une allégation donnée, c'est tenter d'éluder cette règle fondamentale en exigeant du témoin qu'il prenne en considération le droit applicable, puis s'en serve pour choisir les faits et faire part du résultat: *Can-Air Services Ltd. c. British Aviation Insurance Co.* (1989), 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.F.)—

MARQUES DE COMMERCE—Fin

Un nombre important de questions posées par l'avocat des défendeurs vise à obtenir des réponses qui décrivent les épaulières de la demanderesse et tombent sous le coup de la règle énoncée dans *James River Corp. of Virginia c. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157 (C.F. 1^{re} inst.) au sujet des questions qui visent à faire décrire par un témoin, lors d'un interrogatoire préalable, les caractéristiques du produit, telles qu'il les comprend—Les questions concernant le parallèle entre, d'une part, les aspects des échantillons d'épaulière de la demanderesse et, d'autre part, la terminologie en matière de brevet et une description technique des épaulières produites par des tiers concurrents relèvent des experts—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 482 (mod. par DORS/90-846, art. 18, 19).

KUN SHOULDER REST INC. C. JOSEPH KUN VIOLIN AND BOW MAKER INC. (T-118-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 12-9-97, 11 p.)

PÉNITENCIERS

Appel formé contre une décision par laquelle un juge des requêtes a rejeté une requête en vue d'une ordonnance prorogeant le délai de dépôt d'une demande de contrôle judiciaire contre la décision prise par le Service correctionnel du Canada d'ordonner le transfèrement non sollicité de l'appelant d'un établissement à sécurité moyenne vers un établissement à sécurité maximale—L'appelant est actuellement détenu au pénitencier de Kingston et purge une peine d'une durée indéterminée, à l'égard d'un grand nombre d'infractions—Le 12 décembre 1994, l'intimé a approuvé le transfèrement imposé d'urgence de l'appelant vers le pénitencier de Kingston—L'appelant a passé près de trois ans dans la prison à sécurité maximale, conformément à la décision d'ordonner son transfèrement—Le premier obstacle que doit franchir l'appelant concerne le délai de la demande de contrôle judiciaire—La règle fondamentale, établie par l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale, porte que le contrôle judiciaire doit être demandé dans un délai de 30 jours à compter du jour où est rendue la décision attaquée—Une prorogation de délai n'est autorisée que si le retard est entièrement expliqué de façon satisfaisante et si la demande révèle une cause raisonnablement défendable ressortissant à la compétence de la Cour—Lorsque le détenu non représenté qui purge une peine d'une durée indéterminée subit en plus les effets préjudiciables de son transfèrement vers un établissement à sécurité maximale, notamment la mise en péril de son droit à une libération conditionnelle, les notions de délai, de célérité et de justice prennent une toute autre dimension—L'appelant a donné une explication raisonnable et satisfaisante du retard de huit mois dans la présentation de sa demande de contrôle judiciaire—Sa demande de prorogation du délai répond à la première partie du critère—Aucun élément du dossier ne démontre que l'appelant a reçu une information suffisante pour répondre

PÉNITENCIERS—Suite

aux accusations d'un autre détenu, lesquelles semblaient constituer la raison principale du transfèrement—L'appelant n'a jamais été informé d'autres accusations graves portées contre lui, encore moins des détails qui s'y rapportaient, et n'a pas eu la possibilité de les réfuter—Il a prouvé l'existence d'une cause défendable relativement au caractère équitable de son transfèrement non sollicité par l'intimé dans un établissement à sécurité maximale—La justice requiert d'accorder une prorogation afin de permettre l'examen de la légalité du transfèrement—Appel accueilli—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BULLOCK C. CANADA (A-706-96, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 3-12-97, 12 p.)

La première demande de contrôle judiciaire faisait objection à l'environnement physique dans lequel s'est déroulée une rencontre entre l'avocat requérant et un détenu—L'art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale permet au procureur général du Canada ou à «quiconque est directement touché par l'objet de la demande» de présenter une demande de contrôle judiciaire—L'objet de la demande doit se rapporter à la violation illégitime d'un droit ou d'un privilège de visite—En vertu de l'art. 90 du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, le droit en cause est clairement le droit personnel à des visites que possède un détenu particulier et non celui d'un visiteur—Pour que quelqu'un d'autre présente une demande de contrôle judiciaire, il faut, pour que cette personne ait qualité pour agir, que le détenu concerné se soit clairement opposé à la mesure—Le requérant n'a pas qualité pour présenter cette demande, car le détenu concerné ne s'est pas clairement opposé à la mesure—Le requérant a reconnu que la demande visait à obtenir une décision pour renseigner les autorités pénitentiaires et le requérant sur leurs obligations et droits respectifs—Il s'agit d'un recours inapproprié au contrôle judiciaire, à moins que la demande ne soit présentée dans le contexte de la violation des droits d'un détenu particulier—Puisque rien ne montre que les conditions dans lesquelles les visites sont effectuées font encore l'objet d'une controverse, la question n'a aucun intérêt pratique—La deuxième demande faisait objection à une question que le directeur adjoint a posée au requérant, à savoir si les détenus que ce dernier voulait rencontrer étaient ses clients—Encore une fois, pour que le requérant ait qualité pour agir, il faut que le détenu s'oppose à la décision qui a été prise—Aucun des détenus que le requérant avait l'intention de voir ne s'est opposé à cette décision—De plus, la demande de renseignements constituait une question et non pas une décision—Si le directeur adjoint a déclaré au requérant qu'il serait admis dans l'établissement le lendemain si les détenus fournissaient une déclaration écrite indiquant que le requérant était leur avocat, ce n'était qu'une déclaration d'intention, et non pas une décision—Les deux demandes ont été rejetées—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C.

PÉNITENCIERS—Fin

(1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 90.

DAVISON C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (T-1430-96, T-1431-96, juge Campbell, ordonnance en date du 8-10-97, 6 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**ÉLECTIONS**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'agent des appels portant annulation de l'élection tenue en novembre 1996 par la Première nation de Beaver Lake, ordonnant que le chef et les conseillers en poste au moment de l'élection soient reconduits dans leurs fonctions en attendant les résultats d'une nouvelle élection et fixant la tenue de cette élection en janvier 1997—L'agent des appels a conduit une enquête limitée comme l'exige la Loi électorale de la tribu de Beaver Lake, en s'appuyant principalement sur ce qu'il avait observé le jour du scrutin—Une demande de redressement par voie d'ordonnance interlocutoire a été accueillie le 27 décembre 1996: elle interdisait à chaque requérant et intimé de participer de quelque manière que ce soit à une élection au poste de chef ou de conseiller jusqu'à nouvelle ordonnance de la Cour et elle déclarait que le chef et les conseillers élus en novembre 1996 étaient habilités à exercer les pouvoirs et fonctions qui leur étaient respectivement attribués—Cette ordonnance a fait l'objet d'un appel qui n'a pas encore été instruit—Demande accueillie—L'agent des appels est un organisme public qui est tenu au devoir d'équité dans la procédure—Un devoir d'équité minimale est requis dans le présent cas—L'agent des appels était tenu d'informer ceux et celles qui sont les plus touchés par l'appel et de leur donner l'occasion de présenter des observations à ce sujet—En l'espèce, l'agent des appels était loin d'avoir rempli ce devoir d'équité minimale, et la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie—Il ressort de la preuve que l'agent des appels n'a pas commis d'erreur en décidant que des manœuvres douteuses étaient de nature corruptrice en rapport avec une élection—Aucune disposition législative ne permettait à la Cour de substituer une décision différente à celle de l'agent des appels—Cependant, l'agent des appels n'avait pas compétence ou bien a outrepassé sa compétence en ordonnant la tenue d'une nouvelle élection et en décidant que l'ancien chef et les anciens conseillers continueraient d'exercer leurs fonctions jusqu'à l'issue de la nouvelle élection—L'appel a été renvoyé à l'agent des appels aux fins de nouvelles enquête et décision conformément à la Loi électorale de la tribu de Beaver Lake, du Règlement sur la coutume électorale de Beaver Lake et des présents motifs—Les membres de la Première nation de Beaver Lake sont encouragés à trancher eux-mêmes les questions en litige—La Cour a

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

inclus une procédure régissant la nouvelle enquête et la nouvelle décision concernant l'appel à l'égard de l'élection.

LAMEMAN C. CARDINAL (T-2755-96, juge Gibson, ordonnance en date du 10-11-97, 17 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE**

La requérante veut interroger le ministre intimé en vue d'identifier les importateurs canadiens de certaines expéditions de la drogue appelée chlorhydrate de ranitidine—Elle détient deux brevets à l'égard de cette drogue et cherche à identifier les contrefacteurs afin de protéger lesdits brevets—La Cour n'a jamais accordé, en équité et à titre de redressement, le droit à un interrogatoire préalable—Là où les tribunaux l'ont fait, ils ont reconnu qu'il s'agit d'un redressement exceptionnel—La condition essentielle pour autoriser cette sorte d'interrogatoire préalable est l'incapacité du requérant à avérer, par d'autres voies judiciaires ou par ses propres moyens, les renseignements qu'il veut obtenir—La requérante, qui avait présenté une demande en vertu de la Loi sur l'accès à l'information mais avait vu celle-ci refusée, aurait pu en appeler de ce refus conformément à l'art. 41 de cette même Loi—Il existe d'autres procédures, dont la possibilité de retenir les services d'enquêteurs privés et d'exercer son droit, aux termes de sa licence obligatoire, de demander un second audit de ses porteurs de licence—Même si un des porteurs de licence de la requérante a avoué qu'au cours du troisième trimestre de 1996, il avait déclaré 3 000 kilos de moins qu'il n'en avait vendu, elle n'avait pas demandé une nouvelle vérification à cet égard—L'affaire *Norwich Pharmacal Co v Commissioners of Customs and Excise*, [1973] 2 All E.R. 943 (H.L.), sur laquelle la requérante s'est longuement fondée dans ses observations, diffère du présent litige, parce que, dans cette affaire, la cour avait discrétion en la matière étant donné que le ministre n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de divulguer les renseignements qu'il avait reçus—Les principes appropriés applicables par le ministre dans le cas présent sont exposés dans *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v Customs and Excise Comrs. (No. 2)*, [1974] A.C. 405 (H.L.)—Le ministre s'acquitte de son obligation légale de recueillir ces renseignements—Contrairement à ce qui se fait en Grande-Bretagne, c'est lui que le Parlement canadien investit du pouvoir de décider de la divulgation—Sa décision est susceptible de contrôle judiciaire—Autoriser l'interrogatoire préalable, ce serait passer outre au point de vue du Parlement en la matière—Le point de savoir si le ministre a exercé à bon escient son pouvoir discrétionnaire relève de la procédure de contrôle judiciaire—Les trois causes canadiennes, à savoir *Johnston and Frank Johnston's Restaurants Limited, Re* (1979), 33 Nfld. & P.E.I.R. 333 (C.S. Î.-P.-É.);

PRATIQUE—Suite

(1980), 33 Nfld. & P.E.I.R. 341 (C.A. Î.-P.-É.); *Leahy v. Dr. A.B.* (1992), 113 N.S.R. (2d) 417 (C.S. 1^{re} inst.); et *Comeau. Re* (1986), 77 N.S.R. (2d) 57 (C.S. 1^{re} inst.), où l'on a accordé le droit d'interrogatoire préalable, ont été instruites dans des provinces où les règles de la Cour accordent ce droit—Les Règles de la Cour fédérale, tout comme celles de la Cour de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, diffèrent à cet égard—Leur critère est essentiellement le même que la norme anglaise—Demande rejetée.

GLAXO WELLCOME PLC C. M.R.N. (T-1613-97, juge McKeown, ordonnance en date du 27-11-97, 5 p.)

COMPARUTION

Comparution conditionnelle

Demande d'ordonnance sur le fondement de la Règle 401 autorisant les requérants à déposer un acte de comparution conditionnelle; suspendant les procédures; déclarant que l'action a été illégalement engagée; déclarant que la Cour n'a pas, en l'espèce, de compétence *in rem*—L'action est née d'un blocus, dans le port de Prince Rupert, du *Malaspina*, bâtiment assurant le transport de passagers et de véhicules automobiles, assurant la liaison entre Prince Rupert (C.-B.) et les États de l'Alaska et de Washington—Demande d'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle en raison d'une irrégularité procédurale au niveau de la jonction des personnes énumérées à l'annexe A de la déclaration amendée, et de la manière dont les actes de procédure leur ont été signifiés, et mise en cause de la compétence de la Cour dans les actions *in rem* initiales telles que plaidées—La déclaration originale visait nommément 14 navires ainsi que des personnes non identifiées, et d'autres aussi—Plus tard, par le dépôt d'une déclaration amendée, on a prétendu ajouter, en tant que défendeurs à l'action, 180 navires et 227 personnes et entreprises—Les défendeurs invoquent l'irrégularité au niveau de la manière dont les procédures ont été engagées contre eux en l'absence d'une ordonnance de la Cour autorisant l'adjonction de ces défendeurs, la prétendue signification de la déclaration à un défendeur avant que celui-ci ne soit officiellement dénommé défendeur étant invalide—La demande est accueillie en partie—La Règle 401 envisage une procédure à deux étapes, le requérant obtenant une autorisation et une suspension d'instance lors d'une audience initiale, les arguments fondant la mise en cause de la compétence de la Cour étant plaidés à une date ultérieure—La Cour a appliqué la jurisprudence *Larsen c. Canada* (1995), 60 C.P.R. (3d) 98 (C.F. 1^{re} inst.) et *Montres Rolex S.A. c. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (C.F. 1^{re} inst.), les objections visant la manière dont les procédures ont été engagées répondent aux critères énoncés dans l'arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 320 (C.A.) en matière d'autorisation (c'est-à-dire si le défendeur semble de prime

PRATIQUE—Suite

abord soulever, sur la régularité des procédures ou sur la compétence *rationae personae* de la Cour, un doute tel que la justice même exige que le défendeur soit autorisé à comparaître afin d'éviter que les objections qu'il a formulées ne soient purement et simplement écartées—L'ordonnance autorise les défendeurs cités à l'annexe A de la déclaration amendée de déposer un acte de comparution conditionnelle en vue de soulever une objection contre les irrégularités qui auraient pu être commises, en début de procédure, en les rajoutant en tant que parties en vertu de la Règle 421(1), et contre l'irrégularité qui en a découlé au niveau de la signification de la déclaration—Conformément à la Règle 401(c), les procédures engagées contre ces défendeurs sont suspendues en attendant qu'un juge de la Section de première instance se prononce sur les objections ainsi soulevées—Tout défendeur cité à l'annexe A qui n'était pas partie aux deux requêtes pourra déposer une demande en autorisation de dépôt d'un acte de comparution conditionnelle, afin de confirmer son objection aux deux irrégularités présumées, exposées dans l'ordonnance, et participer à l'audience.—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 401, 421.

ALASKA (ÉTAT) C. PERSONNES INCONNUES (T-1552-97, juge Richard, ordonnance en date du 25-9-97, 12 p.)

INTÉRÊTS

Demande visant à obtenir les intérêts avant jugement accumulés depuis le 8 juin 1995 sur un loyer en souffrance—Demande fondée sur l'art. 36 de la Loi sur la Cour fédérale, qui prévoit que ce sont les règles de droit provinciales en matière d'intérêt avant jugement qui s'appliquent—L'art. 1(1) de la Court Order Interest Act de la C.-B. oblige le tribunal à ajouter à la condamnation pécuniaire un montant d'intérêt calculé sur la somme dont le paiement a été ordonné à compter de la date de la survenance du fait générateur du litige jusqu'à la date du prononcé du jugement—Aux termes des baux, la fixation du loyer pour le terme de vingt ans commençant le 8 juin 1995 devait être confiée à la Cour en cas de désaccord entre les parties—Dans le jugement *Webb & Knapp (Canada) Ltd. v. Crown Forest Industries Ltd.*, [1985] B.C.J. No. 1035 (QL), le tribunal a jugé que l'art. 1(1) ne s'appliquait pas à la décision par laquelle un conseil d'arbitrage avait fixé le loyer annuel qui devait être payé aux termes d'un bail, étant donné qu'aucune condamnation pécuniaire n'avait été prononcée et que le locataire ne s'était rendu coupable d'aucune conduite répréhensible—Le jugement qui a été prononcé en l'espèce précise seulement quel est le juste loyer payable—Avant le prononcé du jugement, le montant du loyer payable annuellement n'était pas connu—Tant qu'il n'était pas fixé, le montant du loyer payable n'était pas exigible—Il ne s'agit pas d'une action fondée sur un loyer impayé et d'une ordonnance condamnant au paiement d'un

PRATIQUE—Suite

loyer—Bien que l'équité favorise les demandeurs (les défendeurs ont, depuis le 8 juin 1995, eu l'usage à la fois du bien-fonds loué et de l'argent correspondant au juste loyer), la décision *Webb & Knapp* s'applique—L'art. 1(1) ne s'applique pas en l'espèce—L'art. 36 ne confère donc pas à la Cour le pouvoir de condamner une partie au paiement de l'intérêt avant jugement—La décision *Webb & Knapp* n'a pas été débattue dans d'autres affaires de la Cour dans laquelle l'intérêt avant jugement avait été accordé—Une condamnation pécuniaire qui, en matière commerciale, ne tient pas compte du loyer de l'argent ne rend pas justice aux parties, mais la question qui se pose en l'espèce n'est pas une question d'ordre général, et la Cour n'est pas investie du pouvoir discrétionnaire d'accorder l'intérêt avant jugement—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9)—Court Order Interest Act, R.S.B.C., ch. 76, art. 1.

BANDE INDIENNE DE MUSQUEAM C. GLASS (T-1545-96, juge Rothstein, jugement en date du 5-12-97, 6 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Appel du refus opposé par la Section de première instance, aux termes de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale, à la demande de prorogation de délai en vue de présenter une demande de révision et d'annulation du refus du délégué du ministre, aux termes de l'art. 220(3.2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, de proroger le délai d'exercice du choix du bénéficiaire privilégié, au motif que les raisons de la demande ne respectent pas les directives des dispositions relatives à l'équité—La preuve fait ressortir que le fiduciaire a signé la formule concernant le choix avant la date limite et qu'il l'a transmise à un membre du personnel pour qu'elle soit mise à la poste, mais elle n'a été postée que quelque dix jours après l'expiration de la date limite—Appel accueilli—Le facteur clé à prendre en considération en l'espèce est de savoir si l'appelant avait un dossier défendable à présenter au juge chargé du contrôle—Le juge des requêtes a statué que la Cour ne doit pas substituer sa décision à celle du délégué du ministre si elle est convaincue que la décision n'a pas été prise de façon inéquitable ou arbitraire ou de mauvaise foi—Toutefois, la Cour peut intervenir et annuler la décision discrétionnaire si elle est erronée en droit—Le délégué a commis une erreur de droit en refusant de proroger le délai pour le dépôt du choix du bénéficiaire privilégié, signé et transmis au personnel par le fiduciaire pour être posté avant l'expiration du délai imparti—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 220(3.2) (édicte par L.C. 1994, C-7, annexe II, art. 181).

FIDUCIE FAMILIALE MCNABB C. CANADA (A-568-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-11-97, 4 p.)

PRATIQUE—Suite

PARTIES

Appels et appel incident concernant deux ordonnances de la Section de première instance (12-7-96), portant l'une obligation de modifier l'intitulé de la cause de façon à joindre soit le comité d'appel de la Commission de la fonction publique soit le ministre du Revenu national à la procédure de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle ce comité conclut que l'intimé avait été reçu à un concours ouvert de la fonction publique, l'autre, rejet de la requête en autorisation d'intervenir du procureur général—Appels et appel incident accueillis—Il n'y a pas lieu de joindre le comité d'appel à l'instance, puisqu'il ne doit pas défendre sa propre décision dans le cadre d'un recours fondé sur l'art. 28, et sa compétence n'est pas en cause en l'espèce—Il faut que le procureur général du Canada soit autorisé à intervenir en cet état de la cause pour défendre le processus de sélection des employés et les modalités des concours—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

SALUTIN C. PRINCE (A-581-96, A-584-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 4-11-97, 3 p.)

PLAIDOIRIES

Modifications

Dans une action en dommages-intérêts pour le blocage du traversier de passagers et de véhicules automobiles *Malaspina* des demandeurs *Prince Rupert* (C.-B.), les requérants, propriétaires et exploitants de navires de pêche en Colombie-Britannique, sollicitaient une ordonnance déclarant que l'action intentée par les demandeurs contre les défendeurs énumérés à l'annexe «A», autres que les navires désignés comme défendeurs dans la déclaration, avait été introduite irrégulièrement—L'intitulé de la déclaration originale désignait comme défendeurs 17 navires «et d'autres» ainsi que des personnes inconnues—Dans la déclaration modifiée en vertu de la Règle 421(1), l'intitulé a été modifié par l'ajout des mots «les navires, leurs propriétaires et leurs armateurs gérants énumérés dans l'annexe A»—L'annexe énumérait 94 navires et leurs propriétaires/armateurs gérants—Les requérants auraient-ils dû se conformer à la Règle 1716?—Les défendeurs énumérés dans l'annexe «A», hormis les 17 navires désignés dans la déclaration, sont-ils de nouvelles parties à l'action ou simplement les parties défenderesses nommées «Doc»?—Application du critère énoncé par lord Devlin dans *Davies v. Elsby Brothers Ltd.*, [1960] 3 All E.R. 672 (C.A.)—L'action était dirigée seulement contre les défendeurs qui, «de façon fautive et avec l'intention de causer un préjudice aux demandeurs, ont» «placé différents navires . . . directement au milieu ou près du trajet du *Malaspina*»—En conséquence, l'action n'était pas dirigée contre tous les

PRATIQUE—Suite

navires présents dans le port de Prince Rupert—Absence de preuve concernant les endroits où se trouvaient les navires énumérés dans l'annexe «A» aux moments pertinents—Les navires énumérés dans l'annexe «A» ne pouvaient donc pas savoir, de façon certaine, si les demandeurs les visaient dans l'instance—Les demandeurs avaient le fardeau de produire certains éléments de preuve pour démontrer que les défendeurs énumérés dans l'annexe «A» étaient les défendeurs nommés «Doe» dans la déclaration—Les demandeurs n'ont pas établi cette preuve—Par leur modification, les demandeurs ne tentaient pas de corriger une erreur de nom—Requête accueillie—La signification de la déclaration et de la déclaration modifiée était invalide—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 421, 1716.

ALASKA (ÉTAT) C. PACIFIC SHORE (LE) (T-1552-97, juge Nadon, ordonnance en date du 3-11-97, 12 p.)

SUBPOENAS

Requête en annulation de *subpoenas duces tecum* délivrés relativement à une ordonnance de se justifier dans le cadre d'une instance en outrage au tribunal dans une affaire de brevet—Le second subpoena remplace en réalité le premier—Demande accueillie—Les deux subpoenas sont annulés et cassés—L'obligation des demanderesses de communiquer les documents qui sont pertinents et qui peuvent aider Apotex et le D' Sherman (le PDG d'Apotex) ne justifie pas les subpoenas délivrés en l'espèce décrivant en termes larges les documents demandés—Lorsqu'un *subpoena duces tecum* décrit des documents en termes très généraux, comme c'est le cas en espèce, il n'est pas raisonnable de présumer, pour les fins de la production en Cour, que tous les documents appartenant à la catégorie générale ainsi décrite sont pertinents quant aux questions soumises à la Cour—Il s'agit principalement de savoir si les prétendus auteurs de l'outrage au tribunal étaient au courant des interdictions que renfermaient les motifs de jugement et le jugement, s'ils ont agi en contravention des interdictions en décembre 1994 et janvier 1995 et si, dans l'affirmative, il existe des facteurs dont il devrait être tenu compte pour déterminer la pénalité à imposer—Tous les renseignements décrits dans les diverses catégories de documents visés dans le subpoena ne peuvent être considérés comme pertinents dans la présente instance—Le principe de la communication visant à permettre une défense pleine et entière ne s'étend habituellement pas au-delà des documents qui sont en la possession ou sous le contrôle du bureau du procureur dans une instance criminelle; ainsi, par analogie avec les circonstances de l'espèce, ce bureau ne s'étend pas au bureau de l'avocat occupant pour Merck dans l'instance et de l'avocat chargé du dossier dont Merck a retenu les services, M^c Quesnel (chef du contentieux de Merck Frosst Canada Inc.)—Ce principe ne s'étend manifestement pas au bureau des employés de Merck Frosst ni aux bureaux de Merck qui

PRATIQUE—Fin

sont à l'étranger et auxquels le subpoena de la Cour ne s'applique pas de toute manière—Dans les instances criminelles, les documents émanant de l'enquête préalable de la poursuite qui sont mis à la disposition du poursuivant sont assujettis à l'obligation de communication—Dans une affaire civile d'outrage au tribunal liée à une poursuite privée, il convient, pour les besoins de l'application du principe de la communication, de considérer que le bureau du conseiller interne de Merck Frosst et celui des avocats qui occupent dans le cadre de la présente instance sont comparables au bureau du procureur dans les instances criminelles ordinaires—Par conséquent, les mêmes principes de communication s'appliquent aux documents pertinents qui sont maintenant en la possession de M^c Quesnel, à titre de conseiller juridique chargé du dossier pour le compte de Merck Frosst, de la même façon qu'ils ont été généralement appliqués dans le cadre de la présente instance pour les documents qui étaient sous leur contrôle—Application de la norme établie par le juge Sopinka dans *La Reine c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 et *La Reine c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451—Les avocats qui travaillent avec M^c Quesnel dans la présente instance devraient appliquer cette norme à l'égard des documents connus de M^c Quesnel ou de son prédécesseur comme pertinents à la présente instance en justification—Ordonnance rendue sous réserve de toute requête qu'Apotex et le D' Sherman peuvent présenter en vue d'obtenir un autre subpoena sollicitant des documents décrits plus en détails que dans le subpoena en cause en l'espèce et accompagné de moyens de déterminer leur pertinence quant aux questions soumises à la Cour dans le cadre de la présente instance.

MERCK & CO. INC. C. APOTEX INC. (T-2408-91, juge MacKay, ordonnance en date du 29-10-97, 13 p.)

PREUVE

Le ministre requérant demande à produire en preuve quatre déclarations signées de personnes maintenant décédées et deux déclarations signées par une personne qui ne jouit plus de toutes ses facultés—Il s'agit de dépositions recueillies en Ukraine par la Section des enquêtes sur les crimes de guerre et les affaires spéciales de la GRC—Dépositions faites dans une langue étrangère en présence de deux interprètes dans chaque cas—Il s'agit d'examiner si elles satisfont à la double condition de nécessité et de fiabilité pour être admissibles en preuve, par exception à la règle d'exclusion du oui-dire—Application de la jurisprudence établie par la Cour suprême dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915—Les six déclarations en cause ne tombent pas dans le champ d'application de la règle des déclarations spontanées, puisqu'elles n'étaient ni contemporaines ni faites sous la contrainte ou l'intensité émotive qui fournirait la garantie de fiabilité sur laquelle se fonde traditionnellement la règle des déclarations

PREUVE—Suite

spontanées—Les quatre critères dégagés par lord Pearce dans *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001 (H.L.) (difficulté de recueillir des preuves; désintéressement du déposant; dépositions faites avant tout différend ou litige; déposant en possession de moyens de connaissance qui ne sont pas à la portée des gens ordinaires), réduits en la double condition de nécessité et de fiabilité—Étant donné l'âge et l'état de santé des témoins en question lors de ces entrevues, on ne saurait dire que la mort de deux d'entre eux et l'incapacité mentale du troisième étaient soudaines et imprévues—Puisque neuf témoins ont fait des dépositions au sujet d'événements qui s'étaient produits pendant l'occupation allemande, il n'était pas difficile de s'assurer d'autres témoignages—De surcroît, ces déclarations ont été faites 50 ans après le fait—Elles ne remplissent donc pas la condition de nécessité—Fiabilité—La première déclaration de chacun des trois témoins a été faite dans le cadre d'une enquête qui n'avait rien à voir avec l'intimé—La seconde déclaration a été faite après qu'une possibilité d'action en justice eut fait surface (les témoins savaient qu'il y avait une raison d'enquêter sur ces gens)—Ces déclarations n'ont pas été faites spontanément juste après la survenance des faits en question, mais quelque 50 ans après—Un contre-interrogatoire de ces témoins aurait pu révéler que des faits ont été rapportés par ouï-dire—Les déclarations de trois témoins laissent à désirer sur le plan de la fiabilité: elles ne représentent pas la transcription textuelle et intégrale des entrevues en question; il n'y a aucun enregistrement magnétique ou magnétoscopique; aucun des témoins n'a pu identifier l'intimé sur les photographies, bien que l'un seul d'entre eux pensât qu'il serait en mesure de le faire—La traduction et la transcription de ces déclarations laissent à désirer—Par ailleurs, le fait qu'un témoin a été contacté et retrouvé par des dirigeants communistes locaux de l'ancienne Union soviétique a pu influencer sur les réponses des témoins—Enfin, il se peut que par suite de l'avertissement donné, les témoins aient senti qu'ils n'avaient d'autre choix que de se soumettre à l'entrevue—Par ces motifs, les déclarations en question ne remplissent pas les conditions de nécessité et de fiabilité, pour être admises en preuve à titre d'exception à la règle d'exclusion des témoignages par ouï-dire.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. BOGUTIN (T-1700-96, juge McKeown, décision en date du 3-10-97, 21 p.)

Appel formé contre l'ordonnance du juge désigné en application de l'art. 38(1) de la Loi sur la preuve au Canada (la Loi), qui a accepté, dans le cadre d'un recours en contrôle judiciaire, l'opposition à la divulgation de renseignements communiqués au Comité de surveillance du renseignement de sécurité (CSRS) au cours d'une enquête qu'il effectuait en application de l'art. 39 de la Loi sur l'immigration de 1976 (menace contre la sécurité au

PREUVE—Fin

Canada) pour déterminer si l'appelant tombait sous le coup de l'art. 19(1g) de la même loi—L'opposition à la divulgation des preuves (dépositions, documents et certains passages de l'argumentation écrite soumise par l'avocat du CSRS au CSRS) a été formulée en application de l'art. 37(1) de la Loi par ce motif que cette divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale du Canada—La juste conciliation des intérêts contradictoires en jeu dans le contexte du contrôle judiciaire des décisions du CSRS, a été examinée dans *Henrie c. Canada (Comité de surveillance du renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.)—L'appelant n'a pas fait la preuve que le juge désigné a commis une erreur de droit en concluant que l'intérêt qu'a le public dans la divulgation ne l'emporte pas sur l'impératif de confidentialité de ces documents pour raisons de sécurité nationale—Le juge désigné s'est référé à la jurisprudence et a soigneusement examiné les renseignements en cause— Sur appel, la Cour a pour seule fonction d'examiner la décision du juge désigné pour découvrir si elle est entachée d'une erreur tombant sous le coup de l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale—S'il n'y a aucune erreur de ce genre, la question est vidée—La Cour d'appel ne peut d'elle-même prendre connaissance d'aucun des renseignements en cause à moins d'avoir conclu au préalable que le juge désigné a commis une erreur en faisant droit à l'opposition—Qui plus est, la Cour d'appel, dans le jugement du recours en contrôle judiciaire, n'aura pas le texte intégral du rapport du CSRS par suite de l'attestation faite par le greffier du Conseil privé sous le régime de l'art. 39(1) de la Loi, que ce rapport est un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37(1), 38(1), 39(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 19(1g), 39.

MOUMDJIAN C. CANADA (COMITÉ DE SURVEILLANCE DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ) (A-361-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-11-97, 8 p.)

RADIODIFFUSION

Appel d'un jugement de première instance ([1998] 1 C.F. 245)—Le décodage des éléments énumérés à l'art. 9(1)c) de la Loi sur la radiocommunication, dont les signaux d'abonnement encodés et les alimentations réseau encodées en provenance des États-Unis, nécessite l'autorisation préalable de la personne légitimement autorisée au Canada à les transmettre et à en permettre le décodage—La personne «légitimement autorisée» est celle qui possède les droits réglementaires en vertu de la licence qui lui est régulièrement délivrée conformément à la Loi, l'autorisation du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ainsi que les droits contractuels et les droits d'auteur se rapportant nécessairement au contenu qu'impli-

RADIODIFFUSION—Suite

que la transmission d'un signal d'abonnement ou d'une alimentation réseau—L'interdiction est censée viser plus que le simple vol de signaux—Elle ne se limite pas aux cas de vols commis contre des distributeurs légitimes au Canada—L'autorisation ne peut être obtenue que du distributeur légitime de la radiocommunication au Canada—Elle permet d'exercer un certain contrôle au Canada sur la concurrence déloyale provenant tant de l'intérieur que de l'extérieur et qui accompagne nécessairement la réception et

RADIODIFFUSION—Fin

la jouissance des services de diffusion par satellite—L'interprétation du juge de première instance est raisonnable—Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 9(1)c) (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1991, ch. 11, art. 83).

EXPRESS VU INC. C. NII NORSAT INTERNATIONAL INC.
(A-541-97, juge Lévesque, J.C.A., jugement en date du 20-11-97, 5 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