



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1993, Vol. 1, Part 1**

**1993, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [1993] 1 F.C., 3-186

Renvoi [1993] 1 C.F., 3-186

---



Published by  
PIERRE GARCEAU, Q.C.  
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par  
PIERRE GARCEAU, c.r.  
Commissaire à la magistrature fédérale

---

Editorial Board  
Executive Editor  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.  
Senior Legal Editor  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.  
Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L

---

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

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

---

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

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

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

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

*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.*

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

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

---

## CONTENTS

Digests ..... D-1

Arthur v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) ..... 94

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Participation of immigration adjudicator at credible basis hearing on refugee claim after earlier participation at claimant's detention review hearing not, *per se*, giving rise to reasonable apprehension of bias — No predisposition by adjudicator as to claimant's credibility amounting to prejudgment of second hearing.

*Continued on next page*

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques..... F-1

Arthur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)..... 94

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — La participation d'un arbitre de l'immigration à une audience relative au fondement de la revendication du statut de réfugié alors qu'il avait participé à la révision des motifs de la garde de la requérante ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité — Aucun parti pris de la part de l'arbitre sur la franchise générale de la requérante qui équivaldrait à préjuger l'issue de la seconde audience.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Judicial review — Reasonable apprehension of bias — Participation of immigration adjudicator in refugee claim credible basis hearing claim after earlier participation at claimant's detention review hearing not, *per se*, giving rise to reasonable apprehension of bias — Other factors indicating predisposition by adjudicator as to issue to be decided on second hearing might do so — Important considerations: relationship of issues at two hearings and finality of second decision — No predisposition by adjudicator as to claimant's credibility amounting to prejudgment of second hearing.

### Canada v. Maritime Group (Canada) Inc. (T.D.)..... 131

Practice — Limitation of actions — Action for negligent acts (improper inspection and certification of ship, which later sank in international waters) occurring at Montréal — Under Federal Court Act, s. 39 provincial limitation of action laws apply in respect of cause of action arising in province — “Cause of action” referring to breach of duty i.e. improper inspection, certification — Arising where breach of duty occurring, not where damages suffered — Product liability cases where jurisdiction of cause of action determined by reference to jurisdiction where damages suffered, not applicable — Two-year limitation period under Quebec law applied.

Crown — Practice — Federal Court Act, s. 39 providing provincial limitation of action laws apply to cause of action arising in province “except as expressly provided by any other Act” — Exception contemplating Act of Parliament — Adoption of laws in force between subject and subject demonstrating intention to apply same limitation periods to Crown as to private litigants — Omission of “of Parliament” found in predecessor Exchequer Court Act, s. 31 not indicating intention to depart from prior law — Nothing suggesting intention to revive special limitation periods favouring Crown.

Civil Code — Art. 2215 prescribing thirty-year limitation period for Crown debts not declared imprescriptible — Part of federal body of law so far as rights and obligations of federal Crown concerned pursuant to Constitution Act, 1867, s. 129 but neither Act of Parliament nor “law of Canada” in jurisdictional sense — Excluded by Federal Court Act, s. 39 “except as expressly provided by any other Act” of Parliament.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Contrôle judiciaire — Crainte raisonnable de partialité — La participation d'un arbitre de l'immigration à une audience relative au fondement de la revendication du statut de réfugié alors qu'il avait participé à la révision des motifs de la garde de la requérante ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité — D'autres facteurs qui témoignent d'un parti pris de l'arbitre à l'égard de la question à résoudre à la seconde audience pourraient susciter une telle crainte — Facteurs importants: le rapport entre les questions sur lesquelles portent les deux audiences et le caractère définitif de la seconde décision — Aucun parti pris de la part de l'arbitre sur la franchise générale de la requérante qui équivaudrait à préjuger l'issue de la seconde audience.

### Canada c. Maritime Group (Canada) Inc. (1<sup>re</sup> inst.) 131

Pratique — Prescription — Action pour actes de négligence (inspection inadéquate et certification irrégulière du navire, qui a coulé par la suite dans les eaux internationales) survenus à Montréal — Selon l'art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale, les lois provinciales sur la prescription des actions s'appliquent aux causes d'action ayant pris naissance dans la province — «Cause d'action» désigne le manquement à une obligation, soit l'inspection inadéquate et la certification irrégulière — Elle prend naissance où a lieu le manquement à une obligation et non où sont subis les dommages — Les affaires mettant en cause la responsabilité découlant du vice d'un produit dans lesquelles la détermination du ressort où a pris naissance la cause d'action est fonction du ressort où sont survenus les dommages ne s'appliquent pas — Application de la prescription par deux ans en vertu du droit du Québec.

Couronne — Pratique — L'art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que les règles de droit provinciales en matière de prescription s'appliquent aux instances dont le fait générateur est survenu dans une province, «sauf disposition contraire d'une autre loi» — L'exception vise une loi fédérale — L'adoption des règles de droit régissant les rapports entre particuliers démontre l'intention d'appliquer les mêmes délais de prescription à la Couronne qu'aux particuliers — L'omission de mentionner les lois «du Parlement», dont il est question à l'art. 31 de la Loi sur la Cour de l'Échiquier, ne visait pas à créer une dérogation à la loi antérieure — Rien ne permet de croire à l'intention de redonner vie à l'application de délais de prescription particuliers en faveur de la Couronne.

Code civil — L'art. 2215 prescrit un délai de prescription de trente ans à l'égard des créances de la Couronne non déclarées imprescriptibles — Il fait partie de l'ensemble de règles de droit fédéral en ce qui concerne les droits et les obligations de la Couronne du chef du Canada en vertu de l'art. 129 de la Loi constitutionnelle de 1867, mais il n'est pas une loi du Parlement ni «une loi du Canada» au sens juridictionnel — Son application est expressément écartée à l'art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale «sauf disposition contraire d'une autre loi» du Parlement.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers (C.A.)..... 154**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Trinidadian woman subject to wife abuse — Adjudicator cannot be said to have erred in law by implicitly concluding Refugee Division might find “Trinidadian women subject to wife abuse” to be “particular social group” within definition of “Convention refugee” and fear of abuse, given state of authorities, to be “fear of persecution”.

### **Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. (T.D.)..... 67**

Practice — Judgments and orders — Reconsideration — Application to convert bail bonds into cash and pay into Court — After trial as to liability for damages resulting from a ship colliding with railway bridge, assessment of damages ordered — Although statement of claim seeking condemnation of defendant ships and their bail, Trial Judge through inadvertence, mistake or omission not dealing with matter — Not brought to his attention within time prescribed under R. 337 — Trial Judge now retired — Application dismissed — Reference to cases supporting strict interpretation of R. 337 — Court unable to reconsider terms of judgment under R. 337(5) as not “Court as initially constituted” — R. 337(6) referring to clerical mistakes resulting in “accidental slip or omission” — Trial Judge not making slip or omission — Order sought not contrary to R. 1900 since would not be ordering levy or execution, but only requiring monies due under bonds be paid into Court — No evidence respondents unable to pay amount to be assessed.

### **Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band (T.D.) 74**

Judicial review — Application to strike originating notices of motion to quash notices of tax assessment issued with respect to lands in respondents’ reserves — Applicant contending lands exempt from taxation — Whether lands held by Canadian Pacific Ltd. under Crown grant subject to federally approved Indian band council by-laws authorizing assessment and taxation of real property rights in lands on reserves in British Columbia — By-laws including appeal procedure — Judicial review discretionary remedy — Practice to decline jurisdiction where appeal available, except under special circumstances — As s. 18 motions, like all prerogative writ applications, heard summarily, boards of revision better forum to receive and consider material evidence.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Mayers (C.A.)..... 154**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Trinadienne victime de violence conjugale — On ne peut pas dire que l’arbitre a commis une erreur de droit en concluant implicitement que la section du statut de réfugié pouvait juger que les «Trinadiennes victimes de violence conjugale» constituaient «un groupe social» selon la définition de «réfugié au sens de la Convention» et que la crainte de mauvais traitements, vu l’état de la doctrine et de la jurisprudence, était la «crainte d’être persécuté».

### **Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. (1<sup>re</sup> inst.)..... 67**

Pratique — Jugements et ordonnances — Nouvel examen — Demande visant la conversion des cautionnements en espèces et leur consignation à la Cour — À la suite d’un procès portant sur la responsabilité à l’égard des dommages résultant de la collision d’un navire avec un pont de chemin de fer, l’évaluation des dommages a été ordonnée — Bien que la déclaration ait demandé la saisie des navires défendeurs et de leur cautionnement, le juge du procès, à la suite d’une inattention, erreur ou omission, a négligé de traiter de la question — On ne lui en a pas fait part dans le délai prescrit en vertu de la Règle 337 — Le juge du procès est aujourd’hui à la retraite — La demande est rejetée — Examen de décisions justifiant une interprétation stricte de la Règle 337 — La Cour ne peut se pencher de nouveau sur les termes du prononcé en vertu de la Règle 337(5) puisqu’il ne s’agit pas de la «Cour telle qu’elle était constituée au moment du prononcé» — La Règle 337(6) fait mention des «erreurs d’écriture ou omissions accidentelles» — Le juge du procès n’a pas commis une erreur ou omission — L’ordonnance recherchée n’est pas contraire à la Règle 1900 puisqu’elle n’ordonnerait pas une saisie ou saisie-exécution, mais exigerait seulement que des sommes dues en vertu des cautionnements soient consignées à la Cour — Rien ne prouve que les intimés ne peuvent rembourser la somme qui sera plus tard fixée.

### **Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Mats- qui (1<sup>re</sup> inst.)..... 74**

Contrôle judiciaire — Fin de non-recevoir opposée aux avis de requête en annulation d’avis de cotisation concernant des terres situées dans les réserves des intimés — La requérante soutient que ces terres sont exemptées de taxes — Il échet d’examiner si ces terres détenues par Canadien Pacifique Ltée en vertu d’une concession de la Couronne sont soumises à l’application des règlements pris par les conseils de bande avec l’approbation de l’autorité fédérale et autorisant ces bandes à imposer les droits fonciers sur les terres situées dans leurs réserves en Colombie-Britannique — Ces règlements prévoient une procédure d’appel — Le contrôle judiciaire est un recours discrétionnaire — Il est d’usage de décliner compétence quand un droit d’appel existe, sauf cas exceptionnel — Les requêtes fondées sur l’art. 18 étant soumises à une procédure sommaire

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application to strike originating notices of motion to quash notice of tax assessment issued by respondents, pursuant to federally approved Indian band council by-laws, with respect to lands in reserves which applicant contends exempt from taxation — By-laws containing provisions for appeals from assessments — Judicial review discretionary remedy — Practice to decline jurisdiction where appeal available, except under special circumstances — As s. 18 motions, like all prerogative writ applications, heard summarily, boards of revision better forum to receive and consider material evidence.

Native peoples — Taxation of lands on reserves — Whether lands held by Canadian Pacific Ltd. under Crown grant subject to federally approved Indian band council by-laws authorizing assessment and taxation of real property rights in lands on reserves in British Columbia.

### **Clemiss v. Canada (T.D.)..... 3**

Income tax — Income calculation — Company purchasing industrial plant, paying partly cash, partly own shares — President and CEO, Chairman, another director, lawyer, accountant charged with theft, conspiracy to defraud corporation — Taxpayer, president and CEO, receiving option on publicly traded shares of company — Seeking determination from British Columbia Superintendent of Brokers to ensure tradeable — Superintendent declining to give ruling pending trial of charges against taxpayer, other corporate executives — Taxpayer purporting to exercise option, tendering payment February 23, 1978, but no money or share certificates changing hands — Board resolving, August 30, 1979, to issue non-trading shares at option price — Shares becoming freely trading upon determinations by Superintendent issued between 15 October 1979 and February 20, 1980 — Share value increasing from \$4.25 on February 23, 1978 to \$8.80 on August 30, 1979 — Taxpayer expending some \$150,000 in legal fees defending criminal charges — All accused acquitted — Company's constitution providing for indemnification — Shareholders voting to reimburse — When shares acquired for purpose of valuing benefit — Whether reimbursement of legal fees taxable benefit — Beneficial ownership of shares not acquired upon purported exercise of option — Condition that shares be free-trading not waived by taxpayer — Ownership acquired with transfer of rights represented by share certificate — Moneys for legal fees not reimbursement of sums expended to carry out job as president — Benefit received in respect of employment within Act, s. 6(1)(a).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

comme tous les autres recours en bref de prérogative, les commissions de révision sont plus indiquées pour recevoir et examiner les preuves et témoignages se rapportant au litige.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Fin de non-recevoir opposée aux avis de requête en annulation des avis de cotisation établis par les intimés, en application des règlements de conseil de bande approuvés par l'autorité fédérale, relatifs à des terres situées dans les réserves et dont la requérante soutient qu'elles sont exemptées de taxes — Les règlements prévoient une procédure d'appel contre les cotisations — Le contrôle judiciaire est un recours discrétionnaire — Il est d'usage de décliner compétence quand un droit d'appel existe, sauf cas exceptionnel — Les requêtes fondées sur l'art. 18 étant soumises à une procédure sommaire comme tous les autres recours en bref de prérogative, les commissions de révision sont plus indiquées pour recevoir et examiner les preuves et témoignages se rapportant au litige.

Peuples autochtones — Taxation de terres situées dans les réserves — Il échet d'examiner si ces terres détenues par Canadien Pacifique Ltée en vertu d'une concession de la Couronne sont soumises à l'application des règlements pris par les conseils de bande avec l'approbation de l'autorité fédérale et autorisant ces bandes à imposer les droits fonciers sur les terres situées dans leurs réserves en Colombie-Britannique.

### **Clemiss c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 3**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Une société a acheté une usine et elle a payé le prix d'achat en partie comptant, en partie au moyen d'actions — Le président et directeur général, le président du conseil d'administration, un autre administrateur, l'avocat et le comptable ont été accusés de vol et de complot dans le but de frauder la société — Le contribuable, président et directeur général, a reçu une option d'achat d'actions de la société librement négociables — On a demandé au surintendant des courtiers de la Colombie-Britannique de décider que les actions étaient négociables — Le surintendant a refusé de rendre une décision en attendant l'issue du procès intenté contre le contribuable et d'autres dirigeants de la société — Le contribuable prétend avoir levé l'option et remis le paiement le 23 février 1978, mais aucune somme d'argent ni certificat d'action n'ont été échangés — Le 30 août 1979, le conseil d'administration a décidé d'émettre des actions non négociables au prix prévu dans la convention d'option d'achat — Les actions sont devenues librement négociables à la suite des décisions rendues par le surintendant entre le 15 octobre 1979 et le 20 février 1980 — La valeur des actions est passée de 4,25 \$ le 23 février 1978 à 8,80 \$ le 30 août 1979 — Le contribuable a dépensé approximativement 150 000 \$ pour assurer sa défense contre des accusations criminelles — Tous les accusés ont été acquittés — Les statuts de la société prévoient l'indemnisation — Les actionnaires ont voté en faveur du remboursement — Moment où les actions sont acquises aux fins de l'évaluation de l'avantage — Le remboursement des frais judiciaires constitue-t-il un avantage impossible? — Les actions n'ont pas été véritablement acquises au moment de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Contracts — President and CEO of corporation receiving option on shares specified to be free-trading, exercisable until February, 1978 — Seeking to exercise option, tendering payment, in February, 1978 — Provincial Superintendent of Brokers refusing, pending disposition of fraud charges against management team, to give determination necessary for sale of shares — Company distributing shares at option price in August, 1980 — Shares only becoming tradeable as determinations received between October, 1980 and July, 1981 — Whether optionee having waived condition that shares be free-trading — Waiver constituted by acquiescence by party in change for benefit of other party — Not altering terms of contract — Variation changing, by mutual consent, terms to extent of variation — Contract having been varied to permit later sale of shares expected to become tradeable — Shares acquired in August, 1980.

### Jesionowski v. Wa-Yas (The) (T.D.)..... 36

Practice — Privilege — Defendants claiming privilege for surveyor's report as to time spent on repair of vessel as relating to settlement negotiations — Report on defendants' list of documents — Surveyor called as expert witness — Once expert becomes witness, implied waiver of privilege previously protecting papers from production — Privileged status waived when listed in defendants' list of documents — To fall within privilege attaching to settlement negotiations, communication must be part of genuine attempt to resolve dispute — Joint report by two surveyors to resolve discrepancy between two previous reports not privileged as (1) not joint effort; (2) although copy sent to plaintiff, not as offer of settlement.

Equity — *Quantum meruit* — Action for damages for labour and materials provided to repair licensed fishing vessel — Cost of repairs exceeded value of vessel — Beneficiary of labour and materials supplied by another should not be unjustly enriched — Where no enforceable contract, law imposes promise to pay reasonable amount, usually related to free market value of services — *Quantum meruit* award assessed by reference to all circumstances — Award not constrained by

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

levée présumée de l'option — Le contribuable n'a pas renoncé à la condition portant que les actions devaient être librement négociables — Les actions ont été véritablement acquises lors du transfert des droits que représente le certificat d'action — Les sommes que représentent les frais judiciaires ne constituent pas le remboursement de dépenses engagées dans l'exercice de la fonction de président — L'avantage a été reçu au titre d'un emploi au sens de l'art. 6(1a) de la Loi.

Contrats — Le président et directeur général d'une société a reçu une option d'achat d'actions devant être librement négociables, pouvant être levée jusqu'en février 1978 — Le contribuable désirait lever l'option et a remis le paiement en février 1978 — Le surintendant provincial des courtiers a refusé de rendre la décision nécessaire à la vente des actions en attendant l'issue des poursuites pour fraude engagées contre l'équipe de direction — La société a attribué des actions au prix prévu dans l'option en août 1980 — Les actions ne sont devenues négociables qu'au moment des décisions rendues entre octobre 1980 et juillet 1981 — Le détenteur de l'option avait-il renoncé à la condition portant que les actions devaient être librement négociables? — Il y a renonciation lorsque l'une des parties acquiesce à un changement à l'avantage de l'autre partie — Les conditions du contrat demeurent les mêmes — Il y a modification lorsque les parties changent, d'un commun accord, les conditions du contrat dans la mesure de la modification — Le contrat a été modifié afin de permettre la vente ultérieure d'actions devant devenir négociables — Les actions ont été acquises en août 1980.

### Jesionowski c. Wa-Yas (Le) (1<sup>re</sup> inst.)..... 36

Pratique — Communications privilégiées — Les défendeurs soutiennent que le rapport de l'expert sur le temps consacré à la réparation du bateau fait l'objet d'un privilège comme document relatif à des négociations en vue d'un règlement — Le rapport figure sur la liste de documents des défendeurs — L'expert est cité comme témoin expert — Lorsqu'un expert dépose comme témoin, il y a renonciation tacite au privilège qui autorisait de ne pas produire des documents — Les défendeurs renoncent au privilège lorsqu'ils incluent un document dans leur liste de documents — Pour être visée par le privilège protégeant les négociations menées en vue d'un règlement, la communication doit se rattacher à une tentative véritable de règlement du différend — Le rapport préparé conjointement par deux experts pour réconcilier deux rapports antérieurs n'est pas visé par un privilège (1) parce qu'il ne constitue pas une tentative conjointe de règlement et (2) parce qu'il n'a pas été envoyé au demandeur à titre d'offre de règlement.

Equity — *Quantum meruit* — Action en dommages-intérêts pour travail et matériaux fournis pour réparer un bateau de pêche auquel étaient rattachés des permis — Le coût des réparations dépasse la valeur du navire — Le travail et les matériaux fournis par une personne ne doivent pas enrichir indûment le bénéficiaire — En l'absence de contrat exécutoire, la loi reconnaît une promesse de payer une somme raisonnable, généralement fondée sur la juste valeur marchande des services

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

increase to value of vessel from plaintiff's labour and materials as parties intended to recover investment by using vessel in fishing industry — Defendant not entitled to reduce *quantum meruit* award nor to damages for poor workmanship as equally responsible for quality of workmanship and did nothing to change it.

Trusts — Action to recover for labour and materials provided in repairing fishing vessel — In deciding whether to impose constructive trust, Court must determine (1) whether claim for unjust enrichment established; (2) whether corresponding deprivation to plaintiff; (3) whether any juristic reason for enrichment; (4) whether constructive trust appropriate remedy — Must also be special reason to grant additional rights flowing from right of property i.e. specific and unique nature of property, changes in value of asset — All requirements met — Constructive trust appropriate as reason to believe defendant might sell licences in absence of restraint, rendering himself judgment proof.

Maritime law — Practice — Interest — Action to recover for labour and materials provided in repairing fishing vessel — Interest award integral part of damage claim in admiralty cases — Should restore plaintiff to position would have been in if events giving rise to claim had not occurred — Applies equally to claims in contract and in tort under maritime law — Defendants aware of interest claim — Interest awarded from reasonable time after joint relationship between parties with respect to vessel severed.

### **Native Women's Assn. of Canada v. Canada (T.D.) 171**

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Application for injunctions under Charter, s. 24 prohibiting continuation of discussions between respondents and native organizations until NWAC entitled to participate in constitutional review process on equal terms and prohibiting respondents from proceeding with referendum on constitutional reform — Applicants relying on F.C.A. declaration re: violations of NWAC's rights — Whether rationale of F.C.A. decision applicable to process after date of judgment — With whom governments should consult in constitutional amendment development not justiciable issue — Charter, s. 32(1) not applying to constitutional amendment as not "matter" within authority of Parliament or provincial legislatures — Claims for injunctions struck out as disclosing no reasonable cause of action, abuse of process.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

— L'indemnité basée sur le *quantum meruit* est fixée en fonction de toutes les circonstances de l'affaire — Elle n'est pas circonscrite par l'augmentation de la valeur du bateau découlant du travail et des matériaux fournis par le demandeur, car les parties avaient l'intention de récupérer leur investissement en se servant du bateau pour la pêche — La piètre qualité du travail ne donne pas droit au défendeur à la réduction de l'indemnité fondée sur le *quantum meruit* ou à des dommages-intérêts parce qu'il était aussi responsable de cette qualité et qu'il n'a rien fait pour l'améliorer.

Fiducies — Action en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation d'un bateau de pêche — Pour décider s'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation, la Cour doit déterminer (1) si un enrichissement sans cause a été établi, (2) si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, (3) s'il y a un motif juridique à l'enrichissement et (4) si la fiducie par interprétation est la réparation appropriée — Il doit aussi y avoir des motifs particuliers pour accorder des droits supplémentaires découlant d'un droit de propriété (nature particulière et unique du bien, changement de valeur du bien) — Toutes les exigences sont réunies — La fiducie par interprétation est le remède approprié parce qu'il y a lieu de penser qu'en l'absence de restriction le défendeur pourrait vendre les permis, s'immunisant ainsi contre tout jugement.

Droit maritime — Pratique — Intérêts — Action en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation d'un bateau de pêche — Les intérêts forment partie intégrante d'une action en dommages-intérêts en amirauté — Il convient de remettre le demandeur dans la situation où il aurait été si les faits donnant lieu à la demande n'avaient pas eu lieu — En droit maritime, le principe s'applique également aux actions fondées sur un contrat ou sur un délit — Les défendeurs savaient que des intérêts étaient demandés — Les intérêts sont accordés à compter d'une date raisonnable après la rupture de la relation des parties relativement au bateau.

### **Native Women's Assn. of Canada c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) 171**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Demande fondée sur l'art. 24 de la Charte en vue d'obtenir des injonctions interdisant la continuation des discussions entre les intimés et des organisations autochtones tant que la NWAC ne se verra pas accorder le droit de participer au processus de révision de la Constitution au même titre que ces autres groupements, et interdisant aux intimés de procéder au référendum sur la réforme constitutionnelle — Les requérantes invoquent le jugement déclaratoire rendu par la C.A.F. concernant certaines violations des droits de la NWAC — Le raisonnement du jugement de la C.A.F. s'applique-t-il au processus qui s'est déroulé après la date du jugement? — La question de savoir qui les gouvernements devraient consulter durant l'élaboration des modifications constitutionnelles échappe à la compétence des tribunaux — L'art. 32(1) de la Charte ne s'applique pas à une modification constitutionnelle puisqu'il ne s'agit pas d'un «domaine» qui relève du Parlement ou des législatures provin-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Elections — Referendum on constitutional reform based on Charlottetown Accord — Native Women's Association seeking injunction prohibiting conduct of referendum — Complaint that not included in governmental consultations leading to Accord — Respondent Ministers without official role in conduct of referendum — Referendum question approved by resolution of Parliament — Proclamation issued by Governor in Council directing electors' opinion be obtained — Chief Electoral Officer issued writs of referendum — Validity of Referendum Act not challenged — Minister lacking power to halt process even if so ordered by Court — Injunction denied as application (1) disclosing no reasonable cause of action (2) abuse of process of Court.

### **Olson v. Canada (C.A.)..... 32**

Practice — Motions disposed of in writing — Appeal from Trial Judge's order dismissing application to strike out statement of claim without personal appearance under R. 324 and ordering oral hearing — Reasoning in case between same parties misunderstood by Trial Judge — Irrelevant to issue in case at bar — R. 324 motion within discretion of Court or prothonotary if considers it expedient — Both parties must be heard by personal appearance or by paper — Purpose of R. 324 explained — Trial Judge not implicitly considering it expedient to require oral hearing — Appeal allowed.

### **Ontario (Chicken Producers' Marketing Board) v. Canada (Chicken Marketing Agency) (T.D.) ..... 116**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application to quash application for judicial review of assessment of liquidated damages — Canadian Chicken Marketing Agency established by Proclamation pursuant to Farm Products Marketing Agencies Act — Federal-Provincial Agreement controlling production and marketing of chicken in Canada — Amendment thereto requiring provincial boards to pay liquidated damages if quota exceeded and providing for final resolution of disputes by National Farm Products Marketing Council — Agency assessing liquidated damages against Ontario Board — Within Court's jurisdiction to review assessment — Agency only having powers specifically accorded to it by Act or Proclamation — Agreement to assess damages exceeded powers mandated by Parliament — Agreement between federal and provincial governments not enforceable as private contract — Agency acting pursuant to statutorily authorized Agreement, purporting to exercise jurisdiction by or under Act of Parlia-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ciales — Les demandes d'injonctions doivent être radiées car elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action et constituent un usage abusif des procédures de la Cour.

Élections — Référendum sur la réforme constitutionnelle basé sur l'Accord de Charlottetown — La Native Women's Association demande une injonction interdisant la tenue du référendum — Elle se plaint de ne pas avoir été incluse dans les consultations gouvernementales qui ont mené à l'Accord — Les ministres intimés ne jouent aucun rôle officiel dans la tenue d'un référendum — Approbation de la question référendaire par résolution du Parlement — Proclamation prise par le gouverneur en conseil ordonnant une consultation des électeurs — Émission des brefs de référendum par le Directeur général des élections — Validité de la Loi référendaire non contestée — Le ministre ne peut arrêter le processus même si la Cour le lui ordonne — L'injonction est refusée puisque la demande (1) ne révèle aucune cause raisonnable d'action et (2) constitue un usage abusif des procédures de la Cour.

### **Olson c. Canada (C.A.)..... 32**

Pratique — Requêtes tranchées par écrit — Appel interjeté contre une ordonnance du juge de première instance, qui a rejeté la demande visant à radier la déclaration sans comparaison personnelle en vertu de la Règle 324 et ordonné la tenue d'une audience — Le juge de première instance s'est mépris sur le raisonnement applicable dans une affaire entre les mêmes parties — Ce raisonnement n'a rien à voir avec la question en l'espèce — La requête fondée sur la Règle 324 relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour ou du protonotaire s'ils estiment opportun de supprimer l'audience — Les deux parties doivent être entendues soit par comparution personnelle, soit par écrit — Explication de l'objectif de la Règle 324 — Le juge de première instance n'a pas implicitement estimé opportun d'exiger une audience orale — Appel accueilli.

### **Ontario (Commission de la commercialisation du poulet) c. Canada (Office de commercialisation des poulets) (1<sup>re</sup> inst.)..... 116**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande d'annulation de la demande de contrôle judiciaire de l'évaluation des dommages-intérêts prédéterminés — L'Office canadien de commercialisation des poulets a été créé par proclamation conformément à la Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme — Un accord fédéral-provincial contrôle la production et la commercialisation des poulets au Canada — La modification de l'accord impose aux offices provinciaux de payer des dommages-intérêts prédéterminés s'ils excèdent leur allocation et prévoit le règlement définitif des différends par le Conseil national de commercialisation des produits de ferme — L'Office a imposé à la Commission ontarienne de verser des dommages-intérêts prédéterminés — La Cour a compétence pour étudier de nouveau l'évaluation des dommages-intérêts — L'Office n'a que les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par une loi ou la proclamation — L'accord visant l'évaluation des dommages

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ment — Application for judicial review without first appealing to Council not premature — Agreement cannot oust Court's jurisdiction to review jurisdictional issue.

Agriculture — Canadian Chicken Marketing Agency established by Proclamation pursuant to Farm Products Marketing Agencies Act — Assessing liquidated damages for overproduction against Ontario Chicken Producers' Marketing Board pursuant to amendment to Federal-Provincial Agreement — Agency limited to powers specifically accorded by Act — Assessment of liquidated damages exceeding Agency's jurisdiction.

**Sam Vézina Inc. v. Laurentian Pilotage Authority (C.A.)..... 60**

Maritime law — Pilotage — Pilot boat service at Port of Québec — Laurentian Pilotage Authority authorized by statute to award contract for service — Pilot boat service "closely linked" to operation of pilotage service, essential to its maintenance — Meaning of words "for its use".

**Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)..... 27**

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Application for leave to appeal decision of Convention Refugee Determination Division — Applicant wishing to rely on Refugee Division's record under Federal Court Immigration Rules, s. 20(1) — Written request to forward record served by Court Registry on tribunal — Board objecting to request as served by Registry rather than by applicant — Whether tribunal required to act on request served by Registry on behalf of applicant — Interpretation of Rules matter for Court, not for Immigration and Refugee Board — Leave application not to be disposed of without tribunal's record, where requested, regardless of technical defect in service of request — Order requiring Board, respondent and applicant to file memorandum of fact and law in support of respective positions.

**Steinberg Inc. v. J. L. Duval Ltée (T.D.)..... 145**

Trade marks — Expungement — Application to expunge "Marché Extra" and design from register — Mark registered for use in association with wholesale distribution and sale of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

excédait les pouvoirs conférés par le Parlement — L'accord entre les gouvernements fédéral et provincial n'est pas exécutoire à titre de contrat privé — L'Office a agi conformément à l'accord autorisé par la Loi, prétendant exercer une compétence prévue par une loi fédérale — La demande de contrôle judiciaire sans qu'il y ait eu d'abord appel auprès du Conseil n'est pas prématurée — L'accord ne peut empêcher la Cour d'effectuer un contrôle judiciaire sur une question de compétence.

Agriculture — L'Office canadien de commercialisation des poulets a été créé par proclamation conformément à la Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme — Dommages-intérêts prédéterminés pour la surproduction de poulets imposés à la Commission ontarienne de la commercialisation du poulet conformément à la modification de l'accord fédéral-provincial — L'Office doit s'en tenir aux pouvoirs qui lui sont expressément conférés par la Loi — La détermination des dommages-intérêts prédéterminés excède la compétence de l'Office.

**Sam Vézina Inc. c. Administration de pilotage des Laurentides (C.A.)..... 60**

Droit maritime — Pilotage — Service de bateaux-pilotes dans le port de Québec — L'Administration de pilotage des Laurentides est autorisée par la Loi à octroyer un contrat pour ce service — Le service de bateaux-pilotes est «intimement relié» au fonctionnement d'un service de pilotage et essentiel au maintien de ce service — Sens des mots «pour en faire usage».

**Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)..... 27**

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande d'autorisation d'interjeter appel contre la décision de la Section du statut de réfugié — Le requérant souhaite se fonder sur le dossier de la Section du statut de réfugié en vertu de l'art. 20(1) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration — Demande écrite de transmission du dossier signifiée par le greffe de la Cour au tribunal — Opposition de la Commission à la transmission de la demande par le greffe plutôt que par le requérant — Le tribunal est-il tenu de donner suite à la demande signifiée par le greffe pour le compte du requérant? — L'interprétation des Règles relève de la Cour et non pas de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Il ne peut être statué sur une demande d'autorisation sans le dossier du tribunal dont la transmission a été demandée, malgré un vice de forme dans la signification de la demande — Ordonnance enjoignant à la Commission, à l'intimé et au requérant de déposer un mémoire des points de fait et de droit à l'appui de leurs positions respectives.

**Steinberg Inc. c. J. L. Duval Ltée (1<sup>re</sup> inst.)..... 145**

Marques de commerce — Radiation — Demande de radiation du registre de la marque de commerce «Marché Extra» et de son dessin — La marque a été enregistrée pour être utilisée en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

food products — Respondent permitting over thirty retailers to use mark without being registered as users — Requirements of Trade-marks Act, s. 50 (registered user provision) — Failure to register users not necessarily leading to loss of distinctiveness — Owner's control over use of mark and public deception considered.

### **Wharton v. Canada (T.D.)..... 108**

Creditors and debtors — Chartered accountant who had prepared and filed plaintiff's tax returns forged plaintiff's signature on refund cheque and absconded with most of funds — Whether plaintiff or defendant to suffer loss — Payment of forged cheque not any payment at all — Forgery wholly inoperative to discharge Minister's obligation to taxpayer under Bills of Exchange Act, s. 48(1) — Defendant offered no evidence as to holding out from which to infer ostensible authority extended by plaintiff to accountant — Court not satisfied accountant authorized to receive and negotiate cheque — No indication accountant clothed with authority of discharging debt to taxpayer — Plaintiff entitled to deduct amount of refund cheque less amount deposited to his account by accountant from amount owed to defendant.

Income tax — Accountant who had prepared and filed plaintiff's income tax returns forged plaintiff's signature on refund cheque and absconded with funds — Payment of forged cheque payment neither at common law nor under Bills of Exchange Act, s. 48(1) — Minister not discharging debt to taxpayer — Court recommending Minister design forms to indicate name of person who can give discharge on behalf of taxpayer.

## SOMMAIRE (Fin)

liaison avec la distribution et la vente en gros de produits alimentaires — L'intimée a permis à plus de trente détaillants de se servir de la marque sans être des usagers inscrits — Exigences de la Loi sur les marques de commerce, art. 50 (disposition à l'égard de l'usager inscrit) — L'omission d'inscrire les usagers n'entraîne pas nécessairement la perte du caractère distinctif — Le contrôle du propriétaire sur l'emploi de sa marque et la possibilité que le public soit trompé sont pris en considération.

### **Wharton c. Canada (1<sup>re</sup> inst.)..... 108**

Créanciers et débiteurs — Le comptable agréé qui avait rempli et produit la déclaration de revenu du demandeur a contrefait la signature de celui-ci sur un chèque de remboursement et a pris la fuite avec la plus grande partie des fonds — Est-ce au demandeur ou à la défenderesse de subir la perte? — Le paiement d'un chèque contrefait ne constitue pas du tout un paiement — La contrefaçon n'a nullement pour effet de libérer le ministre de son obligation envers le contribuable selon l'art. 48(1) de la Loi sur les lettres de change — La défenderesse n'a présenté aucune preuve en ce qui concerne la présentation des choses qui pourrait faire conclure qu'un soi-disant pouvoir avait été accordé au comptable par le demandeur — On n'a pas convaincu la Cour que le comptable était autorisé à recevoir et à négocier le chèque — Rien n'indique que le comptable était investi du pouvoir d'acquitter la dette du contribuable — Le demandeur a le droit de déduire du montant dû à la défenderesse le montant du chèque de remboursement moins le montant déposé dans son compte par le comptable.

Impôt sur le revenu — Le comptable qui avait rempli et produit la déclaration de revenu du contribuable a contrefait la signature de celui-ci sur un chèque de remboursement et a pris la fuite avec les fonds — Le paiement d'un chèque contrefait ne constitue un paiement ni en common law ni en vertu de l'art. 48(1) de la Loi sur les lettres de change — Le ministre n'a pas acquitté sa dette envers le contribuable — La Cour recommande que le ministre conçoive les formulaires de façon à indiquer le nom de la personne qui peut donner quittance au nom du contribuable.





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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1993, Vol. 1, Part 1**

**1993, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-44-88

T-44-88

**Arthur Clemiss (Plaintiff)****Arthur Clemiss (demandeur)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

a

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)***INDEXED AS: CLEMISS v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CLEMISS c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 9; Ottawa, September 16, 1992.

b

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 9 septembre; Ottawa, 16 septembre 1992.

*Income tax — Income calculation — Company purchasing industrial plant, paying partly cash, partly own shares — President and CEO, Chairman, another director, lawyer, accountant charged with theft, conspiracy to defraud corporation — Taxpayer, president and CEO, receiving option on publicly traded shares of company — Seeking determination from British Columbia Superintendent of Brokers to ensure tradeable — Superintendent declining to give ruling pending trial of charges against taxpayer, other corporate executives — Taxpayer purporting to exercise option, tendering payment February 23, 1978, but no money or share certificates changing hands — Board resolving, August 30, 1979, to issue non-trading shares at option price — Shares becoming freely trading upon determinations by Superintendent issued between 15 October 1979 and February 20, 1980 — Share value increasing from \$4.25 on February 23, 1978 to \$8.80 on August 30, 1979 — Taxpayer expending some \$150,000 in legal fees defending criminal charges — All accused acquitted — Company's constitution providing for indemnification — Shareholders voting to reimburse — When shares acquired for purpose of valuing benefit — Whether reimbursement of legal fees taxable benefit — Beneficial ownership of shares not acquired upon purported exercise of option — Condition that shares be free-trading not waived by taxpayer — Ownership acquired with transfer of rights represented by share certificate — Monies for legal fees not reimbursement of sums expended to carry out job as president — Benefit received in respect of employment within Act, s. 6(1)(a).*

c

d

e

f

g

h

i

*Contracts — President and CEO of corporation receiving option on shares specified to be free-trading, exercisable until February, 1978 — Seeking to exercise option, tendering payment, in February, 1978 — Provincial Superintendent of Brokers refusing, pending disposition of fraud charges against management team, to give determination necessary for sale of shares — Company distributing shares at option price in August, 1980 — Shares only becoming tradeable as determina-*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Une société a acheté une usine et elle a payé le prix d'achat en partie comptant, en partie au moyen d'actions — Le président et directeur général, le président du conseil d'administration, un autre administrateur, l'avocat et le comptable ont été accusés de vol et de complot dans le but de frauder la société — Le contribuable, président et directeur général, a reçu une option d'achat d'actions de la société librement négociables — On a demandé au surintendant des courtiers de la Colombie-Britannique de décider que les actions étaient négociables — Le surintendant a refusé de rendre une décision en attendant l'issue du procès intenté contre le contribuable et d'autres dirigeants de la société — Le contribuable prétend avoir levé l'option et remis le paiement le 23 février 1978, mais aucune somme d'argent ni certificat d'action n'ont été échangés — Le 30 août 1979, le conseil d'administration a décidé d'émettre des actions non négociables au prix prévu dans la convention d'option d'achat — Les actions sont devenues librement négociables à la suite des décisions rendues par le surintendant entre le 15 octobre 1979 et le 20 février 1980 — La valeur des actions est passée de 4,25 \$ le 23 février 1978 à 8,80 \$ le 30 août 1979 — Le contribuable a dépensé approximativement 150 000 \$ pour assurer sa défense contre des accusations criminelles — Tous les accusés ont été acquittés — Les statuts de la société prévoient l'indemnisation — Les actionnaires ont voté en faveur du remboursement — Moment où les actions sont acquises aux fins de l'évaluation de l'avantage — Le remboursement des frais judiciaires constitue-t-il un avantage imposable? — Les actions n'ont pas été véritablement acquises au moment de la levée présumée de l'option — Le contribuable n'a pas renoncé à la condition portant que les actions devaient être librement négociables — Les actions ont été véritablement acquises lors du transfert des droits que représente le certificat d'action — Les sommes que représentent les frais judiciaires ne constituent pas le remboursement de dépenses engagées dans l'exercice de la fonction de président — L'avantage a été reçu au titre d'un emploi au sens de l'art. 6(1)a) de la Loi.*

*Contrats — Le président et directeur général d'une société a reçu une option d'achat d'actions devant être librement négociables, pouvant être levée jusqu'en février 1978 — Le contribuable désirait lever l'option et a remis le paiement en février 1978 — Le surintendant provincial des courtiers a refusé de rendre la décision nécessaire à la vente des actions en attendant l'issue des poursuites pour fraude engagées contre l'équipe de direction — La société a attribué des actions au*

*tions received between October, 1980 and July, 1981 — Whether optionee having waived condition that shares be free-trading — Waiver constituted by acquiescence by party in change for benefit of other party — Not altering terms of contract — Variation changing, by mutual consent, terms to extent of variation — Contract having been varied to permit later sale of shares expected to become tradeable — Shares acquired in August, 1980.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision confirming reassessments for the taxation years 1979 and 1980.

The taxpayer is President and Chief Executive Officer of B.X. Developments Ltd., and a director of the company. B.X. is a publicly traded company. B.X. purchased a lime plant, and paid with a combination of cash and shares. As a result of this transaction, in January of 1977, the taxpayer, the Chairman, another director, the company's accountant and its lawyer were charged with theft of company property and conspiracy to defraud. On March 1, 1977, the taxpayer and the company entered into a stock option agreement, exercisable up to the end of February, 1978, for 60,000 freely trading shares at \$1.64. In February of 1978, when the plaintiff sought to exercise his option, the British Columbia Superintendent of Brokers declined, pending the conclusion of the criminal proceedings, either to give the plaintiff a determination that sale of the shares by him would not be a distribution to the public or to give the company a like determination on the option agreement. The plaintiff tendered payment, but no money changed hands and no share certificates were issued. The company informed the Vancouver Stock Exchange of the exercise of the option as of that date, and informed the shareholders in its Annual Report. On August 30, 1979, 60,000 shares were issued to the plaintiff at the option price, but they were not tradeable until the Superintendent issued determinations on October 15, 1979 (15,000 shares), February 20, 1980 (20,000 shares) and July 31, 1980 (25,000 shares). In insider trading reports, the date at which the plaintiff became owner of the shares is given as August 30, 1979. No entry for a share benefit was made in his 1978 income tax return. The taxpayer and the other members of the management team were acquitted on the criminal charges on November 9, 1979. Between February 23, 1978 and August 30, 1979, the shares in the company increased in value from \$4.25 to \$8.80. Paragraph 7(1)(a) of the Act provides that the value of the benefit received by an employee under a stock option plan is the difference between market value of the shares when he acquired them and the option price. The Minister assessed the taxpayer on the August 30, 1979 market value. The constitution of the company provided that the company was to indemnify a director for costs of any civil, criminal or administrative proceeding arising out of actions taken in good faith on behalf of the company, subject to court approval under the British Columbia *Company Act*. The shareholders approved reimbursing the plaintiff for the costs of successfully defending the criminal charge against

*prix prévu dans l'option en août 1980 — Les actions ne sont devenues négociables qu'au moment des décisions rendues entre octobre 1980 et juillet 1981 — Le détenteur de l'option avait-il renoncé à la condition portant que les actions devaient être librement négociables? — Il y a renonciation lorsque l'une des parties acquiesce à un changement à l'avantage de l'autre partie — Les conditions du contrat demeurent les mêmes — Il y a modification lorsque les parties changent, d'un commun accord, les conditions du contrat dans la mesure de la modification — Le contrat a été modifié afin de permettre la vente ultérieure d'actions devant devenir négociables — Les actions ont été acquises en août 1980.*

Il s'agit d'un appel d'une décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt, par laquelle elle a confirmé les nouvelles cotisations à l'égard des années d'imposition 1979 et 1980.

Le contribuable est président et directeur général de B.X. Developments Ltd., et membre du conseil d'administration de cette société. B.X. est une société dont les actions sont détenues par le public. B.X. a acheté une usine de chaux dont le prix d'achat a été payé comptant et au moyen d'actions. À la suite de cette opération, en janvier 1977, le contribuable, le président du conseil d'administration, un autre administrateur ainsi que le comptable et l'avocat de la société furent accusés de vol de biens de la société et de complot dans le but de frauder la société. Le 1<sup>er</sup> mars 1977, le contribuable et la société ont conclu une convention d'option d'achat de 60 000 actions librement négociables, à 1,64 \$ chacune, pouvant être levée jusqu'à la fin de février 1978. En février 1978, lorsque le demandeur a décidé de lever son option d'achat, le surintendant des courtiers de la Colombie-Britannique a refusé de rendre une décision en faveur du demandeur, portant que la vente d'actions par le demandeur ne constituait pas une négociation au cours d'un placement initial dans le public, ou de rendre une décision semblable, en faveur de la société, à l'égard de la convention d'option d'achat, tant que les poursuites criminelles n'étaient pas réglées. Le demandeur a remis le paiement, mais aucune somme d'argent n'a été échangée et aucun certificat d'action n'a été émis. La société a avisé la bourse de Vancouver de la levée de l'option à cette date et elle en a informé ses actionnaires dans son rapport annuel. Le 30 août 1979, la société a émis 60 000 actions à l'intention du demandeur, au prix prévu dans l'option d'achat, qui ne sont devenues négociables qu'au moment des décisions rendues par le surintendant le 15 octobre 1979 (15 000 actions), le 20 février 1980 (20 000 actions) et le 31 juillet 1980 (25 000 actions). Selon les déclarations d'initié, c'est le 30 août 1979 que le demandeur est devenu détenteur des actions. Il n'a déclaré aucun avantage tiré de ces actions dans sa déclaration de revenu pour l'année d'imposition 1978. Le demandeur et les autres membres de l'équipe de direction furent acquittés des accusations criminelles qui pesaient contre eux le 9 novembre 1979. Entre le 23 février 1978 et le 30 août 1979, la valeur des actions est passée de 4,25 \$ à 8,80 \$. L'alinéa 7(1)a) de la Loi prévoit que la valeur de l'avantage reçu par un employé en vertu d'un programme d'option d'achat d'actions est égale à la différence entre la valeur au marché des actions au moment où il les a acquises et le prix prévu dans l'option d'achat. Le ministre a établi la cotisation en fonction de la valeur au marché au

him, and the reimbursement was made after being approved by the Supreme Court of British Columbia. The Minister assessed on the basis that this constituted a benefit received in respect of an office or employment.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The issuance of share certificates is not determinative of the date at which shares are acquired. The plaintiff's acceptance, in February, 1978, of the offer of freely trading shares contained in the option agreement could not constitute a binding agreement when no such shares existed. That the shares were to be free-trading was a condition of the agreement, and the evidence does not support the inference that that condition was waived by the plaintiff. Waiver occurs when one party to a contract acquiesces in a change of the terms to the benefit of the other party; the original rights and duties of the parties, however, remain unchanged. Where variation of an agreement occurs the original contract is, to that extent, entirely changed. Here the parties varied, in practice, the contract to permit a later distribution of shares which were anticipated to become free-trading. The benefit under the option agreement was acquired when the taxpayer obtained the bundle of rights which shares represent. The taxpayer did not pay for the shares on February 23, 1978. He did not declare the benefit in his income for the year. The company passed no resolution to allot shares before August 30, 1979. It was then that the plaintiff acquired the attributes of share ownership, such as the right to vote the shares.

The broad wording in the Act captures all benefits received "in respect of" an office or employment. Reimbursements of sums employees are required to expend, such as moving expenses, have been held not to be a personal benefit to the employee. Here, however, the money was not spent by the plaintiff in order to do his job as president, but to answer criminal charges laid against the taxpayer personally. The corporation was not a co-accused, but the victim of the alleged offence.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 152(1)(a),(b),(2).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 6(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 1), 7(1)(a) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3).  
*Securities Act*, 1967, S.B.C. 1967, c. 45, s. 56.

30 août 1979. Les statuts de la société stipulent que la société doit indemniser un administrateur de tous les coûts engagés dans le cadre d'une procédure de nature civile, criminelle ou administrative imputable à des actes faits de bonne foi pour le compte de la société, dans la mesure où l'indemnisation est autorisée par un tribunal en vertu de la *Company Act* de la Colombie-Britannique. Les actionnaires ont autorisé le remboursement au demandeur des frais judiciaires qu'il avait engagés pour assurer sa défense contre les accusations criminelles, et le remboursement a été effectué après avoir été approuvé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans sa cotisation, le ministre a estimé que ce remboursement constituait un avantage tiré d'une charge ou d'un emploi.

*Jugement*: l'appel doit être rejeté.

La délivrance de certificats d'actions n'est pas un facteur déterminant quant à la date à laquelle les actions ont été acquises. L'acceptation par le demandeur, au mois de février 1978, de l'offre d'actions librement négociables prévue dans la convention d'option d'achat ne pouvait constituer un accord liant les parties puisque ces actions n'existaient pas. Le fait que les actions devaient être librement négociables constituait une condition de la convention et rien n'indique, selon la preuve, que le demandeur ait renoncé à cette condition. Il y a renonciation lorsque l'une des parties acquiesce à un changement apporté aux conditions à l'avantage de l'autre partie. Lorsqu'il y a modification, le premier accord est complètement changé à cet égard. En l'espèce, les parties ont modifié de fait le contrat afin de prévoir la distribution ultérieure d'actions qui devaient devenir librement négociables. L'avantage tiré de la convention d'option d'achat a été reçu au moment où le contribuable a obtenu l'ensemble des droits de propriété que représentent des actions. Le contribuable n'a pas payé le prix des actions le 23 février 1978. Il n'a pas inclus cet avantage dans son revenu de l'année. La société n'a adopté aucune résolution afin d'attribuer les actions avant le 30 août 1979. C'est alors que le demandeur a acquis les attributs de la propriété des actions, comme le droit de voter.

Les mots utilisés dans la Loi ont un sens assez large pour inclure tous les avantages tirés «au titre» de la charge ou de l'emploi. Les tribunaux n'ont pas considéré le remboursement de sommes que des employés ont été obligés d'engager, notamment des frais de déménagement, comme un avantage personnel versé à l'employé. En l'espèce, toutefois, le demandeur a engagé les dépenses non pour s'acquitter de sa fonction de président mais pour répondre à des accusations criminelles portées personnellement contre lui. La société n'était pas une coaccusée mais plutôt la victime présumée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Company Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 152(1)(a),(b),(2).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 6(1)(a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 1), 7(1)(a) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 3).  
*Securities Act*, 1967, S.B.C. 1967, ch. 45, art. 56.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*Steen (W.R.) v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 256; (1988), 88 DTC 6171; 86 N.R. 165 (F.C.A.); affg *Steen v. Canada*, [1987] 1 F.C. 139; [1986] 2 C.T.C. 394; (1986), 86 DTC 6498; 6 F.T.R. 179 (T.D.); *Grant v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 31; [1974] CTC 332; (1974), 74 DTC 6252 (F.C.T.D.); *Reynolds, PM v The Queen*, [1975] CTC 85 (F.C.T.D.); *Falconer v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 664; (1962), 34 D.L.R. (2d) 721; [1962] C.T.C. 426; 62 DTC 1247; *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 Ex.C.R. 293; [1967] C.T.C. 346; (1967), 67 DTC 5235; *McNeill v. Canada*, [1987] 1 F.C. 119; [1986] 2 C.T.C. 352; (1986), 86 DTC 6477; 5 F.T.R. 133 (T.D.); *Greisinger v. M.N.R.* (1986), 15 C.C.E.L. 29; [1986] 2 C.T.C. 2441; 86 DTC 1802 (T.C.C.); *Phillips (W.R.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2372; (1990), 90 DTC 1274 (T.C.C.); *Splane (R.O.J.) v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199; (1990), 90 DTC 6442; 36 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Huffman v. Canada* (1990), 71 D.L.R. (4th) 385; [1990] 2 C.T.C. 132; 90 DTC 6405; 112 N.R. 78 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*R. v. Clemiss*, Judge McGivern, judgment dated November 9, 1979, B.C. Prov. Ct., not reported; *Rendell v. Went* (1963), 41 Tax Cas. 641 (Ch. D.); varied [1963] 3 All E.R.; (1963), 41 Tax Cas. 650 (C.A.); affd [1964] 2 All E.R. 464; (1963), 41 Tax Cas. 654 (H.L.); *Pellizzari (T.) v. M.N.R.*, [1987] 1 C.T.C. 2106; (1987), 87 DTC 56 (T.C.C.); *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428; [1983] C.T.C. 393; 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727; (1972), 29 D.L.R. (3d) 389; 9 C.C.C. (2d) 32; [1972] CTC 412; 72 DTC 6329 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Turney v. Zhilka*, [1959] S.C.R. 578.

## AUTHORS CITED

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1986.  
Welling, Bruce *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ([1987] 2 C.T.C. 2275; (1987), 87 DTC 569) dismissing the taxpayer's appeal from reassessments. Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Leslie M. Little, Q.C.* for plaintiff.  
*Margaret Clare* for defendant.

## JURISPRUDENCE

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Steen (W.R.) c. La Reine*, [1988] 1 C.T.C. 256; (1988), 88 DTC 6171; 86 N.R. 165 (C.A.F.); confirmant *Steen c. Canada*, [1987] 1 C.F. 139; [1986] 2 C.T.C. 394; (1986), 86 DTC 6498; 6 F.T.R. 179 (1<sup>re</sup> inst.); *Grant c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 31; [1974] CTC 332; (1974), 74 DTC 6252 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Reynolds, PM c La Reine*, [1975] CTC 85 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Falconer v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 664; (1962), 34 D.L.R. (2d) 721; [1962] C.T.C. 426; 62 DTC 1247; *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 C. de l'É. 293; [1967] C.T.C. 346; (1967), 67 DTC 5235; *McNeill c. Canada*, [1987] 1 C.F. 119; [1986] 2 C.T.C. 352; (1986), 86 DTC 6477; 5 F.T.R. 133 (1<sup>re</sup> inst.); *Greisinger c. M.R.N.* (1986), 15 C.C.E.L. 29; [1986] 2 C.T.C. 2441; 86 DTC 1802 (C.C.I.); *Phillips (W.R.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2372; (1990), 90 DTC 1274 (C.C.I.); *Splane (R.O.J.) c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199; (1990), 90 DTC 6442; 36 F.T.R. 35 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Huffman c. Canada* (1990), 71 D.L.R. (4th) 385; [1990] 2 C.T.C. 132; 90 DTC 6405; 112 N.R. 78 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. v. Clemiss*, juge McGivern, jugement en date du 9 novembre 1979, C. prov. C.-B., non publié; *Rendell v. Went* (1963), 41 Tax Cas. 641 (Ch. D.); modifié [1963] 3 All E.R.; (1963), 41 Tax Cas. 650 (C.A.); confirmé [1964] 2 All E.R. 464; (1963), 41 Tax Cas. 654 (H.L.); *Pellizzari (T.) c. M.R.N.*, [1987] 1 C.T.C. 2106; (1987), 87 DTC 56 (C.C.I.); *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428; [1983] C.T.C. 393; 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727; (1972), 29 D.L.R. (3d) 389; 9 C.C.C. (2d) 32; [1972] CTC 412; 72 DTC 6329 (C.A.).

## DÉCISION CITÉE:

*Turney v. Zhilka*, [1959] R.C.S. 578.

## DOCTRINE

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1986.  
Welling, Bruce *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto: Butterworths, 1991.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([1987] 2 C.T.C. 2275; (1987), 87 DTC 569) rejetant l'appel du contribuable contre les nouvelles cotisations. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Leslie M. Little, c.r.* pour le demandeur.  
*Margaret Clare* pour la défenderesse.

## SOLICITORS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

REED J.: This is an appeal by way of trial *de novo* from a decision of the Tax Court dated September 9, 1987 [[1987] 2 C.T.C. 2275]. That decision upheld the Minister of National Revenue's assessment of the income tax payable by the plaintiff for the 1979 and 1980 taxation years.

The plaintiff claims, with respect to the 1979 taxation year, that a taxable stock option benefit he received should be valued at \$104,400 and not \$286,400 as asserted by the Minister. With respect to the 1980 taxation year, he claims that \$146,533.37 which he received as reimbursement for legal expenses he incurred defending criminal charges should not be treated as income to him.

#### Facts — Stock Option

The plaintiff was at the relevant time president and chief executive officer of B.X. Developments Ltd. ("B.X."). He was also a member of the Board of Directors of that corporation.

In 1974, the Chairman of the Board, Murray Pezim, saw an opportunity to purchase what is referred to as the Paul Lime Plant. That plant was eventually acquired by B.X. through a wholly owned subsidiary Can-AM Lime Inc. The purchase price was approximately 2.2 million. Approximately \$900,000 of this was paid in cash, the rest was paid in shares of B.X. The plaintiff played a significant role in this purchase including finding financing for the purchase.

Consequent upon those efforts a stock option agreement was entered into by B.X. and the plaintiff. This agreement was dated March 1, 1977. It granted the plaintiff:

## PROCUREURS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE REED: Il s'agit d'un appel, par voie de procès *de novo*, d'une décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt le 9 septembre 1987 [[1987] 2 C.T.C. 2275]. Cette décision a maintenu la cotisation d'impôt du demandeur établie par le ministre du Revenu national à l'égard des années d'imposition 1979 et 1980.

Le demandeur prétend, en ce qui a trait à l'année d'imposition 1979, que l'avantage imposable qu'il a tiré de la convention d'option d'achat d'actions devrait être évalué à 104 400 \$ et non à 286 400 \$ comme le soutient le ministre. Quant à l'année d'imposition 1980, il prétend que la somme de 146 533.37 \$ qu'il a reçue en remboursement de frais judiciaires engagés pour assurer sa défense contre des accusations criminelles ne devrait pas être traitée comme un revenu personnel.

#### Les faits — option d'achat d'actions

Durant la période en cause, le demandeur était président et directeur général de B.X. Developments Ltd. («B.X.»). Il était aussi membre du conseil d'administration de cette société.

En 1974, le président du conseil d'administration, Murray Pezim, a entrevu l'occasion d'acquérir une usine de chaux, connue sous le nom de Paul Lime Plant. Cette usine a finalement été acquise par B.X. par l'intermédiaire d'une filiale en propriété exclusive, Can-AM Lime Inc. Le prix d'achat s'élevait à environ 2,2 millions de dollars. Environ 900 000 \$ ont été versés comptant, le reste du prix d'achat étant réglé au moyen d'actions de B.X. Le demandeur a joué un rôle important dans cette acquisition, notamment au chapitre du financement.

En contrepartie de ces efforts, B.X. et le demandeur ont conclu une convention d'option d'achat d'actions. Cette convention, datée du 1<sup>er</sup> mars 1977, accordait au demandeur:

... the sole and exclusive right and option to purchase Sixty Thousand (60,000) fully paid and non-assessable freely trading shares of the capital of the Company at a price of one dollar sixty-four cents (\$1.64) per share, such option to be exercisable at any time up to and including the 28th day of February, 1978 . . . . [Underlining added.]

Time was expressed to be of the essence in the agreement.

On January 17, 1977, shortly before the issuance of this option, the plaintiff, two other directors, the accountant and the lawyer of B.X. were charged with three counts of conspiracy to defraud B.X. and one count of theft of the property of B.X. These charges related to the acquisition of the Paul Lime Plant. It was alleged that the share portion of the purchase price was a "sham" and that the plaintiff and his co-accused had arranged to carry out the transaction to the detriment of B.X. and its shareholders. B.X. was a publicly traded company; its shares were listed on the Vancouver Stock Exchange.

In early 1978, the plaintiff decided to take up the stock option he held for the purchase of the B.X. shares. On January 5, 1978, counsel for the plaintiff, Mr. George Scott wrote on the plaintiff's behalf to the Superintendent of Brokers (British Columbia's Securities Commission) requesting a section 56 determination to allow the plaintiff to trade 15,000 of the option shares. Section 56 of the British Columbia *Securities Act, 1967* [S.B.C. 1967, c. 45] states:

56. (1) Where doubt exists whether a trade proposed or intended to be made in a security would be in the course of primary distribution to the public of the security, the Commission may, upon the application of an interested party, determine whether the proposed or intended trade would be in the course of primary distribution to the public of the security and rule accordingly, and the ruling is final and there is no appeal therefrom.

(2) Where the Commission determines under subsection (1) that a proposed or intended trade would not be in the course of primary distribution to the public of the security, the Commission may rule that registration is not required in respect of the trade.

(3) Where doubt exists whether a primary distribution to the public of any security has been concluded or is currently in

[TRADUCTION] . . . le droit et l'option uniques et exclusifs d'acheter soixante mille (60 000) actions entièrement libérées, non susceptibles d'appels subséquents et librement négociables du capital-actions de la société, au prix de un dollar soixante-quatre cents (1,64 \$) l'action, cette option pouvant être levée en tout temps jusqu'au 28 février 1978 inclusivement . . . [Je souligne.]

Le délai était une condition essentielle du contrat.

Le 17 janvier 1977, peu de temps avant l'octroi de cette convention d'option, le demandeur, deux autres administrateurs ainsi que le comptable et l'avocat de B.X. furent accusés sous trois chefs de complot dans le but de frauder B.X. et sous un chef de vol des biens de B.X. Ces accusations étaient liées à l'acquisition de la Paul Lime Plant. Selon les allégations, la partie du prix d'acquisition versée en actions aurait été une «imposture», et le demandeur et ses coaccusés se seraient concertés pour conclure l'opération au détriment de B.X. et de ses actionnaires. B.X. était une société dont les actions étaient détenues par le public et cotées à la Bourse de Vancouver.

Au début de 1978, le demandeur a décidé de lever son option d'achat d'actions de B.X. Le 5 janvier 1978, l'avocat du demandeur, M<sup>c</sup> George Scott, a écrit au surintendant des courtiers (Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique) pour lui demander de rendre une décision sous le régime de l'article 56 qui permette au demandeur de négocier 15 000 des actions visées par l'option d'achat. L'article 56 de la *Securities Act, 1967* [S.B.C. 1967, ch. 45], de la Colombie-Britannique porte:

[TRADUCTION] 56. (1) En cas de doute sur la question, la Commission peut, sur demande d'une partie intéressée, déterminer si la négociation proposée ou projetée constituerait une négociation au cours d'un placement initial de ce titre dans le public et rendre une décision en conséquence, décision qui est finale et sans appel.

(2) Lorsque la Commission détermine sous le régime du paragraphe (1) que la négociation proposée ou projetée d'un titre ne constituerait pas une négociation au cours d'un placement initial de ce titre dans le public, elle peut décréter qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'enregistrement de cette négociation.

(3) En cas de doute sur la question de savoir si un placement initial de titres dans le public a été ou est effectué, la Commis-



progress, the Commission may determine the question and rule accordingly, and the ruling is final and there is no appeal therefrom. [Underlining added.]

On January 12, 1978 a reply was sent to the plaintiff's request for a section 56 determination to allow the plaintiff to trade the 15,000 shares, stating that such a determination would not be given because a section 56 determination had not been given covering the granting of the option by the company to the plaintiff. The letter asked whether the company, B.X., intended to apply for this prior determination.

The plaintiff's lawyer at that time, Mr. Scott, was called as a witness and explained that he had been of the view that the position the Superintendent of Brokers was taking was wrong and he had so informed the Superintendent: the stock option in question was an employee stock option and therefore exempt from the need to obtain a section 56 determination. He also notes that the plaintiff as a director and chief executive officer of the company had no need of the safeguards which the public disclosure of information in conjunction with share issues is designed to ensure.

In any event, the position being taken by the Superintendent of Brokers delayed the possibility of a section 56 determination being given with respect to the trading of the option shares. On January 19, 1978 counsel for B.X., Lawrence Page, wrote to the Superintendent of Brokers on behalf of that company seeking a section 56 determination with respect to the grant of the stock option to the plaintiff as well as with respect to the grant of a stock option to the Chairman of the Board.

On February 1, 1978 a reply was received:

In as much as Messrs. Pezim and Clemiss are involved in criminal proceedings with respect to the acquisition of the Paul Lime Plant we are not prepared to consider a Section 56 determination covering the issuance of stock options to them until the outcome of the criminal proceedings has been determined.

Any determination issued prior to the completion of the criminal proceedings would of necessity be unfavourable.

sion peut trancher et rendre une décision en conséquence, décision qui est finale et sans appel. [Je souligne.]

Le 12 janvier 1978, en réponse à la demande présentée par le demandeur, était expédiée une lettre portant qu'une décision sous le régime de l'article 56 ne pouvait être rendue à l'égard de la négociation des 15 000 actions puisque aucune décision semblable n'avait été rendue à l'égard de l'octroi au demandeur de la convention d'option d'achat d'actions par la société. La lettre demandait à la société B.X. si elle entendait demander que soit rendue cette décision préalable.

L'avocat du demandeur à l'époque, M<sup>e</sup> Scott, appelé à la barre comme témoin, explique avoir alors estimé que la position adoptée par le surintendant des courtiers était erronée et avoir fait valoir à celui-ci que l'option d'achat d'actions en cause était une option d'achat d'actions accordée à des employés et que, partant, il y avait exemption de l'obligation d'obtenir une décision sous le régime de l'article 56. Il a aussi souligné qu'en sa qualité de président et de directeur général de la société, le demandeur n'avait pas besoin des garanties que vise à assurer la présentation d'information au sujet de l'émission d'actions.

De toute façon, la position adoptée par le surintendant des courtiers a reporté à plus tard la possibilité qu'une décision sous le régime de l'article 56 soit rendue à l'égard de la négociation des actions de l'option d'achat. Le 19 janvier 1978, l'avocat de B.X., M<sup>e</sup> Lawrence Page, a écrit au surintendant des courtiers pour demander, au nom de la société, que soit rendue une décision sous le régime de l'article 56 à l'égard de l'octroi d'une convention d'option d'achat d'actions au demandeur comme au président du conseil d'administration.

Le 1<sup>er</sup> février 1978, la réponse suivante a été reçue:

[TRADUCTION] Comme MM. Pezim et Clemiss sont impliqués dans des poursuites criminelles relativement à l'acquisition de la Paul Lime Plant, nous n'entendons pas rendre de décision sous le régime de l'article 56 à l'égard des options d'achat d'actions qui leur ont été octroyées avant que soit connue l'issue des poursuites criminelles.

S'il fallait rendre une décision avant l'issue des poursuites criminelles, elle serait nécessairement défavorable.

The request for a section 56 determination for the issuance of the stock options was withdrawn. No section 56 determination allowing trading of the option shares had been given. Thus as of the date of the expiry of the option, B.X. was not in possession of and could not deliver to the plaintiff "freely trading shares" as required by the terms of the option agreement.

The plaintiff gave evidence that, in any event, in order to exercise his option and on the advice of his lawyer, he tendered a certified cheque to the company in the amount of \$98,400. The plaintiff says he did this through his lawyer and that it was done on February 23, 1978. His counsel at that time says that his usual practice in such circumstance is to see that the cheque is delivered in person and that a receipt is obtained. There is no documentary record of this transaction. The cheque would not appear to have been cashed. No cancelled cheque is in evidence. No receipt for the cheque was available.

On July 13, 1978, a filing statement was prepared by B.X. and filed with the Vancouver Stock Exchange. It referred to the option agreement with the plaintiff and stated:

On February 23rd, 1978, Clemiss exercised his option pursuant to the provisions of the Clemiss Option Agreement by tendering to the Company the sum of \$98,400.00 and requested delivery of 60,000 shares of the capital of the Company. The Company acknowledged receipt of notice of exercise of the option and tender of moneys and has not yet issued, allotted nor delivered the shares to Clemiss.

Clemiss has entered into an Agreement with Mr. Isadore Rotterman ("Rotterman"), a Director of the Company, agreeing to sell to Rotterman 20,000 shares acquired by Clemiss pursuant to his exercise of the option contained in the Clemiss Option Agreement at a price of \$1.64 per share. The Agreement with Mr. Rotterman has not yet been accepted for filing with the Vancouver Stock Exchange and may also be subject to obtaining a favourable Section 56 determination from the Superintendent of Brokers. [Underlining added.]

On July 31, 1978, B.X. issued its Annual Report together with notice of the annual general meeting and an information circular. The information circular

La demande visant à obtenir une décision sous le régime de l'article 56 à l'égard des options d'achat d'actions octroyées a été retirée. Aucune décision sous le régime de l'article 56 permettant la négociation des actions de l'option d'achat n'a été rendue. Par conséquent, à la date d'expiration de l'option, B.X. n'était pas en possession d'«actions librement négociables» et, partant, ne pouvait délivrer de telles actions au demandeur comme le stipulait la convention d'option d'achat d'actions.

Le demandeur a déclaré en preuve que, de toute façon, sur les conseils de son avocat, il avait remis à la société un chèque certifié de 98 400 \$ afin de lever son option. Le demandeur prétend avoir procédé ainsi par l'entremise de son avocat, le 23 février 1978. Son avocat à l'époque déclare que sa façon habituelle de procéder en pareil cas consiste à s'assurer que le chèque est remis en main propre et qu'un reçu est obtenu en échange. Aucune preuve documentaire ne vient étayer cette opération. Il semble que le chèque n'ait pas été encaissé. Aucun chèque oblitéré n'a été produit en preuve. Aucun reçu en échange du chèque n'était disponible.

Le 13 juillet 1978, B.X. a déposé un avenant au dossier d'inscription à la Bourse de Vancouver. Il faisait mention de la convention d'option d'achat d'actions accordée au demandeur et portait:

[TRADUCTION] Le 23 février 1978, Clemiss a levé son option conformément aux dispositions de la convention d'option Clemiss en remettant à la société la somme de 98 400 \$ et a demandé qu'on lui remette 60 000 actions du capital-actions de la société. La société a accusé réception de l'avis de levée de l'option et de l'offre réelle de paiement, et n'a pas encore émis, attribué ni délivré les actions à Clemiss.

Clemiss a conclu une convention avec M. Isadore Rotterman («Rotterman»), administrateur de la société, aux termes de laquelle il consent à vendre à Rotterman 20 000 actions acquises grâce à la levée de l'option visée par la convention d'option Clemiss, au prix de 1,64 \$ l'action. La convention avec M. Rotterman n'a pas encore été acceptée aux fins de production devant la Bourse de Vancouver et elle pourrait aussi être assujettie à l'obtention d'une décision favorable du surintendant des courtiers sous le régime de l'article 56. [Je souligne.]

Le 31 juillet 1978, B.X. a publié son rapport annuel de même que l'avis de convocation à l'assemblée générale annuelle et une circulaire d'informa-

showed the plaintiff as holding "NIL" shares of the company. The circular also stated:

On February 23, 1978, Clemiss exercised his option pursuant to the provisions of the Clemiss option Agreement by tendering to the Company the sum of ninety-eight thousand, four hundred dollars (\$98,400) and requested delivery of the sixty thousand (60,000) shares of the capital of the Company which are by the terms of the Clemiss option Agreement to be issued as "freely trading shares". The Company acknowledged receipt of notice of exercise of the option and tender of monies and has not yet issued, allotted nor delivered the shares to Clemiss pending clarification of the need to qualify the issuance of such shares from treasury and, further, the obligation of the Company to qualify the shares as "freely trading shares" for distribution to the public.

In the same circular, notice of a proposed ordinary resolution to be presented at the annual general meeting on Friday, September 29, 1978 was given:

There is no material contract to be presented to the meeting other than considering and adopting with or without amendment the following Ordinary Resolution:

Resolved as an Ordinary Resolution that the Company do amend those stock option Agreements granted to employees to provide that there be included in such Agreements the covenant of the Company that unless waived by the employee, payment of the purchase price for the optioned shares be conditional upon the Company first qualifying the shares for distribution to the public or, in the alternative, obtaining a trading exemption for the employee or a determination pursuant to section 56 of the Securities Act, British Columbia, that a proposed or intended trade by such employee would not be in the course of a primary distribution to the public of the security.

On December 1, 1978, a filing statement filed by the management of the company with the Vancouver Stock Exchange explained the then current state of affairs:

Payment by Mr. Clemiss for the shares being purchased by him pursuant to the exercise of his option is conditional upon the Company first qualifying such shares for distribution to the public or, alternatively, obtaining a determination from the Superintendent of Brokers for British Columbia pursuant to section 56 of the Securities Act, British Columbia, that trades in such shares would not be trades in the course of a primary distribution to the public.

The company had not at this date been able to secure the necessary qualification or section 56 determination with respect to these shares.

tion. La circulaire d'information révèle que le demandeur ne détenait «aucune» action de la société. La circulaire porte aussi:

[TRADUCTION] Le 23 février 1978, Clemiss a levé son option conformément aux dispositions de la convention d'option Clemiss en remettant à la société la somme de quatre-vingt-dix-huit mille quatre cents dollars (98 400 \$) et a demandé qu'on lui remette soixante mille (60 000) actions du capital-actions de la société qui, selon les dispositions de la convention d'option Clemiss, doivent être émises comme des «actions librement négociables». La société a accusé réception de l'avis de levée de l'option et de l'offre réelle de paiement, et n'a pas encore émis, attribué ni délivré les actions à Clemiss, en attendant que soit clarifiée la nécessité de qualifier l'émission de ces actions du capital et, en outre, l'obligation de la Société de qualifier les actions d'«actions librement négociables» qui peuvent être offertes au public.

La même circulaire comprenait un avis de proposition de résolution ordinaire qui devait être présentée à l'assemblée générale annuelle du vendredi 29 septembre 1978:

[TRADUCTION] L'assemblée n'aura à se prononcer sur aucun contrat important si ce n'est l'examen et l'adoption avec, ou sans modification, de la résolution ordinaire suivante:

Il est proposé comme résolution ordinaire que la Société modifie ces convention d'option d'achat d'actions accordées à des employés de façon à y inclure un engagement de la société en vertu duquel, sauf en cas de renonciation par l'employé, le paiement du prix d'achat des actions visées par l'option est conditionnel au fait que la société qualifie d'abord ces actions d'actions offertes au public ou, subsidiairement, à l'obtention d'une exception de négociation pour l'employé ou d'une décision sous le régime de l'article 56 de la Securities Act de la Colombie-Britannique, portant que la négociation proposée ou projetée par cet employé ne constituera pas une négociation au cours d'un placement initial de ce titre dans le public.

Le 1<sup>er</sup> décembre 1978, un avenant au dossier d'inscription produit à la Bourse de Vancouver par la direction de la société a décrit ainsi la situation:

[TRADUCTION] Le paiement par M. Clemiss des actions qu'il entend acquérir par la levée de son option est conditionnel au fait que la société qualifie d'abord ces actions d'actions offertes au public ou, subsidiairement, à l'obtention d'une décision du surintendant des courtiers sous le régime de l'article 56 de la Securities Act de la Colombie-Britannique, portant que la négociation de ces actions ne constituerait pas une négociation au cours d'un placement initial de titres dans le public.

À cette date, la société n'avait pas réussi à obtenir la qualification ou la décision sous le régime de l'article 56 nécessaires à l'égard de ces actions.

In an information circular dated December 19, 1978 which accompanied a notice of a general meeting of the company, management for the company again described the status of the matter:

The members of the Company at its annual general meeting held on September 29, 1978 approved an Ordinary Resolution further clarifying the Clemmiss option Agreement by providing that there be included in the Clemmiss option Agreement the covenant of the Company that unless waived by Clemmiss, payment of the purchase price for the optioned shares be conditional upon the Company first qualifying the shares for distribution to the public or, in the alternative, obtaining a trading exemption for him or a determination pursuant to section 56 of the *Securities Act* (British Columbia) that a proposed or intended trade by him would not be in the course of a primary distribution to the public of the security.

On August 30, 1979 the directors of B.X. passed a resolution to issue 60,000 fully paid and non-assessable shares to the plaintiff:

AND THAT the Secretary of the Company be and she is hereby authorized to deliver the executed Treasury Order to the Transfer Agent with instructions to deliver to Mr. Clemmiss or his order share certificates in his name representing the 60,000 shares of the Company in exchange for a certified cheque or bank draft payable to the Company in the amount of \$98,400.

On the same day the treasury order was executed, the plaintiff was registered by the transfer agent on the registry of the company as the shareholder of the 60,000 shares and share certificates were issued to the plaintiff.

I would note that the shares which were issued on August 30, 1979 were not free trading. It was only later on October 15, 1979 that a section 56 determination was given with respect to 15,000 of those shares and on February 20, 1980 with respect to 20,000 shares, which were being conveyed to Mr. Rotterman, and lastly on July 31, 1980 with respect to the remaining 25,000 shares.

The plaintiff and his co-accused were acquitted of the criminal charges on November 9, 1979 [Judge McGivern, judgment dated November 9, 1979, B.C. Prov. Ct., not reported].

In the various insider trading reports which the plaintiff filed with the Vancouver Stock Exchange between March 14, 1977 and August 1979, he did not list himself as owner of any of the 60,000 shares. In

Dans une circulaire d'information datée du 19 décembre 1978 qui accompagnait l'avis de convocation à une assemblée générale de la société, la direction de la société a décrit encore une fois la situation:

[TRADUCTION] À l'assemblée générale annuelle tenue le 29 septembre 1978, les membres de la société ont approuvé une résolution ordinaire destinée à clarifier davantage la convention d'option Clemmiss en prévoyant d'y inclure un engagement de la société en vertu duquel, sauf en cas de renonciation par Clemmiss, le paiement du prix d'achat des actions visées par l'option est conditionnel au fait que la société qualifie d'abord ces actions d'actions offertes au public ou, subsidiairement, à l'obtention d'une exception de négociation pour lui ou d'une décision sous le régime de l'article 56 de la *Securities Act* (Colombie-Britannique) portant que la négociation proposée ou projetée par lui ne constituerait pas une négociation au cours d'un placement initial de ce titre dans le public.

Le 30 août 1979, les administrateurs de B.X. ont décidé par résolution d'émettre 60 000 actions entièrement libérées, non susceptibles d'appels subséquents, à l'intention du demandeur:

[TRADUCTION] ET QUE la secrétaire de la société soit autorisée par les présentes à livrer l'ordre de trésorerie exécuté à l'agent des transferts, avec instruction de livrer à M. Clemmiss ou à son ordre des certificats d'actions à son nom représentant les 60 000 actions de la société en échange d'un chèque certifié ou d'une traite bancaire de 98 400 \$ payable à la société.

Le jour même de l'exécution de l'ordre de trésorerie, le nom du demandeur a été inscrit dans le registre de la société comme actionnaire détenant les 60 000 actions et des certificats d'actions ont été délivrés au demandeur.

Je voudrais souligner que les actions émises le 30 août 1979 n'étaient pas librement négociables. Ce n'est que plus tard, soit le 15 octobre 1979, qu'a été rendue une décision sous le régime de l'article 56 à l'égard de 15 000 de ces actions, puis une autre, le 20 février 1980 à l'égard de 20 000 actions qui furent cédées à M. Rotterman, puis une dernière, le 31 juillet 1980, à l'égard des 25 000 actions qui restaient.

Le demandeur et ses coaccusés furent acquittés des accusations criminelles qui pesaient contre eux le 9 novembre 1979 [le juge McGivern, jugement en date du 9 novembre, 1979, C.P. C.-B., non publié].

Dans les diverses déclarations d'initié qu'il a produites à la Bourse de Vancouver entre le 14 mars 1977 et août 1979, le demandeur ne s'est inscrit comme détenteur d'aucune des 60 000 actions. Dans

the insider trading report filed on September 5, 1979, he indicated that he had become the owner of 60,000 shares on August 30, 1979. The plaintiff did not declare any stock benefit with respect to the shares in his 1978 tax return. His accountant-tax adviser gave evidence that the status of the shares vis-à-vis the plaintiff had been discussed but because of the uncertainty surrounding whether or not the benefit would in fact arise it was decided that it was not appropriate to include any amount with respect thereto in the taxpayer's return for the 1978 taxation year. The benefit was declared in the 1979 tax return.

#### Date Shares Acquired—Value of Stock Option Benefit

Paragraph 7(1)(a) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3)] as it read in 1979 states:

7. (1) . . . where a corporation has agreed to sell or issue shares of the capital stock of the corporation . . .

(a) if the employee has acquired shares under the agreement, a benefit equal to the amount by which the value of the shares at the time he acquired them exceeds the amount paid or to be paid to the corporation therefor by him shall be deemed to have been received by the employee by virtue of his employment in the taxation year in which he acquired the shares . . . [Underlining added.]

The plaintiff asserts that he acquired the 60,000 shares on February 23, 1978 because on that date a binding agreement was formed which gave him the right to require the company, if he so wished, to deliver the shares. The Minister argues that the shares were acquired on August 30, 1979 when the shares were allotted, apparently paid for, transferred to the plaintiff and share certificates issued.

On February 23, 1978 the market value of the shares was \$4.25 per share. On August 30, 1979 the market value was \$8.80 per share. Thus on February 23, 1978 the market value of 40,000 of the 60,000 shares was \$170,000. On August 30, 1979 it was \$352,000. The cost of the shares to the plaintiff was \$65,600. Thus, if the acquisition date is February 23, 1978, the stock option benefit to the plaintiff is \$104,400. If the acquisition date is August 30, 1979 the benefit is \$286,400. Only 40,000 and not 60,000

la déclaration d'initié produite le 5 septembre 1979, il a indiqué qu'il était devenu le détenteur de 60 000 actions le 30 août 1979. Le demandeur n'a déclaré aucun avantage tiré de ces actions dans sa déclaration de revenu pour l'année d'imposition 1978. Son conseiller en comptabilité et en fiscalité a déclaré en preuve avoir examiné avec le demandeur la question du droit de propriété des actions; toutefois, en raison de l'incertitude quant à l'existence d'un avantage, on a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'inclure quelque montant à ce poste dans la déclaration de revenu du contribuable pour l'année d'imposition 1978. L'avantage a été déclaré dans la déclaration de revenu pour l'année d'imposition 1979.

#### Date d'acquisition des actions — valeur de l'avantage découlant de l'option d'achat d'actions

L'alinéa 7(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 3)] applicable en 1979 porte:

7. (1) . . . lorsqu'une corporation a convenu de vendre ou d'attribuer un certain nombre d'actions de son capital-actions . . .

a) si l'employé a acquis des actions en vertu de la convention, un avantage, égal à la fraction de la valeur des actions qui, au moment où il les a acquises, était en sus de la somme qu'il a payée ou devra payer pour ces actions à la corporation, est réputé avoir été reçu par l'employé en raison de son emploi dans l'année d'imposition où il a acquis les actions . . . [Je souligne.]

Le demandeur prétend avoir acquis les 60 000 actions le 23 février 1978 parce que, à cette date, s'est formé un accord liant les parties qui lui a donné le droit d'obliger, à son gré, la société à lui délivrer les actions. Le ministre prétend que les actions ont été acquises le 30 août 1979 quand les actions ont été attribuées, apparemment payées, et transmises au demandeur, et les certificats délivrés.

Le 23 février 1978, la valeur au marché des actions était de 4,25 \$ l'action. Le 30 août 1979, la valeur au marché était passée à 8,80 \$ l'action. Par conséquent, le 23 février 1978, la valeur au marché de 40 000 des 60 000 actions représentait la somme de 170 000 \$. Le 30 août 1979, elle s'élevait à 352 000 \$. Le coût des actions pour le demandeur était de 65 600 \$. Par conséquent, si la date d'acquisition est le 23 février 1978, l'avantage tiré de l'option d'achat d'actions par le demandeur est de 104 400 \$. Si la date d'acqui-

shares are involved because the plaintiff transferred 20,000 to a Mr. Rotterman at the plaintiff's cost in accordance with the agreement which existed between them.

The question then is when did the plaintiff acquire the shares as that term is used in paragraph 7(1)(a) of the *Income Tax Act*. It is agreed that the date of the issuance of share certificates is not itself determinative. See for example, Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (1991) at page 602 for a description of the distinction between a share and a share certificate. A share certificate is merely evidence of the bundle of property rights which a share constitutes. The fact situation in this case however is not one in which the shareholder became an owner of the share at a different time from the issuance of the share certificate. More than just the issuance of the share certificates happened on August 30, 1979.

Counsel for the plaintiff argues that the shares were acquired on February 23, 1978 because on that day the plaintiff accepted the offer set out in the company's option agreement and the company was thereupon obligated to issue the shares. Counsel for the defendant argues that while the plaintiff accepted the company's offer on that date, the plaintiff did not acquire the shares on that date. What he acquired was the right to the shares and since they did not exist (that is free-trading shares did not exist) there was a fundamental breach upon which the plaintiff could have elected to sue for damages. Specific performance would have been difficult to obtain given the non-existence of the subject-matter of the contract.

It is argued that the plaintiff's acceptance of the company's offer, set out in the option agreement, could not constitute a binding agreement when the subject-matter of the contract was not in existence. The plaintiff's acceptance of the company's offer does not mean that the plaintiff acquired the shares as

tion est le 30 août 1979, l'avantage est de 286 400 \$. La question porte uniquement sur 40 000 actions, et non sur 60 000 actions, puisque le demandeur a transféré 20 000 actions à son coût d'achat à M. Rotterman, conformément à la convention conclue entre eux.

Il s'agit donc de déterminer à quelle date le demandeur a acquis les actions, au sens donné à ce terme par l'alinéa 7(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est reconnu que la date de délivrance des certificats d'actions n'est pas en soi un facteur déterminant. Voir par exemple l'ouvrage de Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (1991), à la page 602, qui décrit la distinction entre une action et un certificat d'actions. Un certificat d'actions ne représente que la preuve de l'ensemble des droits de propriété constitué par l'action. Le contexte factuel de l'espèce diffère de celui où l'actionnaire est devenu détenteur de l'action à un moment autre que celui de la délivrance du certificat d'actions. Il y a eu plus que la seule délivrance de certificats d'actions le 30 août 1979.

L'avocat du demandeur prétend que les actions ont été acquises le 23 février 1978 parce qu'à cette date le demandeur a accepté l'offre stipulée dans la convention d'option d'achat d'actions de la société et que cette dernière était par conséquent tenue d'émettre les actions. L'avocat de la défenderesse prétend que même si le demandeur a accepté l'offre de la société à cette date, il n'a pas pour autant acquis les actions à cette même date. Il n'a acquis que le droit d'obtenir les actions, et puisque celles-ci (c'est-à-dire des actions librement négociables) n'existaient pas à ce moment, il y a eu inexécution fondamentale que le demandeur aurait pu invoquer pour intenter une poursuite en dommages-intérêts. Il aurait difficilement pu exiger une exécution pure et simple étant donné l'inexistence de l'objet visé par le contrat.

On prétend que l'acceptation par le demandeur de l'offre de la société, stipulée dans la convention d'option d'achat d'actions, ne pouvait constituer un accord liant les parties puisque l'objet visé par le contrat n'existait pas. L'acceptation par le demandeur de l'offre de la société ne signifie pas que le demandeur

a result of that acceptance. I agree with that legal analysis of the fact situation.

Counsel for the plaintiff argues that the offer and acceptance evidenced by the option agreement and the plaintiff's notification on February 23, 1978 that he intended to exercise that option, comprises two promises: the promise to issue 60,000 shares and the promise that they be free-trading. He notes that the shares which were issued on August 30, 1979 were not free-trading and that the company was in a position to issue non-free-trading shares on February 23, 1978. He argues that the condition that the shares be free-trading was an obligation of the company which the plaintiff could waive and that the Court should interpret his conduct as implicitly demonstrating a waiver. With respect to conditions precedent the decision in *Turney v. Zhilka*, [1959] S.C.R. 578 was cited.

Counsel also cited *Fridman, The Law of Contract in Canada* (2nd ed., 1986), at pages 415-419, and with respect to waiver at pages 510-511:

Two important methods of changing the original duty to perform created by a contract are by variation of the contract and waiver of rights arising thereunder. These two methods must be carefully distinguished. In cases of variation what happens is that, by mutual agreement, for the benefit or convenience of both parties, there is a later alteration of an original agreement. Where waiver is alleged to have occurred, however, the change is for the benefit or convenience of one party only, and the other party is said to acquiesce in such change in the original terms of their contract . . . . Where waiver is alleged, the suggested alteration is, at the most, implicit from what has occurred. Furthermore, where the original agreement has been varied by the later one, then, to the extent to which such variation is operative, the first agreement must now be considered to have been completely changed in respect of the variation in question. If waiver is alleged, however, the original rights and duties of the parties remain unchanged . . . .

It is argued that from February 23, 1978 the plaintiff had a binding enforceable right to 60,000 shares whether free-trading or not. I cannot draw that conclusion from the facts. There is nothing around the February 23, 1978 date or for the seventeen months

a acquis les actions par suite de cette acceptation. Je suis d'accord avec cette analyse juridique des faits de l'espèce.

L'avocat du demandeur prétend que l'offre et l'acceptation dont font foi la convention d'option d'achat d'actions et l'avis du 23 février 1978 par lequel le demandeur a fait part à la société de son intention de lever l'option comprenaient deux promesses: la promesse d'émettre 60 000 actions et la promesse que ces actions seraient librement négociables. Il fait remarquer que les actions qui ont été émises le 30 août 1979 n'étaient pas librement négociables et que la société était en mesure d'émettre des actions non librement négociables le 23 février 1978. Il prétend que la condition selon laquelle les actions devaient être librement négociables constituait pour la société une obligation à laquelle le demandeur pouvait renoncer, et que la Cour devrait interpréter sa conduite comme un signe implicite de renonciation. En ce qui a trait aux conditions préalables, on a cité l'arrêt *Turney v. Zhilka*, [1959] R.C.S. 578.

L'avocat a aussi cité l'ouvrage de *Fridman, The Law of Contract in Canada* (2<sup>e</sup> édition, 1986), aux pages 415 à 419, et, en ce qui a trait à la renonciation, aux pages 510 et 511:

[TRADUCTION] Il existe essentiellement deux méthodes pour modifier l'obligation originale d'exécution convenue par contrat, soit la modification du contrat et la renonciation aux droits contractuels. Ces deux méthodes doivent être distinguées avec soin. Dans les cas de modification, il y a changement subséquent de l'accord original, par consentement mutuel, à l'avantage et à la convenance des deux parties. Dans les cas où l'on prétend qu'il y a eu renonciation, le changement n'a lieu qu'à l'avantage ou à la convenance d'une seule partie, l'autre partie étant réputée acquiescer au changement apporté aux conditions originales du contrat . . . . Dans les cas de renonciation, le changement invoqué est, tout au plus, implicite et peut être déduit de ce qui s'est produit. En outre, lorsque l'accord original a été modifié par l'accord subséquent, dans la mesure où cette modification s'applique, le premier accord doit être considéré comme complètement changé en ce qui a trait à la modification en question. Par ailleurs, lorsqu'on invoque la renonciation, les droits et obligations originaux des parties demeurent inchangés . . . .

L'avocat du demandeur prétend qu'à compter du 23 février 1978, le demandeur avait un droit exécutoire à l'égard de 60 000 actions, qu'elles soient librement négociables ou non. Je ne puis tirer cette conclusion des faits de l'espèce. Il n'existe aucun élé-

thereafter which can lead to a conclusion that the plaintiff was interested in having the shares if they were not free-trading. There is nothing that indicates prior to August 30, 1979 that the plaintiff waived the condition that the shares be free-trading. Indeed even as of that later date, it seems clear from subsequent events, that acquisition of the shares occurred with the full expectation that they would become free-trading.

Counsel argues that the Tax Court judge erred because he thought that the shares issued on August 30, 1979 were free-trading when they were not [at page 2284]:

... the appellant chose to wait until B.X. was in a position to secure a favourable ruling from the Superintendent of Brokers. He refused to treat the breach of the contract as a discharge of it and the parties tacitly extended the time for performance by B.X. of its obligation. As soon as B.X. received a favourable ruling the freely trading shares were delivered. That happened in August of 1979. There is, therefore, no basis for saying that the appellant acquired the shares prior to August of 1979. The appellant therefore fails on this issue as well.

While that decision contains a factual error this does not affect the result. Indeed, I understand that the Tax Court judge did not have all the information in front of him which was filed in this Court. It is clear that the plaintiff decided on August 30, 1979 to accept shares which were not free-trading. There is no evidence as to why this occurred but this does not support a conclusion that the plaintiff had been ready to do so on February 23, 1978 or at some time prior to August 30, 1979. When the company was unable on February 23, 1978 to deliver free-trading shares, the parties simply delayed doing anything. They in effect eventually varied the contract. I could not conclude that the plaintiff on February 23, 1978, had waived the requirement that the shares be free-trading. All the facts lead to the conclusion that the shares were acquired on August 30, 1979.

The decision in *Steen (W.R.) v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 256 (F.C.A.) does not assist the plaintiff.

ment rattaché au 23 février 1978 ou aux dix-sept mois subséquents qui puisse m'amener à conclure que le demandeur était intéressé à acquérir les actions si celles-ci n'étaient pas librement négociables. Rien n'indique qu'avant le 30 août 1979 le demandeur ait renoncé à la condition stipulant que les actions soient librement négociables. En fait, les événements subséquents semblent montrer clairement que même à cette dernière date, le demandeur a acquis les actions en s'attendant absolument à ce qu'elles deviennent librement négociables.

L'avocat fait valoir que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur puisqu'il a estimé que les actions délivrées le 30 août 1979 étaient librement négociables alors qu'elles ne l'étaient pas [à la page 2284]:

... l'appelant a choisi d'attendre que B.X. soit en mesure d'obtenir une décision favorable du surintendant des courtiers. Il a refusé de considérer le bris de contrat comme la fin du contrat et les parties ont tacitement prolongé le délai d'exécution de l'obligation de B.X. Dès que B.X. a obtenu une décision favorable, les actions librement négociables ont été délivrées. Cela s'est produit au mois d'août 1979. Par conséquent, il n'existe pas de fondement qui permette de dire que l'appelant a acquis les actions avant le mois d'août 1979. L'appelant est donc débouté sur ce point également.

L'erreur factuelle qui s'est glissée dans cette décision n'entraîne aucun effet sur le résultat. En fait, je crois comprendre que le juge de la Cour canadienne de l'impôt ne disposait pas de la totalité des éléments de preuve qui ont été produits devant notre Cour. Il est clair que le demandeur a choisi, le 30 août 1979, d'accepter des actions qui n'étaient pas librement négociables. Aucun élément de preuve n'indique pourquoi il en fut ainsi, mais cela ne permet pas de conclure que le demandeur ait été prêt à s'en accommoder le 23 février 1978 ou à quelque autre date avant le 30 août 1979. Quand, le 23 février 1978, la société a été dans l'impossibilité d'émettre des actions librement négociables, les parties ont simplement reporté le tout à plus tard. Dans les faits, elles ont modifié le contrat. Je ne puis conclure que, le 23 février 1978, le demandeur avait renoncé à la condition portant que les actions soient librement négociables. Tous les faits amènent à la conclusion que les actions ont été acquises le 30 août 1979.

L'arrêt *Steen (W.R.) c. La Reine*, [1988] 1 C.T.C. 256 (C.A.F.) n'est d'aucun secours pour le deman-



While in that case the Court held that the shares were acquired at the time the option was exercised, there was no dispute that some later date was relevant. The issue was whether the shares should be valued as of the date the option was issued or as of the date the option was exercised. It is in the context of that argument that the Federal Court of Appeal decision must be read. The Trial Judge's decision, [1987] 1 F.C. 139 reads at page 149:

Thus the key factor . . . was not the date on which the shares were fully paid nor the date on which the share certificates were issued but the date on which the taxpayer established a binding proprietary right in the legal ownership of the shares.

. . . I am satisfied that a taxpayer is deemed to have received a benefit, if any, at the moment he obtains legal ownership or the incidence of legal ownership in and to the shares subscribed.

In the present case all the incidence of legal ownership flowed to the plaintiff on August 30, 1979, not before.

The decision in *Grant v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 31 is of no assistance to the plaintiff. In that case there was a binding completed agreement with respect to the sale of the shares. That case dealt with an employee benefit plan under which employees offered to purchase a certain number of shares. A resolution was passed approving of the plan. The Court held that while the plaintiff did not pay for the shares until a later date (one year later) the acquisition of the shares had really occurred at the earlier date [at page 38]:

The Company held his application which contained an enforceable promise to pay for the shares. If the shares had fallen in value, plaintiff could not have repudiated his promise and the Company had no right to cancel its agreement because the shares had appreciated in value. In accordance with the intention of the Company and the employees, the latter acquired the shares they had applied for when the directors passed the resolution confirming the plan on July 25, 1968.

And on page 36, it was said:

There are no rigid formalities required to create a contract. If the parties intend to enter into a binding agreement and arrive at a consensus *ad idem*, the Court will give effect to it. The whole transaction, both words and conduct of the parties, will be looked at and it is immaterial when the various steps leading to a consensus took place if from all the facts it can be

deur. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les actions avaient été acquises au moment de la levée de l'option, mais le débat ne portait pas sur une date pertinente ultérieure. Il s'agissait de déterminer si les actions devaient être évaluées à la date de l'octroi de l'option ou à la date de la levée de l'option. C'est dans le contexte de cet argument qu'il faut lire l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. La décision du juge de première instance, à [1987] 1 C.F. 139, porte, à la page 149:

Ainsi, l'élément essentiel . . . n'était pas la date à laquelle les actions ont été intégralement payées ni celle à laquelle les certificats d'actions ont été attribués, mais plutôt la date à laquelle le contribuable a établi un droit de propriété sur les actions.

. . . je suis convaincu qu'un contribuable est réputé avoir reçu un avantage, s'il y a lieu, au moment où il obtient le droit de propriété ou bénéficie des effets du droit de propriété sur les actions souscrites.

En l'espèce, tous les effets du droit de propriété sont passés au demandeur le 30 août 1979 et pas avant.

La décision *Grant c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 31, n'est d'aucun secours pour le demandeur. Dans cette affaire, un accord liant les parties avait été complété à l'égard de la vente d'actions. Il s'agissait d'un plan d'intéressement en vertu duquel on offrait aux employés d'acquiescer un certain nombre d'actions. Une résolution fut adoptée afin d'approuver le plan. La Cour a conclu que même si le demandeur n'avait payé les actions qu'à une date ultérieure (un an plus tard), l'acquisition des actions avait vraiment eu lieu à la date antérieure [à la page 38]:

La compagnie a reçu sa souscription qui contenait une promesse exécutoire de payer les actions. Si le cours des actions avait baissé, le demandeur n'aurait pas pu revenir sur sa promesse et la compagnie n'avait aucun droit d'annuler la convention du fait que la valeur des actions avait augmenté. Conformément à l'intention de la compagnie et des employés, ces derniers ont acquis les actions qu'ils avaient souscrites lorsque le conseil d'administration adopta la résolution confirmant le plan, le 25 juillet 1968.

Et, à la page 36, la Cour déclare:

La création d'un contrat n'exige aucune formalité stricte. Si les parties ont l'intention de s'obliger mutuellement par un contrat et parviennent à un accord *ad idem*, la Cour lui donnera effet. Il convient d'examiner l'opération dans son ensemble, tant le texte que la ligne de conduite des parties, et l'ordre des différentes étapes menant à l'accord n'a pas d'importance si,

determined that a contract was intended. The Company decided to make available 1,267 shares to its senior employees and then carried out its plan in two stages. The terms of the plan were set out in the resolution of the Executive Committee passed on July 11, 1968. At its meeting on July 25, 1968, the Board of Directors received the employees' applications for shares made pursuant to the plan and confirmed their sale. It was on that date that plaintiff acquired 835 shares and it was the market value of the shares on that date which is to be considered.

In the present case the conduct of the parties demonstrates that a binding contract for the purchase of the shares was not entered into until August 30, 1979. The plaintiff did not pay for the shares on the February 23rd date. He did not consider himself to be a shareholder with respect to those shares on that date. He did not include the taxable benefit in his tax return for the 1978 year because he was uncertain as to whether, in fact, he would end up getting the shares. Prior to August 30, 1979, no resolution had been passed by the company allotting the shares, the plaintiff did not describe himself in the insider reports as a shareholder of the company, the parties were not acting as though the plaintiff was a shareholder of the company. It was not merely a question of the purchase price not having been made but a completed contract having been agreed upon. In the present case, agreement with respect to the plaintiff's potential purchase of the shares was simply held in abeyance until August 1979.

Counsel for the plaintiff also relies on *Reynolds, PM v The Queen*, [1975] CTC 85 (F.C.T.D.); and *Falconer v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 664. A passage in the *Reynolds* case, at page 87, describes paragraph 85A(1)(a) [R.S.C. 1952, c. 148] (now paragraph 7(1)(a)) as referring to a situation where the employee "has exercised his option to purchase shares from a corporation". It would be drawing too much from that passage to treat it as a considered interpretation dispositive of the present case. Mr. Justice Gibson was merely paraphrasing the import of the section in a general way. The issue of the paragraph's application in a situation such as the present was not before him.

compte tenu de tous les faits, on peut déterminer que le contrat était bien le but recherché. La compagnie décida de mettre 1,267 actions à la disposition de ses employés les plus anciens et exécuta ensuite son plan en deux étapes. La résolution adoptée par le comité exécutif le 11 juillet 1968 énonçait les conditions du plan. Au cours de sa réunion du 25 juillet 1968, le conseil d'administration reçut les souscriptions d'actions des employés faites en conformité du plan et confirma la vente des actions. C'est à ce moment que le demandeur acquit 835 actions et il convient de considérer la valeur des actions au cours du marché à cette date.

En l'espèce, la ligne de conduite des parties montre qu'il n'y a pas eu conclusion d'un contrat liant les parties à l'égard de l'achat des actions avant le 30 août 1979. Le demandeur n'a pas payé le prix des actions le 23 février 1978. Il ne se considérait pas comme un actionnaire à l'égard de ces actions à cette date. Il n'a pas inclus l'avantage imposable dans sa déclaration de revenu pour l'année d'imposition 1978 parce qu'il ne savait pas alors si, en fait, il réussirait à obtenir les actions. Avant le 30 août 1979, la société n'avait adopté aucune résolution afin d'attribuer les actions, le demandeur ne se décrivait pas comme actionnaire de la société dans les déclarations d'initié et les parties ne se comportaient pas comme si le demandeur était un actionnaire de la société. La question ne se limitait pas seulement à l'établissement du prix d'achat; il n'y avait pas encore eu conclusion d'un contrat complet. En l'espèce, l'accord au sujet de l'achat éventuel d'actions par le demandeur était tout simplement resté en suspens jusqu'au mois d'août 1979.

L'avocat du demandeur se fonde aussi sur les arrêts *Reynolds, PM c La Reine*, [1975] CTC 85 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Falconer v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 664. Un passage extrait de l'arrêt *Reynolds*, à la page 87, montre qu'à l'alinéa 85A(1)(a) [S.R.C. 1952, ch. 148] (maintenant l'alinéa 7(1)(a)), il est question du cas où l'employé «a exercé son option d'achat d'actions d'une compagnie». Ce serait surestimer ce passage que de le traiter comme une interprétation déterminante pour l'issue de la présente instance. Le juge Gibson ne faisait que paraphraser de façon générale la portée de cette disposition. Il n'avait pas à se prononcer sur la question de l'application de cette disposition dans une situation comme celle de l'espèce.

The *Falconer* case dealt with an appellant who was a member of a syndicate of four persons who acquired an interest in a farmout agreement with respect to certain oil lands. The syndicate of four members sold 75% of their interest in the farmout, and then agreed to form a company to take over their remaining ¼ interest. The four members agreed, at that time, that the consideration for the transfer of their rights under the farmout to the company would be 748,000 fully paid shares of the company. The appellant was to receive 166,000 of those shares. In May of 1985, the shares were not issued, nor was any formal agreement signed relating to the transfer of the property and issuance of the shares. However, on September 25, 1951, a formal agreement was signed which was stated to be “effective from June 15, 1951”, which was the date the parties had said their interest in the farmout agreement was transferred to the company in consideration for shares. In the interim, the company had gone public and the farmout agreement proved to be a success. The value of the shares of the company had therefore increased substantially between June 15, 1951 and September 25, 1951. The shares were not actually “allotted or issued” by the company to the four members of the syndicate until September 25, 1951.

The Supreme Court came to the conclusion, in a majority decision, that a binding agreement had been entered into on June 15, 1951 and that that was when the shares had been acquired. In coming to this decision, the majority placed heavy emphasis on the finding of fact that the company in question obtained possession of the assets and rights of the syndicate on June 15, 1951 and discharged the syndicate’s obligations under the farmout agreement from that date. The Court indicated that if specific performance had been sought to obtain issuance of the shares, it would have been granted. The decision held that the subsequent formal documentation of the transaction simply had lagged behind the actual agreement which was already in existence.

For the reasons given above I cannot draw the conclusion, in the present case, that a completed agree-

Dans l’affaire *Falconer*, l’appelant était membre d’un syndicat financier de quatre personnes qui avaient acquis une participation dans un accord d’affermage relatif à certains droits pétroliers. Le syndicat financier de quatre membres a vendu 75 % de sa participation dans l’accord d’affermage, puis convenu de constituer une société par actions à qui céder la partie restante, soit 25 % de sa participation. Les quatre membres ont convenu à cette date que la contrepartie de la cession à la société de leurs droits en vertu de l’accord d’affermage serait constituée de 748 000 actions entièrement libérées de la société. L’appelant devait recevoir 166 000 de ces actions. En mai 1975, les actions n’avaient pas été émises et aucun accord formel n’avait été signé à l’égard de la cession de la propriété et de l’émission des actions. Le 25 septembre 1951 toutefois, eut lieu la signature d’un accord formel portant qu’il [TRADUCTION] «entraîné en vigueur à compter du 15 juin 1951», soit la date à laquelle les parties avaient convenu de céder à la société leur participation dans l’accord d’affermage en contrepartie d’actions. Entre-temps, la société était devenue une société ouverte et l’accord d’affermage avait connu le succès. La valeur des actions de la société s’était par conséquent élevée substantiellement entre le 15 juin 1951 et le 25 septembre 1951. Les actions n’ont pas été «attribuées» ou «émises» par la société aux quatre membres du syndicat financier avant le 25 septembre 1951.

Dans une décision majoritaire, la Cour suprême a statué qu’il y avait eu conclusion d’un accord liant les parties le 15 juin 1951 et que c’est à cette date que les actions ont été acquises. Pour arriver à cette conclusion, la majorité des juges se sont amplement fondés sur la conclusion de fait selon laquelle la société avait obtenu possession des éléments d’actif et des droits du syndicat financier le 15 juin 1951 et s’était acquittée des obligations qui incombaient au syndicat financier aux termes de l’accord d’affermage à compter de cette date. La Cour a mentionné que, le cas échéant, elle aurait fait droit à une demande d’exécution pure et simple tendant à réclamer l’émission des actions. Selon la Cour, la documentation formelle subséquente de l’opération n’a fait que suivre avec un certain retard l’accord réel qui existait déjà.

Pour les motifs susmentionnés, je ne puis conclure en l’espèce qu’un accord complet existait le 23

ment was in existence on February 23, 1978 with respect to the purchase of non-free-trading shares. As I have noted, what the plaintiff wanted to acquire was shares he could sell. When he gave notice that he wanted to exercise the option on February 23, 1978, he knew the company could not provide free-trading shares. He did not pay for the shares at that point. He did not assume any of the incidences of ownership such as the right to vote the shares. He did not describe himself as a shareholder of those shares. The company did not describe him as a shareholder of the shares. As I have already indicated, my conclusion on the basis of the facts is that the shares were acquired by the shareholder on August 30, 1979.

#### Facts — Reimbursement of Legal Fees

As has been noted, the plaintiff and others were charged with several counts of conspiracy to defraud B.X. and one count of theft. The facts giving rise to these charges were outlined in the judgment of Judge H.L. McGivern of the Provincial Court of British Columbia:

In a simplified form, the case for the Crown may be summarized as follows: Pezim (Chairman of the Board of B.X.) in the spring of 1974, saw the opportunity to acquire a lime plant known as the Paul Lime Plant in Arizona. Pezim started to discuss the matter with one Sherwood Owens who, in turn, knew the trustee in bankruptcy of a company known as Homestake. The Paul Lime Plant was eventually acquired by Owens from the trustee and sold to a subsidiary company of B.X. Developments Ltd. The acquisition price consisted of cash, the assumption of certain debts and shares of the parent company, B.X. Developments Ltd. The Crown submits that the share portion of the consideration was a "sham" from the beginning or became a "sham" when Pezim and his co-accused arranged to receive approximately 350,000 shares of B.X. Developments Ltd. from Owen [sic]. The Crown submits that an agreement existed among the accused to carry out the transaction to the detriment of B.X. Developments and/or its shareholders.

The Crown further submits that a second conspiracy consisted which dealt with a fraud on B.X. Developments Ltd. of \$50,000. This allegation, which is count #4 in the Information, concerns two payments of \$25,000 to Shillingford Investments Ltd. which were "covered up" and treated as acquisition costs of the Paul Lime Plant. The Crown's theory is that the accused, Clemiss, Pezim and Rotterman agreed to acquire these funds in an illegal fashion for their own use and benefit and that they were assisted by the accused, Leverant.

février 1978 quant à l'acquisition d'actions non librement négociables. Comme je l'ai déjà mentionné, le demandeur voulait acquérir des actions qu'il pouvait vendre. Lorsqu'il a donné avis de son intention de lever l'option le 23 février 1978, il savait que la société ne pouvait lui fournir des actions librement négociables. Il n'a pas versé de paiement pour les actions à ce moment. Il n'a exercé aucun des attributs de la propriété de ces actions, comme le droit de voter. Il ne s'est pas décrit comme détenteur de ces actions. La société ne l'a pas décrit comme détenteur de ces actions. Comme je l'ai déjà indiqué, je dois conclure en me fondant sur les faits que les actions ont été acquises par l'actionnaire le 30 août 1979.

#### Les faits — remboursement des frais judiciaires

Comme cela a déjà été mentionné, le demandeur et d'autres personnes furent accusés sous plusieurs chefs de complot dans le but de frauder B.X. et sous un chef de vol. Les faits qui ont donné lieu à ces accusations sont ainsi résumés dans le jugement du juge H.L. McGivern de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Sous une forme simplifiée, on peut résumer ainsi la preuve de la Couronne: Pezim, (président du conseil d'administration de B.X.) a, au printemps de 1974, pris connaissance de la possibilité d'acquérir en Arizona une usine de chaux connue sous le nom de Paul Lime Plant. Pezim a commencé à en discuter avec Sherwood Owens qui, pour sa part, connaissait le syndic de faillite d'une société nommée Homestake. La Paul Lime Plant a finalement été achetée au syndic par Owens et vendue à une filiale de B.X. Developments Ltd. Le prix d'achat comprenait de l'argent liquide et la prise en charge de certaines dettes et actions de la société mère, B.X. Developments Ltd. La Couronne prétend que la part de la contrepartie composée d'actions était depuis le début une «imposture» ou est devenue une «imposture» lorsque Pezim et ses coaccusés ont fait en sorte de recevoir d'Owens environ 350 000 actions de B.X. Developments Ltd. La Couronne prétend qu'une entente existait entre les accusés pour que la transaction se fasse au détriment de B.X. Developments et/ou de ses actionnaires.

La Couronne prétend de plus qu'un deuxième complot existait et consistait en une fraude de 50 000 \$ à l'égard de B.X. Developments Ltd. Cette allégation qui représente le quatrième chef d'accusation de la dénonciation, touche deux paiements de 25 000 \$ à Shillingford Investments Ltd.: «dissimulés» et considérés comme coûts d'acquisition de Paul Lime Plant. Selon la théorie de la Couronne, les accusés Clemiss, Pezim et Rotterman étaient d'accord pour acquérir ces fonds d'une manière illégale pour leur propre bénéfice et ils y ont été aidés par l'accusé Leverant.

Thus, in the first count the plaintiff was charged with conspiracy with others to defraud B.X. of 350,000 shares of its capital. In the second count the plaintiff was charged with conspiring to defraud the shareholders of the company with respect to the 350,000 shares. In the third count the plaintiff was charged with conspiring to steal 350,000 shares of the company from the company. Finally, in the fourth count the plaintiff was charged with conspiring to defraud the company of \$50,000 paid to Shillingford Investments.

As has also been noted on November 9, 1979 the plaintiff and his co-accused were acquitted.

Article 117 of B.X.'s constitution states:

INDEMNIFICATION AND PROTECTION OF DIRECTORS, OFFICERS, EMPLOYEES AND CERTAIN AGENTS

117. The Company shall indemnify any person who was . . . a party . . . to any completed action or proceeding, whether or not brought by the Company or by a corporation or other legal entity or enterprise as hereafter mentioned and whether civil, criminal or administrative by reasons of the fact that he is or was a director, . . . of the Company or is or was serving at the request of the Company as a director . . . of another corporation, . . . against all costs, charges and expenses, including legal fees and any amount paid to settle the action or proceeding or satisfy a Judgment, if he acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation or other legal entity or enterprise as aforesaid of which he is or was a director, . . . as the case may be, and exercised the care, diligence and skill of a reasonably prudent person, and with respect to any criminal or administrative, action or proceeding, he had reasonable grounds for believing that his conduct was lawful; and provided that no indemnification of a director . . . of the Company, or director or former director of a corporation in which the Company is or was a shareholder, shall be made except to the extent approved by the Court pursuant to the Company Act or many other statute. The determination of any action, suit or proceeding by judgment, order, settlement, conviction or otherwise shall not, of itself, create a presumption that the person did not act honestly and in good faith and in the best interests of the Company and did not exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person and, with respect to any criminal action or proceeding, did not have reasonable grounds to believe that his conduct was lawful.

Ainsi, le demandeur a été accusé, sous un premier chef, de complot dans le but de frauder B.X. à l'égard de 350 000 actions de son capital-actions. Il a été accusé, sous un deuxième chef, de complot dans le but de frauder les actionnaires de la société à l'égard des 350 000 actions. Le demandeur a été accusé, sous un troisième chef, de complot dans le but de voler à la société 350 000 actions de son capital-actions. Enfin, il a été accusé, sous un quatrième chef, de complot dans le but de frauder la société à l'égard de la somme de 50 000 \$ versée à Shillingford Investments.

Ainsi que cela a été mentionné, le demandeur et ses coaccusés furent acquittés le 9 novembre 1979.

L'article 117 des statuts de B.X. stipule ce qui suit:

[TRADUCTION] INDEMNISATION ET PROTECTION DES ADMINISTRATEURS, CADRES, EMPLOYÉS ET CERTAINS MANDATAIRES

117. La société indemnifiera quiconque a été . . . partie . . . à une action ou à une procédure terminée, de nature civile, criminelle ou administrative, engagée par la société ou par une société par actions ou quelque autre personne morale ou entreprise tel qu'il est stipulé plus loin, parce qu'il est ou a été un administrateur, . . . de la société ou, à la demande de la société, un administrateur . . . d'une autre société par actions, . . . de tous les coûts, frais et dépenses, y compris les frais judiciaires, et de tout montant versé en règlement de l'action ou de la procédure ou en exécution d'un jugement, s'il a agi honnêtement et de bonne foi au mieux des intérêts de la société par actions, autre personne morale ou entreprise susmentionnée dont il est ou a été un administrateur, . . . selon le cas, et fait preuve du soin, de la diligence et de la compétence d'une personne raisonnablement prudente et, en ce qui a trait à quelque action ou procédure de nature criminelle ou administrative, s'il avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était légitime; toutefois aucune indemnité ne doit être versée à un administrateur . . . de la société, ou à un administrateur ou ancien administrateur d'une société par actions dont la société est ou était actionnaire, sauf dans la mesure où elle est autorisée par un tribunal en vertu de la Company Act ou de quelque autre loi. La conclusion de toute action, poursuite ou procédure par jugement, ordonnance, règlement, condamnation ou autre moyen ne créera pas en soi une présomption portant que la personne visée n'a pas agi honnêtement et de bonne foi au mieux des intérêts de la société et qu'elle n'a pas fait preuve du soin, de la diligence et de la compétence d'une personne raisonnablement prudente et, en ce qui a trait à quelque action ou procédure de nature criminelle ou administrative, qu'elle n'avait pas de motifs raisonnables de croire que sa conduite était légitime.

Section 152 of the British Columbia *Company Act* [R.S.B.C. 1979, c. 59] states:

152. (1) A Company may, with the approval of the court, indemnify a director or former director of the company or a director or former director of a corporation of which it is or was a shareholder . . . , against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment actually and reasonably incurred by him, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment in a civil, criminal or administrative action or proceeding to which he is made a party by reason of being or having been a director, including an action brought by the company or corporation, if

(a) he acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation of which he is or was a director; and

(b) in the case of a criminal, or administrative action or proceeding, he had reasonable grounds for believing that his conduct was lawful.

(2) The Court may, upon the application of a company, director or a former director, make an order approving an indemnity under this section, and the Court may make any further order it considers appropriate.

On March 24, 1980, a notice was issued for the purpose of calling an extraordinary meeting of the shareholders. The purpose of that meeting was to authorize reimbursement to the plaintiff for the legal fees he had incurred in defending the criminal charges. Management recommended reimbursement pursuant to article 117 of the company's constitution and section 152 of British Columbia's *Company Act*. The information circular which accompanied this notice stated:

Three of the individuals claiming indemnification, namely, Messrs. Pezim, Clemiss and Rotterman, are currently directors of the Company and, accordingly, it was a decision of the Board of Directors that before indemnification of these directors could be considered, the matter should first be referred to shareholders for approval or direction . . . .

Messrs. Pezim and Clemiss have advised that they have instructed counsel on their behalf to apply under section 151 of the *Company Act* for approval of the Court to payment of the indemnification requested by them. Both Mr. Pezim and Mr. Clemiss have agreed, however, to withhold their proposed application to the Court until the Company has had an opportunity to seek the approval or direction of its shareholders at an extraordinary general meeting to be called for such purpose.

L'article 152 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique [R.S.B.C. 1979, ch. 59] porte:

[TRADUCTION] 152. (1) Une société peut, avec l'autorisation d'un tribunal, indemniser un administrateur ou un ancien administrateur d'une société ou un administrateur ou un ancien administrateur d'une société par actions dont il est ou a été actionnaire . . . , de tous les coûts, frais et dépenses y compris un montant payé pour régler un différend ou donner suite à un jugement, effectivement et raisonnablement engagés par lui, y compris un montant payé pour régler un différend ou pour satisfaire à un jugement dans une poursuite ou une cause civile, criminelle ou administrative à laquelle il est partie parce qu'il est ou qu'il a été un administrateur, y compris une action menée par la société ou la société par actions,

a) s'il a agi honnêtement et de bonne foi au mieux des intérêts de la société par actions dont il est ou a été un administrateur; et

b) si dans le cas d'une poursuite ou action dans une action criminelle ou administrative, il avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était légitime.

2) Le tribunal peut à la requête de la société, de l'administrateur ou d'un ancien administrateur rendre une ordonnance approuvant l'indemnité en vertu de cet article et le tribunal peut rendre toute autre ordonnance qu'il juge appropriée.

Le 24 mars 1980, un avis de convocation à une assemblée extraordinaire était expédié aux actionnaires. Le but de cette assemblée était d'autoriser le remboursement au demandeur des frais judiciaires qu'il avait engagés pour assurer sa défense contre les accusations criminelles. La direction recommandait qu'on lui accorde un remboursement en vertu de l'article 117 des statuts de la société et de l'article 151 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique. La circulaire d'information jointe à cet avis portait:

[TRADUCTION] Trois des personnes qui demandent une indemnité, soit MM. Pezim, Clemiss et Rotterman, sont actuellement administrateurs de la société; le conseil d'administration a donc décidé, avant d'étudier la question de l'indemnisation de ces administrateurs, d'en saisir les actionnaires pour qu'ils donnent leur approbation ou émettent des directives . . . .

MM. Pezim et Clemiss ont avisé la société du fait qu'ils avaient donné instruction à leurs avocats de présenter en leur nom au tribunal, sous le régime de l'article 151 de la *Company Act*, une demande d'approbation du paiement de l'indemnité qu'ils réclament. Toutefois, MM. Pezim et Clemiss ont tous deux consenti à retenir la demande qu'ils se proposent de faire devant le tribunal jusqu'à ce que la société ait eu l'occasion de demander l'approbation ou des directives de ses actionnaires au cours d'une assemblée générale extraordinaire qui doit être convoquée à cette fin.

Should any or all of the claims not be approved by the shareholders and, in the case of Messrs. Pezim and Clemis not be approved by the Court, then the Board of Directors will deny the claims and the claimants may then seek redress through the Courts. In any event, it is not the intention of the directors to approve payment of any of the claims until such time as the claims of Messrs. Pezim and Clemis have been considered by the Court and a decision rendered concerning such claims.

At the extraordinary general meeting of shareholders on May 5, 1980 reimbursement of the plaintiff was approved:

It was resolved that the Directors be authorized to approve payment to Arthur Clemis of the sum of \$146,555.37 and to pay such sum in satisfaction of his claim against the Company for indemnity, subject to approval of the British Columbia Supreme Court.

Court approval of this payment was obtained from the Supreme Court of British Columbia on June 13, 1980.

#### Reimbursement of Legal Fees — Benefit from Office or Employment

Subsection 6(1) of the *Income Tax Act* [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 1] provides:

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

(a) The value of board, lodging and other benefits of any kind whatever . . . received or enjoyed by him in the year in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment . . . [Underlining added.]

The Minister characterized the \$146,533.37 as a benefit received by the plaintiff falling under the terms of paragraph 6(1)(a). The plaintiff argues that no benefit was received because the payment was a reimbursement for expenses he had incurred and there was no net benefit to him.

Counsel for the plaintiff referred to the decision in *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 Ex.C.R. 293, where it was held that the paying of moving expenses for an employee was not a benefit. It was held that reimbursement of an employee by an employer for expenses or losses incurred by reasons of employment was neither remuneration as such, nor a benefit "of any kind

Advenant que les actionnaires n'approuvent pas la totalité ou partie des demandes ou, dans le cas de MM. Pezim et Clemis, que le tribunal n'approuve pas les demandes, le conseil d'administration rejettera les demandes et les demandeurs devront engager des poursuites judiciaires. De toute façon, les administrateurs n'ont pas l'intention d'approuver quelque versement réclamé avant que les demandes de MM. Pezim et Clemis aient été examinées par le tribunal et qu'une décision ait été rendue.

À l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui s'est tenue le 5 mai 1980, la société a approuvé le versement d'un remboursement au demandeur:

[TRADUCTION] Il est résolu que les administrateurs soient autorisés à approuver le versement à Arthur Clemis de la somme de 146 555,37 \$, en guise de règlement de la demande d'indemnisation qu'il a présentée à la société, sous réserve de l'approbation de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a approuvé ce paiement le 13 juin 1980.

#### Remboursement des frais judiciaires — avantage tiré d'une charge ou d'un emploi

Le paragraphe 6(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 1] porte:

6. (1) Doivent être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments appropriés suivants:

a) la valeur de la pension, du logement et autres avantages de quelque nature que ce soit . . . qu'il a reçus ou dont il a joui dans l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu de la charge ou de l'emploi . . . [Je souligne.]

Le ministre a qualifié la somme de 146 533,37 \$ comme un avantage reçu par le demandeur au sens de l'alinéa 6(1)a). Le demandeur prétend n'avoir reçu aucun avantage puisque le paiement était le remboursement de dépenses qu'il avait engagées, et n'avoir obtenu aucun avantage net.

L'avocat du demandeur invoque la décision *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 C. de l'É. 293, dans laquelle la Cour a conclu que le versement de frais de déménagement à un employé ne constituait pas un avantage. Selon la Cour, le remboursement par un employeur des dépenses ou pertes engagées par un employé à cause d'un emploi ne représente ni une rémunération en soi, ni

whatsoever". The payment was money disbursed by reason of but not in the course of employment and it "puts nothing in the pocket but merely saves the pocket".

A number of cases have been cited in which the reimbursement of expenses incurred as a result of moving at the behest of an employer, were held not to be a paragraph 6(1)(a) benefit. The reimbursement of such expenses was dealt with in: *McNeill v. Canada*, [1987] 1 F.C. 119 (T.D.); *Greisinger v. M.N.R.* (1986), 15 C.C.E.L. 29 (T.C.C.); *Phillips (W.R.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2372 (T.C.C.); *Splane (R.O.J.) v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199 (F.C.T.D.). See also *Huffman v. Canada* (1990), 71 D.L.R. (4th) 385 (F.C.A.) for a case in which a clothing allowance was held not to be income. The Court held that there was no element of economic "benefit" to the taxpayer involved. The employer was merely restoring the taxpayer to the economic situation he had been in before he was required by the employer to incur the clothing expenses.

In *Rendell v. Went* (1963), 41 Tax Cas. 641 (Ch. D.) varied page 650 (C.A.) [[1963] 3 All E.R. 325] affirmed page 654 (H.L.) [[1964] 2 All E.R. 464], a taxpayer was held to have received a benefit when his employer paid legal fees which arose as a result of the taxpayer having been charged with causing the death of another by reckless or dangerous driving. At the time in question the employee was driving the company car in the course of his employment. The legal fees were not paid as a reimbursement to the taxpayer but not much turns on that fact. The company simply took over the employee's defence and paid the fees directly. It allegedly spent more for legal services than the employee would himself have done. It was held that the amount spent was a benefit to be treated as income in the hands of the employee. Counsel for the plaintiff argues that the *Rendell* case is of limited value because it was decided by reference to the *Income Tax Act* of the United Kingdom and that that Act uses a broader category of "benefits" than applies under our law.

un avantage «de quelque nature que ce soit». Les frais ont été versés à cause de son emploi mais non dans l'occupation de son emploi, et le paiement [TRANSDUCTION] «n'enrichit pas l'employé, mais ne fait que le défrayer».

On a cité un certain nombre de décisions portant que le remboursement de dépenses engagées au cours de déménagements à la demande d'un employeur ne représentait pas un avantage au sens de l'alinéa 6(1)a). Le remboursement de dépenses semblables a été examiné dans les affaires suivantes: *McNeill c. Canada*, [1987] 1 C.F. 119 (1<sup>re</sup> inst.); *Greisinger c. M.R.N.* (1986), 15 C.C.E.L. 29 (C.C.I.); *Phillips (W.R.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2372 (C.C.I.); *Splane (R.O.J.) c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Voir aussi *Huffman c. Canada* (1990), 71 D.L.R. (4th) 385 (C.A.F.), où la Cour a conclu qu'une indemnité de vêtements ne constitue pas un revenu. La Cour a conclu qu'il n'y avait aucun élément d'«avantage» économique pour le contribuable en cause. L'employeur ne faisait que rétablir la situation économique dans laquelle se trouvait le contribuable avant que l'employeur ne l'oblige à engager des dépenses pour des vêtements.

Dans l'affaire *Rendell v. Went* (1963), 41 Tax Cas. 641 (Ch. D.), modifiée à la page 650 (C.A.) [[1963] 3 All E.R. 325] et confirmée à la page 654 (H.L.) [[1964] 2 All E.R. 464], la Cour a conclu qu'un avantage avait été conféré à un contribuable quand son employeur avait payé les frais judiciaires engagés pour assurer sa défense contre des accusations d'avoir causé la mort d'autrui en conduisant de façon dangereuse et imprudente. Au moment en cause, l'employé conduisait la voiture de la société dans le cadre de son emploi. Il n'y a pas eu remboursement des frais judiciaires au contribuable, mais ce fait entraîne peu de conséquence. La société a tout simplement assuré la défense du contribuable et payé directement les frais judiciaires, qui auraient été plus élevés que si l'employé avait assuré lui-même sa défense. La Cour a conclu que les sommes dépensées constituaient un avantage qui devait être considéré comme un revenu aux mains de l'employé. L'avocat du demandeur prétend que l'affaire *Rendell* n'a qu'une valeur limitée puisqu'elle a été tranchée en vertu de la *Income Tax Act* du Royaume-Uni et que



In any event, for the purpose of Canadian jurisprudence, the question is whether the legal fees paid by the plaintiff were losses incurred by reason of his employment or his office of director or whether they were expenses of a predominantly personal nature. In *Pellizzari (T.) v. M.N.R.*, [1987] 1 C.T.C. 2106 (T.C.C.) it was held that the reimbursement of legal expenses which a taxpayer incurred defending criminal charges associated with the business activities of the company, of which she was a director and an employee, constituted a paragraph 6(1)(a) benefit. It was held that the payment of the legal fees had been personal expenses of the taxpayer and consequently that their reimbursement by the corporation constituted a benefit to her. The company had also been charged and both charges were subsequently withdrawn. Counsel seeks to distinguish this decision on the ground that the taxpayer in that case was acting for herself and therefore did not refer the court to the reimbursement type cases.

The Tax Court decision in the present case placed considerable reliance on the decisions in *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428 and *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727 (C.A.), at page 738. In the *Savage* case it was said [at page 440]:

Our Act contains the stipulation, not found in the English statutes referred to, “benefits of any kind whatever . . . in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment”. The meaning of “benefits of whatever kind” is clearly quite broad; . . . Further, our Act speaks of a benefit “in respect of” an office or employment. In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29 this Court said, at p. 39, that:

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.

In *Poynton* the following interpretation was given [at page 738]:

cette loi établit une catégorie d’«avantages» plus vaste que celle que prévoit notre loi.

De toute façon, eu égard à la jurisprudence canadienne, il s’agit de savoir si les frais judiciaires payés par le demandeur étaient des pertes subies à cause de son emploi ou de son poste d’administrateur, ou des frais de nature surtout personnelle. Dans la décision *Pellizzari (T.) v. M.N.R.*, [1987] 1 C.T.C. 2106, la Cour canadienne de l’impôt a conclu que le remboursement de frais judiciaires engagés par une contribuable pour assurer sa défense contre des accusations criminelles liées aux activités commerciales de la société par actions dont elle était administratrice et employée constituait un avantage au sens de l’alinéa 6(1)a). La Cour a conclu que le paiement des frais judiciaires avait constitué une dépense personnelle de la contribuable et que, par conséquent, leur remboursement par la société représentait un avantage pour elle. La société avait aussi été accusée, et les deux accusations avaient par la suite été retirées. L’avocat cherche à établir une distinction entre la présente instance et cette affaire en faisant valoir que dans cette dernière, la contribuable avait assuré elle-même sa défense et, partant, n’avait pas invoqué de cas types en matière de remboursement devant la Cour.

La décision de la Cour canadienne de l’impôt en l’espèce est largement fondée sur les arrêts *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428 et *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727 (C.A.), à la page 738. Dans l’arrêt *Savage*, la Cour affirme [à la page 440]:

Notre loi renferme la stipulation «avantages de quelque nature que ce soit . . . au titre, dans l’occupation ou en vertu de la charge ou de l’emploi», qui ne se trouve pas dans les lois anglaises mentionnées. Les mots «avantages de quelque nature que ce soit» ont nettement un sens très large; . . . De plus, notre loi parle d’un avantage «au titre» de la charge ou de l’emploi. Dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, cette Cour affirme ce qui suit, à la p. 39: Dans cet arrêt, il est question de la *Loi sur les Indiens* où l’expression «in respect of» est rendue par «quant à».

À mon avis, les mots «quant à» ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression «quant à» qui a la portée la plus large.

L’interprétation suivante a été donnée dans l’arrêt *Poynton* [à la page 738]:

I do not believe the language to be restricted to benefits that are related to the office or employment in the sense that they represent a form of remuneration for services rendered. If it is a material acquisition which confers an economic benefit on the taxpayer and does not constitute an exemption, e.g., loan or gift, then it is within the all-embracing definition of s. 3.

I find the reasoning in the *Pellizzari*, *Savage* and *Poynton* cases convincing. In the reimbursement cases there is a nexus between the expense and the requirements of the job. In the present case the expenses were incurred by the plaintiff not in order to do the job but to answer criminal charges laid against him personally. The charges did not even involve charges against the company. The company was alleged to have been the victim. While the actions which gave rise to the criminal charges took place in the context of the plaintiff's employment with the company and his membership on the Board of Directors I could not find that there is the close nexus between their outlay and the plaintiff's position as an employee and director of the corporation, in order to conclude that they were incurred by reason of that employment or directorship. Reference to the *Rendell* case is useful. In that case while the employee may have been required to drive the car in the place where the accident occurred for the purposes of his employment, he was not required to do so in a careless or reckless manner. The expenses incurred in defending the charges against him were not incurred by reason of his employment but were in the nature of personal expenses. For the reasons given, in this case, the \$146,533.37 was properly included in the plaintiff's income.

### Conclusion

The plaintiff acquired the 40,000 shares of B.X. on August 30, 1979. Accordingly the taxable benefit he received was \$286,400. The reimbursement of the legal fees he paid defending himself against the criminal charges which arose out of the dealings with the Paul Lime Plant constituted a paragraph 6(1)(a) benefit and therefore was properly included as income. The plaintiff's appeal is accordingly dismissed and the defendant shall have her costs of the action.

[TRADUCTION] Je ne crois pas que ces termes ne visent que les avantages liés à la charge ou à l'emploi en ce sens qu'ils représentent une forme de rémunération pour des services rendus. S'il s'agit d'une acquisition importante qui confère au contribuable un avantage économique et qui ne fait pas l'objet d'une exemption comme, par exemple, un prêt ou un cadeau, elle est alors visée par la définition compréhensive de l'art. 3.

Je trouve convaincant le raisonnement énoncé dans les décisions *Pellizzari*, *Savage* et *Poynton*. Dans les affaires de remboursement, il existe un lien entre la dépense et les exigences de l'emploi. En l'espèce, le demandeur a engagé les dépenses non pour s'acquitter de sa fonction mais pour répondre à des accusations criminelles portées personnellement contre lui. Les accusations ne portaient même pas sur des accusations contre la société. La société aurait été la victime présumée. Même si les actions qui ont donné lieu aux accusations criminelles se sont déroulées dans le contexte de l'emploi du demandeur au sein de la société et de son poste au sein du conseil d'administration, je ne puis déceler aucun lien étroit entre les frais engagés à leur égard et la position du demandeur en sa qualité d'employé et d'administrateur de la société, qui me permette de conclure qu'ils ont été engagés à cause de cet emploi ou de ce poste d'administrateur. Il est utile de se référer à l'arrêt *Rendell*. Dans cette affaire, l'employé était tenu, dans le cadre de son emploi, de conduire la voiture à l'endroit où l'accident s'est produit, mais non de façon imprudente ou dangereuse. Les frais engagés pour assurer la défense de l'accusé n'ont pas été engagés à cause de son emploi, mais tenaient de la nature de dépenses personnelles. Pour les motifs déjà mentionnés, la somme de 146 533,37 \$ a été incluse à bon droit dans le revenu du demandeur.

### Conclusion

Le demandeur a acquis les 40 000 actions de B.X. le 30 août 1979. Par conséquent, l'avantage imposable qu'il a reçu s'élevait à 286 400 \$. Le remboursement des frais judiciaires qu'il a engagés pour assurer sa défense contre les accusations criminelles découlant des opérations liées à la Paul Lime Plant constituait un avantage au sens de l'alinéa 6(1)a); il a donc, à bon droit, été inclus à titre de revenu. L'appel du demandeur est donc rejeté et la défenderesse aura droit à ses dépens dans l'action.

<p>92-A-4861</p> <p><b>Manjit Dhillon Singh</b> (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>The Minister of Employment and Immigration</b> (<i>Respondent</i>)</p> <p><i>INDEXED AS: SINGH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, Mahoney J.A.—Ottawa, September 30, 1992.</p> <p><i>Citizenship and Immigration — Immigration practice — Application for leave to appeal decision of Convention Refugee Determination Division — Applicant wishing to rely on Refugee Division's record under Federal Court Immigration Rules, s. 20(1) — Written request to forward record served by Court Registry on tribunal — Board objecting to request as served by Registry rather than by applicant — Whether tribunal required to act on request served by Registry on behalf of applicant — Interpretation of Rules matter for Court, not for Immigration and Refugee Board — Leave application not to be disposed of without tribunal's record, where requested, regardless of technical defect in service of request — Order requiring Board, respondent and applicant to file memorandum of fact and law in support of respective positions.</i></p> <p>STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED</p> <p><i>Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, ss. 20 (as am. by SOR/91-698, s. 15), 21 (as am. idem).</i></p> <p><i>Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1604 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).</i></p> <p>INTERLOCUTORY ORDER pursuant to subsection 21(3) of <i>Federal Court Immigration Rules</i> within an application for leave to appeal a decision of the Convention Refugee Determination Division.</p> <p>COUNSEL:</p> <p><i>Narindar S. Kang</i> for applicant. <i>Deirdre A. Rice</i> for respondent.</p> <p>SOLICITORS:</p> <p><i>Kang &amp; Company, Vancouver</i>, for applicant.</p>	<p>92-A-4861</p> <p><b>Manjit Dhillon Singh</b> (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p><b>Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration</b> (<i>intimé</i>)</p> <p><i>RÉPERTOIRE: SINGH c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)</i></p> <p>Cour d'appel, juge Mahoney, J.C.A.—Ottawa, 30 septembre 1992.</p> <p><i>Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande d'autorisation d'interjeter appel contre la décision de la Section du statut de réfugié — Le requérant souhaite se fonder sur le dossier de la Section du statut de réfugié en vertu de l'art. 20(1) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration — Demande écrite de transmission du dossier signifiée par le greffe de la Cour au tribunal — Opposition de la Commission à la transmission de la demande par le greffe plutôt que par le requérant — Le tribunal est-il tenu de donner suite à la demande signifiée par le greffe pour le compte du requérant? — L'interprétation des Règles relève de la Cour et non pas de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Il ne peut être statué sur une demande d'autorisation sans le dossier du tribunal dont la transmission a été demandée, malgré un vice de forme dans la signification de la demande — Ordonnance enjoignant à la Commission, à l'intimé et au requérant de déposer un mémoire des points de fait et de droit à l'appui de leurs positions respectives.</i></p> <p>LOIS ET RÈGLEMENTS</p> <p><i>Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1604 (éditée par DORS/92-43, art. 19).</i></p> <p><i>Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, art. 20 (mod. par DORS/91-698, art. 15), 21 (mod., idem).</i></p> <p>ORDONNANCE INTERLOCUTOIRE conformément au paragraphe 21(3) des <i>Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration</i> rendue à l'occasion d'une demande d'autorisation d'interjeter appel contre une décision de la Section du statut de réfugié.</p> <p>AVOCATS:</p> <p><i>Narindar S. Kang</i> pour le requérant. <i>Deirdre A. Rice</i> pour l'intimé.</p> <p>PROCUREURS:</p> <p><i>Kang &amp; Company, Vancouver</i>, pour le requérant.</p>
---	--

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

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

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

MAHONEY J.A.: This application for leave to appeal an adverse decision by the Convention Refugee Determination Division, received by the applicant July 14, 1992, was filed August 10, 1992. In the application, the applicant stated that he wished to rely on the Refugee Division's record and requested that it be forwarded to the Court without delay. The applicant filed his supporting affidavit and representations on August 21; the respondent filed representations in opposition on September 11 and the applicant representations in reply on September 21. On September 29, the file was referred to me for disposition of the application. The Refugee Division's record is not on file and the matter cannot now be dealt with pending a determination whether or not it has been lawfully withheld.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il y a en l'espèce demande, déposée le 10 août 1992, d'autorisation d'appel contre une décision défavorable de la Section du statut de réfugié, laquelle décision avait été signifiée au requérant le 14 juillet 1992. Dans sa demande, le requérant faisait savoir qu'il souhaitait se fonder sur le dossier de la Section du statut de réfugié et en demandait la transmission sans délai à la Cour. Le requérant a déposé le 21 août son affidavit et ses conclusions écrites à l'appui de la demande; l'intimé a déposé ses motifs d'objection le 11 septembre, et le requérant, sa réplique le 21 septembre. Le 29 septembre, le dossier de la demande m'a été renvoyé pour décision. Le dossier de la Section du statut de réfugié n'y figure pas, et il est impossible de statuer sur l'affaire avant de décider si ce refus de communiquer était légitime en l'espèce.

*The Federal Court Immigration Rules* [SOR/89-26 (as am. by SOR/91-698, s. 15)] provide:

Voici les dispositions applicables des *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration* [DORS/89-26 (mod. par DORS/91-698, art. 15)]:

20. (1) A party to an application for leave who wishes to rely on the tribunal's record shall file in the Registry and serve on the tribunal a written request asking the tribunal to forward its record to the Registry.

20. (1) La partie qui désire se fonder sur le dossier du tribunal dépose une demande écrite au greffe et la signifie au tribunal, enjoignant ce dernier de faire parvenir son dossier au greffe.

(2) In the case of an applicant, the request may be included in the application for leave.

(2) La demande de la partie requérante peut être incorporée dans la demande d'autorisation.

. . .

. . .

21. (1) A tribunal that is served with a request under subsection 20(1) shall forward the record to the Registry without delay.

21. (1) Le tribunal qui reçoit signification de la demande visée au paragraphe 20(1) remet, sans délai, son dossier au greffe.

(2) Where the tribunal or a party objects to the request, the tribunal or party shall, in writing, inform all parties and the Registry of the reasons for the objection.

(2) Si le tribunal ou une partie s'oppose à la demande, le tribunal ou la partie, selon le cas, en informe les parties et le greffe par écrit et indique les motifs de son objection.

(3) A judge may give directions to the parties and the tribunal on the procedure for making representations with respect to the objection.

(3) Un juge peut donner des directives aux parties et au tribunal quant à la façon de présenter des observations au sujet de l'opposition.

(4) A judge may, after hearing the tribunal and any party, order that all or part of the tribunal's record be forwarded to the Registry.

(4) Un juge peut, après avoir entendu un représentant du tribunal et les parties, ordonner que le dossier ou une partie de celui-ci soit transmis au greffe.

As stated, the request for the record was included in the application for leave as permitted by subsection 20(2). The Registry, on September 3, 1992, wrote to

Comme indiqué plus haut, la demande de transmission du dossier était incorporée dans la demande d'autorisation du requérant, ainsi que l'autorise le

the Registrar of the Immigration and Refugee Board in Vancouver as follows:

In his application for leave, the applicant has requested, pursuant to Rule 20 of the Federal Court Immigration Rules, that the Tribunal forward its record to the Registry.

The letter went on to recite section 21 in full. The letter was received by the tribunal September 9.

On September 17, M. Netley, A/Deputy Registrar, wrote the Court's District Administrator, attaching a copy of the letter of September 3 and stating:

Please be advised that the tribunal has not forwarded the record in this matter, as this office is not in receipt of an application for leave nor a written request for the record to be forwarded as required by Rule 20(1) and (2).

I take that letter to be an objection to the request that the record be forwarded although there is no indication of the parties having been informed. The letter from the Court's Registry to the tribunal was a written request served on the tribunal asking it to forward its record. The fact that the request was served by the Court's Registry rather than by the applicant does not alter that simple fact. Nothing in subsection 20(1) requires the entire application for leave to be served on the tribunal; all that is required to be served on it is the request for its record. Compliance with Federal Court Rule 1604 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] if leave is granted and acted upon is, of course, another matter.

The question then, would appear to be simply whether the tribunal is required to act on a request served by the Registry in pursuance of the applicant's request in the application for leave or whether the request must be served by the applicant and not the Registry. An authoritative interpretation of the *Federal Court Immigration Rules* is clearly a matter for this Court, subject to appeal, and not for the Immigration and Refugee Board, if it has considered the question, or for its functionaries if it has not.

paragraphe 20(2). Le greffe de la Cour a, le 3 septembre 1992, écrit au greffier de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié à Vancouver comme suit:

[TRADUCTION] Dans sa demande d'autorisation, le requérant a demandé, en application de la Règle 20 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, que le tribunal transmette son dossier à notre greffe.

Suivait la reproduction intégrale de l'article 21. Cette lettre a été reçue par le tribunal le 9 septembre.

Le 17 septembre, M. Netley, sous-greffier adjoint, a répondu à l'administrateur de district de la Cour, en joignant à sa réponse une copie de la lettre du 3 septembre:

[TRADUCTION] Nous vous informons que le tribunal n'a pas transmis le dossier de l'affaire, étant donné que nos services n'ont reçu ni une demande d'autorisation ni une demande de transmission du dossier, ainsi que le prescrivent les Règles 20(1) et (2).

Je présume que cette lettre constitue une opposition à la demande de transmission du dossier, bien que rien n'indique que les parties en aient été informées. La lettre envoyée par le greffe de la Cour au tribunal constituait une demande écrite signifiée à ce dernier afin qu'il transmette son dossier. Le fait que la demande ait été signifiée par le greffe de la Cour et non par le requérant ne change rien à ce simple fait. Rien dans le paragraphe 20(1) n'exige que l'intégralité de la demande d'autorisation soit signifiée au tribunal; tout ce qui doit être signifié à celui-ci, c'est la demande de transmission de son dossier. L'observation de la Règle 1604 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], au cas où l'autorisation serait accordée et exercée, est bien entendu une autre affaire.

La question qui se pose est donc simplement de savoir si le tribunal est tenu de donner suite à une demande signifiée par le greffe de la Cour après demande faite à cet effet par le requérant dans sa demande d'autorisation, et si cette demande de transmission doit être signifiée par le requérant lui-même et non par le greffe. C'est certainement à la Cour qu'il appartient de donner, sous réserve d'appel, une interprétation définitive des *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration*, et non pas à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié à

One may speculate what public interest is thought to be served by refusing to deliver the record when requested by the Court. It is trite to say that the security of the person of every refugee claimant is in issue. It follows that no judge would advertently dispose of a leave application absent the tribunal's record where it had been requested regardless of a technical defect in service of the request on the tribunal.

### ORDER

Pursuant to subsection 21(3), IT IS ORDERED THAT:

1. The Immigration and Refugee Board do, on or before October 23, 1992, cause to be filed a memorandum of fact and law in support of its refusal to deliver its record herein to the Registry of this Court and do, within the same time, cause to be served copies thereof on counsel for the applicant and the respondent.

2. The respondent do, on or before November 6, 1992, file and serve on the applicant and tribunal, a memorandum of fact and law in support of its position on the refusal of the tribunal to deliver its record herein.

3. The applicant do, on or before November 20, 1992, file and serve on the tribunal and the respondent, a memorandum of fact and law in support of its request for the delivery of the record.

4. Unless on application a judge orders otherwise, the issue be decided without personal appearance of counsel.

5. The applicant be entitled to his costs of complying with this order from the tribunal to be taxed as between solicitor and client.

6. Further compliance with this order will not be required if, on or before October 23, 1992, the Immigration and Refugee Board has:

(a) delivered the record herein to the Registry; and

supposer qu'elle ait examiné la question, ou à ses fonctionnaires si elle ne l'a pas fait.

On pourrait conjecturer que le tribunal avait l'intérêt public à cœur lorsqu'il refusait de transmettre le dossier à la demande de la Cour. Il est superflu de répéter que dans chaque cas de revendication du statut de réfugié, la sécurité de la personne du demandeur est en jeu. Il s'ensuit qu'aucun juge ne statuerait sciemment sur une demande d'autorisation sans le dossier du tribunal dont la transmission a été demandée, malgré un vice de forme dans la signification de la demande au tribunal concerné.

### ORDONNANCE

Conformément au paragraphe 21(3), LA COUR ORDONNE:

1. Que d'ici au 23 octobre 1992, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié fera déposer un mémoire des points de fait et de droit à l'appui de son refus de transmettre le dossier de l'affaire au greffe de cette Cour, et en fera signifier copie aux avocats du requérant et de l'intimé.

2. Que d'ici au 6 novembre 1992, l'intimé déposera et signifiera au requérant et au tribunal, un mémoire des points de fait et de droit à l'appui de sa position pour ce qui est du refus du tribunal de transmettre son dossier de l'affaire.

3. Que d'ici au 20 novembre 1992, le requérant déposera et signifiera au tribunal et à l'intimé, un mémoire des points de fait et de droit à l'appui de sa demande de transmission du dossier.

4. Qu'à moins de décision contraire du juge saisi de la demande, il sera statué sur l'affaire sans la comparution des avocats.

5. Que le tribunal remboursera au requérant ses dépens subis dans l'observation de la présente ordonnance, dépens à taxer entre procureur et client.

6. Que l'exécution de la présente ordonnance prendra fin si d'ici au 23 octobre 1992, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié:

a) transmet le dossier de l'affaire au greffe; et

(b) advised the Registry, in writing, that requests for its record served by the Registry will be acted upon in the same manner as if served by an applicant for leave.

b) informe le greffe par écrit qu'elle donnera suite à la demande de transmission de dossier signifiée par le greffe tout comme si la demande a été signifiée par un requérant en autorisation.

A-345-91	A-345-91
<p><b>Her Majesty the Queen (Appellant) (Defendant)</b></p> <p>v.</p> <p><b>Clifford Robert Olson (Respondent) (Plaintiff)</b></p> <p><i>INDEXED AS: OLSON v. CANADA (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, MacGuigan, Létourneau and Robertson J.J.A.—Ottawa, October 27 and 28, 1992.</p> <p><i>Practice — Motions disposed of in writing — Appeal from Trial Judge's order dismissing application to strike out statement of claim without personal appearance under R. 324 and ordering oral hearing — Reasoning in case between same parties misunderstood by Trial Judge — Irrelevant to issue in case at bar — R. 324 motion within discretion of Court or prothonotary if considers it expedient — Both parties must be heard by personal appearance or by paper — Purpose of R. 324 explained — Trial Judge not implicitly considering it expedient to require oral hearing — Appeal allowed.</i></p> <p><b>STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED</b></p> <p><i>Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.</i></p> <p><b>CASES JUDICIALLY CONSIDERED</b></p> <p><b>APPLIED:</b></p> <p><i>Enviro-Clear Co. v. Baker International (Canada) Ltd.</i>, [1987] 3 F.C. 268; (1987), 13 F.T.R. 244 (T.D.); <i>Hawker Industries Ltd. v. Santa Maria Shipowning and Trading Co., S.A.</i>, [1978] 1 F.C. 617; (1977), 17 N.R. 349 (C.A.).</p> <p><b>DISTINGUISHED:</b></p> <p><i>Olson v. The Queen</i>, T-2603-89, Strayer J., order dated 12/10/90, F.C.T.D., not yet reported.</p> <p><b>APPEAL</b> from an order (rendered orally, dated 15/2/91, T-2487-90) dismissing an application to strike out the statement of claim without personal appearance under Rule 324 and ordering that the application be disposed of by an oral hearing. Appeal allowed.</p>	<p><b>Sa Majesté la Reine (appelante) (défenderesse)</b></p> <p>c.</p> <p>a</p> <p><b>Clifford Robert Olson (intimé) (demandeur)</b></p> <p><i>RÉPERTORIÉ: OLSON c. CANADA (C.A.)</i></p> <p>b</p> <p>Cour d'appel, juges MacGuigan, Létourneau et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 27 et 28 octobre 1992.</p> <p><i>Pratique — Requêtes tranchées par écrit — Appel interjeté contre une ordonnance du juge de première instance, qui a rejeté la demande visant à radier la déclaration sans comparution personnelle en vertu de la Règle 324 et ordonné la tenue d'une audience — Le juge de première instance s'est mépris sur le raisonnement applicable dans une affaire entre les mêmes parties — Ce raisonnement n'a rien à voir avec la question en l'espèce — La requête fondée sur la Règle 324 relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour ou du protonotaire s'ils estiment opportun de supprimer l'audience — Les deux parties doivent être entendues soit par comparution personnelle, soit par écrit — Explication de l'objectif de la Règle 324 — Le juge de première instance n'a pas implicitement estimé opportun d'exiger une audience orale — Appel accueilli.</i></p> <p><b>LOIS ET RÈGLEMENTS</b></p> <p>f</p> <p><i>Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324.</i></p> <p><b>JURISPRUDENCE</b></p> <p><b>DÉCISIONS APPLIQUÉES:</b></p> <p><i>Enviro-Clear Co. c. Baker International (Canada) Ltd.</i>, [1987] 3 C.F. 268; (1987), 13 F.T.R. 244 (1<sup>re</sup> inst.); <i>Hawker Industries Ltd. c. Santa Maria Shipowning and Trading Co., S.A.</i>, [1978] 1 C.F. 617; (1977), 17 N.R. 349 (C.A.).</p> <p><b>DISTINCTION FAITE AVEC:</b></p> <p><i>Olson c. La Reine</i>, T-2603-89, ordonnance du juge Strayer prononcée le 12-10-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.</p> <p>i</p> <p><b>APPEL</b> interjeté contre une ordonnance (rendue à l'audience le 15-2-91, T-2487-90) qui a rejeté la demande visant à radier une déclaration sans comparution personnelle en vertu de la Règle 324 et ordonné que la demande fasse l'objet d'une audience. Appel accueilli.</p>
j	j



## COUNSEL:

*John B. Edmond* for appellant (defendant).

*Fergus J. O'Connor* for respondent (plaintiff).<sup>a</sup>

## SOLICITORS:

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

*Fergus J. O'Connor*, Kingston, for respondent (plaintiff).<sup>b</sup>

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

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal from an interlocutory order by which the Trial Judge denied the appellant's application to strike out the respondent's statement of claim without personal appearance under Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] and ordered that the application be disposed of by an oral hearing.<sup>c</sup><sup>d</sup>

The Trial Judge's whole reason for his decision is as follows (Amended Appeal Book at page 111):<sup>e</sup>

It is HEREBY ORDERED that, for the same reasons as given by Strayer J. in *Clifford Robert Olson v. Her Majesty The Queen in Right of Canada*, Court No. T-2603-89, on October 12, 1990, this application be disposed of by an oral hearing at which the plaintiff shall be represented by counsel.<sup>f</sup>

In *Olson v. The Queen*, Strayer J. held as follows [at page 2], T-2603-89, October 12, 1990 [not yet reported]:

The determination of an application on the basis of the written record pursuant to Rule 324 is a procedure not available unless the applicant so agrees.

This is an obviously correct reading of Rule 324(1), which provides as follows:

*Rule 324.(1)* A motion on behalf of any party may, if the party, by letter addressed to the Registry, so requests, and if the Court or a prothonotary, as the case may be, considers it expedient, be disposed of without personal appearance of that party or an attorney or solicitor on his behalf and upon consideration of such representations as are submitted in writing on his behalf or of a consent executed by each other party.<sup>i</sup>

However, in my view the Trial Judge in the case at bar has completely misunderstood Strayer J.'s holding. It is the applicant on the application for a Rule 324 procedure who must agree to it, not an applicant<sup>j</sup>

## AVOCATS:

*John B. Edmond* pour l'appelante (défenderesse).

*Fergus J. O'Connor* pour l'intimé (demandeur).

## PROCUREURS:

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

*Fergus J. O'Connor*, Kingston, pour l'intimé (demandeur).

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Le présent appel est interjeté contre une ordonnance interlocutoire du juge de première instance qui a rejeté la demande de l'appelante visant à radier la déclaration de l'intimé sans comparution personnelle en vertu de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] et ordonné que la demande fasse l'objet d'une audience.

Le juge de première instance a ainsi motivé sa décision (Dossier d'appel modifié, à la page 111):

[TRADUCTION] Il est PAR LES PRÉSENTES ORDONNÉ que, pour des motifs identiques à ceux prononcés le 12 octobre 1990 par le juge Strayer dans l'arrêt *Clifford Robert Olson c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, n° du greffe T-2603-89, la présente demande fasse l'objet d'une audience à laquelle le demandeur sera représenté par son avocat.

Le 12 octobre 1990, dans l'arrêt *Olson c. La Reine*, T-2603-89, [encore inédit] le juge Strayer a ainsi conclu [à la page 1]:

La résolution d'une requête en fonction de la preuve écrite conformément à la Règle 324 ne s'applique que si le requérant y consent.

Il s'agit là d'une interprétation manifestement juste de la Règle 324(1), ainsi libellée:<sup>h</sup>

*Règle 324.(1)* La décision relative à une requête pour le compte d'une partie peut, si la partie le demande par lettre adressée au greffe, et si la Cour ou un protonotaire, selon le cas, l'estime opportun, être prise sans comparution en personne de cette partie ni d'un procureur ou *solicitor* pour son compte et sur la base des observations qui sont soumises par écrit pour son compte ou d'un consentement signé par chaque autre partie.

J'estime toutefois qu'en l'espèce, le juge de première instance s'est complètement mépris sur la conclusion du juge Strayer. C'est celui qui présente une demande fondée sur la Règle 324 qui doit y consen-

on a judicial review proceedings (or a plaintiff) though in that case both were the same party (hence the superficial ambiguity). Strayer J.'s impeccable reasoning is thus wholly irrelevant to the issue in the case at bar.

I am also unable to agree with the respondent's argument that a respondent on a Rule 324 motion has a right of veto over it. Rule 324(1) explicitly provides that a motion to dispense with an oral hearing is in the discretion of the Court or prothonotary if he "considers it expedient". In my view that governs even when the motion may result in a final judgment. Literally, it is true, as the respondent argued, that Rule 324(1) applies the Court's discretion to the personal appearance "of that party", i.e., of the applicant on the motion. But one cannot sever the issue of a "paper hearing" for the applicant from the same question in relation to the respondent. The hearing must be by personal appearance for both parties or by paper for both. Except with the express consent of the applicant, as was theoretically contemplated by Giles A.S.P. in *Enviro-Clear Co. v. Baker International (Canada) Ltd.*, [1987] 3 F.C. 268 (T.D.), it would be unfair to a Rule 324 applicant to order that only the respondent should be heard orally. Whatever the wishes of the parties, the discretion of the Court must govern — save for the exception noted by Strayer J. that such a motion must have a proposer.

The *obiter dictum* of Jaccett C.J. in *Hawker Industries Ltd. v. Santa Maria Shipowning and Trading Co., S.A.*, [1978] 1 F.C. 617 (C.A.) at page 621 that "an order cannot be made against the 'opposing party' based on the submissions in writing, if he exercises his option (Rule 324(3)) for an 'oral hearing'" must be read as subject to the discretion of the court as provided for by Rule 324(1). Otherwise, Rule 324 would not fulfil the objective set out for it by Jaccett C.J. in the same *obiter dictum* (at page 620):

[T]he provision in Rule 324 for motions in writing serves the very useful purpose of enabling interlocutory work of the Court to be dealt with more expeditiously and with much less

tir, et non le requérant qui demande un contrôle judiciaire (ou un demandeur), bien que dans ce cas, il s'agissait de la même partie (d'où l'ambiguïté apparente). Le raisonnement irréprochable du juge Strayer n'est par conséquent aucunement pertinent relativement à la question en l'espèce.

En outre, je ne peux accepter l'argument de l'intimé selon lequel, dans une requête fondée sur la Règle 324, l'intimé a un droit de veto. La Règle 324(1) confère expressément à la Cour ou au protonotaire saisi d'une telle requête le pouvoir discrétionnaire, s'il «l'estime opportun», de supprimer l'audience orale. À mon avis, il en est ainsi même lorsque la requête peut résulter en un jugement final. Certes, strictement, comme le soutient l'intimé, la Règle 324(1) applique le pouvoir discrétionnaire de la Cour à la comparution en personne «de cette partie», c'est-à-dire le requérant. Mais on ne peut dissocier la question de l'«audience par écrit» à l'égard du requérant de la même question à l'égard de l'intimé. L'audience est tenue soit par comparution personnelle, soit par écrit, pour les deux parties. Sauf si le requérant y consent expressément, comme l'a considéré théoriquement le protonotaire adjoint Giles dans l'arrêt *Enviro-Clear Co. c. Baker International (Canada) Ltd.*, [1987] 3 C.F. 268 (1<sup>re</sup> inst.), il serait injuste pour celui qui présente une demande fondée sur la Règle 324 d'ordonner que seul l'intimé soit entendu. Quel que soit le désir des parties, le pouvoir discrétionnaire revient à la Cour dans la mesure où, comme l'a souligné le juge Strayer, une telle demande a un auteur.

La remarque incidente du juge en chef Jaccett dans l'arrêt *Hawker Industries Ltd. c. Santa Maria Shipowning and Trading Co., S.A.*, [1978] 1 C.F. 617 (C.A.), à la page 621, selon laquelle «une ordonnance, fondée sur les observations écrites, ne peut être rendue contre la "partie opposante" si cette partie opte plutôt (Règle 324(3)) pour une "audience"», doit être interprétée en fonction du pouvoir discrétionnaire du tribunal prévu à la Règle 324(1). Autrement, la Règle 324 ne répondrait pas à l'objectif que lui a attribué le juge en chef Jaccett dans la même remarque incidente (à la page 620):

[L]a disposition de la Règle 324 visant les requêtes écrites est très utile: elle permet à la Cour d'expédier les requêtes interlocutoires tout en épargnant la dépense de deniers publics. À

expenditure of public money than would otherwise be the case. It is also, I believe, in many instances, more economical from the point of view of the parties.

Since the Trial Judge chose not to give any other reason for his decision, we find ourselves unable to hold that it is implicit in the reasons given by the Trial Judge that he considered it expedient in all the circumstances to require an oral hearing.

The appeal must be allowed with costs, the order of the Trial Division dated February 15, 1991, set aside, and the matter referred back to the Trial Division for determination on the basis that the Court is to consider whether it is expedient to dispose of the application under Rule 324.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

ROBERTSON J.A.: I concur.

mon avis, il s'agit d'une procédure qui se révèle également, en plusieurs cas, plus économique pour les parties.

Le juge de première instance ayant choisi de ne pas motiver plus amplement sa décision, nous ne pouvons conclure qu'il ressort implicitement de ses motifs qu'il a estimé opportun, dans les circonstances, d'exiger une audience.

L'appel doit être accueilli avec dépens, l'ordonnance de la Section de première instance rendue le 15 février 1991 doit être annulée et l'affaire renvoyée à la Section de première instance en tenant compte du fait que la Cour doit étudier la question de savoir s'il est opportun de statuer sur la demande fondée sur la Règle 324.

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

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

T-1536-89

T-1536-89

**Edward Jesionowski (Plaintiff)****Edward Jesionowski (demandeur)**

v.

c.

**Bohdan Gorecki and the Ship Wa-Yas (Defendants)**<sup>a</sup>**Bohdan Gorecki et le navire Wa-Yas (défendeurs)***INDEXED AS: JESIONOWSKI v. WA-YAS (THE) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: JESIONOWSKI c. WA-YAS (LE) (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Reed J.—Vancouver, May 12 and  
September 11, 1992.b Section de première instance, juge Reed—Vancouver,  
12 mai et 11 septembre 1992.

*Practice — Privilege — Defendants claiming privilege for surveyor's report as to time spent on repair of vessel as relating to settlement negotiations — Report on defendants' list of documents — Surveyor called as expert witness — Once expert becomes witness, implied waiver of privilege previously protecting papers from production — Privileged status waived when listed in defendants' list of documents — To fall within privilege attaching to settlement negotiations, communication must be part of genuine attempt to resolve dispute — Joint report by two surveyors to resolve discrepancy between two previous reports not privileged as (1) not joint effort; (2) although copy sent to plaintiff, not as offer of settlement.*

*Pratique — Communications privilégiées — Les défendeurs soutiennent que le rapport de l'expert sur le temps consacré à la réparation du bateau fait l'objet d'un privilège comme document relatif à des négociations en vue d'un règlement — Le rapport figure sur la liste de documents des défendeurs — L'expert est cité comme témoin expert — Lorsqu'un expert dépose comme témoin, il y a renonciation tacite au privilège qui autorisait de ne pas produire des documents — Les défendeurs renoncent au privilège lorsqu'ils incluent un document dans leur liste de documents — Pour être visée par le privilège protégeant les négociations menées en vue d'un règlement, la communication doit se rattacher à une tentative véritable de règlement du différend — Le rapport préparé conjointement par deux experts pour réconcilier deux rapports antérieurs n'est pas visé par un privilège (1) parce qu'il ne constitue pas une tentative conjointe de règlement et (2) parce qu'il n'a pas été envoyé au demandeur à titre d'offre de règlement.*

*Equity — Quantum meruit — Action for damages for labour and materials provided to repair licensed fishing vessel — Cost of repairs exceeded value of vessel — Beneficiary of labour and materials supplied by another should not be unjustly enriched — Where no enforceable contract, law imposes promise to pay reasonable amount, usually related to free market value of services — Quantum meruit award assessed by reference to all circumstances — Award not constrained by increase to value of vessel from plaintiff's labour and materials as parties intended to recover investment by using vessel in fishing industry — Defendant not entitled to reduce quantum meruit award nor to damages for poor workmanship as equally responsible for quality of workmanship and did nothing to change it.*

*Equity — Quantum meruit — Action en dommages-intérêts pour travail et matériaux fournis pour réparer un bateau de pêche auquel étaient rattachés des permis — Le coût des réparations dépasse la valeur du navire — Le travail et les matériaux fournis par une personne ne doivent pas enrichir indûment le bénéficiaire — En l'absence de contrat exécutoire, la loi reconnaît une promesse de payer une somme raisonnable, généralement fondée sur la juste valeur marchande des services — L'indemnité basée sur le quantum meruit est fixée en fonction de toutes les circonstances de l'affaire — Elle n'est pas circonscrite par l'augmentation de la valeur du bateau découlant du travail et des matériaux fournis par le demandeur, car les parties avaient l'intention de récupérer leur investissement en se servant du bateau pour la pêche — La piètre qualité du travail ne donne pas droit au défendeur à la réduction de l'indemnité fondée sur le quantum meruit ou à des dommages-intérêts parce qu'il était aussi responsable de cette qualité et qu'il n'a rien fait pour l'améliorer.*

*Trusts — Action to recover for labour and materials provided in repairing fishing vessel — In deciding whether to impose constructive trust, Court must determine (1) whether claim for unjust enrichment established; (2) whether corresponding deprivation to plaintiff; (3) whether any juristic reason for enrichment; (4) whether constructive trust appropriate remedy — Must also be special reason to grant additional rights flowing from right of property i.e. specific and unique nature of property, changes in value of asset — All requirements met — Constructive trust appropriate as reason to*

*Fiducies — Action en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation d'un bateau de pêche — Pour décider s'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation, la Cour doit déterminer (1) si un enrichissement sans cause a été établi, (2) si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, (3) s'il y a un motif juridique à l'enrichissement et (4) si la fiducie par interprétation est la réparation appropriée — Il doit aussi y avoir des motifs particuliers pour accorder des droits supplémentaires découlant d'un droit de propriété (nature particulière et unique du bien, changement*

believe defendant might sell licences in absence of restraint, rendering himself judgment proof.

*Maritime law — Practice — Interest — Action to recover for labour and materials provided in repairing fishing vessel — Interest award integral part of damage claim in admiralty cases — Should restore plaintiff to position would have been in if events giving rise to claim had not occurred — Applies equally to claims in contract and in tort under maritime law — Defendants aware of interest claim — Interest awarded from reasonable time after joint relationship between parties with respect to vessel severed.*

The defendants argued that neither the Smith (No. 1) nor the Harrison-Smith reports were admissible because they related to settlement discussions and were therefore privileged. The plaintiff argued that since Smith was called to give expert evidence concerning the value of the repairs, there was implied waiver of any privilege that had previously protected his papers from production: *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (S.C.). The defendants argued that *Vancouver Community College* has not been followed, and that in any event it was wrongly decided. Alternatively, the plaintiff argued that the report's privileged status was waived when it was listed in the defendants' list of documents and was made available to the plaintiff. The defendants relied upon the maxim "once privileged, always privileged." The defendants argued that the Harrison-Smith report was privileged because it was prepared jointly by representatives of the parties for settlement purposes.

The defendants submitted that any *quantum meruit* award should be reduced, or that they should be awarded damages, because the quality of the workmanship was poor. Finally, they argued that interest should not be awarded because the plaintiff's claim arose in contract, not in tort, and because the plaintiff did not claim interest in the statement of claim.

The plaintiff sought a declaration that the defendant holds an interest in the *Wa-Yas* (the vessel) and the licences attached thereto in constructive trust based on *quantum meruit* for the labour supplied, and on *quantum valebant* for the materials supplied.

*Held*, the action should be allowed.

The *Vancouver Community College* case was based on the fact that an expert witness is in a different position from other witnesses. He is put forward because of his expertise to assist the Court in coming to a conclusion, and this imposes certain obligations of disclosure on him. The search for truth with respect to evidence given by this type of witness outweighs any interest in protecting preliminary drafts. While the opera-

de valeur du bien) — Toutes les exigences sont réunies — La fiducie par interprétation est le remède approprié parce qu'il y a lieu de penser qu'en l'absence de restriction le défendeur pourrait vendre les permis, s'immunisant ainsi contre tout jugement.

*a* Droit maritime — Pratique — Intérêts — Action en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation d'un bateau de pêche — Les intérêts forment partie intégrante d'une action en dommages-intérêts en amirauté — Il convient de remettre le demandeur dans la situation où il aurait été si les faits donnant lieu à la demande n'avaient pas eu lieu — En droit maritime, le principe s'applique également aux actions fondées sur un contrat ou sur un délit — Les défendeurs savaient que des intérêts étaient demandés — Les intérêts sont accordés à compter d'une date raisonnable après la rupture de la relation des parties relativement au bateau.

*c* Les défendeurs soutiennent que le rapport Smith (n° 1) et le rapport Harrison-Smith étaient inadmissibles parce qu'ils traitaient de discussions concernant un arrangement et qu'ils étaient donc visés par un privilège. Le demandeur affirme que puisque M. Smith avait été cité pour donner son opinion à titre d'expert sur la valeur de la réparation, il y avait eu renonciation tacite à tout privilège qui l'autorisait auparavant à ne pas produire les documents (*Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (C.S.)). Les défendeurs soutiennent que la décision *Vancouver Community College* n'a pas été suivie et que, de toute façon, elle est mal fondée. Le demandeur fait valoir, subsidiairement, que le rapport a cessé d'être privilégié quand il a été inséré dans la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition du demandeur. Les défendeurs invoquent le principe de la «pérennité des privilèges». Ils prétendent que le rapport Harrison-Smith faisait l'objet d'un privilège parce qu'il a été préparé conjointement par des représentants des parties en vue d'un règlement.

*d* Les défendeurs soutiennent qu'il y a lieu de réduire toute indemnité accordée selon le principe *quantum meruit* ou de leur accorder des dommages-intérêts en raison de la piètre qualité du travail. Ils font valoir, finalement, qu'il ne convient pas d'accorder des intérêts au demandeur parce que sa demande découle d'un contrat et non d'un délit et parce qu'il n'en a pas demandé dans sa déclaration.

*e* Le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que le défendeur détient, sur le *Wa-Yas* (le navire) et sur les permis rattachés à celui-ci, un droit consacré par une fiducie par interprétation, fondée sur le principe *quantum meruit* à l'égard du travail effectué et sur le principe *quantum valebant* à l'égard des matériaux fournis.

*f* *Jugement*: l'action doit être accueillie.

*g* La décision *Vancouver Community College* repose sur le fait qu'un expert cité comme témoin n'est pas dans la même position qu'un autre témoin. Il est cité à cause de ses connaissances spécialisées, pour aider le tribunal à en arriver à une conclusion, c'est pourquoi il se voit imposer des obligations en matière de divulgation. La recherche de la vérité à l'égard de ce type de témoignage l'emporte sur tout intérêt qui pourrait

tion of the adversarial trial process requires protection of counsel's work product, it does not require protection of an expert witness' work product. This rationale applies only to expert witnesses.

"Once privileged, always privileged" does not mean that the party who has the benefit of the privilege cannot waive it, but refers to the continued operation of the privileged status, i.e. after a client changes solicitors. Any privileged status which the Smith (No.1) report might originally have had was waived when it was listed in the defendants' list of documents, and made available to the plaintiff. The report lost its privileged status before the second report was filed or Mr. Smith was called to the stand.

To fall within the privilege attaching to settlement negotiations, a communication must be part of a genuine attempt to settle the dispute. It must also be clear that the offer of settlement was intended to be kept confidential. The Harrison-Smith report was not privileged. First, it was not a joint effort as neither plaintiff nor his agent had any involvement in the survey. Secondly, although a copy of the report was sent to the plaintiff, this was not as an offer of settlement. The report was not part of a genuine attempt to settle the dispute.

*Quantum meruit* is an equitable doctrine based on the principle that one who benefits from the labour and materials supplied by another should not be unjustly enriched thereby. Where there is no enforceable contract, the law implies a promise to pay a reasonable amount for materials and labour. As a general rule, the measure of relief in all *quantum meruit* based restitutionary actions should be related to the free market value of the services rendered or the work done. In some cases the increased market value to the defendant of the property on which labour has been expended or to which material has been provided may operate as a limit to the amount of the award, but this is not always the case. An award based on *quantum meruit* is assessed by reference to all the circumstances surrounding the situation under which the obligation arose. In this case a *quantum meruit* award should not be constrained by the increase to the value of the vessel as a result of the materials provided and the labour expended by plaintiff. First, the vessel was a constructive write-off at the time repairs commenced. Secondly, if there had been no fishing licences attached to the vessel, neither the plaintiff nor the defendant would have expended such efforts in repairing it. The vessel alone had little value. The joint project was undertaken with a view to future profit from fishing. Money and time expended was to be recouped when the vessel engaged in the fishing industry, not as a result of the increased value of the vessel. In such circumstances the reasonable amount to be awarded under a *quantum meruit* claim should be based on the assessment of an amount attributable to the materials plaintiff supplied and a reasonable market value for the labour he expended. The burden of proving what is reasonable is with the plaintiff.

être servi par la protection des versions préliminaires. Quoique l'application du processus du procès contradictoire exige la protection du produit du travail de l'avocat, elle n'exige pas celle du produit du travail d'un expert cité comme témoin. Ce raisonnement ne vise que les témoins experts.

Le principe de la «pérennité des privilèges» ne signifie pas que la partie qui bénéficie du privilège ne peut y renoncer; il s'entend de la permanence du caractère privilégié, par exemple, dans le cas de la constitution d'un nouvel avocat. Le rapport Smith (n° 1) a perdu tout caractère privilégié qu'il aurait pu avoir au départ, lorsqu'il a été inclus dans la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition du demandeur. Il a perdu son caractère privilégié avant que le second rapport ne soit déposé et que M. Smith n'ait été cité à comparaître comme témoin.

Pour être visée par le privilège qui protège les négociations menées en vue d'un règlement, la communication doit se rattacher à une tentative véritable pour régler le différend. En outre, il doit être clair que l'offre de règlement a été faite sous le sceau du secret. Le rapport Harrison-Smith n'est pas visé par un privilège. Premièrement, il ne s'agit pas d'une initiative commune parce que ni le demandeur ni son mandataire n'ont participé à l'expertise. Deuxièmement, bien qu'un exemplaire du rapport ait été envoyé à l'avocat du demandeur, ce n'était pas à titre d'offre de règlement. Le rapport ne faisait pas partie d'une tentative véritable de règlement du différend.

La doctrine du *quantum meruit* est une doctrine d'*equity* fondée sur le principe que la personne qui bénéficie du travail et des matériaux fournis par une autre personne ne doit pas en tirer un enrichissement sans cause. En l'absence de contrat exécutoire, une promesse de verser une somme raisonnable pour les matériaux et le travail fournis est implicitement reconnue en droit. En règle générale, le *quantum* de la réparation dans toutes les actions en restitution fondées sur le principe *quantum meruit* doit être fonction de la juste valeur marchande des services ou du travail fournis. Il se peut que l'augmentation de la valeur des biens du défendeur sur lesquels a porté le travail ou pour lesquels des matériaux ont été fournis constitue la limite du *quantum* de l'indemnité accordée, mais ce n'est pas toujours le cas. L'indemnité basée sur le principe *quantum meruit* est fixée en fonction de toutes les circonstances dans lesquelles l'obligation est née. En l'espèce, elle ne doit pas être circonscrite par l'augmentation de la valeur du bateau qui a résulté de la fourniture de matériaux et du travail fait par le demandeur. Tout d'abord, le bateau a été tenu pour une perte totale implicite au moment où la réparation a commencé. Ensuite, si aucun permis de pêche n'avait été rattaché au bateau, il est peu probable que le demandeur ou le défendeur ait consacré autant d'efforts à la réparation. Le bateau lui-même ne vaut pas grand-chose. Le projet conjoint qui a été entrepris l'a été en vue d'un profit futur tiré de la pêche. Les sommes et le temps consacrés ne devaient pas être récupérés grâce à l'augmentation de la valeur du bateau. Ils devaient l'être quand le bateau aurait servi à pratiquer la pêche. En pareil cas, le montant raisonnable de l'indemnité qui doit être accordée selon le principe *quantum meruit* doit être basé sur l'évaluation de la somme attribuable aux matériaux que le

The defendant was not entitled to damages based on the poor quality of the workmanship. The refit of the *Wa-Yas* was a joint enterprise. Defendant was as responsible for the quality of the workmanship as plaintiff. He did not demonstrate any concern about the quality of the work by attempting to disassociate himself from plaintiff or move to change the manner in which the refit was progressing.

An award of interest is an integral part of a damage claim in admiralty cases. The awarding of interest should restore the plaintiff to the position he would have been in if the events which gave rise to his claim had not occurred. This principle applies equally to claims arising in contract and in tort under maritime law. The defendants were aware that the plaintiff was claiming interest because the notice to admit documents included a schedule of the applicable bank prime rates. The statement of claim seeks "such further and other relief as to the Court seems meet." Had plaintiff had the use of his money rather than having it tied up in the *Wa-Yas* he would have been able to employ it elsewhere. To put him into a position close to that which he would have enjoyed had the events underlying his claim not occurred, an amount on account of interest for the money and labour he spent on the *Wa-Yas* should be allowed from a reasonable time after the joint relationship with respect to the *Wa-Yas* was severed.

A constructive trust comes into existence regardless of any party's intent. The purpose thereof is to prevent unjust enrichment. In determining whether to impose a constructive trust (i.e. to grant a proprietary as opposed to personal remedy), the Court must determine (1) whether a claim for unjust enrichment has been established; (2) whether there has been a corresponding deprivation to the plaintiff; (3) whether there is any juristic reason for the enrichment; (4) whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. Also, before a constructive trust is awarded, there must be a special reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from the recognition of a right of property, eg. reasons such as the specific and unique nature of the property in question, changes in value of the asset or a need to give priority to the plaintiff in a bankruptcy situation. In this case all the requirements for imposition of a constructive trust were present. There was an enrichment of the defendant and a corresponding deprivation suffered by the plaintiff. There was no juristic reason why the defendant should be enriched at plaintiff's expense. The declaration of a constructive trust was appropriate. The value of the *Wa-Yas* was not high without the fishing licences. There was reason to believe that the defendant, in the absence of some restraint, might sell the licences or transfer the licences from the vessel prior to any supervised or judicial sale of the vessel. In the absence of a trust attaching to the licences, defendant might place himself in a position where he would be unable to satisfy any judgment against him.

demandeur a fournis et sur la valeur marchande raisonnable du travail qu'il a fait. C'est au demandeur qu'il incombe de faire la preuve de ces éléments.

Le défendeur n'a pas droit à des dommages-intérêts fondés sur la piètre qualité du travail. Le carénage du *Wa-Yas* était une entreprise conjointe. Le défendeur était aussi responsable de la qualité du travail que le demandeur. Il n'a pas manifesté d'inquiétude particulière au sujet de la qualité du travail en tentant de rompre son association avec le demandeur ou en changeant la façon dont le carénage était effectué.

Dans l'exercice de sa compétence en amirauté, la Cour peut accorder des intérêts à titre de partie intégrante des dommages-intérêts. L'indemnité doit remettre le demandeur dans l'état où il aurait été si les faits qui ont donné lieu à sa demande n'étaient pas arrivés. Le principe s'applique autant aux demandes fondées sur un contrat qu'à celles qui découlent d'un délit. Le défendeur savait que le demandeur voulait obtenir des intérêts parce que l'avis demandant l'admission de documents contenait une liste des taux préférentiels applicables. La déclaration comprenait une demande visant l'obtention de [TRADUCTION] «toute autre réparation que la Cour estime convenable». Si le demandeur avait pu disposer de ses fonds et que ceux-ci n'avaient pas été immobilisés dans le *Wa-Yas*, il aurait été à même d'en faire un autre usage. Pour le mettre le plus possible dans l'état où il aurait été si les faits qui fondent sa demande n'étaient pas arrivés, il est raisonnable de lui accorder une indemnité sous forme d'intérêts pour les sommes et le travail qu'il a investis dans le *Wa-Yas* à l'égard d'une période raisonnable après la cessation de l'entreprise en participation.

L'existence d'une fiducie par interprétation n'est pas liée à l'intention d'une quelconque partie. Cette doctrine vise à prévenir l'enrichissement sans cause. Pour décider s'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation (c.-à-d. d'accorder une réparation fondée sur un droit de propriété plutôt qu'une indemnité), la Cour doit déterminer, premièrement, si un enrichissement sans cause a été établi, deuxièmement, si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, troisièmement, s'il y a un motif juridique à l'enrichissement, et quatrièmement, si, vu les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée au regard de cet enrichissement sans cause. Par ailleurs, il n'y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu'en présence d'un motif justifiant l'octroi au demandeur des droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété, par exemple, l'obtention d'un bien unique et précis, les changements de valeur du bien ou la nécessité pour le propriétaire de jouir du rang prioritaire en cas de faillite. En l'espèce, les conditions voulues pour établir une fiducie par interprétation sont présentes. Il y a eu enrichissement du défendeur et appauvrissement correspondant du demandeur. Aucun motif juridique ne justifie l'enrichissement du défendeur au détriment du demandeur. La déclaration portant existence d'une fiducie par interprétation est appropriée. Le *Wa-Yas* a peu de valeur sans les permis de pêche. Il y a lieu de s'inquiéter que le défendeur, en l'absence de restriction, ne vende ou ne transfère les permis avant la vente sous surveillance ou la vente judiciaire. En l'absence d'une fiducie afférente aux permis, le défendeur pourrait se mettre dans une

situation où il serait incapable de s'acquitter de toute obligation qu'il aurait envers le demandeur par suite d'un jugement.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289; 27 C.L.R. 11; 38 L.C.R. 30 (S.C.); *Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirenno*, [1974] 1 F.C. 294; (1974), 52 D.L.R. (3d) 702 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 539; (1976), 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103; 33 C.L.R. 258; 36 C.P.C. (2d) 193 (H.C.); *Highland Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256; 63 D.L.R. (4th) 493; 242 A.P.R. 256 (S.C.T.D.); *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; 1 D.L.R. (4th) 262; 2 C.L.R. 210; 2 O.A.C. 231 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763; 45 W.W.R. 605 (Sask. Q.B.); *Miller v. Advanced Farming Systems Limited*, [1969] S.C.R. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637; 74 D.L.R. (4th) 742; 45 C.P.C. (2d) 293; 41 O.A.C. 65 (Div. Ct.); *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636; 43 A.P.R. 636 (S.C.T.D.); *Burlington Northern Railroad v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, Addy J., order dated 27/4/90, F.C.T.D., not yet reported; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

##### REFERRED TO:

*Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (B.C.S.C.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; (1978), 83 D.L.R. (3d) 289; [1978] 2 W.W.R. 101; 1 E.T.R. 307; 1 R.F.L. (2d) 1; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165.

#### AUTHORS CITED

Cross, Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.  
 Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution*, Toronto: Carswell, 1982.  
 Goldsmith, Immanuel and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., Toronto: Carswell, 1988.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289; 27 C.L.R. 11; 38 L.C.R. 30 (C.S.); *La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirenno*, [1974] 1 C.F. 294; (1974), 52 D.L.R. (3d) 702 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1976] 1 C.F. 539; (1976), 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103; 33 C.L.R. 258; 36 C.P.C. (2d) 193 (H.C.); *Highland Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256; 63 D.L.R. (4th) 493; 242 A.P.R. 256 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; 1 D.L.R. (4th) 262; 2 C.L.R. 210; 2 O.A.C. 231 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763; 45 W.W.R. 605 (B.R. Sask.); *Miller v. Advanced Farming Systems Limited*, [1969] R.C.S. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637; 74 D.L.R. (4th) 742; 45 C.P.C. (2d) 293; 41 O.A.C. 65 (C. div.); *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636; 43 A.P.R. 636 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Burlington Northern Railroad c. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, juge Addy, ordonnance en date du 27-4-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (C.S.C.-B.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; (1978), 83 D.L.R. (3d) 289; [1978] 2 W.W.R. 101; 1 E.T.R. 307; 1 R.F.L. (2d) 1; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165.

#### DOCTRINE

Cross, Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.  
 Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution*, Toronto: Carswell, 1982.  
 Goldsmith, Immanuel and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., Toronto: Carswell, 1988.



McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.  
 Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 14th ed., London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Sharpe, Robert J. "Claiming Privilege in the Discovery Process", *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984* (Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1984) 163. <sup>a</sup>  
 Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992.  
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1984. <sup>b</sup>

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.  
 Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 14th ed., London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Sharpe, Robert J. «Claiming Privilege in the Discovery Process», *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984* (Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1984) 163.  
 Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992.  
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1984.

ACTION to recover for labour and materials provided in repairing the defendant's licensed fishing vessel. Action allowed.

ACTION en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation du bateau de pêche du défendeur, auquel se rattachaient des permis. Action accueillie. <sup>c</sup>

## COUNSEL:

*Bradley M. Caldwell* for plaintiff.  
*J. Raymond Pollard and Dawn M. Jordan* for defendants. <sup>d</sup>

## AVOCATS:

*Bradley M. Caldwell* pour le demandeur.  
*J. Raymond Pollard et Dawn M. Jordan* pour les défendeurs.

## SOLICITORS:

*McMaster, Bray & Company*, Vancouver, for plaintiff. <sup>e</sup>  
*Richards, Buell, Sutton*, Vancouver, for defendants.

## PROCUREURS:

*McMaster, Bray & Company*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Richards, Buell, Sutton*, Vancouver, pour les défendeurs.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by* <sup>f</sup>

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

REED J.:

LE JUGE REED:

EDITOR'S NOTE <sup>g</sup>

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

*The Executive Editor has determined that the 43-page reasons for judgment herein should be reported as abridged. This case was selected for publication for Her Ladyship's consideration of the following issues: the admissibility of reports said to be privileged as relating to settlement discussions; the claim for an award based on quantum meruit; the argument that any quantum meruit award should be reduced for poor workmanship; the awarding of interest and the declaration of a constructive trust.* <sup>h</sup>

*Le directeur général estime que les présents motifs, comptant cinquante-deux pages, pourraient être publiés sous forme de résumé. Cette décision a été retenue pour publication, parce que le juge Reed y examinait les questions suivantes: l'admissibilité de rapports que l'on prétendait visés par un privilège parce qu'ils avaient trait à des discussions en vue d'un règlement, une demande d'indemnité fondée sur le principe quantum meruit, l'argument selon lequel la piètre qualité du travail peut justifier la réduction d'une telle indemnité, l'octroi d'intérêts et le jugement déclaratoire visant l'existence d'une fiducie par interprétation.* <sup>i</sup> <sup>j</sup>

The facts were that the defendant, Gorecki, paid \$62,000 in 1985 for an old fishing vessel and its two fishing licences. In 1986-1987 defendant leased the vessel. She was grounded by the lessees and the insurer took the position that she was damaged beyond economical repair and should be burned. Instead, defendant decided to repair the vessel and enlisted plaintiff's participation in the project. After plaintiff had put considerable effort into the undertaking, the parties decided to terminate their joint endeavour. The question, plaintiff having abandoned at trial a claim to an interest in the vessel and her licences based on a partnership agreement, was whether he was entitled to equitable relief by way of quantum meruit. Defendant's position was that he had paid plaintiff the full amount owing under a fixed price contract for repairs.

Prior to the commencement of litigation the defendant had a report prepared by Harrison, a surveyor, estimating the amount of time spent repairing the vessel. A second report, the Smith (No. 1) report, was commissioned by the defendant after the commencement of litigation. It was originally delivered to the plaintiff as an enclosure to a "without prejudice" settlement letter. This report was on the defendant's list of documents and privilege was claimed with respect thereto. A slightly revised version was filed for use at trial and its author, Barry D. Smith, was called as a witness in these proceedings to give expert evidence on the value of the repairs. A third report, the Harrison-Smith report, was prepared by the two surveyors on behalf of the defendant to resolve the discrepancy between the two previous reports.

#### Admissibility of Smith (No. 1) and Harrison-Smith Reports

Objections were raised to the admissibility of both the Smith (No. 1) report and the Harrison-Smith report. I reserved on the question of their admissibility

Les faits sont les suivants. Le défendeur Gorecki a payé 62 000 \$ pour un vieux bateau de pêche et les deux permis qui s'y rattachaient, en 1985. Il a loué le bateau en 1986-1987, et celui-ci s'est échoué pendant qu'il était sous la garde des locataires. L'assureur a déterminé que les dommages étaient tels que le navire ne pouvait économiquement être réparé et qu'il conviendrait de le brûler. Le défendeur a quand même décidé de le réparer et a convaincu le demandeur de participer à l'entreprise. Ce dernier a consacré beaucoup d'énergie à ce projet, puis les parties ont convenu de mettre fin à l'entreprise commune. Comme le demandeur a renoncé, à l'instruction, à sa revendication d'un droit de propriété fondé sur un contrat de société à l'égard du bateau et des permis qui lui étaient rattachés, il s'agissait de déterminer s'il avait droit, en equity, à une indemnité en application du principe quantum meruit. Le défendeur soutenait qu'il avait versé au demandeur l'intégralité de la somme due en vertu d'un contrat de réparation à prix fixe.

Avant l'institution de l'action, le défendeur a fait préparer par un expert, M. Harrison, un rapport estimant le temps consacré à la réparation du bateau. Le défendeur a commandé un deuxième rapport (le rapport Smith n° 1) après le début des procédures. Ce rapport a initialement été remis au demandeur à titre de pièce jointe à une offre de règlement faite «sous toute réserve». Ce rapport figurait sur la liste de documents du défendeur et ce dernier a soutenu qu'il était visé par un privilège. Une version légèrement révisée du rapport fut déposée au cours de l'instruction, et son auteur, M. Barry D. Smith, fut appelé à témoigner en qualité d'expert sur la valeur des réparations. Les deux experts ont préparé un troisième rapport, le rapport Harrison-Smith, pour le compte du défendeur, afin de concilier les deux rapports précédents.

#### Admissibilité des rapports Smith (n° 1) et Harrison-Smith

Des objections ont été opposées à l'admissibilité des rapports Smith (n° 1) et Harrison-Smith. J'ai mis en délibéré la question de l'admissibilité. L'avocat

ity. It was argued by counsel for the defendants that both reports are not admissible because they relate to settlement discussions and are therefore privileged.

Central to the arguments made concerning the admissibility of both reports is the fact that Mr. Smith was called in these proceedings to give expert opinion evidence on the value of the repairs in question. Indeed the Smith (No. 1) report, was identical in conclusion to the expert report he filed for use in these proceedings on April 6, 1992. It is argued that since Mr. Smith was called to give expert evidence concerning the value of the repairs, the status of those reports is brought within the decision set out in *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (S.C.), at pages 296-297:

So long as the expert remains in the role of a confidential advisor, there are sound reasons for maintaining privilege over documents in his possession. Once he becomes a witness, however, his role is substantially changed. His opinions and their foundation are no longer private advice for the party who retained him. He offers his professional opinion for the assistance of the court in its search for the truth. The witness is no longer in the camp of a partisan. He testifies in an objective way to assist the court in understanding scientific, technical or complex matters within the scope of his professional expertise. He is presented to the court as truthful, reliable, knowledgeable and qualified. It is as though the party calling him says: "Here is Mr. X, an expert in an area where the court needs assistance. You can rely on his opinion. It is sound. He is prepared to stand by it. My friend can cross-examine him as he will. He won't get anywhere. The witness has nothing to hide."

It seems to me that in holding out the witness's [*sic*] opinion as trustworthy, the party calling him impliedly waives any privilege that previously protected the expert's papers from production. He presents his evidence to the court and represents, at least at the outset, that the evidence will withstand even the most rigorous cross-examination. That constitutes an implied waiver over papers in a witness's [*sic*] possession which are relevant to the preparation or formulation of the opinions offered, as well as to his consistency, reliability, qualifications and other matters touching on his credibility.

Counsel for the defendants argues that the *Vancouver Community College* decision has not been followed: *Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103 (H.C.); *Highland*

des défendeurs a soutenu que les deux rapports étaient inadmissibles parce qu'ils traitaient de discussions sur un arrangement et qu'un privilège était revendiqué à leur égard.

<sup>a</sup> Le fait que M. Smith a été cité pour donner son opinion à titre d'expert sur la valeur de la réparation en cause constitue un élément primordial des arguments relatifs à l'admissibilité des deux rapports. En effet, le rapport Smith (n° 1) en arrivait à la même conclusion que le rapport d'expertise qu'il a déposé le 6 avril 1992 en vue de son utilisation dans la présente instance. On a soutenu que, puisque M. Smith avait été cité pour donner son opinion à titre d'expert sur la valeur de la réparation, le caractère de ces rapports devait être déterminé selon le critère énoncé dans l'affaire *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (C.S.), aux pages 296 et 297:

[TRADUCTION] Pourvu que l'expert se cantonne dans son rôle de conseiller particulier, il y a de bonnes raisons de respecter le privilège concernant les documents en sa possession. Mais dès qu'il devient témoin, son rôle est essentiellement différent. Ses opinions et leur fondement ne sont plus des conseils confidentiels à l'usage de la personne qui a retenu ses services. Il donne son opinion en qualité d'homme de l'art pour aider le tribunal à découvrir la vérité. Le témoin doit abandonner l'esprit partisan. Il témoigne avec objectivité pour aider le tribunal à comprendre des questions scientifiques, techniques ou complexes qui ressortissent à ses compétences. Il est produit devant le tribunal pour sa véracité, la sûreté de son jugement, ses connaissances et ses compétences. C'est comme si la partie qui le cite disait: «Voici M. X, un expert dans un domaine à l'égard duquel le tribunal a besoin d'aide. Vous pouvez vous fier à son opinion. Elle est judicieuse. Il est prêt à la défendre. Mon confrère peut le contre-interroger à son gré. Il perdra son temps. Le témoin n'a rien à cacher.»

Il me semble qu'en faisant valoir que l'opinion du témoin est digne de foi, la partie qui l'a cité renonce tacitement à tout privilège qui l'autorisait auparavant à ne pas produire les documents de l'expert. Il présente son témoignage devant le tribunal et fait valoir, du moins au début, que le témoignage résistera même au contre-interrogatoire le plus rigoureux. C'est une renonciation tacite à l'égard de documents en la possession d'un témoin qui sont pertinents par rapport à la préparation ou à l'expression des opinions qu'il émet et par rapport à la cohérence de son témoignage, à sa fiabilité, à ses titres et à d'autres questions concernant sa crédibilité.

L'avocat des défendeurs soutient que la décision *Vancouver Community College* n'a pas été suivie: *Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103 (H.C.); *Highland*

*Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256 (S.C.T.D.). Counsel for the defendants also argues that the *Vancouver Community College* case is, in any event, wrongly decided.

The privilege asserted in the *Vancouver Community College*, *Bell Canada* and *Highland Fisheries* cases was litigation privilege: the privilege which attaches to communications between a lawyer and third parties when the purpose of the communication is to enable the legal adviser to advise or act with regard to litigation.<sup>1</sup> Utilization of the communication for the purposes of litigation must be the dominant purpose of the communication. The privilege is a legal professional one, thought necessary to enable the adversarial system of trials to function. As was said in *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637 (Div. Ct.), at page 643:

Counsel must be free to make the fullest investigation and research without risking disclosure of his opinions, strategies and conclusions to opposing counsel. The invasion of the privacy of counsel's trial preparation might well lead to counsel postponing research and other preparation until the eve of or during the trial, so as to avoid early disclosure of harmful information. This result would be counter-productive to the present goal that early and thorough investigation by counsel will encourage an early settlement of the case. Indeed, if counsel knows he must turn over to the other side the fruits of his work, he may be tempted to forgo conscientiously investigating his own case in the hope he will obtain disclosure of the research, investigations and thought processes compiled in the trial brief of opposing counsel.

This explanation, in the *Ottawa-Carleton* case, is followed in the Sopinka, Lederman & Bryant text, *The Law of Evidence in Canada*, at page 654, by a description of the development of the law in the United States:

Although long steeped in Anglo-Canadian jurisprudence, it was only in 1947, in the case of *Hickman v. Taylor*, that the Americans firmly developed something comparable to this second branch of the legal professional privilege, which they termed the 'work-product' doctrine. Murphy J. explained its basis in the following oft-quoted passage.

<sup>1</sup> *Cross on Evidence* (1990, 7th ed.), at p. 431; *Phipson on Evidence* (1990, 14th ed.), at para. 20-30; Sopinka et al. *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 653.

*Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.). L'avocat des défendeurs affirme de plus que la décision *Vancouver Community College* est, de toute façon, mal fondée.

a Le privilège invoqué dans les affaires *Vancouver Community College*, *Bell Canada* et *Highland Fisheries* était un privilège relatif à un litige: c'est le privilège dont font l'objet les communications entre un avocat et des tiers quand ces communications ont pour but de permettre au conseiller juridique de conseiller son client ou de le représenter en justice à l'égard d'un litige<sup>1</sup>. L'utilisation des communications aux fins d'un litige doit être le but dominant des communications. Le privilège se rattache à la profession d'avocat, il est jugé nécessaire au bon fonctionnement du système de justice contradictoire. Comme le dit le tribunal dans l'affaire *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637 (C. Div.), à la page 643:

[TRADUCTION] L'avocat doit être libre de faire l'enquête et les recherches les plus poussées sans s'exposer à la divulgation de ses opinions, de ses stratégies et de ses conclusions à l'avocat de la partie adverse. L'atteinte au caractère confidentiel de la préparation du procès par l'avocat pourrait bien l'amener à reporter ses recherches et son travail préparatoire à la veille du procès, voire au procès, de façon à éviter la divulgation prématurée de renseignements nuisibles. Pareil résultat serait contraire au présent objectif, c'est-à-dire qu'une enquête menée tôt et de manière approfondie par l'avocat favorisera le règlement du litige dans les meilleurs délais. En effet, si l'avocat sait qu'il doit remettre à l'autre partie le fruit de ses recherches, il pourrait être tenté de s'abstenir de faire une étude consciencieuse de sa propre preuve dans l'espoir d'obtenir la communication des recherches, des enquêtes et des idées qui forment la preuve de l'avocat de la partie opposée.

Cette explication, tirée de l'affaire *Ottawa-Carleton*, est suivie, dans l'ouvrage de Sopinka, Lederman & Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, à la page 654, d'un exposé de l'état du droit aux États-Unis:

[TRADUCTION] Certes, la jurisprudence anglo-canadienne est imprégnée depuis longtemps de ce second volet du secret professionnel de l'avocat, mais ce n'est qu'en 1947, dans l'arrêt *Hickman v. Taylor*, que les Américains ont établi fermement une notion comparable, qu'ils ont désignée la doctrine du «produit du travail». Le juge Murphy en a expliqué le fondement dans le passage qui suit, qui a souvent été cité.

<sup>1</sup> *Cross on Evidence* (1990, 7<sup>e</sup> éd.), à la p. 431; *Phipson on Evidence* (1990, 14<sup>e</sup> éd.), aux par. 20-30; Sopinka et al., *The Law of Evidence in Canada*, (1992), à la p. 653.

The oft-quoted passage from the *Hickman v. Taylor* [329 U.S. 495 (1947)] case which explains the rationale for the privilege reads [at pages 510-511]:

In performing his various duties . . . it is essential that a lawyer work with a certain degree of privacy, free from unnecessary intrusion by opposing parties and their counsel. Proper preparation of a client's case demands that he assemble information, sift what he considers to be the relevant from the irrelevant facts, prepare his legal theories and plan his strategy without undue and needless interference . . . This work is reflected, of course, in interviews, statements, memoranda, correspondence, briefs, mental impressions, personal beliefs, and countless other tangible and intangible ways — aptly though roughly termed by the Circuit Court of Appeals in this case as the “work product of the lawyer.” Were such materials open to opposing counsel on mere demand, much of what is now put down in writing would remain unwritten. An attorney's thoughts, heretofore inviolate, would not be his own. Inefficiency, unfairness and sharp practices would inevitably develop in the giving of legal advice and in the preparation of cases for trial. The effect on the legal profession would be demoralizing. And the interests of the clients and the cause of justice would be poorly served.

The litigation privilege is not the same as solicitor-client privilege. Thus the rationale given in the *Bell Canada* case for not following the *Vancouver Community College* decision does not necessarily follow. Allowing an expert witness to be cross-examined on his working papers and the information he received from counsel, on the ground that by calling him as a witness there is an implied waiver, does not mean that when a client becomes a witness there is thereby an implied waiver of the solicitor-client privilege. The two types of privilege and the purpose of each are different. A useful description of the difference is found in Sharpe, “Claiming Privilege in the Discovery Process” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984* (Don Mills, Ont.: DeBoo, 1984), at pages 164-165.

There are, I suggest, at least three important differences between the two. First, solicitor-client privilege applies only to confidential communications between the client and his solicitor. Litigation privilege, on the other hand, applies to communications of a non-confidential nature between the solicitor and third parties and even includes material of a non-communicative nature. Secondly, solicitor-client privilege exists any time a client seeks legal advice from his solicitor whether or not litigation is involved. Litigation privilege, on the other hand,

Voici le passage souvent cité de l'arrêt *Hickman v. Taylor* [329 U.S. 495 (1947)] qui explique le fondement du privilège [aux pages 510 et 511]:

[TRADUCTION] Il est essentiel que, dans l'accomplissement de ses diverses fonctions, l'avocat soit assuré, dans une certaine mesure, du caractère confidentiel de son travail, qu'il soit protégé contre toute atteinte inutile de la part des parties opposées et de leurs avocats. Pour bien préparer les arguments de son client, il doit rassembler des renseignements, trier les faits qu'il estime pertinents et les autres, préparer ses théories juridiques et planifier sa stratégie sans ingérence indue et inutile. Ce travail s'exprime bien sûr par des entrevues, des déclarations, des notes de service, des lettres, des mémoires, des impressions et des opinions, et d'innombrables autres manières tangibles ou intangibles — que la Circuit Court of Appeals a appelés, avec justesse mais en termes approximatifs, en l'espèce le «produit du travail de l'avocat». Si les avocats de la partie adverse pouvaient consulter ces documents sur demande, une grande partie de ce qui est aujourd'hui consigné ne serait plus couché par écrit. Les pensées d'un avocat, jusqu'alors inviolables, ne lui appartiendraient plus. Les conseils juridiques et la préparation du procès seraient inévitablement marqués au coin de l'inefficacité, de la déloyauté et de la malhonnêteté. Cela serait démoralisant pour les avocats. Et les intérêts des parties et la cause de la justice seraient mal servis.

Le privilège relatif à un litige n'équivaut pas au secret professionnel de l'avocat. C'est pourquoi les raisons énoncées dans l'affaire *Bell Canada* pour ne pas suivre la décision *Vancouver Community College* ne sont pas nécessairement valables. Permettre qu'un expert cité comme témoin soit contre-interrogé au sujet des documents sur lesquels il se fonde et au sujet des renseignements qu'il a reçus de l'avocat, parce qu'en le citant, ce dernier a renoncé tacitement au privilège, ne signifie pas que, lorsqu'un client devient un témoin, il y a alors renonciation tacite au secret professionnel. Les deux types de privilège et le but de chacun sont différents. Dans son article «Claiming Privilege in the Discovery Process», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984*, Don Mills (Ont.), DeBoo, 1984, aux pages 164 et 165, Sharpe met en lumière cette différence d'une manière utile:

[TRADUCTION] Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux. Premièrement, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique qu'aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif à un litige, en revanche, s'applique aux communications de caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l'avocat existe chaque fois qu'un client consulte son avocat, que ce soit

applies only in the context of litigation itself. Thirdly, and most important, the rationale for solicitor-client privilege is very different from that which underlies litigation privilege. This difference merits close attention. The interest which underlies the protection accorded communications between a client and a solicitor from disclosure is the interest of all citizens to have full and ready access to legal advice. If an individual cannot confide in a solicitor knowing that what is said will not be revealed, it will be difficult, if not impossible, for that individual to obtain proper candid legal advice.

Litigation privilege, on the other hand, is geared directly to the process of litigation . . . Its purpose is more particularly related to the needs of the adversarial trial process. Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate. In other words, litigation privilege aims to facilitate a process (namely, the adversary process), while solicitor-client privilege aims to protect a relationship (namely, the confidential relationship between a lawyer and a client).

As I understand the decision in the *Vancouver Community College* case, it is based on the fact that expert witnesses are in a different position from other witnesses. Expert witnesses draw inferences from facts, inferences which their particular expertise enables them to make and which judges or jurors do not have the same expertise to make. If the expert has given a contrary opinion in the past on the same facts, or if there is evidence that his opinion has changed or been gerrymandered in response, for example, to counsel's suggestions, then, the credibility of that opinion is significantly undercut. The witness is being put forward because of his particular expertise, to assist the Court in coming to a conclusion and this imposes obligations of disclosure on him that may not exist for other witnesses. The *Vancouver Community College* case implicitly states that the search for truth with respect to the evidence being given by this category of witness outweighs any interest that might be served in protecting the preliminary drafts or working papers of the witness.

It is trite law that privilege can be claimed for certain communications because the law deems the protection of some interests and relationships to out-

à propos d'un litige ou non. Le privilège relatif à un litige, en revanche, ne s'applique que dans le contexte du litige lui-même. Troisièmement, et c'est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l'avocat est très différent de celui du privilège relatif à un litige. Cette différence mérite qu'on s'y arrête. L'intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l'intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un homme de loi. Si un individu ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu'il lui confie ne sera pas révélé, il sera difficile, voire impossible, à cet individu d'obtenir de bons et francs conseils juridiques.

Le privilège relatif à un litige, en revanche, est adapté directement au processus du litige . . . Son but se rattache plus particulièrement aux besoins du processus du procès contradictoire. Le privilège relatif à un litige est basé sur le besoin d'une zone protégée destinée à faciliter pour l'avocat l'enquête et la préparation de sa preuve en vue de l'instruction contradictoire. Autrement dit, le privilège relatif à un litige vise à faciliter un processus (savoir le processus contradictoire), tandis que le secret professionnel de l'avocat vise à protéger une relation (savoir la relation confidentielle entre un avocat et son client).

Si je comprends bien la décision *Vancouver Community College*, elle repose sur le fait qu'un expert cité comme témoin n'est pas dans la même position qu'un autre témoin. L'expert tire des conclusions de fait, conclusions qu'il est à même de tirer grâce à ses connaissances spécialisées, qui dépassent les compétences des juges ou des jurés. Si l'expert a donné un avis contraire dans le passé sur les mêmes faits ou s'il est établi qu'il a changé d'avis ou que son opinion a été tripatouillée en réponse, par exemple, aux suggestions d'un avocat, alors la crédibilité de cette opinion a été minée sérieusement. Le témoin est cité à cause de ses connaissances spécialisées, pour aider le tribunal à en arriver à une conclusion; c'est pourquoi il se voit imposer des obligations en matière de divulgation auxquelles les autres témoins peuvent échapper. Dans l'affaire *Vancouver Community College*, le tribunal dit implicitement qu'en égard au témoignage de cette catégorie de témoins, la recherche de la vérité l'emporte sur tout intérêt qui pourrait être servi par la protection des documents de travail ou des versions préliminaires des documents du témoin.

Il est bien établi que le privilège peut être invoqué à l'égard de certaines communications parce que la loi présume que la protection de certains intérêts et

weigh the search for truth.<sup>2</sup> My understanding of the *Vancouver Community College* case is that the need for a protected area to facilitate a lawyer's investigation and preparation of a case does not extend to the information provided to an expert if that expert is called to the stand. Another way of saying the same thing is: while the operation of the adversarial trial process requires protection of counsel's work product, it does not require protection of an expert witness work product. I note that the rationale in *Vancouver Community College* applies only to expert witnesses. I cannot disagree with the conclusion reached in that case.

Despite the fact that much argument focused on the *Vancouver Community College* case, counsel did not make a claim of privilege for the reports in this case on the ground of litigation privilege. It is not the preliminary drafts or working papers of the expert which are sought to be produced. There is no evidence that either of the reports was prepared for the dominant purpose of being used in the litigation. Counsel for the defendants asserts privilege for the two reports on the ground that they were communications in furtherance of settlement.

With respect to the Smith (No. 1) report, counsel for the plaintiff argues that whatever may have been the original status of that report its privileged status was waived when it was listed in Part I of the defendant's list of documents and was made available to counsel for the plaintiff. Counsel for the defendants argues that privilege relating to settlement discussions cannot be waived: "once privileged always privileged".

As I read the various authors on the subject of waiver of privilege<sup>3</sup> it is clear that the quotation "once privileged, always privileged" does not mean that the party who has the benefit of the privilege cannot waive it. That quotation refers to a continued

<sup>2</sup> See, for example, *McCormick on Evidence* (3rd ed., West Publishing Co., 1984), at p. 171.

<sup>3</sup> Sopinka et al., *supra* note 1, at p. 658; Phipson, *supra* note 1, at para. 20-35.

de certaines relations a la prééminence par rapport à la recherche de la vérité<sup>2</sup>. Si j'interprète correctement la décision *Vancouver Community College*, le besoin d'une zone protégée, destinée à faciliter pour l'avocat son enquête et la préparation de sa preuve, ne s'étend pas aux renseignements fournis à un expert si celui-ci est appelé à la barre. Cette proposition peut aussi être formulée dans ces termes: quoique l'application du processus du procès contradictoire exige la protection du produit du travail de l'avocat, elle n'exige pas la protection du produit du travail d'un expert cité comme témoin. Je ferai observer que le raisonnement suivi dans l'affaire *Vancouver Community College* ne vise que les experts cités comme témoins. Je ne peux pas désapprouver la conclusion tirée dans cette affaire.

En dépit du fait que son argumentation ait porté en grande partie sur la décision *Vancouver Community College*, l'avocat ne s'est pas appuyé en l'espèce sur le privilège relatif à un litige pour faire valoir un privilège à l'égard des rapports. Ce ne sont pas les documents de travail ou les versions préliminaires des documents de l'expert qu'on cherche à produire. Aucun élément de preuve n'indique que le but dominant dans lequel l'un ou l'autre des rapports a été préparé ait été l'utilisation aux fins d'un litige. L'avocat des défendeurs fait valoir un privilège à l'égard des deux rapports parce qu'il s'agissait de communications favorisant le règlement du litige.

Quant au rapport Smith (n° 1), l'avocat du demandeur soutient que, peu importe le caractère initial de ce rapport, il a cessé d'être privilégié quand il a été inséré dans la partie I de la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition de l'avocat du demandeur. L'avocat des défendeurs soutient qu'il ne saurait y avoir renonciation à un privilège à l'égard des discussions visant à un règlement: c'est le principe de la [TRADUCTION] «pérennité des privilèges».

Il appert de la doctrine relative à la renonciation au privilège<sup>3</sup> que le principe de la pérennité des privilèges ne signifie pas que la partie qui bénéficie du privilège ne peut pas y renoncer. Ce principe s'entend de la permanence du caractère privilégié, par

<sup>2</sup> Voir, par exemple, *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd., West Publishing Co., 1984), à la p. 171.

<sup>3</sup> Sopinka, Lederman et Bryant, *supra*, note 1, à la p. 658; Phipson, *supra*, note 1, aux par. 20-35.

operation of the privileged status, for example, even after the death of the solicitor or when the client has changed solicitors or if it is sought to compel production of the privileged information in other litigation. While it may be that the privilege which attaches to communications in furtherance of settlement are to the benefit of both parties and cannot be waived without the consent of both, this is not a relevant factor in the present case. The plaintiff, by seeking to introduce both reports, signifies his consent and only the presence or absence of waiver on the part of the defendant need be assessed.

In my view, any privileged status which the Smith (No. 1) report might originally have had, was waived when it was listed in Part I of the defendants' list of documents and made available to counsel for the plaintiff. There is no reason to think that this was done through inadvertence. Its inclusion in Part I demonstrated an intention to use the report at trial. The report lost its privileged status before Mr. Smith's second report was filed or he was called to the stand, thus I do not need to decide whether those actions constituted an implied waiver of privilege.

That does not dispose of the issue however. Counsel for the plaintiff did not seek to introduce the Smith (No. 1) report as part of his case in chief although it was marked for identification. He did not seek to formally introduce it when cross-examining Mr. Smith. His failure to do so was a mere slip. He sought to introduce the report at the end of the trial. I am not convinced that it should be admitted in that way. Mr. Smith had no opportunity to comment on it in its entirety. At the same time, the refusal to accept the report as part of the documentary evidence because of this procedural slip is not particularly important. (If it were, I would probably allow the report in and give counsel for the defendants an opportunity to re-examine Mr. Smith with respect to it.) Counsel for the plaintiff cross-examined both Mr. Gorecki and Mr. Smith with respect to the report. That oral evidence is part of the record and it is my understanding that it covers the points which counsel for the plaintiff wishes to make by reference to the report. Thus nothing would be gained by reopening the evidence. The report will not be admitted; the oral

exemple, même en cas de décès de l'avocat ou de constitution de nouvel avocat ou encore de tentative pour forcer la production des renseignements privilégiés dans un autre litige. Certes, il se peut que le privilège rattaché aux communications favorisant le règlement du litige profite aux deux parties et que la renonciation à ce privilège ne soit possible qu'avec le consentement des deux parties, mais ce facteur n'est pas pertinent en l'espèce. En cherchant à produire les deux rapports, le demandeur indique qu'il a donné son consentement et il ne reste qu'à vérifier s'il y a eu renonciation de la part du défendeur.

À mon avis, le rapport Smith (n° 1) a perdu tout caractère privilégié qu'il aurait pu avoir au départ, lorsqu'il a été inclus dans la partie I de la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition de l'avocat du demandeur. Il n'y a aucune raison de croire qu'il l'ait été par inadvertance. Son inclusion dans la partie I montre l'intention d'utiliser le rapport au procès. Le rapport a perdu son caractère privilégié avant que le second rapport de M. Smith eut été déposé ou que ce dernier eut été cité à comparaître comme témoin, de sorte que je n'ai pas à décider si ces actions constituaient une renonciation tacite au privilège.

Cela ne résout cependant pas la question. L'avocat du demandeur n'a pas cherché à produire le rapport Smith (n° 1) en présentant sa preuve principale, encore que le rapport ait été coté. Il n'a pas cherché à le produire en bonne et due forme en contre-interrogeant M. Smith. C'est par simple oubli qu'il ne l'a pas fait. Il a voulu produire le rapport à la fin du procès. Je ne suis pas convaincue qu'il convienne de l'admettre dans ces conditions. M. Smith n'a pas eu la possibilité de faire des observations sur l'ensemble du document. Par ailleurs, le refus d'accepter le rapport à titre de preuve documentaire à cause de cet oubli ne présente pas d'importance particulière. (Si ce refus avait de l'importance, j'admettrais probablement le rapport et je donnerais à l'avocat des défendeurs la possibilité de réinterroger M. Smith à ce sujet.) L'avocat du demandeur a contre-interrogé M. Gorecki et M. Smith au sujet du rapport. Les témoignages oraux ont été versés au dossier et, si je comprends bien, ils englobent les arguments que l'avocat du demandeur veut faire valoir en ce qui a trait au rapport. La réouverture de l'instruction n'ap-



evidence with respect to it is admitted and is properly a part of the record.

To turn then to the Harrison-Smith report. It is argued that this too carries a privileged status because it is a communication in furtherance of settlement. In *Sopinka, Lederman and Bryant*, at pages 719-721, a description of this category of privilege is set out:

### III COMMUNICATIONS IN FURTHERANCE OF SETTLEMENT

#### A. Policy and General Rule

It has long been recognized as a policy interest worth fostering that parties be encouraged to resolve their private disputes without recourse to litigation or if an action has been commenced, encouraged to effect a compromise without a resort to trial. In furthering these objectives, the courts have protected from disclosure communications, whether written or oral, made with a view to reconciliation or settlement. In the absence of such protection, few parties would initiate settlement negotiations for fear that any concession that they would be prepared to offer could be used to their detriment if no settlement agreement was forthcoming. The principle of exclusion was enunciated in two early Ontario cases. In *York (County) v. Toronto Gravel Road & Concrete Co.* Proudfoot J. said:

The rule I understand to be that overtures of pacification, and any other offers or propositions between litigating parties, expressly or impliedly made without prejudice, are excluded on grounds of public policy.

Four years later, in *Pirie v. Wyld*, Cameron C.J. confirmed the rule as follows:

The authorities seem, though not very numerous, to be clear upon the first point, that letters written or communications made without prejudice, or offers made for the sake of buying peace, or to effect a compromise, are inadmissible in evidence. It seemingly being considered against public policy as having a tendency to promote litigation, and to prevent amicable settlements.

Many other authorities have expressed this public policy to be the justification for the recognition of the privilege. However, there are a number of competing theories which are discussed in *Wigmore on Evidence*:

1. That admissions in settlement negotiations are likely to be hypothetical or conditional only, as a supposition on which a settlement might rest, whether that supposition is true or false, and that such an admission has no relevance and is inadmissible on that ground, though if an admission is clearly an unqualified admission of fact, it would be admissible;

porterait donc rien d'autre. Le rapport ne sera pas admis; les témoignages oraux relatifs à celui-ci sont admis et font partie à bon droit du dossier.

a Venons-en au rapport Harrison-Smith. On affirme que celui-ci revêt aussi un caractère privilégié parce qu'il s'agit d'une communication favorisant le règlement du litige. On trouve dans *Sopinka, Lederman et Bryant*, aux pages 719 à 721, un passage traitant de cette catégorie de privilège:

### [TRADUCTION] III COMMUNICATIONS FAVORISANT LE RÈGLEMENT DU LITIGE

#### A. Principe et règle générale

c Il est reconnu depuis longtemps qu'il y va de l'intérêt public que les parties soient encouragées à résoudre leurs différends privés sans recourir au procès ou, si une action a été engagée, qu'elles soient encouragées à régler le litige à l'amiable. Pour favoriser la réalisation de ces objectifs, les tribunaux ont protégé contre la divulgation les communications, écrites ou verbales, faites en vue d'une réconciliation ou d'un arrangement. En l'absence d'une telle protection, peu de personnes entameraient des négociations en vue d'un règlement de peur que toute concession qu'elles seraient disposées à faire puisse être utilisée à leur détriment s'il n'en résultait aucun arrangement. Le principe de l'exclusion a été énoncé dans deux affaires ontariennes anciennes. Dans l'affaire *York (County) v. Toronto Gravel Road & Concrete Co.*, le juge Proudfoot dit ceci:

f Selon moi, la règle veut que les ouvertures de paix et toute autre offre ou proposition de la part des parties en litige, faites expressément ou tacitement sous toutes réserves, soient exclues eu égard à l'intérêt public.

Quatre ans plus tard, dans l'affaire *Pirie v. Wyld*, le juge en chef Cameron confirme cette règle en ces termes:

g Le premier point semble ressortir nettement de la jurisprudence, quoiqu'elle soit peu abondante, c'est-à-dire que les lettres écrites ou les communications faites sous toutes réserves, ou les offres faites en vue d'une réconciliation, ou pour en arriver à un compromis, ne sont pas admissibles en preuve. Leur admission est apparemment tenue pour contraire à l'intérêt public car elle aurait tendance à favoriser les poursuites et à empêcher les règlements amiables.

Bon nombre d'autres précédents ont fondé la reconnaissance du privilège sur l'intérêt public. Toutefois, *Wigmore on Evidence* examine nombre d'autres théories:

i 1. Que l'aveu fait au cours des négociations en vue d'un règlement n'est probablement qu'hypothétique ou conditionnel, ne représentant qu'une supposition sur laquelle un règlement pourrait être basé, que cette supposition soit vraie ou fausse, et qu'un tel aveu n'est pas pertinent et n'est donc pas admissible, encore que, si un aveu sur une question de fait était nettement inconditionnel, il serait admissible;

2. That all admissions in the course of negotiations towards settlement are without prejudice, whether those words are used or not, and are protected by a privilege based on public policy, and are not admissible in evidence;

3. That settlement negotiations are conducted on the normal contractual basis of offer and acceptance and with an express reservation of secrecy, and that, if a contract is reached, the negotiations are superseded by the contract itself, and become irrelevant and inadmissible, and if no contract is reached, then the negotiations are, for that reason, irrelevant;

4. That admissions made in the course of settlement negotiations may not be concessions of wrongs done, but merely an expression of a desire to purchase peace, and as such irrelevant and inadmissible.

The second theory is clearly the one that is accepted in Ontario. It is unclear however whether the law in British Columbia is to the same effect. It was suggested by Spencer J. in *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* that the British Columbia Court of Appeal in *Schetky v. Cochrane* preferred Wigmore's first "conditional admissibility" theory. Lambert J.A. on the appeal of *Derco* left the question of the basis of the "privilege" open, but commented that no *ratio decidendi* could be determined from *Schetky* that was binding on the British Columbia courts. Other courts have applied the express or implied agreement theory. The undesirability of different theories applying in different provinces is patent.

Where the privilege theory applies it is true that the overriding policy interest may justify the exclusion of evidence which may otherwise be relevant and probative. An offer to pay a sum of money to settle a dispute, for example, may be relevant as suggesting a weak case on liability, and, but for the privilege, be tendered as an admission of such by the opposing party should the offer not be accepted. [Underlining added (footnotes omitted).]

As is clear from the above, the privilege in question attaches to communications between the parties or their agents, for the purpose of trying to reach a settlement. In addition, it must be clear, explicitly or implicitly, that the offer of settlement was intended to be kept confidential.

Counsel for the defendants urges me to conclude that in preparing the Harrison-Smith report, Mr. Harrison was representing Mr. Jesionowski and Mr. Smith was representing Mr. Gorecki. It is argued that the report was the preparation of a joint report by representatives of the parties for settlement purposes. I cannot so conclude. In the first place, neither Mr. Jesionowski nor an agent acting on his behalf had

2. Que tous les aveux faits au cours des négociations en vue d'un règlement sont faits sous toutes réserves, que cela soit précisé ou non, et qu'ils sont protégés par un privilège fondé sur l'intérêt public et ne sont pas admissibles en preuve;

3. Que les négociations en vue d'un règlement sont menées selon les règles du droit des contrats qui régissent l'offre et l'acceptation et sous réserve expresse du secret, que, si un contrat est conclu, les négociations sont annulées et remplacées par le contrat lui-même, et deviennent non pertinentes et non admissibles, et que, si aucun contrat n'est conclu, les négociations sont, pour cette raison, non pertinentes;

4. Que l'aveu fait au cours des négociations en vue d'un règlement peut ne pas représenter l'aveu d'un tort, mais simplement l'expression du désir de faire la paix, et donc ne pas être pertinent ni admissible.

La deuxième théorie est nettement celle qui est acceptée en Ontario. Il n'est cependant pas clair si l'état du droit est le même en Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.*, le juge Spencer a dit que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Schetky v. Cochrane*, avait préféré la première théorie de Wigmore relative à «l'aveu conditionnel». En appel de la décision *Derco*, le juge Lambert n'a pas tranché la question du fondement du privilège, mais a fait remarquer qu'aucune *ratio decidendi*, qui lie les tribunaux de la Colombie-Britannique, ne pouvait être discernée dans l'arrêt *Schetky*. D'autres tribunaux ont appliqué la théorie de l'accord exprès ou tacite. Il est manifestement peu souhaitable que des théories distinctes soient appliquées dans différentes provinces.

Si la théorie du privilège s'applique, il est vrai que l'intérêt public prépondérant peut justifier l'exclusion de preuves qui seraient par ailleurs pertinentes et probantes. L'offre de verser une somme pour régler un litige, par exemple, peut être pertinente car elle semble indiquer une preuve faible sur la question de la responsabilité et, sans le privilège, peut être présentée à titre d'aveu de responsabilité par la partie adverse au cas où l'offre aurait été refusée. [Non souligné dans le texte original (renvois omis).]

Il ressort clairement de ce qui précède que le privilège en cause vise les communications entre les parties ou leurs mandataires, qui sont faites dans le but de tenter d'en arriver à un règlement. En outre, il doit être clair, explicitement ou tacitement, que l'offre de règlement a été faite sous le sceau du secret.

L'avocat des défendeurs m'exhorte à conclure qu'en préparant le rapport Harrison-Smith, M. Harrison représentait M. Jesionowski et que M. Smith représentait M. Gorecki. Il soutient que le rapport a été préparé conjointement par des représentants des parties en vue d'un règlement. Je ne peux pas tirer cette conclusion. Premièrement, ni M. Jesionowski ni un mandataire agissant en son nom n'a participé à

any involvement in the survey. In the second place, while a copy of the report was sent to the plaintiff's solicitor this was not sent as an offer of settlement. To fall within the privilege attaching to settlement negotiations, the communication must be part of a genuine attempt to settle the dispute.<sup>4</sup> The document in question does not fall in that category and therefore does not have a privileged status. It is therefore admissible.

*Reed J. concluded that not much turned on the admission of these reports into evidence. They carried little weight and did not stand up to scrutiny.*

#### Amount of *Quantum Meruit* Award

“*Quantum meruit*” literally translates “as much as he deserves”. It is an equitable doctrine based on the principle that one who benefits from the labour and materials supplied by another should not be unjustly enriched thereby. Under circumstances where contracts are not enforceable because of uncertainty or where there has been no contract (e.g., the voluntary provision of goods and services under certain circumstances), the law implies a promise to pay a reasonable amount for the materials and labour which have been furnished.

Counsel for the defendants quotes from the text by G. H. L. Fridman, *Restitution* (Carswell, 1982), at page 478:

As a general rule, the measure of relief in all *quantum meruit* based restitutionary actions should be related to the free market value of the services rendered or the work done. Where relief is assessed on this basis, the plaintiff [*sic*] receives reasonable remuneration for his work or services rendered. As well, the defendant is called upon to account for the market value of the actual benefit received. The benefit is not merely the increase in value to his property from the work or services rendered but rather what it could cost him on the open market to obtain such improvement.

On the other hand, especially in cases concerning mistaken improvements to land, where the plaintiff improves the defendant's lands for his own benefit in reliance upon a contract of sale concerning land which is subsequently held to be void for

<sup>4</sup> See, for example, *Phipson, supra* note 1 at para. 20-61.

l'expertise. Deuxièmement, quoiqu'un exemplaire du rapport ait été envoyé à l'avocat du demandeur, ce n'était pas à titre d'offre de règlement. Pour être visée par le privilège qui protège les négociations menées en vue d'un règlement, la communication doit se rattacher à une tentative véritable pour régler le différend<sup>4</sup>. Le document en question ne rentre pas dans cette catégorie et ne présente donc pas de caractère privilégié. Il est donc admissible.

*Le juge Reed a conclu que l'admission en preuve de ces rapports n'avait pas beaucoup de conséquences. Ils avaient peu de poids et ne résistaient pas à l'analyse.*

#### Montant de l'indemnité selon le principe *quantum meruit*

Le terme «*quantum meruit*» se traduit littéralement par «autant qu'il mérite». Il représente une doctrine d'*equity* fondée sur le principe que la personne qui bénéficie du travail et des matériaux fournis par une autre personne ne doit pas en tirer un enrichissement sans cause. Lorsque des contrats ne peuvent être exécutés parce qu'ils sont incertains ou quand aucun contrat n'a été conclu (par exemple, en cas de fourniture volontaire de biens et de services dans certaines circonstances), une promesse de verser une somme raisonnable pour les matériaux et le travail fournis est implicitement reconnue en droit.

L'avocat des défendeurs cite un passage de l'ouvrage de G. H. L. Fridman, *Restitution*, Carswell, 1982, à page 478:

[TRADUCTION] En règle générale, le *quantum* de la réparation dans toutes les actions en restitution fondées sur le principe *quantum meruit* doit être fonction de la juste valeur marchande des services ou du travail fournis. Quand la réparation est ainsi calculée, le demandeur reçoit une rémunération raisonnable pour son travail ou ses services. De plus, le défendeur doit rendre compte de la valeur marchande de l'avantage qu'il a effectivement reçu. Cet avantage n'est pas représenté simplement par l'augmentation de la valeur de ses biens, mais plutôt par la somme que coûterait pour lui l'obtention de cette amélioration sur le marché libre.

En revanche, surtout dans les cas d'améliorations apportées par erreur à un bien-fonds, si le demandeur améliore le bien-fonds du défendeur à son propre profit en se fiant à un contrat de vente de terrain qui est par la suite déclaré nul pour erreur, il

<sup>4</sup> Voir, par exemple, *Phipson*, ci-dessus, note 1, aux par. 20-61.

mistake, there is no reason why the defendant should be called upon to pay an amount greater than any resulting increase in the value of his land. Finally, it is suggested that the measure of a restitutionary award based not upon the principle of unjust enrichment or prejudicial conduct but on the grounds of public policy alone should be limited to the lesser of the fair market value of the plaintiff's work and any resulting increase in the defendant's total wealth.

Reference was made by counsel for the defendants to *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636 (S.C.T.D.). In that case the parties discussed an amount of approximately \$20,000 for the construction of a shelter to house an aeroplane while repairs were being undertaken. It was found that the parties had not reached an agreement as to the price to be paid for the work and the Court found that the plaintiff was to be compensated on a *quantum meruit* basis. The plaintiff had rendered a bill in the amount of \$107,494.75 for the completed job. Mr. Justice Hallett stated as follows, at page 646, of his decision:

In measuring the extent of the restitution, I see no reason to distinguish between personal services as provided in the *Deghman* case and the services of a contractor as provided in the case before me. In a case such as that before me, where the plaintiff provided the services knowing that he did not have a contract, the criterion to be applied in determining the amount of restitution to be paid to the plaintiff on the doctrine of unjust enrichment is the value of the benefit to the defendant and not the reasonableness of the charges of the plaintiff as it could be that the charges for services as proposed by the plaintiff might be reasonable while, at the same time, the benefit to the defendant not commensurate with the effort put into providing the services by the plaintiff.

On page 652, he stated that the actual hours worked by the plaintiff were of no importance as the award was being made on the basis of the value of the benefit to the defendant.

While it may be that in some cases the increased market value to the defendant of the property on which labour has been expended, or to which material has been provided, will operate as a limit to the amount of the award given, I do not understand this always to be the case. As I understand the law, an award based on *quantum meruit* is assessed by refer-

n'y a pas de raison que le défendeur ait à verser une somme supérieure à l'augmentation de valeur de son terrain qui en a résulté. En dernier lieu, le quantum de l'indemnité accordée à titre de restitution, qui est fondée non pas sur le principe de l'enrichissement sans cause ou de la conduite préjudiciable, mais seulement sur l'intérêt public, doit être limité à la juste valeur marchande du travail du demandeur ou à l'augmentation du patrimoine du défendeur, si elle est moins élevée.

L'avocat des défendeurs s'est référé à l'affaire *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, les parties avaient discuté d'une somme d'environ 20 000 \$ pour la construction d'un abri destiné à un aéroplane durant des travaux de réparation. La Cour a décidé que les parties n'avaient pas conclu d'accord quant au prix à verser pour les travaux et que la demanderesse devait être dédommée selon le principe *quantum meruit*. La demanderesse avait remis une facture de 107 494,75 \$ pour l'ensemble des travaux. Le juge Hallett a dit ce qui suit, à la page 646 de sa décision:

[TRADUCTION] S'agissant de calculer le montant à restituer, je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre les services personnels fournis dans l'affaire *Deghman* et les services d'un entrepreneur fournis en l'espèce. Dans un cas comme celui qui nous occupe, lorsque le demandeur a fourni les services en sachant qu'aucun contrat n'avait été conclu, le critère selon lequel doit être déterminé le montant à restituer au demandeur, suivant la doctrine de l'enrichissement sans cause, est la valeur de l'avantage tiré par le défendeur et non le caractère raisonnable du prix demandé par le demandeur, car il se peut que le prix demandé par le demandeur soit raisonnable, alors que l'avantage tiré par le défendeur ne soit néanmoins pas proportionné à l'effort qu'a fourni le demandeur dans la prestation de services.

À la page 652, il a dit que les heures que la demanderesse avait effectivement travaillées ne présentait aucune importance car l'indemnité accordée était fonction de la valeur de l'avantage reçu par le défendeur.

Certes, il se peut que, dans certains cas, l'augmentation de la valeur des biens du défendeur sur lesquels a porté le travail ou pour lesquels des matériaux ont été fournis constituera la limite du quantum de l'indemnité accordée, mais je n'estime pas que cela sera toujours le cas. Selon mon interprétation du droit, une indemnité basée sur le principe *quantum meruit* doit

ence to all the circumstances surrounding the situation under which the obligation arose.<sup>5</sup>

In the present case, it is abundantly clear that a *quantum meruit* award should not be constrained by the increase to the value of the vessel which occurred as a result of the materials provided and the labour expended by Mr. Jesionowski. In the first place, the vessel was a constructive write-off at the time repairs commenced. Secondly, if there had been no fishing licences attached to the vessel, it is unlikely that either the plaintiff or the defendant would have expended such efforts in repairing it. The vessel alone is not now and was not in 1987 worth very much. The joint project which was undertaken was undertaken with a view to future profit from fishing. Money and time expended was not to be recouped as a result of the increased value of the vessel. It was to be recouped later when the vessel engaged in the fishing industry. In such circumstances the reasonable amount to be awarded under a *quantum meruit* claim to the plaintiff should be based on the assessment of an amount attributable to the materials Mr. Jesionowski supplied and a reasonable market value for the labour he expended or paid others to expend. The burden of proving what is reasonable in this regard rests with the plaintiff.

*The Trial Judge proceeded to review the various amounts claimed by plaintiff for materials, work done by others and his own labour.*

#### Quality of Workmanship

The defendants argue that any award which is made on the basis of *quantum meruit* should be significantly reduced or, alternatively, that the defendant should be awarded damages because the quality of the workmanship is poor. Reference was made to decisions such as those in *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763 (Sask. Q.B.); *Miller v. Advanced Farming*

<sup>5</sup> See, for example, *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed., Carswell, 1988), at p. 4-26.

être fixée en fonction de toutes les circonstances dans lesquelles l'obligation est née<sup>5</sup>.

En l'espèce, il est tout à fait clair que l'indemnité fondée sur le principe *quantum meruit* ne doit pas être circonscrite par l'augmentation de la valeur du bateau qui a résulté de la fourniture de matériaux et du travail fait par M. Jesionowski. Tout d'abord, le bateau a été tenu pour une perte totale implicite au moment où la réparation a commencé. Ensuite, si aucun permis de pêche n'avait été rattaché au bateau, il est peu probable que le demandeur ou le défendeur ait consacré autant d'efforts à la réparation. Le bateau lui-même ne vaut pas grand-chose maintenant, pas plus qu'en 1987. Le projet conjoint qui a été entrepris l'a été en vue d'un profit futur qui serait tiré de la pêche. Les sommes et le temps consacrés ne devaient pas être récupérés grâce à l'augmentation de la valeur du bateau. Ils devaient être récupérés plus tard quand le bateau aurait servi à pratiquer la pêche. En pareil cas, le montant raisonnable de l'indemnité qui doit être accordée au demandeur selon le principe *quantum meruit* doit être basé sur l'évaluation de la somme attribuable aux matériaux que M. Jesionowski a fournis et sur la valeur marchande raisonnable du travail qu'il a fait ou pour lequel il a payé d'autres personnes. C'est au demandeur qu'incombe à cet égard la charge de la preuve.

*Madame le juge Reed a procédé à l'examen des divers montants réclamés par le demandeur pour les matériaux, pour le travail exécuté par des tiers et pour le sien propre.*

#### Qualité du travail

Les défendeurs soutiennent que, si la qualité du travail est pauvre, il y a lieu de réduire de façon considérable toute indemnité accordée selon le principe *quantum meruit* ou, subsidiairement, d'accorder des dommages-intérêts au défendeur. Les décisions qui suivent ont été citées: *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763 (B.R. Sask.); *Miller v. Advanced Farming Sys-*

<sup>5</sup> Voir, par exemple, *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4<sup>e</sup> éd., Carswell, 1988), à la p. 4-26.

*Systems Limited*, [1969] S.C.R. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

*tems Limited*, [1969] R.C.S. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

There is no doubt that the workmanship was not up to top quality professional shipyard standards. Mr. Payment, in talking of the welding which had been done, summed it up by saying "it is not pretty—but it's hellish strong". The Harrison-Smith report says "quality considered good to shipyard standards (journeyman rate)". Mr. Jesionowski admitted that there had been more wastage of materials and time than would have been the case if professionals had been hired. He states that this is to be expected if you are only paying people \$5 to \$10 an hour. The work is incomplete. There are clearly many cosmetic defects.

a Il n'y a pas de doute que l'exécution du travail n'a pas été conforme aux normes de qualité professionnelle des chantiers navals. Au sujet des soudures qui ont été faites, M. Payment a résumé le tout en disant [TRADUCTION] «ce n'est pas de la belle besogne, mais b c'est vachement solide». Dans le rapport Harrison-Smith, on peut lire [TRADUCTION] «qualité jugée bonne selon les normes des chantiers navals (taux d'ouvrier)». M. Jesionowski a admis qu'il y avait eu plus de gaspillage de matériaux et de temps que si c des professionnels avaient été embauchés. Il dit qu'il faut s'y attendre quand on ne paie les gens qu'au taux horaire de 5 \$ à 10 \$. L'ouvrage est inachevé. Esthétiquement, il présente manifestement bien des d défauts.

The jurisprudence which has been cited concerning the quality of workmanship and its effect on the amount a plaintiff recovers is not relevant to the present circumstances. Those cases in general relate to contracts for the supply of goods and services where an implied warranty is involved. In the present case, as has been noted, the refit of the *Wa-Yas* was a joint enterprise. Mr. Gorecki was as responsible for the quality of the workmanship, if not more so, as Mr. Jesionowski. He was involved in the detailed day-to-day decision-making. He gave detailed instructions when he was away. He controlled all of the significant major decisions: whether to drydock the vessel or not; whether to replace the aft as well as the fore deck; whether to fibreglass the hull. He did not demonstrate any significant concern about the quality of the work in the fall of 1987, for example, by attempting to disassociate himself from Mr. Jesionowski at that time because of the quality of the work. He did not at that time move to change the manner in which the refit was progressing. He was present when the rear deck was installed and was around the site when the cleaning, grinding and subsequent recaulking of the hull seams was done. I do not accept his evidence that he relied on Mr. Jesionowski's expertise and thus all the defects and corrections that had to be made were Mr. Jesionowski's responsibility and not his own. Accordingly, I reject

e La jurisprudence qui a été citée à propos de la qualité du travail et de son effet sur le quantum de l'indemnité accordée au demandeur n'est pas pertinente, étant donné les circonstances. Ces décisions concernent en général les contrats de fourniture de produits et de services qui comportent une garantie tacite. En l'espèce, je le répète, le carénage du *Wa-Yas* était une f entreprise conjointe. M. Gorecki était aussi responsable de la qualité du travail, sinon plus, que M. Jesionowski. Il a participé au jour le jour et dans tous les détails à la prise de décision. Il a donné des instructions détaillées quand il s'est absenté. Il a g exercé un droit de regard sur toutes les décisions importantes: mise en cale sèche, remplacement des ponts avant et arrière; revêtement de la coque en fibre de verre. Il n'a pas manifesté d'inquiétude particulière au sujet de la qualité du travail à l'automne h 1987, par exemple, en tentant de rompre son association avec M. Jesionowski à ce moment-là à cause de la mauvaise qualité du travail. Il n'a rien fait à ce moment-là pour changer la façon dont le carénage i était effectué. Il était présent quand le pont arrière a été installé et se trouvait près du chantier quand la coque a été nettoyée, meulée et recallatée. Je n'accepte pas son témoignage qu'il s'est fié à la compétence de M. Jesionowski et que c'est à ce dernier et j non à lui qu'incombait la responsabilité à l'égard de tous les défauts et de toutes les corrections. Par con-

Mr. Gorecki's counterclaim for an award of damages based on the poor quality of the workmanship.

In so far as the Coast Guard's inspection (Mr. Hansen) is concerned, I accept the evidence of Mr. Lund and Mr. Payment: the defects reported are, in the context of the whole, minor; their correction will not be costly; it is not unusual for a certain number of such defects to be identified in these inspections. I must note that the defendant's conduct, in having this inspection done just a few days before the beginning of trial and then putting the report in evidence at the last minute, does not leave a good impression. It carries with it the suggestion that an attempt is being made to surprise the plaintiff, to stampede considered decision-making and to take the opposite party by surprise. It would have been a preferable course of action for Mr. Gorecki to have had the vessel inspected at some considerably earlier time, when the nature of the alleged defects could be properly addressed in a considered fashion by both parties.

Interest on Award—Declaration of Constructive Trust—Damages for Interference with Licences

1. Award of Interest

It is clear that an award of interest is an integral part of a damage claim in admiralty cases. In *Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirreno*, [1974] 1 F.C. 294 (T.D.), Mr. Justice Addy, with whose judgment the Federal Court of Appeal agreed [[1976] 1 F.C. 539], said at page 311:

It is clear that this Court, under its admiralty jurisdiction, has the right to award interest as an integral part of the damages suffered by the plaintiff regardless of whether the damages arose *ex contractu* or *ex delicto*.

The Admiralty Courts, in the exercise of their jurisdiction, proceeded upon different principles from that on which the common law authorities were founded; the principle in this instance being a civil law one, to the effect that, when payment is not made, interest is due to the obligee *ex mora* of the obligor.

Mr. Justice Addy went on to explain that the awarding of interest is an application of the principle of *restitutio in integrum*. That is, the award to a success-

séquent, je rejette la demande reconventionnelle de M. Gorecki visant l'obtention de dommages-intérêts à cause de la malfaçon.

En ce qui concerne l'inspection par la Garde côtière (M. Hansen), j'accepte le témoignage de M. Lund et de M. Payment: les défauts relevés sont, vu l'ensemble du contexte, mineurs; leur correction ne coûtera pas cher; il n'est pas inhabituel qu'une telle inspection révèle un certain nombre de défauts de cet ordre. Je dois faire remarquer que la conduite du défendeur, qui a fait faire cette inspection juste quelques jours avant le début de l'instruction et qui a ensuite versé le rapport en preuve à la dernière minute, ne m'a pas fait une bonne impression. Pareille conduite laisse supposer qu'on cherche à surprendre le demandeur, à ne pas laisser au tribunal le temps de bien peser la décision et à prendre la partie adverse au dépourvu. Il aurait été préférable que M. Gorecki fît inspecter le bateau beaucoup plus tôt, au moment où les deux parties étaient en mesure de faire un examen réfléchi de la nature des défauts allégués.

Intérêt sur l'indemnité—Jugement déclaratoire portant fiducie par interprétation—Dommages-intérêts pour immixtion dans l'usage des permis

1. Intérêts

Il est clair que, dans l'exercice de sa compétence maritime, la Cour peut accorder des intérêts à titre de partie intégrante des dommages-intérêts. Dans l'affaire *La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirreno*, [1974] 1 C.F. 294 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Addy, au jugement duquel la Cour d'appel fédérale a souscrit, [[1976] 1 C.F. 539] a dit ce qui suit, à la page 311:

Il est certain que cette Cour, en sa juridiction d'amirauté, a compétence pour allouer des intérêts à titre de partie intégrante des dommages-intérêts auxquels la demanderesse peut par ailleurs avoir droit, que ce soit *ex contractu* ou *ex delicto*.

Les Cours d'amirauté, dans l'exercice de leur compétence, appliquaient des principes différents de ceux sur lesquels se fonde la jurisprudence de *common law*; il s'agit en l'espèce d'un principe de droit civil selon lequel, lorsque le paiement n'est pas effectué, l'intérêt est dû au créancier *ex mora* du débiteur.

Le juge Addy a expliqué ensuite que les intérêts sont accordés suivant le principe *restitutio in integrum*. C'est-à-dire que l'indemnité accordée au demandeur

ful plaintiff should attempt to restore him to the position he would have been in if the events which gave rise to his claim had not occurred.

In *Burlington Northern Railroad v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, order dated April 27, 1990, F.C.T.D., not yet reported, Mr. Justice Addy said, at pages 14-15:

Regarding the reference for damages and the rates of interest applicable thereto, it is well settled law that, in admiralty cases, where damages *ex delicto* are awarded, the principle of *restitutio in integrum* requires that, where claimed, interest is to be awarded from the date the loss occurred, without the necessity of there being any enabling legislation such as is required in ordinary common law claims.

Since the rate of interest to be applied can depend on the circumstances of the case, it is proper for me to at least fix the means by which the rate can be ultimately proven and determined upon the reference.

For interest on the economic loss damages caused the railways, since they are business organizations, the fairest way of ensuring the application of the principle of *restitutio in integrum* would be to use the prime bank lending rate as it existed from time to time between the date when the damage occurred until the date of judgment on the reference. Since the damage would necessarily be continuously increasing from the time of the collision until the bridge was put back in use, the amount of damage will have to be estimated as it occurred throughout the period and the prevailing rates applied to the amount of damage as it accumulated during that time.

These principles were recently applied by Mr. Justice Trainor in *Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (B.C.S.C.).

Counsel for the defendants argues that interest should not be awarded because the plaintiff's claim arises in contract not in tort and because the plaintiff did not claim interest in his statement of claim. The first objection is answered by reference to the *Bell Telephone* decision of Mr. Justice Addy, *supra*, where he indicates that the principle is equally applicable in both circumstances under maritime law. With respect to the second point, in the *Bell Telephone* case Mr. Justice Addy declined to give interest based on the bank prime lending rate because the issue "was never claimed or raised in the pleadings, or in the evidence or argued at trial". In the present case counsel for the defendants was made aware that the plaintiff was claiming interest, at least, as of April

doit tendre à le remettre dans l'état où il aurait été si les faits qui ont donné lieu à sa demande n'étaient pas arrivés.

Dans l'affaire *Burlington Northern Railroad c. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, ordonnance en date du 27 avril 1990, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite, le juge Addy a dit ceci, aux pages 14 et 15:

Quant à la référence relative aux dommages-intérêts et aux taux d'intérêt applicables, il est bien établi que, s'agissant de la compétence maritime, si des dommages-intérêts *ex delicto* sont accordés, le principe *restitutio in integrum* exige que, si un intérêt est demandé, il soit accordé à compter de la date de la perte, sans qu'il existe nécessairement de loi habilitante comme c'est le cas lorsque la demande est fondée sur les règles ordinaires de common law.

Puisque le taux d'intérêt qui doit être appliqué peut dépendre des circonstances de l'espèce, il convient que je détermine au moins de quelle manière le taux peut être prouvé et fixé par la suite dans le cadre de la référence.

Quant à l'intérêt sur le dommage résultant de la perte financière qu'ont subie les compagnies ferroviaires, la façon la plus juste d'appliquer le principe *restitutio in integrum*, comme il s'agit d'entreprises, consisterait à utiliser le taux préférentiel fixé par les banques à charte en vigueur pendant la période entre la date du dommage et la date du jugement sur la référence. Puisque le dommage s'est nécessairement accru continuellement à compter de la collision jusqu'au jour où le pont a été rouvert, le montant du dommage devra être estimé suivant sa progression durant toute la période et les taux en vigueur devront être appliqués sur le montant du dommage tel qu'il s'est accru durant ce laps de temps.

Récemment, le juge Trainor a appliqué ces principes dans l'affaire *Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (C.S.C.-B.).

L'avocat des défendeurs soutient qu'il ne convient pas d'accorder des intérêts au demandeur parce que sa demande découle d'un contrat et non d'un délit et parce qu'il n'a pas réclamé d'intérêts dans sa déclaration. On peut répondre à la première objection en se reportant à la décision du juge Addy dans l'affaire *La cie de téléphone Bell*, précitée, dans laquelle il indique que le principe s'applique aussi dans les deux cas en droit maritime. Quant au second point, le juge Addy, dans l'affaire *La cie de téléphone Bell*, s'est abstenu d'accorder des intérêts au taux préférentiel parce que le point «n'a jamais été invoqué ni soulevé dans les plaidoiries ou dans la preuve ni débattu à l'audience». En l'espèce, l'avocat des défendeurs a été informé que le demandeur demandait des intérêts



13, 1992, because the notice to admit documents sent to him as of that date included a schedule of the applicable bank prime rates. The issue was raised at trial and has been argued. The plaintiff's statement of claim contains a claim for "such further and other relief as to the Court seems meet". See also *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441, at page 452.

It is clear from the evidence, as well as being a matter of common sense, that if Mr. Jesionowski had had the use of his money rather than having it tied up in the *Wa-Yas*, he would have been able to employ it elsewhere. He could, for example, have put it to use in his business M.E. Marine Consultants. In order to put him into a position close to that which he would have enjoyed had the events underlying his claim not occurred, it is reasonable to allow for an amount on account of interest for the money and labour he spent on the *Wa-Yas*.

Counsel argues that interest should be awarded from November 11, 1990, the date as of which the two men decided to sever their joint relationship with respect to the *Wa-Yas*. In this case, while one can say that as of November 11, 1990, the two men decided to go their separate ways, and by analogy Mr. Jesionowski could be said to have presented his bill to Mr. Gorecki for payment on that date, I do not think Mr. Jesionowski expected to be paid as of that date. It was anticipated that a reasonable time thereafter would be taken to allow for an evaluation of the amount to be paid. In my view, the interest should be paid from February 8, 1989. The interest rate will be at the prime bank lending rate as it varied thereafter until the amount awarded by this judgment is paid.

## 2. Declaration of Constructive Trust

The plaintiff asks for a declaration that the defendant holds an interest in the *Wa-Yas* and the licences presently attached thereto in constructive trust based on *quantum meruit* for the labour supplied, and on *quantum valebant* for the materials supplied.

au moins dès le 13 avril 1992, parce que l'avis demandant l'admission de documents qui lui a été envoyé et qui portait cette date contenait une liste des taux préférentiels applicables. La question a été soulevée à l'instruction et a été débattue. La déclaration du demandeur comprend une demande visant à obtenir [TRADUCTION] «toute autre réparation que la Cour estime convenable». Voir aussi l'affaire *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441, à la page 452.

Il ressort nettement de la preuve, et le bon sens indique, que si M. Jesionowski avait pu disposer de ses fonds et que ceux-ci n'avaient pas été immobilisés dans le *Wa-Yas*, il aurait été à même d'en faire un autre usage. Il aurait pu, par exemple, les investir dans son entreprise M.E. Marine Consultants. Pour le remettre le plus possible dans l'état où il aurait été si les faits qui fondent sa demande n'étaient pas arrivés, il est raisonnable de lui accorder une indemnité sous forme d'intérêts pour les sommes et le travail qu'il a investis dans le *Wa-Yas*.

L'avocat soutient qu'il y a lieu d'accorder des intérêts à compter du 11 novembre 1990, date à partir de laquelle les deux hommes ont décidé de mettre fin à leur entreprise en participation relativement au *Wa-Yas*. Dans le cas présent, on peut certes affirmer qu'à compter du 11 novembre 1990, les deux hommes ont décidé de se séparer et, par analogie, on peut dire que M. Jesionowski a présenté sa facture à M. Gorecki ce jour-là, mais je ne pense pas que M. Jesionowski s'attendait à être payé ce jour-là. Il était à prévoir que l'évaluation de la somme à verser prendrait un certain temps. À mon avis, l'intérêt doit être payé à compter du 8 février 1989. Le taux sera le taux préférentiel fixé par les banques à charte, à divers moments dans l'intervalle, jusqu'à ce que l'indemnité accordée dans le présent jugement ait été payée.

## 2. Jugement déclaratoire portant fiducie par interprétation

Le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que le défendeur détient, sur le *Wa-Yas* et sur les permis rattachés actuellement à celui-ci, un droit consacré par une fiducie par interprétation, fondée sur le principe *quantum meruit* à l'égard du travail effectué et sur le principe *quantum valebant* à l'égard des matériaux fournis.

A constructive trust comes into existence “regardless of any party’s intent, when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another”: see Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed., 1984), at page 377. A constructive trust is a remedial, equitable instrument, the purpose of which is to prevent unjust enrichment: *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at page 455; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

In determining whether or not to impose a constructive trust (i.e. to grant a proprietary, as opposed to personal, remedy), the Court must determine, first, whether a claim for unjust enrichment has been established, second, whether there has been a corresponding deprivation to the plaintiff, third, whether there is any juristic reason for the enrichment and, fourth, whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at page 678, Mr. Justice La Forest wrote: “[i]n the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy” (underlining added). This is because in most cases a plaintiff’s claim can be satisfied simply by a personal monetary judgment. Also, before a constructive trust is awarded, there must be a special reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from the recognition of a right of property (eg. reasons such as the specific and unique nature of the property in question, changes in value of the asset, or a need to give priority to the plaintiff in a bankruptcy situation). See *Lac Minerals*, *supra*, at page 678.

Counsel for the plaintiff argues and I agree that in this case all the requirements to impose a constructive trust are present: it is clear that there has been an enrichment to the defendant and a corresponding deprivation to the plaintiff. In addition, there is no juristic reason why the defendant should be enriched at the expense of the plaintiff. The question remains then whether the imposition of a constructive trust is appropriate in the circumstances.

Une fiducie par interprétation existe [TRADUCTION] «peu importe l’intention de quelque partie que ce soit, quand la loi impose à une partie l’obligation de détenir un bien précis au bénéfice d’une autre personne»: voir Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, à la page 377. La fiducie par interprétation est une forme de réparation fondée sur l’*equity* qui vise à prévenir l’enrichissement sans cause: *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, à la page 455; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

Pour décider s’il y a lieu d’imposer une fiducie par interprétation (c’est-à-dire d’accorder une réparation fondée sur un droit de propriété plutôt qu’une indemnité), la Cour doit déterminer, premièrement, si un enrichissement sans cause a été établi, deuxièmement, si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, troisièmement, s’il y a un motif juridique à l’enrichissement, et quatrièmement, si, vu les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée au regard de cet appauvrissement. Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, à la page 678, le juge La Forest écrit: «Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée» (non souligné dans le texte original). Il en est ainsi parce que, dans la plupart des cas, il aurait pu être satisfait aux prétentions du demandeur par une simple indemnité. En outre, il n’y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété (par exemple, ce motif peut être l’obtention d’un bien unique et précis, les changements de valeur du bien ou la nécessité pour le propriétaire de jouir du rang prioritaire en cas de faillite). Voir l’arrêt *Lac Minerals*, précité, à la page 678.

L’avocat du demandeur soutient—ce à quoi je souscris—qu’en l’espèce, les conditions voulues pour établir une fiducie par interprétation sont présentes: de toute évidence, il y a eu enrichissement du défendeur et appauvrissement correspondant du demandeur. De plus, il n’y a aucun motif juridique à l’enrichissement du défendeur au détriment du demandeur. Il reste à décider si l’imposition d’une fiducie par interprétation est la réparation appropriée.

I have concluded that it is. It is clear that the value of the *Wa-Yas* without the fishing licences is not high. Also, from the evidence, it is clear that there is reason to be concerned that the defendant, in the absence of some restraint, might sell the licences or transfer the licences from the vessel prior to any supervised or judicial sale of the vessel. It is also clear that there is reason to think that, in the absence of a trust attaching to the licences, Mr. Gorecki might be in, or place himself in a position where he is unable to satisfy any judgment which Mr. Jesionowski obtains against him. In the circumstances, it is clear that all the requirements for the declaration of a constructive trust exist and I am persuaded that a declaration of a constructive trust is an appropriate remedy in the circumstances of this case.

Finally, *Reed J.* held that defendant's counter-claim for damages for interference with his use of the fishing licences had become a non-issue in view of the disposition of the other aspects of this litigation. Given that a partnership interest in the vessel was alleged, it was not unreasonable for plaintiff's counsel to have written to the Department of Fisheries and Oceans requesting that the licences not be transferred without his client's consent. Furthermore, plaintiff had demonstrated a willingness to have the vessel used or sold so long as the proceeds remained available to satisfy any judgment he might obtain.

J'ai conclu que oui. Il est clair que le *Wa-Yas* a peu de valeur sans les permis de pêche. En outre, vu la preuve, il est clair qu'il y a lieu de s'inquiéter que le défendeur, en l'absence de restriction, ne vende les permis ou ne transfère les permis du bateau, avant la vente sous surveillance ou la vente judiciaire. Il est également clair qu'il y a lieu de penser qu'en l'absence d'une fiducie afférente aux permis, M. Gorecki pourrait être, ou pourrait se mettre, dans une situation où il serait incapable de s'acquitter de toute obligation qu'il aurait envers M. Jesionowski par suite d'un jugement. Étant donné les circonstances, il est clair que toutes les conditions voulues pour établir une fiducie par interprétation sont remplies et je suis persuadée qu'un jugement déclaratoire portant fiducie par interprétation est une réparation appropriée vu les circonstances de l'espèce.

Finalement, le juge *Reed* a statué que la demande reconventionnelle du défendeur visant l'obtention de dommages-intérêts pour immixtion dans l'usage des permis était devenue sans objet en raison des décisions rendues à l'égard des autres aspects du litige. Comme le défendeur soutenait qu'il avait des droits sur le bateau en qualité d'associé, il n'était pas déraisonnable qu'il écrive au ministère des Pêches et Océans pour demander que les permis ne soient pas transférés sans son consentement. De plus, le demandeur s'est montré disposé à ce que le bateau soit utilisé ou vendu, dans la mesure où le produit en provenant puisse être employé pour satisfaire aux obligations de tout jugement qu'il pourrait obtenir.

A-1111-91	A-1111-91
<p><b>Laurentian Pilotage Authority</b> (<i>Defendant</i>) (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>Sam Vézina Inc.</b> (<i>Plaintiff</i>) (<i>Respondent</i>)</p> <p>and</p> <p><b>Croisières Navimar Inc.</b> (<i>Defendant</i>) (<i>Respondent</i>)</p> <p>and</p> <p><b>Attorney General of Canada and Attorney General of Quebec</b> (<i>Mis en cause</i>)</p> <p><i>INDEXED AS: SAM VÉZINA INC. v. LAURENTIAN PILOTAGE AUTHORITY (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Desjardins, J.J.A.—Montréal, September 16 and 18, 1992.</p> <p><i>Maritime law — Pilotage — Pilot boat service at Port of Québec — Laurentian Pilotage Authority authorized by statute to award contract for service — Pilot boat service “closely linked” to operation of pilotage service, essential to its maintenance — Meaning of words “for its use”.</i></p> <p>For several years, respondent Sam Vézina Inc. had a contract with the Laurentian Pilotage Authority (LPA) for the pilot boat service at the Port of Québec. But in 1988, pursuant to a call for tenders, the contract was awarded to another.</p> <p>The Trial Division set the contract aside on the ground that the <i>Pilotage Act</i> did not give LPA the capacity to provide this service to pilots and apprentice pilots who were not employees of LPA. An appeal was brought from this decision.</p> <p><i>Held</i>, the appeal should be allowed with costs.</p> <p>The arguments of Sam Vézina Inc. that there was a disguised expropriation and that the <i>Pilotage Act</i> was unconstitutional were without foundation.</p> <p>The LPA was authorized by the Act to award a contract for the pilot boat service at the Port of Québec. Such service was both “closely linked” to the operation of a pilotage service and essential to its maintenance. The authority responsible for establishing and operating the service had a duty to ensure that a pilot boat service was in place and available to pilots. The words “for its use” in section 19 of the Act did not prevent the LPA from purchasing or leasing boats intended for transporting pilots who were not its own employees. A contrary inter-</p>	<p><b>Administration de pilotage des Laurentides</b> (<i>défenderesse</i>) (<i>appelante</i>)</p> <p>a c.</p> <p><b>Sam Vézina Inc.</b> (<i>demanderesse</i>) (<i>intimée</i>)</p> <p>et</p> <p>b</p> <p><b>Croisières Navimar Inc.</b> (<i>défenderesse</i>) (<i>intimée</i>)</p> <p>et</p> <p>c</p> <p><b>Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec</b> (<i>mis en cause</i>)</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: SAM VÉZINA INC. c. ADMINISTRATION DE PILOTAGE DES LAURENTIDES (C.A.)</i></p> <p>d</p> <p>Cour d’appel, juges Hugessen, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 16 et 18 septembre 1992.</p> <p>e</p> <p><i>Droit maritime — Pilotage — Service de bateaux-pilotes dans le port de Québec — L’Administration de pilotage des Laurentides est autorisée par la Loi à octroyer un contrat pour ce service — Le service de bateaux-pilotes est «intimement relié» au fonctionnement d’un service de pilotage et essentiel au maintien de ce service — Sens des mots «pour en faire usage».</i></p> <p>f</p> <p>L’intimée Sam Vézina Inc. avait, depuis plusieurs années, avec l’Administration de pilotage des Laurentides (APL) un contrat pour le service de bateaux-pilotes dans le port de Québec. Mais en 1988, à la suite d’un appel d’offres, ce contrat a été accordé à un autre soumissionnaire.</p> <p>g</p> <p>La Section de première instance a annulé ce contrat au motif que la <i>Loi sur le pilotage</i> ne conférait pas à l’APL la capacité requise pour assurer ce service à des pilotes et apprentis-pilotes qui ne sont pas des employés de l’APL. Appel a été interjeté contre cette décision.</p> <p>h</p> <p><i>Arrêt</i>: l’appel doit être accueilli avec dépens.</p> <p>Les prétentions de Sam Vézina Inc. selon lesquelles il y aurait eu expropriation déguisée et que la <i>Loi sur le pilotage</i> serait inconstitutionnelle sont sans fondement.</p> <p>i</p> <p>Pour ce qui concerne la seule véritable question, la réponse est que l’APL est autorisée par la Loi à octroyer un contrat pour le service de bateaux-pilotes dans le port de Québec. Ce service est à la fois «intimement relié» au fonctionnement d’un service de pilotage et essentiel au maintien de ce service. L’autorité chargée de la mise sur pied et du fonctionnement de celui-ci a l’obligation de voir à ce que celui-là soit en place et à la disposition des pilotes. Les mots «pour en faire usage» à l’article 19 de la Loi n’empêchent pas l’APL d’acheter ou de</p>

pretation might make Parliament's objectives impossible to carry out. The words "for its use" taken in isolation do not necessarily imply a direct physical connection between the thing and the person who uses it. A service which allows the Pilotage Authority to carry out its objects, and which it arranges by means of a contract, is a service "for its use".

prendre à bail des bateaux destinés au transport des pilotes qui n'étaient pas ses propres employés. Une interprétation contraire serait susceptible de frustrer la réalisation des objectifs du législateur. En outre les mots «pour en faire usage» pris isolément n'impliquent pas nécessairement un lien physique direct entre la chose et celui qui en fait usage. Un service qui permet à l'Administration de pilotage d'accomplir sa mission, et qu'elle assure au moyen d'un contrat, est un service dont elle fait usage.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Pilotage Act*, R.S.C., 1985, c. P-14, ss. 15(2), 18, 19.

#### b LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur le pilotage*, L.R.C. (1985), ch. P-14, art. 15(2), 18, 19.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Abbott Laboratories v Portland Retail Druggists Asso.* (1976), 47 L Ed 2d 537 (U.S.S.C.); *Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters*, [1990] 3 F.C. 500; (1990), 49 B.L.R. 225; 33 C.P.R. (3d) 293; 112 N.R. 34 (C.A.).

#### c JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Abbott Laboratories v Portland Retail Druggists Asso.* (1976), 47 L Ed 2d 537 (U.S.S.C.); *L'Assoc. des Assureurs-Vie du Canada c. L'Assoc. Provinciale des Assureurs-Vie du Québec*, [1990] 3 C.F. 500; (1990), 49 B.L.R. 225; 33 C.P.R. (3d) 293; 112 N.R. 34 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; (1978), 88 D.L.R. (3d) 462; [1978] 6 W.W.R. 496; 23 N.R. 159.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; (1978), 88 D.L.R. (3d) 462; [1978] 6 W.W.R. 496; 23 N.R. 159.

#### AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

#### DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPEAL from Trial Division judgment (T-663-88, Pinard J., judgment dated 1/11/91, not yet reported) allowing in part action by respondent Sam Vézina Inc. and invalidating contract relating to pilot boat service at the Port of Québec. Appeal allowed.

g APPEL d'une décision de la Section de première instance (T-663-88, juge Pinard, jugement en date du 1-11-91, encore inédit) qui maintenait en partie l'action de l'intimée Sam Vézina Inc. et déclarait nul un contrat ayant pour objet le service de bateaux-pilotes dans le port de Québec. Appel accueilli.

#### COUNSEL:

*Guy P. Major* for appellant (Laurentian Pilotage Authority).

*Gérald P. Barry* for respondent (Croisières Navimar Inc.).

*Guy Vaillancourt* for respondent (Sam Vézina Inc.).

*Ben Bierbrier* for intervener (Attorney General of Canada).

*Alain Gingras* for intervener (Attorney General of Quebec).

#### h AVOCATS:

*Guy P. Major* pour l'appelante (Administration de Pilotage des Laurentides).

*Gérald P. Barry* pour l'intimée (Croisières Navimar Inc.).

*Guy Vaillancourt* pour l'intimée (Sam Vézina Inc.).

*Ben Bierbrier* pour la partie intervenante (le procureur général du Canada).

*Alain Gingras* pour la partie intervenante (le procureur général du Québec).

## SOLICITORS:

*Guy P. Major*, Montréal, for appellant (Laurentian Pilotage Authority).

*Barry & Associés*, Montréal, for respondent (Croisières Navimar Inc.).

*Vaillancourt, St-Pierre*, Sainte-Foy, Québec, for respondent (Sam Vézina Inc.).

*Deputy Attorney General of Canada* for intervenor (Attorney General of Canada).

*Rochette, Boucher & Gagnon*, Québec City, for intervenor (Attorney General of Quebec).

*The following is the English version of the reasons for judgment of the Court delivered orally by*

HUGESSEN J.A.: This is an appeal by the defendant Laurentian Pilotage Authority (hereinafter referred to as "LPA") from a judgment of the Trial Division [T-663-88, Pinard J., judgment dated 1/11/91, not yet reported] allowing the action of the defendant Sam Vézina Inc. in part, and declaring a contract between LPA and the defendant Croisières Navimar Inc. (hereinafter referred to as "Navimar") for pilot boat service in the Port of Québec to be void.

The Trial Division judgment was based on the Trial Judge's interpretation of the sections of the *Pilotage Act*<sup>1</sup> dealing with the objects and powers of the LPA, a Crown corporation which is not an agent of Her Majesty. According to the Judge, the Act does not give LPA the power it would need to operate a transport service by boat for pilots who are not employed by LPA.

Before examining the legal basis of the Trial Judge's decision, we should briefly dispose of two questions of an entirely secondary nature.

First, the plaintiff contended at trial that even if LPA had the power to award a contract for the pilot boat service, its primary argument being that LPA did not have such power, the contract awarded to Navimar was a sort of disguised expropriation of the plaintiff's property, with the result that there should be compensation in accordance with the principles

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-14.

## PROCUREURS:

*Guy P. Major*, Montréal, pour l'appelante (Administration de Pilotage des Laurentides).

*Barry & Associés*, Montréal, pour l'intimée (Croisières Navimar Inc.).

*Vaillancourt, St-Pierre*, Sainte-Foy (Québec) pour l'intimée (Sam Vézina Inc.).

*Le sous-procureur général du Canada* pour la partie intervenante (le procureur général du Canada).

*Rochette, Boucher & Gagnon*, Québec, pour la partie intervenante (le procureur général du Québec).

*Voici les motifs du jugement de la Cour prononcés en français à l'audience par*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel par la défenderesse Administration de Pilotage des Laurentides (ci-après l'«APL») à l'encontre d'un jugement de la Section de première instance [T-663-88, juge Pinard, jugement en date du 1-11-91, encore inédit] qui avait maintenu en partie l'action de la demanderesse Sam Vézina Inc. et avait déclaré nul un contrat intervenu entre l'APL et la défenderesse Croisières Navimar Inc. (ci-après «Navimar») et ayant pour objet le service de bateaux-pilotes dans le port de Québec.

Le jugement de la Section de première instance est basé sur l'interprétation donnée par le premier juge aux articles de la *Loi sur le pilotage*<sup>1</sup> touchant la mission et les pouvoirs de l'APL, une société d'État qui n'est pas mandataire de Sa Majesté. Selon le juge, la Loi ne conférait pas à l'APL la capacité requise pour assurer un service de transport par bateau des pilotes qui ne sont pas des employés de l'APL.

Avant d'étudier le fondement juridique de la décision du premier juge, il y a lieu de disposer brièvement de deux questions d'ordre tout à fait secondaire.

Dans un premier temps, la demanderesse a prétendu en première instance que même si l'APL, contrairement à sa prétention principale, possédait la capacité d'octroyer un contrat pour le service de bateaux-pilotes, l'octroi du contrat à Navimar constituait en quelque sorte une expropriation déguisée de la propriété de la demanderesse donnant lieu à une

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. P-14.

set out in *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*.<sup>2</sup> The Trial Judge did not accept this argument and it is clearly unfounded. For several years before 1988 the plaintiff had itself provided a pilot boat service to LPA on a contractual basis. However, in December 1987, LPA decided to call for bids for that service, and the result of that process was that the contract was awarded to Navimar, the lowest bidder. In our view, there is absolutely no analogy between this situation and the situation in *Manitoba Fisheries* and the plaintiff was not the victim of a disguised expropriation.

Second, the plaintiff contended that if the *Pilotage Act* gave LPA the power to contract with Navimar, as LPA did, the Act would itself be unconstitutional in that respect. According to the plaintiff, transporting pilots in the Port of Québec constitutes intra-provincial transport, which the province has exclusive jurisdiction to regulate; an agency under federal jurisdiction cannot be empowered to enter into contracts in this sphere. In our view, this proposition is untenable. A clear distinction must be drawn between the power to create a corporation and endow it with the capacity to engage in an activity and the power to regulate that activity. The right of the federal Parliament to give LPA the capacity to enter into a contract cannot be challenged solely on the ground that the contract relates to a sphere which could be subject to regulation by the provincial government.<sup>3</sup>

That brings us to the only real question raised in this appeal: is LPA authorized by the *Pilotage Act* to award a contract for pilot boat service in the Port of Québec?

The objects and powers of a Pilotage Authority such as LPA are set out in sections 18 and 19, which read as follows:

<sup>2</sup> [1979] 1 S.C.R. 101.

<sup>3</sup> See Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed.), at pp. 517-518; *Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters*, [1990] 3 F.C. 500 (C.A.).

compensation selon les principes établis dans l'affaire *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*<sup>2</sup>. Cette prétention n'a pas été retenue par le premier juge et elle est manifestement mal fondée. Pendant plusieurs années avant 1988, la demanderesse avait elle-même fourni à l'APL un service de bateaux-pilotes sur une base contractuelle. En décembre 1987, toutefois, l'APL a décidé de lancer un appel d'offres pour ce même service et la conséquence de ce geste a été l'octroi du contrat à Navimar, le plus bas soumissionnaire. À notre avis, il n'y a absolument aucune analogie entre ces circonstances et celles de l'affaire *Manitoba Fisheries* et la demanderesse n'a pas été victime d'une expropriation déguisée.

Dans un deuxième temps, la demanderesse a prétendu que si la *Loi sur le pilotage* donnait à l'APL la capacité de contracter avec Navimar comme elle l'a fait, la *Loi* serait elle-même, à cet égard, anticonstitutionnelle. Selon la demanderesse le transport des pilotes dans le port de Québec constitue un transport intra-provincial qui relève de la compétence réglementaire exclusive de la province; un organisme d'obédience fédérale ne peut pas être habilité à passer des contrats dans ce domaine. À notre avis, cette proposition est insoutenable. Il y a une nette distinction à faire entre le pouvoir de créer une société et de la doter de la capacité d'exercer une activité, d'une part, et le pouvoir de réglementer cette activité, d'autre part. On ne peut pas contester le droit du Parlement fédéral de donner à l'APL la capacité de conclure un contrat au seul motif que ce contrat relève d'un domaine qui pourrait être susceptible d'être réglementé par l'autorité provinciale<sup>3</sup>.

Cela nous amène à la seule véritable question posée par le présent appel, à savoir est-ce que l'APL est autorisée par la *Loi sur le pilotage* à octroyer un contrat pour le service de bateaux-pilotes dans le port de Québec?

La mission et les pouvoirs d'une Administration de pilotage comme l'APL sont énoncés aux articles 18 et 19 dont voici le libellé:

<sup>2</sup> [1979] 1 R.C.S. 101.

<sup>3</sup> Voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> éd.), aux p. 517 et 518; *L'Assoc. des Assureurs-Vie du Canada c. L'Assoc. Provinciale des Assureurs-Vie du Québec*, [1990] 3 C.F. 500 (C.A.).

## OBJECTS AND POWERS

18. The objects of an Authority are to establish, operate, maintain and administer in the interests of safety an efficient pilotage service within the region set out in respect of the Authority in the schedule.

19. (1) An Authority may, for its use, purchase, lease or otherwise acquire

- (a) land, buildings, wharves or other structures;
- (b) pilot boats;
- (c) radio and other communication equipment; and

(d) such other equipment, supplies and services as may be necessary for the operation of an efficient and economical pilotage service.

(2) An Authority may sell or lease any land, buildings, wharves, structures, pilot boats or equipment and supplies acquired pursuant to subsection (1).

With respect to the objects of LPA, the Trial Judge agreed that awarding a contract for a pilot boat service was “closely linked” to the operation of an “efficient pilotage service”. In our view, he was certainly correct on that point, but he could have gone further. From the practical point of view, it is difficult to imagine how an efficient pilotage service could operate in the Port of Québec unless there were a service to transport pilots by boat between dry land and the ships. This being the case, we would be disposed to say that the pilot boat service is essential to the maintenance of the pilotage service and that the Authority which is responsible for establishing and operating the pilotage service has a duty to ensure that a pilot boat service be in place and available to pilots.

However, the Trial Judge found that the words used in section 19 limited the powers conferred on LPA. *Inter alia*, he interpreted the words “for its use” (“*pour en faire usage*”) as imposing a restriction on LPA the effect of which was to prevent it from purchasing or leasing boats intended for transporting pilots other than its own employees. Because the status of pilots in the Port of Québec is that they are independent contractors, LPA could not enter into a contract with Navimar to transport them between dry land and the ships.

With due regard for the contrary opinion, we are all of the view that this approach is much too restrictive. First, it appears obvious to us that the powers set

## MISSION ET POUVOIRS

18. Une Administration a pour mission de mettre sur pied, de faire fonctionner, d'entretenir et de gérer, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans la région décrite à l'annexe au regard de cette Administration.

19. (1) Une Administration peut, pour en faire usage, acheter, prendre à bail ou acquérir par tout autre mode:

- a) des biens-fonds, bâtiments, quais ou autres ouvrages;
- b) des bateaux-pilotes;
- c) du matériel radio et autre matériel de transmission ou de réception;
- d) les autres matériels, fournitures et services nécessaires au fonctionnement d'un service de pilotage efficace et économique.

(2) Une Administration peut vendre ou donner à bail des biens-fonds, bâtiments, quais, ouvrages, bateaux-pilotes ou du matériel et des fournitures acquis au titre du paragraphe (1).

En ce qui concerne la mission de l'APL, le premier juge a accepté que l'octroi d'un contrat pour un service de bateaux-pilotes était «intimement relié» au fonctionnement d'un «service de pilotage efficace». À notre avis, il avait certainement raison à cet égard, mais il aurait pu aller plus loin. Du point de vue pratique, il est difficile de concevoir comment un service de pilotage efficace pourrait fonctionner dans le port de Québec en l'absence d'un service pour le transport par bateau des pilotes entre la terre ferme et les navires. Cela étant, nous sommes disposés à dire que le service de bateaux-pilotes est essentiel au maintien du service de pilotage et que l'autorité qui est chargée de la mise sur pied et du fonctionnement de celui-ci a l'obligation de voir à ce que celui-là soit en place et à la disposition des pilotes.

Le premier juge, toutefois, a vu dans le libellé de l'article 19 une limitation sur les pouvoirs accordés à l'APL. Notamment, il a interprété les mots «pour en faire usage» («*for its use*») comme s'ils imposaient à l'APL une restriction ayant pour effet de l'empêcher d'acheter ou de prendre à bail des bateaux destinés au transport des pilotes autres que ses propres employés. Comme les pilotes dans le port de Québec ont le statut de libres entrepreneurs, l'APL ne pouvait pas conclure un contrat avec Navimar pour assurer leur transport entre la terre ferme et les navires.

Avec égards pour l'opinion contraire, nous sommes tous d'avis que cette façon de voir est beaucoup trop restrictive. Premièrement il nous paraît évi-



out in section 19 must be interpreted in the light of the objects stated in section 18 and in such a way as to permit them to be carried out. If a pilot boat service is necessary and essential to the operation of a pilotage service, and if the pilots themselves are entitled to choose “not to become employees of the Authority”,<sup>4</sup> the Trial Judge’s interpretation may make it impossible to carry out Parliament’s objectives.

Moreover, we are also of the view that even if we were to read section 19 in isolation, which would of course be contrary to the rules of interpretation, the words “for its use” do not have the effect given to them by the Trial Judge. It could be said that someone uses something if, at the request of and in accordance with the intention of that person, the thing is used to attain that person’s objectives. It is not necessary for there to be a physical or direct connection between the thing and the person who uses it. For example, it could be said of a business person who charters a bus to transport his or her customers, or of a hospital which does the same thing for transporting its patients or their doctors (who are, it might be noted in passing, independent contractors), that they use the bus. On this point, we find support in the decision of the Supreme Court of the United States in *Abbott Laboratories v. Portland Retail Druggists Asso.*<sup>5</sup> The Court held that the expression “for their own use” in reference to a hospital included any use that “is a part of and promotes the hospital’s intended institutional operation in the care of persons who are its patients”.<sup>6</sup> In that case, it was held that a hospital which purchased medications for the benefit of a

<sup>4</sup> See subsection 15(2) of the Act:

15. . . .

(2) Where a majority of licensed pilots within the region, or any part thereof, set out in respect of an Authority in the schedule who form or are members or shareholders of a body corporate elect not to become employees of the Authority, the Authority may contract with that body corporate for the services of licensed pilots and the training of apprentice pilots in the region or part thereof where the contract is to be effective, and the Authority shall not employ pilots or apprentice pilots in the region or that part thereof where such a contract is in effect.

<sup>5</sup> (1976), 47 L Ed 2d 537.

<sup>6</sup> At p. 549.

dent que les pouvoirs à l’article 19 devront être interprétés à la lumière de la mission énoncée à l’article 18 et de manière à rendre possible son exécution. Si un service de bateaux-pilotes est nécessaire et essentiel au fonctionnement d’un service de pilotage, et si les pilotes eux-mêmes ont le droit de choisir «de ne pas devenir membres du personnel de l’Administration»<sup>4</sup>, l’interprétation donnée par le premier juge est susceptible de frustrer la réalisation des objectifs du législateur.

Qui plus est, nous sommes également d’avis que même si on lisait l’article 19 isolément, ce qui serait évidemment contraire aux règles d’interprétation, les mots «pour en faire usage» («for its use») n’ont pas la portée que leur a donnée le premier juge. L’on peut dire de quelqu’un qu’il fait usage d’une chose si, à sa demande et conformément à sa volonté, elle sert à la réalisation de ses objectifs. Il n’est pas nécessaire qu’il y ait un lien physique ou direct entre la chose et celui qui en fait usage. On peut par exemple dire d’un commerçant qui engage les services d’un autobus nolisé pour le transport de ses clients, ou d’un hôpital qui fait de même pour le transport de ses patients et leurs médecins (soit dit en passant des entrepreneurs indépendants), qu’ils en font usage. À cet égard, nous trouvons appui dans la décision de la Cour Suprême des États-Unis dans l’affaire *Abbott Laboratories v. Portland Retail Druggists Asso.*<sup>5</sup> La Cour a jugé que l’expression [TRADUCTION] «pour leur propre usage» (*for their own use*) à l’égard d’un hôpital comprenait tout usage qui [TRADUCTION] «fait partie de l’exploitation de l’hôpital pour ce qui concerne les soins de ses patients et y contribue»<sup>6</sup>. En l’espèce il fut décidé que l’hôpital qui achetait des médicaments pour le béné-

<sup>4</sup> Voir le paragraphe 15(2) de la Loi:

15. . . .

(2) Lorsque la majorité des pilotes brevetés de la région—ou d’une partie de la région—décrite à l’annexe au regard d’une Administration donnée forment une personne morale ou en sont membres ou actionnaires et choisissent de ne pas devenir membres du personnel de l’Administration, celle-ci peut conclure avec la personne morale un contrat de louage de services pour les services de pilotes brevetés et la formation d’apprentis-pilotes dans la région—ou partie de région—visée par le contrat; l’Administration ne peut alors engager de pilotes ou d’apprentis-pilotes dans la région—ou partie de région—en cause.

<sup>5</sup> (1976), 47 L Ed 2d 537.

<sup>6</sup> À la p. 549.

whole range of people who were not its employees, including doctors, students and chaplains, did so for its own use.

Finally, as we noted above, it seems to us that the wording of section 18 imposes a duty on LPA to arrange transportation for pilots between dry land and the ships. In the circumstances that exist in the Port of Québec, that necessarily involves a prompt and available pilot boat service. A service which allows LPA to carry out its objects, and which it arranges by means of a contract, is a service "for its use".

To summarize, transporting pilots between dry land and the ships is essential to the operation of the pilotage service which is at the very heart of the objects of LPA. A contract, the purpose of which is to provide such transportation by means of/through a pilot boat service, is a contract for the acquisition of either pilot boats or other services, which are all necessary to the operation of the pilotage service. These pilot boats and services are made available to pilots, whether they are LPA employees or not, for the use of LPA.

The appeal will be allowed with costs, the judgment *a quo* will be quashed and the plaintiff's action will be dismissed with costs. The cross-appeal by Navimar will be allowed with costs but with counsel fees for one half-day of hearing only. No costs will be awarded with respect to the mis en cause Attorney General of Canada and Attorney General of Quebec.

ficé de toute une gamme de personnes, qui n'étaient pas ses employés, incluant des médecins, des étudiants et des aumôniers, le faisait pour son propre usage.

<sup>a</sup> Finalement, comme nous l'avons déjà indiqué, il nous paraît que le libellé de l'article 18 impose à l'APL l'obligation de pourvoir au transport des pilotes entre la terre ferme et les navires. Dans les circonstances qui prévalent dans le port de Québec, cela implique nécessairement un service prompt et disponible de bateaux-pilotes. Un service qui permet à l'APL d'accomplir sa mission, et qu'elle s'assure au moyen d'un contrat, est un service dont elle fait usage.

<sup>b</sup> En résumé, le transport des pilotes entre la terre ferme et les navires est essentiel au fonctionnement du service de pilotage qui est au cœur même de la mission de l'APL. Un contrat ayant pour objet d'assurer ce transport au moyen d'un service de bateaux-pilotes est un contrat pour l'acquisition soit des bateaux-pilotes, soit d'autres services, qui sont tous nécessaires au fonctionnement du service de pilotage. En mettant ces bateaux-pilotes et ces services à la disposition des pilotes, que ceux-ci soient ses employés ou non, l'APL en fait usage.

<sup>c</sup> L'appel sera accueilli avec dépens, le jugement entrepris sera cassé et l'action de la demanderesse sera rejetée avec dépens. L'appel incident de Navimar sera accueilli avec dépens mais avec des honoraires pour une demi-journée d'audience seulement. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'égard des mis en cause, le procureur général du Canada et le procureur général du Québec.

T-552-88

**Canadian National Railway Company (Applicant-Plaintiff)**

v.

**Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd., Crown Forest Industries Ltd., Fletcher Challenge Ltd., the Tug *Jervis Crown*, the Barge *Crown Forest No. 4*, Francis MacDonnel, Rivtow Straits Ltd. and R.V.C. Holdings Ltd. operating under the firm name and style of Westminster Tug Boats and the said Westminster Tug Boats, the Tug *Westminster Chinook* and Barry Smith (Respondents-Defendants)**

and

**Her Majesty the Queen, Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd., the Tug *Jervis Crown*, Rivtow Straits Ltd. and R.V.C. Holdings Ltd. operating under the firm name and style of Westminster Tugboats and the said Westminster Tugboats and The Tug *Westminster Chinook* (Third Parties)**

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO. (T.D.)**

**Trial Division, Rouleau J.—Vancouver, August 20; Ottawa, September 11, 1992.**

*Practice — Judgments and orders — Reconsideration — Application to convert bail bonds into cash and pay into Court — After trial as to liability for damages resulting from a ship colliding with railway bridge, assessment of damages ordered — Although statement of claim seeking condemnation of defendant ships and their bail, Trial Judge through inadvertence, mistake or omission not dealing with matter — Not brought to his attention within time prescribed under R. 337 — Trial Judge now retired — Application dismissed — Reference to cases supporting strict interpretation of R. 337 — Court unable to reconsider terms of judgment under R. 337(5) as not “Court as initially constituted” — R. 337(6) referring to clerical mistakes resulting in “accidental slip or omission” — Trial Judge not making slip or omission — Order sought not contrary to R. 1900 since would not be ordering levy or execution, but only requiring monies due under bonds be paid into Court — No evidence respondents unable to pay amount to be assessed.*

T-552-88

**La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (requérante-demanderesse)**

a c.

**Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd., Crown Forest Industries Ltd., Fletcher Challenge Ltd., le remorqueur *Jervis Crown*, le chalands *Crown Forest No. 4*, Francis MacDonnel, Rivtow Straits Ltd. et R.V.C. Holdings Ltd., faisant affaires sous la raison sociale de Westminster Tug Boats et ladite Westminster Tug Boats, le remorqueur *Westminster Chinook* et Barry Smith (intimés-défendeurs)**

et

**Sa Majesté la Reine, Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd., le remorqueur *Jervis Crown*, Rivtow Straits Ltd. et R.V.C. Holdings Ltd., faisant affaires sous la raison sociale de Westminster Tugboats et lesdits Westminster Tugboats et le Remorqueur *Westminster Chinook* (tiers mis en cause)**

**RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO. (1<sup>re</sup> INST.)**

**Section de première instance, juge Rouleau—Vancouver, 20 août; Ottawa, 11 septembre 1992.**

*Pratique — Jugements et ordonnances — Nouvel examen — Demande visant la conversion des cautionnements en espèces et leur consignation à la Cour — À la suite d'un procès portant sur la responsabilité à l'égard des dommages résultant de la collision d'un navire avec un pont de chemin de fer, l'évaluation des dommages a été ordonnée — Bien que la déclaration ait demandé la saisie des navires défendeurs et de leur cautionnement, le juge du procès, à la suite d'une inattention, erreur ou omission, a négligé de traiter de la question — On ne lui en a pas fait part dans le délai prescrit en vertu de la Règle 337 — Le juge du procès est aujourd'hui à la retraite — La demande est rejetée — Examen de décisions justifiant une interprétation stricte de la Règle 337 — La Cour ne peut se pencher de nouveau sur les termes du prononcé en vertu de la Règle 337(5) puisqu'il ne s'agit pas de la «Cour telle qu'elle était constituée au moment du prononcé» — La Règle 337(6) fait mention des «erreurs d'écriture ou omissions accidentelles» — Le juge du procès n'a pas commis une erreur ou omission — L'ordonnance recherchée n'est pas contraire à la*

*Règle 1900 puisqu'elle n'ordonnerait pas une saisie ou saisie-exécution, mais exigerait seulement que des sommes dues en vertu des cautionnements soient consignées à la Cour — Rien ne prouve que les intimés ne peuvent rembourser la somme qui sera plus tard fixée.*

**STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED**

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337, 1733, 1900.*

**CASES JUDICIALLY CONSIDERED**

**DISTINGUISHED:**

*Maligne Building Ltd. v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 301 (T.D.); *Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 452; (1988), 84 N.R. 240 (C.A.).

**CONSIDERED:**

*Crabbe v. Minister of Transport*, [1973] F.C. 1091 (C.A.); *Polylok Corporation v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713; (1983), 1 C.I.P.R. 113; 76 C.P.R. (2d) 151; 41 C.P.C. 294; 52 N.R. 218 (C.A.); *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1987), 14 C.I.P.R. 17; 16 C.P.R. (3d) 112 (F.C.A.); *Cdn National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.* (1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); affd [1990] 3 F.C. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. (2d) 229; 104 N.R. 321 (C.A.); affd (1992), 137 N.R. 241 (S.C.C.).

APPLICATION to convert bail bonds into cash and pay into Court. Application dismissed.

**COUNSEL:**

*David F. McEwen* for applicant-plaintiff.

*Murray Clemens* for respondent-defendant Norsk Pacific Steamship Company Limited.

**SOLICITORS:**

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for applicant-plaintiff.

*Campney & Murphy*, Vancouver, for respondent-defendant Norsk Pacific Steamship Company Limited.

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

ROULEAU J.: In this matter the applicant-plaintiff sought an order of condemnation of the tug *Jervis*

**LOIS ET RÈGLEMENTS**

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 337, 1733, 1900.*

**JURISPRUDENCE**

**DISTINCTION FAITE AVEC:**

*Maligne Building Ltd. c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 301 (1<sup>re</sup> inst.); *Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 452; (1988), 84 N.R. 240 (C.A.).

**DÉCISIONS EXAMINÉES:**

*Crabbe c. Le ministre des Transports*, [1973] C.F. 1091 (C.A.); *Polylok Corporation c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713; (1983), 1 C.I.P.R. 113; 76 C.P.R. (2d) 151; 41 C.P.C. 294; 52 N.R. 218 (C.A.); *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1987), 14 C.I.P.R. 17; 16 C.P.R. (3d) 112 (C.A.F.); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.* (1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 3 C.F. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. (2d) 229; 104 N.R. 321 (C.A.); conf. par (1992), 137 N.R. 241 (C.S.C.).

DEMANDE visant la conversion de cautionnements en espèces et leur consignation à la Cour. Demande rejetée.

**AVOCATS:**

*David F. McEwen* pour la requérante-demanderesse.

*Murray Clemens* pour l'intimée-défenderesse Norsk Pacific Steamship Company Limited.

**PROCUREURS:**

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour la requérante-demanderesse.

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour l'intimée-défenderesse Norsk Pacific Steamship Company Limited.

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

LE JUGE ROULEAU: Dans cette affaire la requérante-demanderesse a sollicité le prononcé d'une ordon-

*Crown* and its bail; more particularly, it wanted the bail bonds that were posted as security to be converted into cash and the monies paid into Court forthwith.

The applicant-plaintiff's claim for damages arose out of a collision with a railway bridge over the Fraser River in New Westminster, British Columbia, in November of 1987. Following a very lengthy trial which proceeded on the issue of liability alone before the Honourable Mr. Justice Addy of this Court, judgment was pronounced on April 27, 1990:

The Plaintiff recover its damages to be assessed resulting from the collision with the Westminster Railway Bridge, against the following Defendants namely, The Ship "Jervis Crown", Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd. and Captain MacDonnel.

The matter was appealed to the Federal Court of Appeal and was dismissed [[1990] 3 F.C. 114]; a further appeal was taken to the Supreme Court of Canada [[1992] 1 S.C.R. 1021]; it rendered its decision on the 30th day of April, 1992. The respondents-defendants sought a further review by the Supreme Court of Canada which was denied.

In the applicant-plaintiff's statement of claim initially filed in this matter on March 25, 1988, the following was included in the prayer for relief:

c) the condemnation of the Defendant ships and their bail;

Through inadvertence, mistake or omission, the Trial Judge in his judgment as well as in his reasons for judgment failed to condemn the respondent-defendant ship and the posted bail. No one brought it to his attention within the time prescribed under Rule 337 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] nor was the matter raised until it came before me at Vancouver on August 20, 1992.

The applicant-plaintiff submitted to the Court that damages together with accrued interest on the outstanding claims now exceed by more than half a million dollars the amount of posted security. This asser-

nance de saisie du remorqueur *Jervis Crown* et de fixation de son cautionnement; elle voulait surtout que les cautionnements déposés à titre de garantie soient convertis en espèces et que celles-ci soient immédiatement consignées à la Cour.

L'action en dommages-intérêts de la requérante-demanderesse découle d'une collision survenue en novembre 1987 avec un pont de chemin de fer à New Westminster (Colombie-Britannique). À la suite d'un procès instruit devant Monsieur le juge Addy de la présente Cour, procès qui a duré fort longtemps et porté sur la seule question de la responsabilité, le jugement suivant a été prononcé le 27 avril 1990:

La demanderesse a droit de toucher des dommages-intérêts qui seront évalués et qui sont la conséquence de la collision survenue avec le Westminster Railway Bridge, exigibles des défenderesses suivantes, à savoir, le Navire «Jervis Crown», North Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Maritime Services Ltd., et le capitaine MacDonnel.

L'affaire a été interjetée auprès de la Cour d'appel fédérale et a fait l'objet d'un rejet [[1990] 3 C.F. 114]; un autre appel a été formé devant la Cour suprême du Canada qui a rendu sa décision le 30 avril 1992 [[1992] 1 R.C.S. 1021]. Les intimés-défendeurs ont demandé à la Cour suprême du Canada de procéder à une nouvelle révision mais celle-ci a rejeté la demande.

La déclaration de la requérante-demanderesse, initialement déposée dans cette affaire le 25 mars 1988, contenait une demande de réparation sollicitant notamment:

c) la saisie des navires du défendeur et de leur cautionnement;

À la suite d'une inattention, erreur ou omission, le juge du procès a négligé, dans son jugement ainsi que dans ses motifs de jugement, de saisir le navire intimé-défendeur ainsi que le cautionnement déposé. Personne ne lui en a fait part dans le délai prescrit en vertu de la Règle 337 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] ni n'a soulevé la question avant qu'elle m'ait été soumise à Vancouver le 20 août 1992.

La requérante-demanderesse a fait valoir à la Cour que les dommages-intérêts ajoutés aux intérêts accumulés sur les réclamations en instance dépassaient présentement le montant du cautionnement déposé de

tion was not denied by the respondents-defendants but there was no evidence before me substantiating the full value of the claims outstanding nor the accrued interest. The assessment of damages may only be concluded within the next 8 to 10 months and interest continues to accrue.

It is submitted by the applicant-plaintiff that the bail bonds not having been condemned was an oversight in the judgment of Addy J.; that the oversight has been extremely costly to the applicant-plaintiff since it will be entitled to both pre- and post-judgment interest. Had the bail bonds been condemned and the monies paid into Court there would have been an accrual of interest in order to help offset the amount to which the plaintiff and others will be entitled. He argues therefore that pursuant to Rule 337 of the *Federal Court Rules*, this Court has the authority to reconsider the terms of the pronouncement or correct any errors arising from any accidental slip or omission.

The respondents-defendants submit firstly that the Court is without jurisdiction to make an order pursuant to Rule 337(5) because it requires that such an application be brought within 10 days of the pronouncement of the judgment; and, secondly, that it may be reconsidered only before the Court "as constituted at the time of the pronouncement". In support of this argument counsel for the respondents-defendants referred me to the following jurisprudence: *Maligne Building Ltd. v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 301 (T.D.); *Crabbe v. Minister of Transport*, [1973] F.C. 1091 (C.A.); and *Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 452 (C.A.).

I have reviewed these decisions and I am satisfied that they are not completely analogous to the situation with which I am presently faced but nevertheless support a strict interpretation of Rule 337.

In the *Maligne Building Ltd.* case the request had been that the Trial Judge reconsider the matter of costs on an increased scale and it was suggested that

plus d'un demi-million de dollars. Cette affirmation n'a pas été contestée par les intimés-défendeurs, mais aucun élément de preuve porté à ma connaissance ne confirmait le plein montant des réclamations en instance ni les intérêts accumulés. L'évaluation des dommages-intérêts ne peut être terminée que dans les prochains huit à dix mois et les intérêts continuent de s'accumuler.

La requérante-demanderesse prétend que l'omission de la saisie des cautionnements constitue un oubli de la part du juge Addy; que l'oubli a coûté très cher à la requérante-demanderesse puisqu'elle aura droit, à la fois, à l'intérêt avant et après jugement. Si les cautionnements avaient été confisqués et les sommes d'argent consignées auprès du tribunal, il y aurait eu une accumulation des intérêts qui aurait permis d'aider à compenser le montant auquel la demanderesse et les autres intéressés auront droit. Elle fait donc valoir qu'en vertu de la Règle 337 des *Règles de la Cour fédérale*, la présente Cour peut procéder à un nouvel examen des termes du prononcé du jugement ou à la correction de toutes les erreurs d'écriture ou omissions accidentelles.

Les intimés-défendeurs font valoir en premier lieu que la Cour n'a pas compétence pour rendre une ordonnance conformément à la Règle 337(5), parce que celle-ci exige qu'une demande de ce genre soit introduite dans les dix jours du prononcé du jugement; ils font valoir ensuite que l'ordonnance ne peut être examinée de nouveau que par la Cour «telle qu'elle est constituée au moment du prononcé». À l'appui de cet argument, l'avocat des intimés-défendeurs m'a cité la jurisprudence suivante: *Maligne Building Ltd c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 301 (1<sup>re</sup> inst.); *Crabbe c. Le ministre des Transports*, [1973] C.F. 1091 (C.A.); et *Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 452 (C.A.).

J'ai analysé les décisions susmentionnées et je suis convaincu qu'elles ne correspondent pas tout à fait à la situation à laquelle je fais face présentement, mais qu'elles justifient néanmoins une interprétation stricte de la Règle 337.

Dans l'affaire *Maligne Building Ltd.*, la demande visait le réexamen, par le juge du procès, de la question de la hausse des dépens et on a laissé entendre

they had been overlooked. The Trial Judge, having dismissed the action with costs, ruled that he had not overlooked or omitted this aspect and rejected the application.

In the *Steward* case, the Court of Appeal refused to deal with an issue of contempt of court since the panel hearing the application was one which was differently constituted than that which had initially entertained the contempt application; the panel that heard the initial application was available to be reconvened if required. In the present case, Mr. Justice Addy is no longer available since he has retired from office.

In the *Crabbe* case there was also a question of costs and it was determined that in order to vary the pronouncement, the issue should have been raised within the 10-day requirement.

It is further submitted by counsel for the respondents-defendants that the reasons for judgment of Mr. Justice Addy are not inconsistent with the order; accordingly the rule has no application and the order is "comprehensive on its face". In support of this submission, counsel referred me to the case *Polylok Corporation v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713 (C.A.). The facts in *Polylok* reveal that a Trial Judge granted an application to examine for discovery the president of the respondent company. It was subsequently determined that this individual was not available and the Motions Judge was asked to reconsider. He issued a new order naming another party to be examined and reasoned that it was by inadvertence and that he was empowered to amend his first order by substituting the name of another officer. The Court of Appeal reversed the Motions Judge and held [at page 720] that:

... Rule [337(6)] should be given a scope which is broad enough to enable the Court to amend so as to make a judgment conform to what was intended when it was pronounced, but that it cannot and should not be used to authorize a judge to renew or rescind his judgment or to alter it so as to reflect a change of mind as to what the judgment should have been.

Counsel for the respondents-defendants also refers me to the case of *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1987), 14 C.I.P.R. 17

qu'ils avaient été omis. Le juge du procès, qui avait rejeté l'action avec dépens, a décidé qu'il n'avait pas négligé ou oublié cet aspect et il a rejeté la demande.

<sup>a</sup> Dans l'affaire *Steward*, la Cour d'appel a refusé de se pencher sur une question d'outrage au tribunal puisque la formation qui entendait la demande était différente de celle qui avait entendu initialement la demande d'outrage au tribunal; la formation qui avait entendu la demande initiale pouvait être convoquée de nouveau si on en faisait la demande. Le juge Addy n'est plus disponible en l'espèce, puisqu'il a pris sa retraite.

<sup>c</sup> L'affaire *Crabbe* soulevait également une question de dépens, et il a été décidé que pour modifier le prononcé, il aurait fallu soulever la question litigieuse dans le délai imparti de dix jours.

<sup>d</sup> L'avocat des intimés-défendeurs a fait valoir aussi que les motifs du jugement du juge Addy ne sont pas incompatibles avec l'ordonnance; il s'ensuit que la règle ne s'applique pas et que l'ordonnance «paraît complète et détaillée». À l'appui de cet argument, l'avocat m'a cité l'affaire *Polylok Corporation c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713 (C.A.). Les faits dans l'affaire *Polylok* révèlent que le juge du procès a accueilli une demande visant l'interrogatoire préalable du président de la compagnie intimée. Il a été par la suite établi que la personne en question n'était pas disponible et on a demandé au juge des requêtes de réexaminer la question. Il a rendu une nouvelle ordonnance dans laquelle il désignait une autre personne à être interrogée, expliquant que la première personne avait été désignée par inadvertance et qu'il pouvait modifier sa première ordonnance en substituant le nom d'un autre dirigeant. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge des requêtes et statué [à la page 720] que:

<sup>e</sup> ... [Il] faudrait accorder à ... la Règle [337(6)] une portée assez large pour habiliter la Cour à modifier un jugement de façon à le rendre conforme à ce qu'elle voulait dire lorsqu'elle l'a prononcé; toutefois, elle ne doit pas être utilisée pour permettre à un juge de reviser ou d'annuler son jugement ou encore de le modifier pour traduire son changement d'opinion sur ce que le jugement aurait dû être.

<sup>f</sup> L'avocat des intimés-défendeurs me cite également l'affaire *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1987), 14 C.I.P.R. 17 (C.A.F.). Dans cette

(F.C.A.). This was a situation in which the applicant sought to vary a pronouncement. It was dismissed since the Court concluded that nothing had been "overlooked or accidentally omitted". The Court went on to say that there was "no discrepancy between [the] reasons for judgment and [the] pronouncement".

Counsel for the respondents-defendants suggests that Rule 1733 is not applicable since I have not to deal with a matter arising subsequent to a judgment; with this I agree. In conclusion, he argued that if I render such an order it would be premature since the assessment of damages has not yet been concluded and, any attempt to rely on Rule 1900 by condemning the bail bond, would in fact be levying execution. I disagree. The order sought will not be contrary to Rule 1900 since I would not be ordering levy or execution but only require that monies due under the bonds be paid into Court.

It was submitted that in the present application, I am not requested to amend the judgment, but rather to consider whether or not there was an omission or a slip. The applicant-plaintiff suggests that it is not requesting that I vary Mr. Justice Addy's pronouncement to make it conform to what was intended but to rule on an aspect that was pleaded and on which there has been no pronouncement.

Needless to say that I have found no jurisprudence on the exact point. I have analyzed Rule 337 and more particularly paragraphs 337(5) and 337(6) which read as follows:

*Rule 337. ...*

(5) Within 10 days of the pronouncement of judgment under paragraph (2)(a), or such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of that time, either party may move the Court, as constituted at the time of the pronouncement, to reconsider the terms of the pronouncement, on one or both of the following grounds, and no others:

- (a) that the pronouncement does not accord with the reasons, if any, that may have been given therefor;
- (b) that some matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted.

affaire, la requérante demandait la modification d'un prononcé. La demande a été rejetée puisque la Cour a conclu que rien n'a été «négligé ou omis accidentellement». La Cour a ajouté qu'il n'y avait «pas de divergence entre les motifs et le prononcé».

L'avocat des intimés-défendeurs fait valoir que la Règle 1733 ne s'applique pas puisque je n'ai pas à traiter d'un fait survenant après le prononcé d'un jugement; j'accepte cet argument. Pour conclure, il prétend qu'une ordonnance de ce genre serait prématurée puisque le montant des dommages-intérêts n'a pas encore été fixé et que toute tentative en vue de se prévaloir de la Règle 1900 pour saisir le cautionnement équivaldrait en fait à une saisie-exécution. Je ne suis pas d'accord avec cette prétention. L'ordonnance sollicitée ne s'oppose pas à la Règle 1900 puisqu'elle n'ordonnerait pas une saisie ou saisie-exécution, mais exigerait seulement que les sommes d'argent dues en vertu des cautionnements soient consignées à la Cour.

On a fait valoir qu'en l'espèce on ne me demande pas de modifier le jugement mais d'examiner plutôt s'il y a eu ou non erreur d'écriture ou omission. La demanderesse-requérante prétend qu'elle ne demande pas que je modifie le prononcé du jugement du juge Addy pour le rendre conforme à ce que l'on cherchait à obtenir, mais de statuer sur un élément qui a été soulevé sans faire l'objet d'un prononcé.

Il va sans dire que je n'ai pu trouver de jurisprudence sur le point en question. J'ai analysé la Règle 337 et plus particulièrement les alinéas 337(5) et 337(6) qui prévoient :

*Règle 337. ...*

(5) Dans les 10 jours du prononcé d'un jugement en vertu de l'alinéa (2)a), ou dans tel délai prolongé que la Cour pourra accorder, soit avant, soit après l'expiration du délai de 10 jours, l'une ou l'autre des parties pourra présenter à la Cour, telle qu'elle est constituée au moment du prononcé, une requête demandant un nouvel examen des termes du prononcé, mais seulement l'une ou l'autre ou l'une et l'autre des raisons suivantes:

- a) le prononcé n'est pas en accord avec les motifs qui, le cas échéant, ont été donnés pour justifier le jugement,
- b) on a négligé ou accidentellement omis de traiter d'une question dont on aurait dû traiter.



(6) Clerical mistakes in judgments, or errors arising therein from any accidental slip or omission, may at any time be corrected by the Court without an appeal.

Undoubtedly paragraph 337(5) would not allow me to reconsider the terms of pronouncement since I am not the “Court as initially constituted”. Paragraph 337(6) refers to clerical mistakes or errors which result in an “accidental slip or omission” which may at any time be corrected by the Court without appeal. I am satisfied that we are not dealing with a slip or omission that arose out of a clerical mistake or error.

No doubt it has been customary from time immemorial in maritime cases that the relief as sought, condemnation of bail, in a statement of claim would have been granted; but it is not apparent to me that this was an omission or slip of the Trial Judge, rather inadvertence on the part of counsel for failing to bring the matter to the attention of Mr. Justice Addy.

I agree that the respondents-defendants have had the use of their tug and that perhaps in equity I may have been justified in condemning the bonds; as I see it, the most important aspect of this application is that no evidence was submitted to suggest that the respondents-defendants cannot or will not be in a position to pay the full amount eventually assessed or any sum that exceeds the value of the posted bond.

This application is dismissed. Costs to the respondents-defendants.

(6) Dans les jugements, les erreurs de rédaction ou autres erreurs d'écriture ou omissions accidentelles peuvent toujours être corrigées par la Cour sans procéder par voie d'appel.

Il va de soi que l'alinéa 337(5) ne me permettrait pas de procéder à un nouvel examen des termes du prononcé, puisque je ne suis pas la «Cour telle qu'elle est constituée au moment du prononcé». L'alinéa 337(6) fait mention des erreurs de rédaction ou de celles entraînant des «erreurs d'écriture ou omissions accidentelles» qui peuvent toujours être corrigées par la Cour sans procéder par voie d'appel. Je suis convaincu qu'il ne s'agit pas d'une erreur ou omission attribuable à une erreur de rédaction ou d'écriture.

Il est évident que selon la coutume séculaire en droit maritime, la réparation demandée dans une déclaration, c'est-à-dire la saisie d'un cautionnement, aurait été accordée; à mon avis cependant, il n'est pas évident qu'il s'agissait en l'espèce d'une omission ou d'une erreur du juge du procès mais plutôt d'une omission émanant de l'avocat qui a négligé d'attirer l'attention du juge Addy sur la question.

Je conviens que les intimés-défendeurs ont eu l'usage de leur remorqueur, et qu'en équité j'aurais pu être justifié d'accorder la saisie des cautionnements; à mon avis, l'aspect le plus important de cette demande réside dans le fait qu'aucun élément de preuve n'a été présenté pour laisser entendre que les intimés-défendeurs ne peuvent ou ne pourront pas être en mesure de rembourser le montant intégral qui sera plus tard fixé ou toute somme excédant le montant de cautionnement déposé.

La présente demande est rejetée. Les dépens sont adjugés aux intimés-défendeurs.

T-639-92  
 T-1306-92  
 T-1307-92  
 T-1316-92  
 T-1317-92  
 T-1318-92  
 T-1320-92

T-639-92  
 T-1306-92  
 T-1307-92  
 T-1316-92  
 T-1317-92  
 T-1318-92  
 T-1320-92

**Canadian Pacific Limited** (*Applicant*)

**Canadien Pacifique Limitée** (*requérante*)

v.

c.

**Matsqui Indian Band and Matsqui Indian Band Council; Shuswap Indian Band and Shuswap Indian Band Council; Nicomen Indian Band and Nicomen Indian Band Council; Skuppah Indian Band and Skuppah Indian Band Council; Spuzzum Indian Band and Spuzzum Indian Band Council; Kanaka Indian Band and Kanaka Indian Band Council; Siska Indian Band and Siska Indian Band Council** (*Respondents*)

*b*  
 La bande indienne de Matsqui et le conseil de la bande indienne de Matsqui; la bande indienne de Shuswap et le conseil de la bande indienne de Shuswap; la bande indienne de Nicomen et le conseil de la bande indienne de Nicomen; la bande indienne Skuppah et le conseil de la bande indienne Skuppah; la bande indienne de Spuzzum et le conseil de la bande indienne de Spuzzum; la bande indienne Kanaka et le conseil de la bande indienne Kanaka; la bande indienne Siska et le conseil de la bande indienne Siska (*intimés*)

*INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. MATSQUI INDIAN BAND (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. BANDE INDIENNE DE MATSQUI (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Joyal J.—Vancouver, September 25; Ottawa, October 13, 1992.

Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 25 septembre; Ottawa, 13 octobre 1992.

*Judicial review — Application to strike originating notices of motion to quash notices of tax assessment issued with respect to lands in respondents' reserves — Applicant contending lands exempt from taxation — Whether lands held by Canadian Pacific Ltd. under Crown grant subject to federally approved Indian band council by-laws authorizing assessment and taxation of real property rights in lands on reserves in British Columbia — By-laws including appeal procedure — Judicial review discretionary remedy — Practice to decline jurisdiction where appeal available, except under special circumstances — As s. 18 motions, like all prerogative writ applications, heard summarily, boards of revision better forum to receive and consider material evidence.*

*Contrôle judiciaire — Fin de non-recevoir opposée aux avis de requête en annulation d'avis de cotisation concernant des terres situées dans les réserves des intimés — La requérante soutient que ces terres sont exemptées de taxes — Il échet d'examiner si ces terres détenues par Canadien Pacifique Ltée en vertu d'une concession de la Couronne sont soumises à l'application des règlements pris par les conseils de bande avec l'approbation de l'autorité fédérale et autorisant ces bandes à imposer les droits fonciers sur les terres situées dans leurs réserves en Colombie-Britannique — Ces règlements prévoient une procédure d'appel — Le contrôle judiciaire est un recours discrétionnaire — Il est d'usage de décliner compétence quand un droit d'appel existe, sauf cas exceptionnel — Les requêtes fondées sur l'art. 18 étant soumises à une procédure sommaire comme tous les autres recours en bref de prérogative, les commissions de révision sont plus indiquées pour recevoir et examiner les preuves et témoignages se rapportant au litige.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application to strike originating notices of motion to quash notice of tax assessment issued by respondents, pursuant to federally approved Indian band council by-laws, with respect to lands in reserves which applicant contends exempt from taxation — By-laws containing provisions for appeals from assessments — Judicial review discretionary remedy — Practice to decline jurisdiction where appeal available, except under special cir-*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Fin de non-recevoir opposée aux avis de requête en annulation des avis de cotisation établis par les intimés, en application des règlements de conseil de bande approuvés par l'autorité fédérale, relatifs à des terres situées dans les réserves et dont la requérante soutient qu'elles sont exemptées de taxes — Les règlements prévoient une procédure d'appel contre les cotisations — Le contrôle judiciaire est un recours*

*cumstances — As s. 18 motions, like all prerogative writ applications, heard summarily, boards of revision better forum to receive and consider material evidence.*

*Native peoples — Taxation of lands on reserves — Whether lands held by Canadian Pacific Ltd. under Crown grant subject to federally approved Indian band council by-laws authorizing assessment and taxation of real property rights in lands on reserves in British Columbia.*

The Deputy Minister of Indian and Northern Affairs, acting under section 83 of the *Indian Act*, approved a number of Indian band council by-laws authorizing the bands to assess and tax real property rights in lands set aside for their use and occupation. Tax assessments were subsequently issued by the individual respondents. The applicant, alleging that its lands were held by Crown grant and exempt from taxation, filed section 18 motions to quash the notices of assessment. The respondents applied to strike out these originating notices of motion on the ground that the validity of the assessments could not be the subject of judicial review or that the Court should decline to grant the discretionary remedies sought because of the existence of appropriate appeal provisions in the by-laws.

*Held*, the application should be allowed.

Although the Federal Court of Appeal has held (in *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309) that section 18 judicial review proceedings are unavailable in respect of assessments under the *Income Tax Act*, there is authority for the proposition that if the assessment is a nullity or if *ultra vires* acts have been committed by the taxing authority, a superior court can grant a remedy notwithstanding the existence of legislation providing for a more expeditious appeal procedure: *Abel Skiver Farm Corporation v. Town of Sainte-Foy et al.*, [1983] 1 S.C.R. 403.

The basic characteristic of judicial review is that it provides an exceptional and extraordinary remedy. It can be maintained only when no other effective recourse is open to a litigant. The relief which a court may grant by way of judicial review remains essentially discretionary. The practice is to decline jurisdiction where there is a right of appeal, except in special circumstances.

The issue was not whether the Court had jurisdiction but whether it might be preferable to have the dispute resolved in accordance with the appeal procedures set out in the by-laws. While there is conflicting case law and text authority as to the application of the principle of curial deference where legislation gives a right of appeal, a court in exercising its discretion will take into account the availability of an appeal process which can effectively deal with the issues.

*discretionnaire — Il est d'usage de décliner compétence quand un droit d'appel existe, sauf cas exceptionnel — Les requêtes fondées sur l'art. 18 étant soumises à une procédure sommaire comme tous les autres recours en bref de prérogative, les commissions de révision sont plus indiquées pour recevoir et examiner les preuves et témoignages se rapportant au litige.*

*Peuples autochtones — Taxation de terres situées dans les réserves — Il échet d'examiner si ces terres détenues par Canadien Pacifique Ltée en vertu d'une concession de la Couronne sont soumises à l'application des règlements pris par les conseils de bande avec l'approbation de l'autorité fédérale et autorisant ces bandes à imposer les droits fonciers sur les terres situées dans leurs réserves en Colombie-Britannique.*

Le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien avait approuvé, en application de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*, un certain nombre de règlements pris par des conseils de différentes bandes indiennes et les autorisant à imposer les droits fonciers sur les terres réservées à leur usage et occupation. Chacun des intimés a subséquentement établi des cotisations de taxe. La requérante, soutenant que ces terres sont détenues en vertu d'une concession de la Couronne et, de ce fait, exemptées de taxes, s'est fondée sur l'article 18 pour demander l'annulation des avis de cotisation. Les intimés opposent une fin de non-recevoir à ces avis de requête introductifs d'instance par ce motif que la validité des règlements ne peut être contestée par voie de recours en contrôle judiciaire ou que la Cour devrait refuser le redressement discrétionnaire recherché puisque le droit d'appel est prévu dans les règlements en cause.

*Jugement*: il faut faire droit à la fin de non-recevoir.

Bien que la Cour d'appel fédérale ait conclu (dans *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309) que les contribuables ne pouvaient intenter la procédure de contrôle judiciaire prévue à l'article 18 pour contester les cotisations établies sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il a été jugé que si la cotisation est de nullité absolue ou si l'autorité fiscale a commis des actes *ultra vires*, il est possible de saisir une cour supérieure, peu importe que la loi ait prévu une procédure d'appel plus expéditive (*Abel Skiver Farm Corporation c. Ville de Sainte-Foy et autre*, [1983] 1 R.C.S. 403).

La caractéristique fondamentale du contrôle judiciaire est celle d'un recours exceptionnel et extraordinaire. Ce recours ne peut être exercé qu'en l'absence de toute autre voie de droit. Le redressement que peut accorder une cour par voie de contrôle judiciaire demeure essentiellement discrétionnaire. Il est d'usage de décliner compétence quand un droit d'appel existe, sauf cas exceptionnel.

Il n'échet pas d'examiner si la Cour a compétence en l'espèce, mais s'il ne serait pas préférable que l'affaire soit débattue dans le cadre des procédures de contestation prévues aux règlements en question. Bien que la jurisprudence et la doctrine ne soient pas unanimes pour ce qui est du principe de la non-intervention des tribunaux judiciaires en cas de droit d'appel prévu par le texte applicable, la cour qui exerce son pouvoir discrétionnaire examinera s'il existe un processus d'appel qui permet de trancher effectivement le litige.

On the face of the appeal provisions in the by-laws, there was an effective appeal process under which all the issues raised by the applicant could be brought forward. It would neither be in the public interest nor would it favour public policy to bypass the appeal provisions in the by-laws.

Furthermore, the applicant was not challenging a tax assessment when its lands and improvements have hitherto been exempt from taxation. One taxing authority had been substituted for by another.

Whether or not the applicant's lands are "reserve lands" over which Indian bands have authority is a matter within the terms of reference of the appeal provisions and these provisions should be respected.

Finally, since section 18 motions are heard summarily, a board or court of revision is a preferable forum for receiving and considering all the evidence material to an issue of this nature.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*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), 18.5 (as enacted *idem*).

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), 83 (as am. *idem*, s. 10).

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

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Wilfong, Re Cathcart v. Lowery* (1962), 32 D.L.R. (2d) 477; 37 W.W.R. 612; 37 C.R. 319 (Sask. C.A.); *Public Service Alliance of Canada et al. v. Canada (Treasury Board) et al.* (1990), 36 F.T.R. 182 (F.C.T.D.); *Lethbridge, City of, v. Can. West. Nat. Gas, L.H. & P. Co.*, [1923] S.C.R. 652; [1923] 4 D.L.R. 1055; [1923] 3 W.W.R. 976; *Terrasses Zarolega Inc. et al. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94; (1981), 124 D.L.R. (3d) 204; 23 L.C.R. 97; 38 N.R. 411; *Commission des accidents du travail du Québec v. Valade*, [1982] 1 S.C.R. 1103; (1982), 44 N.R. 75; *Atikokan, Ex p.*, [1959] O.W.N. 200 (H.C.); *London Gardens Ltd. and Township of Westminster, Re* (1975), 9 O.R. (2d) 175 (Div. Ct.); *Foster v. Township of St. Joseph*, [1917] 39 O.L.R. 114; *affd.* [1917] 39 O.L.R. 525; (1917), 37 D.L.R. 283 (C.A.); *Goderich Roman Catholic Separate School Trustees and Town of Goderich, Re*, [1923] 53 O.L.R. 79 (App. Div.).

##### CONSIDERED:

*Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331; [1984] CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.); *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309; [1990] 2 C.T.C. 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.);

Les dispositions en matière de contestation des règlements de taxation en cause permettent de conclure qu'il y a un processus d'appel efficace pour trancher toutes les questions que soulève la requérante. Il ne serait pas conforme à l'intérêt public ni n'y contribuerait de passer outre aux dispositions des règlements en matière d'appel.

Qui plus est, la requérante ne conteste pas une cotisation parce que ses terres et améliorations étaient jusqu'ici exemptées d'impôt. Une autorité fiscale a été remplacée par une autre.

Que les terres détenues par la requérante soient ou non des «terres de réserve» soumises à l'autorité des bandes indiennes, c'est là une question qui tombe dans le champ d'application des dispositions sur les contestations, lesquelles dispositions doivent être respectées.

Enfin, les requêtes fondées sur l'article 18 étant soumises à une procédure sommaire, les commissions de révision sont plus indiquées pour recevoir et examiner les preuves et témoignages se rapportant au litige.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

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

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par S.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.5 (édicte, *idem*).

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), 83 (mod., *idem*, art. 10).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Wilfong, Re Cathcart v. Lowery* (1962), 32 D.L.R. (2d) 477; 37 W.W.R. 612; 37 C.R. 319 (C.A. Sask.); *Alliance de la Fonction publique du Canada et autres c. Canada (Conseil du Trésor) et autres* (1990), 36 F.T.R. 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lethbridge, City of, v. Can. West. Nat. Gas, L.H. & P. Co.*, [1923] R.C.S. 652; [1923] 4 D.L.R. 1055; [1923] 3 W.W.R. 976; *Terrasses Zarolega Inc. et autres c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94; (1981), 124 D.L.R. (3d) 204; 23 L.C.R. 97; 38 N.R. 411; *Commission des accidents du travail du Québec c. Valade*, [1982] 1 R.C.S. 1103; (1982) 44 N.R. 75; *Atikokan, Ex p.*, [1959] O.W.N. 200 (H.C.); *London Gardens Ltd. and Township of Westminster, Re* (1975), 9 O.R. (2d) 175 (C. div.); *Foster v. Township of St. Joseph*, [1917] 39 O.L.R. 114; *conf. par* [1917] 39 O.L.R. 525; (1917), 37 D.L.R. 283 (C.A.); *Goderich Roman Catholic Separate School Trustees and Town of Goderich, Re*, [1923] 53 O.L.R. 79 (Div. app.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331; [1984] CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.); *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309; [1990] 2 C.T.C. 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.);

*Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *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.); *Abel Skiver Farm Corporation v. Town of Sainte-Foy et al.*, [1983] 1 S.C.R. 403.

## REFERRED TO:

*Anisimic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.); *Bennett & White (Calgary) Ltd. v. Municipal Dist. of Sugar City (No. 5)*, [1951] 4 D.L.R. 129; (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 111; [1951] C.T.C. 219; [1951] A.C. 786 (P.C.); *Crown Forest Indust. Ltd. v. Assessor of Area 24—Cariboo* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 397 (C.A.); *RivTow Industries Ltd. v. British Columbia (Assessor of Area # 01-Saanich-Capital)* (1989), 55 D.L.R. (4th) 447; 34 B.C.L.R. (2d) 196 (S.C.); *W.T.C. Western Technologies Corp. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 110; (1986), 86 DTC 6027; 1 F.T.R. 119 (F.C.T.D.); *Bechthold Resources Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 195; (1986), 86 DTC 6065; 1 F.T.R. 123 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Kavanagh, John A. *A Guide to Judicial Review*, 2nd ed., Toronto: Carswell Legal Publications, 1984.

APPLICATION to strike out a series of originating notices of motion under section 18 of the *Federal Court Act* to quash and set aside notices of tax assessment issued against the applicant with respect to lands in the respondents' reserves. Application allowed.

## COUNSEL:

*Norman D. Mullins, Q.C.* and *Bernard W. Hoeschen* for applicant.  
*Arthur Pape* for respondent Matsqui Indian Band.  
*John L. Finlay* and *Susan Stonier* for other respondents.

## SOLICITORS:

*Canadian Pacific Legal Services*, Vancouver, for applicant.  
*Pape and Salter*, Vancouver, for respondent Matsqui Indian Band.  
*Cooper and Associates*, Vancouver, for other respondents.

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

*Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *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.); *Abel Skiver Farm Corporation c. Ville de Sainte-Foy et autre*, [1983] 1 R.C.S. 403.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Anisimic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.); *Bennett & White (Calgary) Ltd. v. Municipal Dist. of Sugar City (No. 5)*, [1951] 4 D.L.R. 129; (1951), 3 W.W.R. (N.S.) 111; [1951] C.T.C. 219; [1951] A.C. 786 (P.C.); *Crown Forest Indust. Ltd. v. Assessor of Area 24—Cariboo* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 397 (C.A.); *RivTow Industries Ltd. v. British Columbia (Assessor of Area # 01-Saanich-Capital)* (1989), 55 D.L.R. (4th) 447; 34 B.C.L.R. (2d) 196 (S.C.); *W.T.C. Western Technologies Corp. c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 110; (1986), 86 DTC 6027; 1 F.T.R. 119 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bechthold Resources Ltd. c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 195; (1986), 86 DTC 6065; 1 F.T.R. 123 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Kavanagh, John A. *A Guide to Judicial Review*, 2nd ed., Toronto: Carswell Legal Publications, 1984.

REQUÊTE en radiation d'avis de requête introductifs d'instance présentés en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour faire annuler des avis de cotisation frappant des terres détenues par la requérante dans les réserves des intimés. Requête accueillie.

## AVOCATS:

*Norman D. Mullins, c.r.* et *Bernard W. Hoeschen* pour la requérante.  
*Arthur Pape* pour la bande indienne de Matsqui, intimée.  
*John F. Finlay* et *Susan Stonier* pour les autres intimés.

## PROCUREURS:

*Service du contentieux de Canadien Pacifique*, Vancouver, pour la requérante.  
*Pape and Salter*, Vancouver, pour la bande indienne de Matsqui, intimée.  
*Cooper and Associates*, Vancouver, pour les autres intimés.

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

JOYAL J.: This is an application by the respondents herein to strike out a series of originating notices of motion filed by the applicant in this Court against each of the above respondents.

The applicant's motion was under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] to quash and set aside a notice of tax assessment issued by the individual respondents against the applicant on lands in the respondents' reserves which the applicant contends are exempt from taxation. Although separate applications were filed with respect to each respondent, the parties agreed that, for purposes of the application to strike, they should all be heard together on common evidence. It is also noted that in respect of the Matsqui Indian Band, both Canadian Pacific Limited and Unitel Communications Limited are applicants. The latter is not named in any of the other applications. I should therefore refer to Canadian Pacific Limited alone in these reasons.

To put the issue in context, it is necessary to refer to its origins. It would appear that early in 1992, the Deputy Minister of Indian and Northern Affairs, pursuant to section 83 of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10)], approved a number of Indian band council by-laws authorizing the bands, all located in British Columbia, to assess and tax real property rights in lands set aside for their use and occupation. Obviously this was a far-reaching programme involving both the federal authorities in Ottawa and the provincial authorities in British Columbia.

The by-laws involved, all of them substantially the same, contain all the earmarks of an assessment statute and indeed appear to be modelled on existing statutes in the province. Without going into unnecessary details on these by-laws, their scope is to establish a system of taxation for local purposes on land or interests in land in the reserves pursuant to the provisions of the *Indian Act*. The scheme calls for general taxation provisions, exemptions therefrom, the preparation of taxation and assessment rolls, a valuation process, a recovery of taxes process and the establish-

LE JUGE JOYAL: Il y a en l'espèce fin de non-recevoir opposée par les intimés à un ensemble d'avis de requête introductifs d'instance dont la requérante a saisi la Cour contre chacun des intimés susnommés.

C'est en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)] que la requérante a introduit sa requête en annulation d'un avis de cotisation que chacun des intimés lui avait adressé à l'égard de terres situées dans leurs réserves, terres dont la requérante soutient qu'elles sont exemptées de taxes. Bien qu'une requête ait été déposée séparément contre chacun des intimés, les parties sont convenues, dans le cadre de la fin de non-recevoir, que toutes les requêtes doivent être entendues ensemble sur preuve commune. Il y a lieu de noter qu'il y a deux requérantes contre la bande indienne de Matsqui: Canadien Pacifique Limitée et Unitel Communications Limited. Cette dernière n'est nommée dans aucune des autres requêtes. Je ne mentionnerai donc que Canadien Pacifique Limitée dans les présents motifs.

Pour saisir le litige dans son contexte, il faut remonter à ses origines. Il appert qu'au début de l'année 1992, le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a approuvé, en application de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 10)], un certain nombre de règlements pris par des conseils de bande indienne et autorisant ces bandes, toutes établies en Colombie-Britannique, à imposer les droits fonciers sur les terres réservées à leur usage et occupation. Il s'agissait visiblement là d'un programme d'une grande portée, dans lequel intervenaient à la fois les autorités fédérales à Ottawa et les autorités provinciales en Colombie-Britannique.

Les règlements en question, qui étaient essentiellement identiques, portent tous les attributs d'une loi fiscale et sont en fait modelés sur les lois en vigueur dans la province. Sans entrer dans les détails inutiles de ces règlements, notons qu'ils visent à instaurer un système de taxes destinées à des fins locales sur les terres dans les réserves ou sur les droits fonciers y relatifs, conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Ce régime prévoit des dispositions générales de taxation, des exemptions, la préparation des rôles de taxation et de cotisation, un processus d'éva-

ment of prescribed rates of tax. The by-laws also provide for an appeal process to boards of review and to assessment review committees, and further appeals to the Federal Court of Canada.

On reviewing its notices of assessment from each individual respondent, the applicant instituted its section 18 proceedings praying this Court to quash these assessments. The applicant alleged that its lands are held by way of a Crown grant, that the reach of the by-laws extends only to reserve lands, as that term is defined in the *Indian Act*, and therefore any such assessments are null and of no effect.

The respondents reacted to this challenge by filing the within application, asking this Court to strike the section 18 application on the grounds that the validity of the assessments could not be the subject of judicial review or that the Court should decline to grant the discretionary remedies applied for because of the existence of appropriate appeal provisions in the by-laws.

The application to strike came on to be heard in Vancouver on September 25, 1992. At the close of the hearing, I granted the respondents' motion and provided the parties with brief oral reasons therefor. I was then requested to provide more elaborate and written reasons for my decision.

#### THE CASE FOR THE RESPONDENTS

The general approach by the respondents is that proceedings for judicial review should only be used when no other avenue of redress is available to a party seeking relief. Section 18 of the *Federal Court Act* is only a formalization of prerogative writ procedures calling for the Court to provide discretionary and equitable remedies, absent in any other recourse.

The respondents contend that under the by-laws, the validity of which has not been challenged, there are elaborate and clear-cut provisions for appeals from assessments. The terms of reference set out in the by-laws establish the competency of appeal

luation, un mode de perception et la fixation des quantités de taxe. Les règlements prévoient l'appel devant les commissions de révision et les comités de révision de l'évaluation, et enfin devant la Cour fédérale du Canada.

<sup>a</sup> Au vu des avis de cotisation émanant de chacun des intimés, la requérante s'est fondée sur l'article 18 pour demander à la Cour de les annuler. Elle fait valoir qu'elle détient ces terres en vertu d'une concession de la Couronne, que le champ d'application des règlements en cause se limite aux terres de réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, et qu'en conséquence, ces cotisations sont nulles et non avenues.

<sup>b</sup> Les intimés ont répliqué à cette contestation en déposant la requête en instance, pour demander à la Cour de déclarer irrecevable la requête fondée sur l'article 18 par ce motif que la validité des cotisations n'est pas susceptible de contrôle judiciaire ou que la Cour doit refuser le redressement discrétionnaire demandé puisque les règlements prévoient déjà les processus de contestation et d'appel nécessaires.

<sup>c</sup> La fin de non-recevoir fut entendue à Vancouver le 25 septembre 1992. À la clôture de l'audience, j'ai fait droit à la requête des intimés et ai donné brièvement, de vive voix, les motifs de ma décision. J'ai été alors prié de donner par écrit des motifs plus détaillés.

#### <sup>d</sup> L'ARGUMENTATION DES INTIMÉS

<sup>e</sup> L'argument général avancé par les intimés est que le recours en contrôle judiciaire ne peut s'exercer que si aucun autre recours n'est ouvert à la partie plaignante. L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'est que la consécration formelle des procédures de bref de prérogative visant à demander à la Cour d'accorder des mesures de réparation discrétionnaires d'*equity*, en l'absence de toute autre voie de droit.

<sup>f</sup> Les intimés soutiennent que les règlements, dont la validité n'a pas été contestée, comprennent des dispositions détaillées et précises sur les appels contre les cotisations. Le mandat défini dans ces règlements établit la compétence des commissions d'appel pour

boards to deal with the issues raised by the applicant and provide it with a full hearing on its claim.

In support of that position, the respondents refer the Court to the case of *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331, where the Federal Court of Appeal ruled that a challenge to assessments under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] could not be by way of an application to quash under section 18, but by way of the appeal provisions under the Act. It mattered not, said the Court of Appeal, whether the issue was quantum and liability or the more fundamental question of the Minister's legal authority to make the assessments.

The respondents also find support in the case of *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309, where the Federal Court of Appeal again ruled that no section 18 proceedings were open to a taxpayer when dealing with tax assessments under the *Income Tax Act*.

The respondents also cite the Supreme Court of Canada decision in the celebrated case of *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, when a majority of the Court restated the same principle, i.e. that an application for *certiorari* against a decision of a tribunal authorized to deal with admission applications will not be entertained when the enabling statute provides for an appeal therefrom to another forum. The Court went on to state that this rule applies even though it is alleged that the inferior tribunal's decision is such a nullity that no decision is appealable.

The respondents urge this Court to respect and adopt the principle laid down in these decisions and strike the applicant's section 18 application and leave it to the applicant to file its complaint via the appeal route clearly laid out in the by-laws.

Further, the respondents ask the Court to consider that the judicial review under section 18 is effectively statute-barred by the provisions of section 18.5 of the

connaître des points litigieux soulevés par la requérante et lui donne la possibilité de se faire entendre en bonne et due forme.

À l'appui de cet argument, les intimés invoquent l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331, par lequel la Cour d'appel fédérale a jugé que les cotisations d'impôt établies sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] ne pouvaient être contestées par voie de recours en contrôle judiciaire fondé sur l'article 18, mais par voie d'appel selon les dispositions applicables de la Loi. Il en est ainsi, a conclu la Cour à cette occasion, peu importe que le litige porte sur le montant et l'assujettissement à l'impôt, ou sur la question plus fondamentale du pouvoir légal du Ministre d'établir les cotisations.

Les intimés s'appuient aussi sur l'arrêt *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309, par lequel la Cour d'appel fédérale a conclu encore une fois que les contribuables ne pouvaient intenter la procédure prévue à l'article 18 pour contester les cotisations établies sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Ils citent en outre le célèbre arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, par lequel la Cour suprême du Canada a, par jugement majoritaire, confirmé le même principe, savoir qu'une requête en *certiorari* contre la décision d'un organisme administratif habilité à instruire les demandes d'admission n'est pas recevable dans les cas où la loi d'habilitation prévoit la possibilité de faire appel devant une autre juridiction. La Cour a ajouté que ce principe s'applique même si on fait valoir que la nullité de la décision attaquée est telle que celle-ci est inexistante et, de ce fait, ne se prête à aucun appel.

Les intimés demandent à la Cour de faire sien le principe défini par ces décisions et de déclarer irrecevable la requête fondée sur l'article 18 de la requérante, quitte à celle-ci de formuler sa plainte par voie d'appel telle que la prévoient clairement les règlements en question.

Ils demandent en outre à la Cour de considérer que le contrôle judiciaire sous le régime de l'article 18 est exclu en l'espèce par l'effet des dispositions de l'ar-



*Federal Court Act* [as enacted *idem*, s. 5]. This section reads as follows:

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

I will admit that I have a little problem in the application of section 18.5 to the legislative scheme before me, but I should reserve further comment to later.

#### THE CASE FOR THE APPLICANT

First of all, the applicant questions the jurisdiction of any court of review established under the by-laws to deal with the kind of issue facing this Court, i.e. whether its lands are liable to assessment and taxation by the respective Indian bands.

The applicant quotes in support the provisions of subsection 2(1) of the *Indian Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1], which defines "reserve" as "a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band". The applicant ties in this definition with the substantive provisions of paragraph 83(1)(a) of the statute, authorizing an Indian band council to make by-laws for the "taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve" [underlining added].

As the applicant contends that its lands are not vested in Her Majesty and are not set apart for the use and benefit of the members of the band but are under the exclusive ownership of the applicant, neither the *Indian Act* nor the by-laws, including appeal procedures, have any relevance whatsoever to the applicant. A court of revision established thereunder has therefore no jurisdiction to deal with the issues raised in this Court.

ticle 18.5 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui prévoit ce qui suit:

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

Je dois dire que j'ai des réserves quant à l'applicabilité de l'article 18.5 au régime fiscal en cause, mais j'y reviendrai plus loin.

#### L'ARGUMENTATION DE LA REQUÉRANTE

En tout premier lieu, la requérante conteste la compétence de toute juridiction de révision constituée sous le régime des règlements dont s'agit pour connaître du point litigieux tel qu'il est soumis à la Cour, savoir si ces terres peuvent être imposées par les bandes indiennes respectives.

Elle cite à l'appui le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens* [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1], où «réserve» est définie comme étant toute «parcelle de terre dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande». La requérante fait le lien entre cette définition et les dispositions de fond de l'alinéa 83(1)a) de cette loi, qui habilite les conseils de bande indienne à prendre des règlements administratifs pour «l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage» [soulignement ajouté].

Selon la requérante, les terres dont s'agit ne sont pas la propriété de Sa Majesté ni n'ont été mises de côté à l'usage et au profit des membres des bandes indiennes concernées, mais sont sa propriété exclusive; en conséquence ni la *Loi sur les Indiens* ni les règlements administratifs, ni à plus forte raison les procédures d'appel que prévoient ces derniers, n'ont aucune application à son égard. Une juridiction de révision établie en application de ces règlements n'a donc pas compétence pour connaître des questions soumises à la Cour.

The applicant makes the further point that the powers of an Indian band council to adopt a taxation by-law, made conditional by subsection 83(3) of the *Indian Act* upon providing for an appeal procedure in respect of assessments, has effectively circumscribed the jurisdiction of an appeal tribunal if one is to consider the French version of the same subsection which speaks of a “*procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation*” [underlining added].

The applicant urges me to adopt the French text and find that a review tribunal can only deal with the equivalent English word “valuation” and not with “assessment”, an issue which has nothing to do with the basic claim of the applicant.

On the question of limited jurisdiction, the applicant contends that the powers vested in the boards of review or courts of revision go beyond the statutory authority under section 83 to establish a tribunal to hear appeals on “assessments”, including inquiries as to whether “land or improvements, or both land and improvements, have been wrongfully entered on or omitted from the assessment roll”, as to whether taxes have been evaluated at too high or low an amount, or whether exemptions have been properly allowed or refused, and other fields of enquiry of a similar nature.

Finally, the applicant argues that the authorities relied on by the respondents in their application to strike all deal with specific appeal processes established by statutes and none deal with rules made by subordinate tribunals or similar bodies. In any event, argues the applicant, a board established pursuant to a statute has no power to deal with matters that are not within the purview of the statute. The applicant cites in this respect the House of Lords decision in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, as well as the reasoning of Martland J. of the Supreme Court of Canada in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, where he said at page 775:

With respect, I do not agree with this view. The powers given to a board of inquiry are to enable it to determine whether or not there has been discrimination in respect of mat-

La requérante soutient en outre que le pouvoir des conseils de bande indienne de prendre des règlements administratifs de taxation, pouvoir que le paragraphe 83(3) de la *Loi sur les Indiens* subordonne à la condition de prévoir une procédure de contestation des «*assessments*», circonscrit en fait la compétence de la juridiction de révision si on se réfère au texte français de la même disposition qui parle de «procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation» [soulignement ajouté].

La requérante m'engage à m'en tenir au texte français pour conclure que la juridiction de révision ne peut connaître que de ce qui se traduit en anglais par le terme «*valuation*» et non par le terme «*assessment*»; cette question n'a cependant aucun rapport avec son chef de demande.

En ce qui concerne la limitation de compétence, la requérante soutient que les pouvoirs dont sont investis les commissions ou tribunaux de révision vont au-delà du pouvoir légal prévu à l'article 83, pour comprendre celui d'instituer un tribunal chargé de connaître de la contestation des «cotisations», ce qui s'entend aussi du pouvoir d'examiner si «des terres ou améliorations, ou les deux à la fois, ont été irrégulièrement portées sur le rôle de taxation ou en ont été irrégulièrement omises», si les taxes ont été fixées à un montant trop élevé ou trop bas, ou si des exemptions ont été accordées ou refusées à bon droit, ainsi que du pouvoir d'examiner d'autres questions de même nature.

Enfin, la requérante fait valoir que les précédents cités par les intimés à l'appui de leur fin de non-recevoir portent tous sur des processus d'appel institués par des lois et nullement sur des règles établies par des organismes administratifs. Et qu'en tout cas, une commission établie en application d'une loi n'a pas compétence pour connaître des matières qui ne rentrent pas dans le champ d'application de cette loi. La requérante cite à cet effet l'arrêt *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, de la Chambre des lords, ainsi que cette conclusion tirée par le juge Martland de la Cour suprême du Canada dans *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, à la page 775:

En toute déférence, je ne partage pas cet avis. Les pouvoirs conférés à un comité d'enquête ont pour but de lui permettre de déterminer s'il y a eu de la discrimination en ce qui a trait à

ters within the scope of the Act. It has no power to deal with alleged discrimination in matters not within the purview of the Act or to make recommendations with respect thereto.

The Court of Appeal judgment says that the board, had it been allowed to proceed, would have been obliged to decide (1) whether there was a denial of housing accommodation, (2) whether that accommodation was covered by the Code, and (3) whether the denial was by reason of the race, colour, or place of origin of the complainant. In my opinion, item (2) would have had to be considered first, and, if the accommodation was not covered by the Act, the board would have no authority to proceed further.

Item (2) raises an issue of law respecting the scope of the operation of the Act, and on the answer to that question depends the authority of the board to inquire into the complaint of discrimination at all. The Act does not purport to place that issue within the exclusive jurisdiction of the board, and a wrong decision on it would not enable the board to proceed further.

In my opinion, the appellant was not compelled to await the decision of the board on that issue before seeking to have it determined in a court of law by an application for prohibition, and the Court had jurisdiction to deal with the matter. [Underlining added.]

The applicant also cites cases dealing with municipal taxation statutes where judicial review was not denied a taxpayer, even though the enabling legislation provided for appeal procedures. These include the case of *Bennett & White (Calgary) Ltd. v. Municipal Dist. of Sugar City (No. 5)*, [1951] 4 D.L.R. 129 (P.C.); *Abel Skiver Farm Corporation v. Town of Sainte-Foy et al.*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71 (C.A.). In this last case, Laycraft J.A. of the Alberta Court of Appeal is quoted as saying at page 74:

However, if the issue goes to whether the taxpayer should have been taxed at all, then the matter can be reviewed by a superior court on the basis that a provincial statutory tribunal cannot be delegated the power to set the limits of its own jurisdiction. . . .

Added to the foregoing cases are *Crown Forest Indust. Ltd. v. Assessor of Area 24—Cariboo* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 397 (C.A.); *RivTow Industries Ltd. v. British Columbia (Assessor of Area # 01-Saanich-Capital)* (1989), 55 D.L.R. (4th) 447 (B.C.S.C.).

des domaines prévus par la Loi. Il n'a pas le pouvoir de se prononcer lorsque la discrimination dont on se plaint tombe dans un domaine non prévu par la Loi, et il ne peut faire des recommandations à cet égard.

<sup>a</sup> Dans son jugement, la Cour d'appel dit que si le comité d'enquête avait été autorisé à poursuivre l'enquête, il aurait eu à décider (1) s'il y avait eu refus de louer le logement, (2) si le Code s'appliquait à ce logement, et (3) si le refus était dû à la race, à la couleur ou au lieu d'origine du plaignant. À mon avis, il fallait tout d'abord examiner le deuxième point; si la Loi ne s'appliquait pas au logement, le comité ne pouvait poursuivre l'enquête.

<sup>b</sup> Le deuxième point soulève une question de droit relative-  
<sup>c</sup> ment au champ d'application de la Loi; de la réponse à cette question dépend toute l'autorité du comité chargé d'enquêter sur la plainte déclarant qu'il y a eu de la discrimination. La Loi ne prétend nullement placer cette question sous la compétence exclusive du comité; une décision erronée sur ce point ne permettrait pas à celui-ci de poursuivre l'enquête.

<sup>d</sup> À mon avis, l'appelant n'était pas tenu d'attendre la décision du comité d'enquête sur ce point avant de chercher, au moyen d'une demande d'ordonnance de prohibition, à le faire décider par une cour de justice, et la cour était compétente pour connaître de l'affaire. [Soulignement ajouté.]

<sup>e</sup> La requérante cite aussi des causes portant sur des lois de taxation municipale et où le contribuable n'a pas été privé du recours en contrôle judiciaire, bien que la loi d'habilitation prévoie des procédures d'appel: *Bennett & White (Calgary) Ltd. v. Municipal Dist. of Sugar City (No. 5)*, [1951] 4 D.L.R. 129 (P.C.); *Abel Skiver Farm Corporation c. Ville de Sainte-Foy et autre*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71 (C.A.). Dans le dernier arrêt, le juge Laycraft de la Cour d'appel de l'Alberta s'est prononcé en ces termes, en page 74:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Cependant le litige porterait-il sur la question de savoir si la contribuable est tenue ou non à la taxe en question, l'affaire serait alors susceptible de contrôle par une cour supérieure, car un organisme administratif créé par une loi provinciale ne saurait se voir déléguer le pouvoir de définir sa propre compétence. . . .

<sup>g</sup> Ont été également cités à ce propos *Crown Forest Indust. Ltd. v. Assessor of Area 24—Cariboo* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 397 (C.A.); *RivTow Industries Ltd. v. British Columbia (Assessor of Area # 01-Saanich-Capital)* (1989), 55 D.L.R. (4th) 447 (C.S.C.-B.).

FINDINGS

It appears quite evident, from the array of cases dealing with the pre-emptive right of a superior court to come to grips with a legal challenge as against the more orthodox appeal processes, that rules and principles on the issue are somewhat conflicting.

As examples, the *Parsons* case (*supra*) dealing with income tax assessments and decided in 1984 was followed by *W.T.C. Western Technologies Corp. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 110 (F.C.T.D.) and *Bechthold Resources Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 195 (F.C.T.D.), both decided two years later in 1986 and which seem to have reached different conclusions. Whatever conflict there was, however, seems to have been laid to rest by the Federal Court of Appeal in *Optical Recording Corp.* (*supra*).

Much has also been written by judges when dealing with assessment and taxation statutes under provincial jurisdiction. When analyzing the cases submitted by applicant's counsel in this respect, one must be wary of relying too much on judicial comment taken somewhat out of context. In my view, the surrounding circumstances of each case must be taken into consideration.

It was said by Beetz J. in the *Abel Skiver Farm Corporation* case (*supra*) at page 424, that in matters where the assessment is a nullity or the taxing authority commits acts which are *ultra vires*, the door is open to seek a remedy via a superior court route and it does not matter that no use was made of the expeditious and special actions provided by law, if they were available; further, that it does not matter, if such actions were used, that they failed. The rationale applied by Beetz J. appears to be that in matters of taxation and exemption, a taxpayer retains the right to go directly to a judicial forum which has the power to decide the matter with the force of *res judicata* (at page 437). Beetz J. also said, however, again at page 437, after outlining the general authority of boards of revision, that their terms are sufficiently general to allow a taxpayer to "complain of the roll as drawn up on the ground that the roll deprives it of the exemption to which it is entitled . . . and the members of

CONCLUSIONS SUR LA JURISPRUDENCE CITÉE

Il ressort des nombreuses causes portant sur le droit d'évocation en vertu duquel une cour supérieure connaît d'une contestation en justice en dehors des voies d'appel plus orthodoxes, que les règles et principes appliqués en la matière sont plutôt contradictoires.

Par exemple, l'arrêt *Parsons* (*supra*) rendu en 1984 dans une affaire de cotisation d'impôt sur le revenu, a été suivi dans les deux décisions *W.T.C. Western Technologies Corp. c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 110 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Bechthold Resources Ltd. c. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 195 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), qui ont été rendues l'une et l'autre deux ans plus tard, en 1986, et qui semblent parvenir à des conclusions différentes. Le conflit, si conflit il y avait, semble avoir été définitivement réglé par l'arrêt *Optical Recording Corp.* (ci-dessus) de la Cour d'appel fédérale.

Les lois provinciales de taxation et les cotisations établies sous leur régime ont fait l'objet de nombreux motifs de jugement. Dans l'analyse des précédents cités par l'avocat de la requérante à ce sujet, il faut se garder de s'en remettre aux conclusions citées quelque peu hors de contexte. À mon avis, il faut prendre en considération les faits et circonstances de chaque cas d'espèce.

Dans *Abel Skiver Farm Corporation* (ci-dessus), en page 424, le juge Beetz conclut que si la cotisation est de nullité absolue ou si l'autorité fiscale a commis des actes *ultra vires*, il est possible de saisir une cour supérieure, peu importe que le contribuable ait omis de se prévaloir des moyens expéditifs et spéciaux prévus par la loi si tant est qu'ils lui soient ouverts, et peu importe, s'il s'en est prévalu, qu'il ait échoué. Cela tient à ce qu'en matière de taxation et d'exemption, le contribuable conserve le droit de s'adresser d'abord à une juridiction qui a le pouvoir de trancher la question avec la force de la chose jugée (page 437). Cependant, après avoir évoqué le pouvoir général des bureaux de révision, le juge Beetz fait aussi observer, toujours en page 437, que les textes sont suffisamment généraux pour permettre à un contribuable de «se plaindre du rôle tel que préparé au motif que ce rôle le prive de l'exemption à laquelle il a droit . . . et les membres du conseil ou du bureau de

the council or the board of revision must take this complaint under consideration.”

In the *Barron* case (*supra*), the Alberta Court of Appeal stated at pages 73-74 that assessment tribunals have a right to be wrong, so long as they are acting within the boundaries of their statutory jurisdiction, and if so acting, the courts have no power to review it. It is only otherwise that the issue is reviewable.

My preliminary review from the foregoing cases is that it confirms the jurisdiction of a superior court to hear a case by way of evocation or judicial review when a fundamental issue of validity or excess of jurisdiction is raised. As will be observed later on, however, the issues argued before this Court are not exclusively founded on the Court’s jurisdiction to hear a section 18 application.

On the issue of jurisdiction as set out in section 18.5 of the *Federal Court Act*, I have grave doubts that the conditions therein contained have been met to oust the jurisdiction of this Court to entertain an application under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. The text of this section appears to limit its scope not only to specific appeal processes to a court, or to Treasury Board, or to Governor in Council, but their provisions must be contained in an Act of Parliament. It can of course be argued that an Indian band council by-law, approved by the Minister under section 83 of the *Indian Act* and which complies with a taxation appeal requirement under subsection 83(3), makes of such an appeal provision one conferred by an Act of Parliament. If one refers, as did the respondents, to section 2 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21], to the effect that a “regulation” includes a by-law “made or established in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act”, an argument may be made that the legislative purpose of section 18.5 of the *Federal Court Act* can only be met by the conclusion that the taxation appeal provision in the by-laws are pursuant to or under an “Act of Parliament”.

révision doivent prendre cette plainte en considération».

Dans *Barron* (ci-dessus), la Cour d’appel de l’Alberta conclut, en page 714, que les tribunaux de révision des cotisations ont le droit d’avoir tort tant qu’ils n’excèdent pas leur compétence légale et que, dans ce cas, les tribunaux judiciaires n’ont aucun pouvoir de contrôle. Ce n’est que dans le cas contraire que leur décision est susceptible de contrôle judiciaire.

La conclusion préliminaire que je tire de la jurisprudence citée est que celle-ci confirme la compétence d’une cour supérieure pour se saisir du litige par exercice de son droit d’évocation ou de son pouvoir de contrôle lorsque le litige porte sur la question fondamentale de la validité de la taxe ou de l’excès de compétence. Cependant, comme nous le verrons plus loin, les motifs invoqués en l’espèce ne sont pas exclusivement fondés sur la compétence de la Cour pour entendre la requête fondée sur l’article 18.

En ce qui concerne la question de la compétence, telle qu’elle est visée à l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, je doute fort que les conditions qui y sont prévues aient été réunies pour que cette Cour ne soit pas en mesure de connaître d’une demande fondée sur l’article 18.1 [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5]. La formulation de cet article en limite l’application non seulement aux appels proprement dits aux juridictions fédérales expressément désignées, au Conseil du Trésor ou au gouverneur en conseil, mais encore aux matières expressément prévues par une loi fédérale. Il est certainement possible de soutenir qu’un règlement administratif de conseil de bande indienne, approuvé par le Ministre en application de l’article 83 de la *Loi sur les Indiens* et qui est conforme à la prescription du paragraphe 83(3) en matière de contestation de la taxation, fait de cette disposition relative aux contestations un texte de loi fédéral. Si on se réfère, comme l’ont fait les intimés, à l’article 2 de la *Loi d’interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21], aux termes duquel «règlement» s’entend également du règlement administratif «pris dans l’exercice d’un pouvoir conféré sous le régime d’une loi fédérale», il est possible de soutenir que l’objectif législatif de l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut être atteint que si on conclut que la disposition du règlement administratif relative à la con-

That argument merits some consideration, but in view of the alternative conclusion I have reached, I should leave that debate to another place and another time.

#### THE PURPOSE AND SCOPE OF JUDICIAL REVIEW

The increasing involvement of superior courts in supervising the functions of inferior tribunals and to make sure that their authority is exercised according to law makes us overlook at times that their origins were in terms of prerogative writs obtainable in courts of equity and being the expression of royal authority over the administration of justice. Reflecting the historical traditions of the past, these writs were and have since continued to be known by their ancient Latin words of *certiorari*, *mandamus* and *quo warranto*. The fact that the whole package is now known under the generic term of judicial review does not affect their basic characteristics of allowing an intervention by superior courts when no other process is available to grant relief from any alleged denial of natural justice, error of law or jurisdiction, or manifest error in the findings of inferior tribunals.

There is no doubt that as the common law became more and more codified and the administration of these laws became more and more entrusted to administrative bodies exercising both policy and judicial functions, with many of them enjoying privative clauses, the jealously-guarded role of superior courts was not to be diminished. And so what was hitherto known as an exceptional and extraordinary procedure, judicial review has now become commonplace.

The basic characteristic, however, of judicial review providing an exceptional or extraordinary remedy must necessarily be maintained. It can only be maintained when no other effective recourse is open to a litigant. Absent any statutory bar to jurisdiction, and section 18.5 of the *Federal Court Act* is one of them, the relief which a court may grant by way of judicial review remains essentially discretion-

testation en matière fiscale a été prise en application ou sous le régime d'une «loi fédérale».

Cet argument mérite examen mais, vu la conclusion que j'ai tirée à la lumière d'un autre facteur, je dois en laisser le soin à une autre juridiction, à l'occasion d'une autre affaire.

#### LE BUT ET LA PORTÉE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

L'intervention croissante de la part des cours supérieures pour surveiller les fonctions des tribunaux administratifs inférieurs et pour veiller à ce qu'ils exercent leurs pouvoirs conformément à la loi, nous fait parfois oublier que ces tribunaux ont leur origine dans les brefs de prérogative qu'accordaient les cours d'*equity* et qui étaient l'expression de l'autorité royale sur l'administration de la justice. À l'image des traditions du passé, ces brefs étaient et sont toujours connus par les termes latins de *certiorari*, de *mandamus* et de *quo warranto*. Qu'ils soient maintenant regroupés dans la catégorie générique du contrôle judiciaire ne change en rien leur caractéristique première, qui est de permettre l'intervention des cours supérieures dans les cas où il n'y a aucun autre recours contre le déni de justice naturelle, l'erreur de droit ou de compétence, ou l'erreur manifeste dans les conclusions des tribunaux administratifs inférieurs.

À mesure que les règles de common law deviennent de plus en plus codifiées, et que l'administration en est de plus en plus confiée aux organismes administratifs exerçant à la fois des fonctions exécutives et judiciaires, et dont plusieurs sont protégés par des dispositions privatives, il ne faut certainement pas que le rôle jalousement gardé des cours supérieures en soit diminué. C'est ainsi que le contrôle judiciaire, jusqu'ici recours exceptionnel et extraordinaire, est devenu fort courant.

Il faut cependant préserver la caractéristique fondamentale du contrôle judiciaire, qui est celle d'un recours exceptionnel ou extraordinaire. Ce recours ne peut être exercé qu'en l'absence de toute autre voie de droit utile. Sauf incompétence prévue par un texte de loi, tel l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le redressement que peut accorder une cour par voie de contrôle judiciaire demeure essentiellement discrétion-

ary. On such an application, a court must view all the circumstances of the case and decide if any other recourse or remedy is available. Such a recourse is of course usually by way of an appeal. As stated by Culliton J.A., in *Wilfong, Re Cathcart v. Lowery* (1962), 32 D.L.R. (2d) 477 (Sask. C.A.), the practice is to decline jurisdiction where there is a right of appeal, except under special circumstances.

In *Public Service Alliance of Canada et al. v. Canada (Treasury Board) et al.* (1990), 36 F.T.R. 182 (F.C.T.D.), a number of public servants who had participated in a sit-in strike of government offices were disciplined and financial penalties were imposed on them. Moreover, Treasury Board had provided to set-off or collect these penalties by way of deduction from the public servants' bi-monthly paycheques. The parties then agreed to come before the Court by way of a stated case for declaratory judgments on both the issue of legality of the fines imposed and the issue of the right to claim set-off under the provisions of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11]. The Court declined to hear the case.

The Court stated that notwithstanding the agreement between the parties to proceed by way of an action for declaratory relief, it should, *ex proprio motu*, adhere to and have respect for the grievance and arbitration procedures which Parliament had established under the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35].

#### DISCRETIONARY ASPECTS

As will be seen from the foregoing observations, the issue before this Court is not whether I have jurisdiction in the matter, but whether it might be preferable to have it debated in accordance with the appeal procedures set out in the by-laws.

The principle of curial deference has been aptly set out by Anglin J. of the Supreme Court of Canada in *Lethbridge, City of, v. Can. West. Nat. Gas, L., H. & P. Co.*, [1923] S.C.R. 652, at page 659, as follows:

tionnaire. Saisie d'un recours à cet effet, la cour doit examiner tous les faits et circonstances de la cause et décider s'il n'y a pas quelque autre recours ou voie de droit. Il va de soi que cette voie de droit est habituellement l'appel proprement dit. Comme le juge Culliton de la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a fait observer dans *Wilfong, Re Cathcart v. Lowery* (1962), 32 D.L.R. (2d) 477 (C.A. Sask.), il est d'usage de décliner compétence quand un droit d'appel existe, sauf cas exceptionnel.

Dans *Alliance de la Fonction publique du Canada et autres c. Canada (Conseil du Trésor) et autres*, (1990), 36 F.T.R. 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), certains fonctionnaires qui avaient participé à une grève avec occupation de bureaux ont fait l'objet de mesures disciplinaires sous forme de sanctions pécuniaires, dont le Conseil du Trésor avait prévu la défalcation de leurs chèques de paye bimensuels. Les parties sont convenues de demander, par exposé de cause, à la Cour de rendre un jugement déclaratoire sur la légalité des amendes et sur le droit d'en opérer la défalcation en application des dispositions de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11]. La Cour a refusé d'entendre l'affaire.

Elle a déclaré que malgré l'accord conclu entre les parties pour procéder par voie d'action en jugement déclaratoire, elle doit, de son propre chef, respecter les procédures de grief et d'arbitrage que le législateur a instaurées par la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-35].

#### LE CARACTÈRE DISCRÉTIONNAIRE DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE

Il découle des observations ci-dessus que la question à trancher par la Cour n'est pas de savoir si j'ai compétence en l'espèce, mais de savoir s'il ne serait pas préférable que l'affaire soit débattue dans le cadre des procédures de contestation établies par les règlements administratifs en question.

Le principe de la non-intervention des tribunaux judiciaires a été éloquemment défini par le juge Anglin de la Cour suprême du Canada dans *Lethbridge, City of, v. Can. West. Nat. Gas, L., H. & P. Co.*, [1923] R.C.S. 652, à la page 659, comme suit:

Out of respect for the legislature and to carry into effect the spirit, if not the letter, of its policy, as expressed in the Public Utilities Act, the courts, although they may not have been denuded of jurisdiction to entertain such an action as that now before us, should, I think, decline to exercise that jurisdiction, if they possess it, and should relegate the parties to the board which the legislature has constituted to deal with such cases and has clothed with powers adequate to enable it to do full and complete justice in the premises.

The same doctrine was endorsed in the more recent case of *Terrasses Zarolega Inc. et al. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94, when the Supreme Court of Canada was asked to consider whether a superior court had jurisdiction to interpret, by way of declaratory judgment, the terms of reference of an arbitration committee created under a special statute. The Supreme Court quoted with approval the judgment of the Quebec Court of Appeal [[1979] C.A. 497] which said, at page 103:

[TRANSLATION] I am of the view that the Superior Court should not intervene by a declaratory judgment when the legislator has specifically provided that the matter is to be decided by some other tribunal.

I think it can be said that Canadian authorities is to the effect that the Superior Court should not use its declaratory power when a lower tribunal has been created by the legislature to decide on some particular issue.

Admittedly, the doctrine of curial deference is not a closed book. As was stated by Chouinard J. of the Supreme Court of Canada in *Commission des accidents du travail du Québec v. Valade*, [1982] 1 S.C.R. 1103, at page 1105:

It follows that the existence of a right of appeal . . . does not in itself have the effect of excluding the remedy in evocation. [Underlining added.]

This opinion was also expressed by Professor John Kavanagh in *A Guide to Judicial Review* (1984), 2nd edition, Carswell, at page 131, in the following words:

There is no hard and fast rule requiring a person to exhaust administrative remedies or a statutory right of appeal unless a statute so provides, that is, makes clear that the right of appeal is intended to be the exclusive remedy for reviewing the decision of the inferior body.

It is by reason of the discretionary aspect of section 18 remedy or of judicial review generally that, in my

[TRADUCTION] Par respect pour le législateur et pour donner effet à l'esprit sinon à la lettre de sa politique, telle qu'elle s'exprime par la loi dite Public Utilities Act, je pense que les tribunaux judiciaires, même s'ils ont compétence pour connaître des actions telles que celle dont nous sommes saisis, devraient refuser d'exercer cette compétence et renvoyer les parties devant la commission administrative que le législateur a créée pour connaître de ces affaires et qu'il a investie de pouvoirs suffisants pour lui permettre de rendre pleinement justice en la matière.

Le même principe a été récemment repris dans *Terrasses Zarolega Inc. et autres c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94, où la Cour suprême du Canada était appelée à examiner si une cour supérieure avait compétence pour interpréter, par voie de jugement déclaratoire, le mandat d'un comité d'arbitrage créé par une loi spéciale. La Cour suprême a cité avec approbation, en page 103, le jugement de la Cour d'appel du Québec [[1979] C.A. 497], qui conclut comme suit:

Je suis d'opinion que la Cour supérieure ne doit pas intervenir par jugement déclaratoire quand le législateur a spécifiquement prévu un autre tribunal pour décider d'une question.

Je crois que l'on peut affirmer que la jurisprudence canadienne est à l'effet que la Cour supérieure n'utilisera pas son pouvoir déclaratoire lorsqu'un tribunal inférieur a été créé par le législateur pour adjuger sur une question particulière.

Il est généralement admis que la doctrine de la non-intervention des tribunaux judiciaires n'est pas une doctrine rigide. Ainsi que l'a fait remarquer le juge Chouinard de la Cour suprême dans *Commission des accidents du travail du Québec c. Valade*, [1982] 1 R.C.S. 1103, en page 1105:

Il s'ensuit qu'un droit d'appel à la Commission des affaires sociales n'a pas pour effet en soi d'exclure le recours à l'évocation. [Soulignement ajouté.]

Le même avis a été exprimé par le professeur John Kavanagh dans *A Guide to Judicial Review* (1984), 2<sup>e</sup> édition, Carswell, à la page 131, en ces termes:

[TRADUCTION] Il n'existe aucune règle rigide qui oblige à épuiser les recours administratifs ou le droit d'appel légal à moins qu'une loi n'en fasse une obligation, c'est-à-dire qu'elle ne spécifie que l'appel est le seul recours contre la décision de l'organisme administratif inférieur.

C'est en raison de la nature discrétionnaire du recours prévu à l'article 18 ou du contrôle judiciaire



view, various courts have ascribed various grounds to exercise their discretion one way or the other. One of these grounds is the availability of an appeal process which can effectively or efficiently deal with the issues involved. This particular point was raised by the applicant's counsel in argument, who expressed some doubts that a board or a court of revision under the by-laws could assure the applicant of fairness and impartiality.

Other grounds may be raised as well, i.e. that an appeal is no longer available to an applicant because it has become untimely. Interestingly enough, McRuer C.J.H.C. faced a somewhat analogous situation in *Atikokan, Ex p.*, [1959] O.W.N. 200 (H.C.), when the township involved had objected to a hearing before the court of revision on grounds of lack of jurisdiction. The tribunal had nevertheless heard the appeal and decided in favour of the appellants. The township did not appeal this decision but applied to the High Court for an order to quash.

McRuer C.J.H.C. refused to hear the application. The Chief Justice noted that the legislature had provided a means of having all differences resolved in the Court of Appeal and it would be improper to grant *certiorari* when this course was open to the township. The Chief Justice further noted that the statute involved provided limitation periods for exercising rights of recourse to the courts. The time for the exercise of these rights had expired. To ask the Court to exercise its extraordinary jurisdiction by way of *certiorari* was to put on the respondents the responsibility of taking the course by way of appeal that was open to the applicant in the first instance.

The reluctance of courts to provide prerogative remedy when appeals are provided was also expressed in *London Gardens Ltd. and Township of Westminster, Re* (1975), 9 O.R. (2d) 175 (Div. Ct.); *Foster v. Township of St. Joseph*, [1917] 39 O.L.R. 114; affirmed by Court of Appeal at [1917] 39 O.L.R. 525; *Goderich Roman Catholic Separate School Trustees and Town of Goderich, Re*, [1923] 53 O.L.R. 79 (App. Div.).

qu'à mon avis, divers tribunaux judiciaires ont invoqué différents motifs pour exercer leur pouvoir discrétionnaire d'une façon ou d'une autre. Un de ces motifs repose sur la question de savoir s'il existe un processus d'appel qui permette de trancher effectivement ou efficacement le litige. Ce point a été souligné par l'avocat de la requérante dans son argumentation, qui exprimait le doute qu'une commission ou un tribunal de révision établi dans le cadre de ces règlements administratifs puisse assurer à la requérante justice et impartialité.

D'autres motifs peuvent également être invoqués, par exemple celui que le requérant ne peut plus faire appel pour cause d'expiration du délai. Le juge en chef McRuer de la Haute Cour a été saisi d'une question semblable dans la cause *Atikokan, Ex p.*, [1959] O.W.N. 200 (H.C.), dans laquelle le canton concerné avait invoqué l'incompétence pour s'opposer à une audition devant le tribunal de révision. Celui-ci avait quand même entendu l'appel et fait droit aux appelants. Le canton n'a pas interjeté appel de cette décision mais a demandé à la Haute Cour de l'annuler par voie d'ordonnance.

Le juge en chef McRuer de la Haute Cour a refusé d'entendre la requête, concluant que le législateur avait prévu le moyen de résoudre tous les litiges devant la Cour d'appel et qu'il n'y avait pas lieu d'accorder un bref de *certiorari* alors que l'appel était ouvert à l'administration cantonale. Il a noté en outre que la loi applicable prévoyait un délai pour l'exercice du recours devant les tribunaux judiciaires, et qu'en l'espèce, ce délai était expiré. Demander à la Cour d'exercer sa compétence extraordinaire par bref de *certiorari* reviendrait à décharger sur les intimés l'obligation de faire appel, appel qui était ouvert au requérant en premier lieu.

La répugnance des tribunaux judiciaires à accorder un bref de prerogative lorsque le droit d'appel est prévu a été encore exprimée dans *London Gardens Ltd. and Township of Westminster, Re* (1975), 9 O.R. (2d) 175 (C. div.); *Foster v. Township of St. Joseph*, [1917] 39 O.L.R. 114; confirmé par la Cour d'appel, [1917] 39 O.L.R. 525; *Goderich Roman Catholic Separate School Trustees and Town of Goderich, Re*, [1923] 53 O.L.R. 79 (Div. app.).

I have reviewed the assessment by-laws adopted by each of the several band councils. With the exception of the Matsqui Indian Band, each of these by-laws have identical appeal provisions.

Section 40 of the by-law provides for the appointment of a Board of Review to which any person may appeal on grounds of an error or omission in the assessment roll.

Section 45(1) empowers the Board of Review, among other things, to direct amendments to the assessment roll necessary to give effect to its decisions.

Section 60 provides for an appeal from the Board's decision to the Federal Court of Canada.

The Matsqui Indian Band assessment by-law has somewhat more elaborate appeal processes.

Section 27 provides for the establishment of courts of revision.

Section 28(A) opens the door to an appeal to the courts of revision to any person who alleges that an error or omission exists in the assessment roll.

Section 32(A) empowers these courts, among other things, to direct amendments to be made to the assessment roll necessary to give effect to their decisions.

Section 32(B) empowers the courts to issue summons to persons to attend as witnesses.

Section 35 provides for the establishment of an Assessment Review Committee.

Section 36 authorizes the Committee to hear all appeals from assessment notices.

Section 46 specifically empowers the Committee to hear all assessment appeals from courts of revision.

Section 47 gives the Committee power of inspection.

J'ai examiné les règlements de taxation adoptés par chacun des conseils de bande en cause. À l'exception de la bande indienne de Matsqui, tous ces règlements ont des dispositions identiques en matière de contestation.

*a*

Leur article 40 prévoit la nomination d'une commission de révision, à laquelle n'importe qui peut interjeter appel pour cause d'erreur ou d'omission dans le rôle d'imposition.

*b*

L'article 45(1) habilite notamment la commission de révision à ordonner d'apporter au rôle d'imposition les rectificatifs nécessaires pour donner effet à ses décisions.

*c*

L'article 60 prévoit l'appel de la décision de la commission de révision à la Cour fédérale du Canada.

*d*

Le règlement de taxation de la bande indienne de Matsqui prévoit un processus de contestation un peu plus complexe.

*e*

L'article 27 prévoit la création de cours de révision.

*f*

L'article 28(A) donne le droit de faire appel aux cours de révision à quiconque fait valoir une erreur ou une omission dans le rôle d'imposition.

*g*

L'article 32(A) habilite notamment ces cours à ordonner d'apporter au rôle d'imposition les rectificatifs nécessaires pour donner effet à leurs décisions.

L'article 32(B) les habilite à assigner les témoins.

*h*

L'article 35 prévoit la création d'un comité de révision des cotisations.

*i*

L'article 36 habilite ce comité à connaître des appels contre les avis de cotisation.

L'article 46 l'habilite expressément à connaître de tous les appels contre les décisions des cours de révision en matière de cotisations.

*j*

L'article 47 l'investit du pouvoir d'inspection.

Section 51(A) provides that the Committee may exercise all the powers of the courts of revision.

Section 55(F) provides for a further right of appeal to the Federal Court of Canada from a Committee decision.

Section 56(A) authorizes the Committee, at any stage of the proceedings, to submit in the form of a stated case for the opinion of the Federal Court of Canada, a question of law arising in an appeal. The Committee is then directed to decide the appeal in accordance with the opinion.

Section 56(B) provides a similar recourse after a Committee's decision has been made.

Section 58(A) authorizes the Band Council, by way of a resolution, to extend any of the delays provided in the by-laws.

### CONCLUSIONS

On the face of the appeal provisions outlined in the foregoing assessment by-laws, I do not see where, as alleged by applicant's counsel, there is not available an effective appeal process where all the issues raised by the applicant may be brought forward. It is true, as pointed out by applicant's counsel, that the first group of by-laws to which I have referred provides in section 40(2) that boards of review shall consist of three members, only one of whom may be a member of the Indian band. Counsel argues bias. At best, this is a premature argument, no evidence being before me as to the composition of any board of review.

Although there is no direct evidence on the point, there is another aspect to the case which deserves mention. It is obvious, from an examination of all the material before me, that the whole legislative scheme found in the Indian band by-laws reflects extremely important policy issues. One need not be a participant in the scheme to observe the departure from long-established norms respecting the taxing of lands and improvements on Indian reserves. One can also presume that intensive discussions took place between public authorities in British Columbia, the federal authorities at Ottawa and, for that matter, the Indian bands concerned, in setting up an elaborate system of

L'article 51(A) prévoit que le comité peut exercer tous les pouvoirs des cours de révision.

L'article 55(F) prévoit le droit d'interjeter appel de toute décision du comité devant la Cour fédérale du Canada.

L'article 56(A) habilite le comité à soumettre à la Cour fédérale du Canada, sous forme d'exposé de cause et en tout état de la procédure, toute question de droit qui se pose dans le cadre d'un appel. Le comité est tenu de trancher ensuite l'appel conformément à la conclusion de la Cour fédérale.

L'article 56(B) prévoit un recours de même nature après que le comité a rendu une décision.

L'article 58(A) habilite le conseil de la bande à prolonger, par voie de résolution, tout délai prévu au règlement administratif.

### CONCLUSIONS

Les dispositions en matière de contestation des règlements de taxation ci-dessus ne renferment rien qui permette de conclure, comme le prétend la requérante par son avocat, qu'il n'y a aucun processus d'appel efficace pour trancher toutes les questions qu'elle soulève. Il est vrai, comme le fait remarquer son avocat, que le premier groupe de règlements cités ci-dessus prévoit à l'article 40(2) que les commissions de révision seront composées de trois membres, dont un seul pourra être un membre d'une bande indienne. Cet avocat en conclut au parti pris. Cet argument est, au mieux, prématuré, aucune preuve n'ayant été produite quant à la composition d'une commission de révision quelconque.

Bien qu'aucun témoignage ou preuve direct n'ait été produit à ce propos, il y a un autre aspect de l'affaire qui mérite examen. Il ressort de la documentation versée aux débats que le régime réglementaire établi par les règlements administratifs des bandes indiennes concernées traduit des questions politiques extrêmement importantes. Point n'est besoin d'être une partie à ce régime pour observer l'abandon de normes établies de longue date en matière d'imposition des terres et améliorations dans les réserves indiennes. On peut aussi présumer que des négociations intensives ont eu lieu entre les autorités publiques en Colombie-Britannique, les autorités

assessment and taxation. I conclude that effectively, the provincial authorities, as a policy matter, have relinquished their historical field of taxation over reserve lands and, with the collaboration of the federal authorities in giving the force of law to the by-laws pursuant to section 83 of the *Indian Act*, have clothed the respective Indian band councils with the mantle of legitimacy in running their own system of taxation. It leads me to conclude that for purposes of settling the issue before me, it would not be in the public interest and it would not favour public policy at this time to bypass the appeal provisions in the by-laws.

The third aspect I should mention is that the applicant is not challenging a tax assessment when its lands and improvements have hitherto been exempt from taxation. As I view the scheme before me, the effect on the applicant is simply to substitute one taxing authority for another. I have respect of course for the applicant's argument that because its lands are not "reserve lands", there is no statutory authority provided to Indian band councils to tax them. However, in my view, whether or not any lands are subject to taxation or exempt from taxation comes within the terms of reference of the appeal provisions and these provisions should be respected. In this respect, I should observe that contrary to applicant's argument, the term "évaluation" in the French text of subsection 83(3) of the *Indian Act* is the accepted equivalence of "assessment" and in no way restricts the field of enquiry of an appeal tribunal.

I should also refer to certain observations I made at the conclusion of the hearing before me in Vancouver, that it would be expected that the parties would make every effort to have the issues brought before boards of review as expeditiously as possible, especially as the by-laws set out delays for filing of appeals. Since that time, the Court has received certain undertakings from the respondents and their counsel to which the applicant's counsel has taken various objections. I should make no findings on the merits of this exchange between counsel. The appli-

fédérales à Ottawa et, de fait, les bandes indiennes concernées, pour la mise en place d'un système complexe d'évaluation et de taxation. Je conclus qu'en fait, les autorités provinciales ont, sur le plan de la politique générale, renoncé à leur pouvoir d'imposition traditionnel sur les terres de réserve et, avec la collaboration des autorités fédérales dans l'application des règlements administratifs pris sous le régime de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*, ont légitimé le pouvoir des conseils respectifs des bandes indiennes concernées d'administrer leur propre système de taxation. J'en conclus que pour résoudre ce litige, il ne serait pas conforme à l'intérêt public ni n'y contribuerait en cet état de la cause, de passer outre aux dispositions relatives aux contestations des règlements administratifs en cause.

Le troisième point que je dois mentionner est que la requérante ne conteste pas en l'espèce une cotisation parce que ses terres et améliorations étaient jusqu'ici exemptées d'impôt. Tel que je le vois, le régime fiscal en cause a pour seul effet sur la requérante de remplacer une autorité fiscale par une autre. Je respecte certainement son argument que les terres dont il s'agit ne sont pas des «terres de réserve», et qu'aucune loi n'habilite les conseils de bande indienne à les imposer. À mon avis cependant, que ces terres soient imposables ou exemptées d'impôt, cette question tombe dans le champ d'application des dispositions sur les contestations, lesquelles dispositions doivent être respectées. À cet égard, je dois faire observer que contrairement à l'argument de la requérante, le terme «évaluation» figurant dans le texte français du paragraphe 83(3) de la *Loi sur les Indiens* est l'équivalent accepté du terme anglais «assessment» et n'a nullement pour effet de circonscire la compétence d'une commission d'appel.

Je dois aussi rappeler certaines observations que j'ai faites à la clôture de l'audience à Vancouver, savoir que les parties devraient faire tous les efforts pour saisir les commissions de révision le plus diligemment possible, d'autant que les règlements en cause prévoient un délai d'appel. Depuis cette date, la Cour a reçu certains engagements des intimés et de leurs avocats, engagements auxquels l'avocat de la requérante a opposé diverses objections. Je ne me prononcerai pas sur le fond de cet échange entre avocats. La requérante a eu l'initiative de l'action et, à

cant has had the carriage of the action and I should view the band council resolution from the Matsqui Indian Band as enough to provide the applicant with the necessary relief from an untimely appeal. Other recourses are of course available to the applicant with respect to the assessments from the other respondents.

Finally, I observe that section 18 motions, as for all prerogative writ applications, are heard summarily. It seems to me that a board or court of revision is a better forum to receive and consider all the evidence material to the issue. It is not presumptuous of me to imagine that the respondents have built up some armour to respond to the main thrust of the applicant's case and that the enquiry might be extensive and far-reaching. Whatever the decision below, it is probable that the Federal Court would be called upon to deal with an appeal from it. In that respect, it may be generally stated that the field of enquiry of an appeal court and the remedies available to it are far more extensive than those available in *certiorari* proceedings.

For all the foregoing reasons, I would allow the respondents' motion to strike, the whole with costs.

mon avis, la résolution prise par le conseil de la bande indienne de Matsqui est suffisante pour protéger la requérante contre un appel tardif. D'autres recours lui sont bien entendu ouverts pour ce qui est des cotisations établies par les autres intimés.

Enfin, il faut noter que, comme pour tous les autres recours en bref de prérogative, les requêtes fondées sur l'article 18 sont soumises à une procédure sommaire. Il me semble qu'une commission ou un tribunal de révision serait une juridiction plus indiquée pour recevoir et examiner tous les témoignages et preuves se rapportant au litige. Il ne serait pas présomptueux de ma part d'imaginer que les intimés ont réuni des arguments contre le motif central de contestation de la requérante, et que les questions à examiner pourraient avoir une très grande portée. Quelle que soit la décision de la juridiction inférieure, il est probable qu'elle serait portée en appel devant la Cour fédérale. À cet égard, on peut dire que les questions que peut examiner une juridiction d'appel et les mesures de réparation qu'elle peut ordonner sont bien plus étendues que dans une procédure de *certiorari*.

Par ces motifs, je fais droit à la fin de non-recevoir des intimés, le tout avec dépens.

A-991-90

A-991-90

**Gertrude Arthur (Applicant)****Gertrude Arthur (requérante)**

v.

c.

**Minister of Employment and Immigration (Respondent)****a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: ARTHUR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)****b RÉPERTORIÉ: ARTHUR c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, MacGuigan and Linden J.J.A. and Gray D.J.—Toronto, October 21; Ottawa, November 2, 1992.

Cour d'appel, juges MacGuigan et Linden, J.C.A., et juge suppléant Gray—Toronto, 21 octobre; Ottawa, 2 novembre 1992.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Participation of immigration adjudicator at credible basis hearing on refugee claim after earlier participation at claimant's detention review hearing not, per se, giving rise to reasonable apprehension of bias — No predisposition by adjudicator as to claimant's credibility amounting to prejudgment of second hearing.*

*c Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — La participation d'un arbitre de l'immigration à une audience relative au fondement de la revendication du statut de réfugié alors qu'il avait participé à la révision des motifs de la garde de la requérante ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité — Aucun parti pris de la part de l'arbitre sur la franchise générale de la requérante qui équivaldrait à préjuger l'issue de la seconde audience.*

*Judicial review — Reasonable apprehension of bias — Participation of immigration adjudicator in refugee claim credible basis hearing claim after earlier participation at claimant's detention review hearing not, per se, giving rise to reasonable apprehension of bias — Other factors indicating predisposition by adjudicator as to issue to be decided on second hearing might do so — Important considerations: relationship of issues at two hearings and finality of second decision — No predisposition by adjudicator as to claimant's credibility amounting to prejudgment of second hearing.*

*d e f Contrôle judiciaire — Crainte raisonnable de partialité — La participation d'un arbitre de l'immigration à une audience relative au fondement de la revendication du statut de réfugié alors qu'il avait participé à la révision des motifs de la garde de la requérante ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité — D'autres facteurs qui témoignent d'un parti pris de l'arbitre à l'égard de la question à résoudre à la seconde audience pourraient susciter une telle crainte — Facteurs importants: le rapport entre les questions sur lesquelles portent les deux audiences et le caractère définitif de la seconde décision — Aucun parti pris de la part de l'arbitre sur la franchise générale de la requérante qui équivaldrait à préjuger l'issue de la seconde audience.*

The immigration adjudicator at a detention review hearing made a negative decision as to the applicant's credibility and concluded that she should remain in detention to ensure her presence at the resumption of the inquiry. The same adjudicator later participated, despite the reasonable apprehension of bias objection raised by the applicant, in the credible basis hearing on the applicant's refugee claim. The adjudicator and the member of the Refugee Division found that the claim to refugee status lacked a credible basis. The principal issue in this section 28 application was whether the participation of the adjudicator in the credible basis hearing after his earlier participation at the claimant's detention review hearing gave rise to a reasonable apprehension of bias.

*g h i* À la révision des motifs de la garde, l'arbitre de l'immigration a rendu une décision négative selon laquelle la requérante n'était pas digne de foi et devait demeurer sous garde pour garantir sa présence à la reprise de l'enquête. Le même arbitre a ensuite participé, en dépit de l'objection de crainte raisonnable de partialité soulevée par la requérante, à l'audience relative au fondement de la revendication du statut de réfugié de la requérante. L'arbitre et le membre de la division du statut de réfugié ont conclu que la revendication du statut de réfugié n'avait pas de fondement. Dans cette requête fondée sur l'article 28, il s'agissait essentiellement de savoir si le fait qu'un arbitre de l'immigration participe à l'audience relative au fondement de la revendication du statut de la requérante, alors qu'il avait participé à la révision des motifs de la garde de cette dernière, suscite une crainte raisonnable de partialité.

*Held*, the application should be dismissed.

*Arrêt*: la demande est rejetée.

The most accurate statement of the law would appear to be that the mere fact of a second hearing before the same adjudicator, without more, does not give rise to reasonable apprehen-

*j* L'énoncé le plus juste de la règle de droit paraîtrait être que le seul fait qu'une seconde audience soit tenue devant le même arbitre ne suscite pas, à lui seul, de crainte raisonnable de par-

sion of bias, but that the presence of other factors indicating a predisposition by the adjudicator as to the issue to be decided on the second hearing may do so. A consideration of major significance is the relationship of the issues on the two hearings, and another is the finality of the second decision.

On the facts of the instant case, the Court was unable to detect any predisposition by the adjudicator on the applicant's general credibility such as to amount to prejudgment of the result of the second hearing.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1968] 1 Ex. C.R. 443; *Re Vance and Hardit Corp. et al.* (1985), 53 O.R. (2d) 183; 18 Admin. L.R. 111; 12 O.A.C. 223 (Div. Ct.); *Fogel v. Min. of Manpower & Immigration*, [1975] F.C. 121; (1975), 7 N.R. 172 (C.A.); *Tomko v. N.S. Labour Relations Board; Canatom Mon-Max; Labourers' International Union of North America, Local 1115; and the Attorney General of N.S.* (1974), 9 N.S.R. (2d) 277 (S.C.); affd on this point *sub nom. Tomko v. Labour Relations Board (N.S.) et al.*, [1977] 1 S.C.R. 112; (1975), 14 N.S.R. (2d) 191; 69 D.L.R. (3d) 250; 76 C.L.L.C. 14,005; 10 N.R. 35 (English); 7 N.R. 317 (French); *Re Kinaschuk and Weiser* (1983), 3 D.L.R. (4th) 521 (B.C.S.C.); *Pursley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 211 (F.C.T.D.); *Re Rosario*, [1985] C.S. 290; (1984), 10 Admin. L.R. 90 (Que. S.C.); *Re Klydel Holdings Inc. et al. and Ontario Municipal Board et al.* (1979), 10 O.M.B.R. 203 (Ont. Div. Ct.).

##### DISTINGUISHED:

*Re Hart and the Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 474 (Ont. H.C.J.).

##### REFERRED TO:

*Huziak v. Andrychuck J.M.C.* (1977), 1 C.R. (3d) 132 (Sask. Q.B.).

tialité; toutefois, d'autres facteurs qui témoignent d'un parti pris de l'arbitre à l'égard de la question à résoudre à la seconde audience pourront susciter une telle crainte. Le rapport entre les questions sur lesquelles portent les deux audiences sera un facteur important à considérer, tout comme le caractère définitif de la seconde décision.

D'après les faits de l'espèce, la Cour n'a pas pu déceler le moindre parti pris de la part de l'arbitre sur la franchise générale de la requérante qui équivaldrait à préjuger l'issue de la seconde audience.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

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

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1968] 1 R.C.É. 443; *Re Vance and Hardit Corp. et al.* (1985), 53 O.R. (2d) 183; 18 Admin. L.R. 111; 12 O.A.C. 223 (C. div.); *Fogel c. Min., Main-d'œuvre et Immigration*, [1975] C.F. 121; (1975), 7 N.R. 172 (C.A.); *Tomko v. N.S. Labour Relations Board; Canatom Mon-Max; Labourers' International Union of North America, Local 1115; and the Attorney General of N.S.* (1974), 9 N.S.R. (2d) 277 (C.S.); confirmé sur cette question par *Tomko c. Labour Relations Board (N.É.) et autres*, [1977] 1 R.C.S. 112; (1975), 14 N.S.R. (2d) 191; 69 D.L.R. (3d) 250; 76 C.L.L.C. 14,005; 10 N.R. 35 (anglais); 7 N.R. 317 (français); *Re Kinaschuk and Weiser* (1983), 3 D.L.R. (4th) 521 (C.S.C.-B.); *Pursley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 211 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Re Rosario*, [1985] C.S. 290; (1984), 10 Admin. L.R. 90 (C.S. Qué.); *Re Klydel Holdings Inc. et al. and Ontario Municipal Board et al.* (1979), 10 O.M.B.R. 203 (C. div. Ont.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Re Hart and the Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 474 (H.C.J. Ont.).

##### DÉCISION CITÉE:

*Huziak v. Andrychuck J.M.C.* (1977), 1 C.R. (3d) 132 (B.R. Sask.).

## AUTHORS CITED

Mullan, David. "Administrative Law" 1 *C.E.D.* (Ont. 3rd), §54, title 3.

APPLICATION under section 28 of the *Federal Court Act* attacking the decision of a credible basis tribunal on a refugee claim on the basis that the adjudicator had previously participated in claimant's detention review hearing thus giving rise to a reasonable apprehension of bias. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Daniel L. Winbaum* for applicant.  
*Leigh A. Taylor* for respondent.

## SOLICITORS:

*Gordner, Klein, Windsor*, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

MACGUIGAN J.A.: The principal issue in this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application is whether the participation of an immigration adjudicator in a credible basis hearing on a refugee claim, after his earlier participation in a detention review hearing for the same refugee claimant from Ghana, gives rise to a reasonable apprehension of bias.

It was argued by the applicant that the adjudicator clearly made a prior negative decision as to the applicant's credibility which carried over into his later decision at the credible basis hearing.

On the other hand, when the matter was raised by counsel for the applicant at the beginning of the credible basis hearing, the adjudicator refused to disqualify himself for the reasons that his previous decision was as to "a completely different issue" and that he and the member of the Refugee Board were "required to render our decision based on evidence presented to us at this inquiry" (Appeal Book I, at page 16).

## DOCTRINE

Mullan, David. «Administrative Law» 1 *C.E.D.* (Ont. 3rd), §54, title 3.

REQUÊTE fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* attaquant la décision d'un tribunal relative au fondement de la revendication du statut de réfugié au motif que l'arbitre ayant déjà participé à la révision des motifs de la garde de la requérante, il existerait une crainte raisonnable de partialité. Requête rejetée.

## AVOCATS:

*Daniel L. Winbaum* pour la requérante.  
*Leigh A. Taylor* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Gordner, Klein, Windsor*, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La présente requête fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)] soulève principalement la question suivante: le fait qu'un arbitre de l'immigration participe à l'audience relative au fondement de la revendication du statut de réfugié d'une ressortissante ghanéenne, alors qu'il avait participé à la révision des motifs de la garde de cette dernière, suscite-t-il une crainte raisonnable de partialité?

Selon la requérante, l'arbitre avait manifestement déjà conclu qu'elle n'était pas digne de foi, ce qui a influé sur la décision qu'il a rendue, par la suite, à l'audience relative au fondement de la revendication.

Par ailleurs, lorsque la conseillère de la requérante a soulevé la question au début de l'audience relative au fondement de la revendication, l'arbitre a refusé de se dessaisir du dossier puisque, d'une part, sa décision antérieure portait [TRADUCTION] «sur une question complètement différente» et parce que, d'autre part, lui et le membre de la section du statut de réfugié devaient [TRADUCTION] «rendre (leur) décision en se fondant sur la preuve qui (leur) était présentée à cette enquête» (dossier d'appel, vol. I, à la page 16).



I

The decision as to detention was made in the following words by the adjudicator at the hearing on June 5, 1990 (Appeal Book I, at pages 10-11):

ADJUDICATOR: Thank you. Ms. Arthur I now must make my decision as to whether or not you should remain in detention or whether or not I can be satisfied that you could be released. I must form my opinion on two factors only, they being whether or not you pose a danger to the public or whether or not you would appear for the resumption of your inquiry. There has been no suggestion that you pose a danger to the public therefore, my decision deals strictly with whether or not you would be likely to appear. According to your circumstances as outlined to me, it appears that you came to Canada and attempted to enter the United States in a fraudulent manner, that is in a manner misrepresenting your identity. Having purchased false documents in your home country in order to get into the United States. It appears that Canada was merely a stepping stone in order for you to attempt to illegally enter the United States. Your counsel has suggested that it is not uncommon for people from your country whether or not that is true I don't know, however, I have to gauge this with respect to our laws and how we conduct ourselves here in Canada. By attempting to enter both Canada and the United States in this manner, you do not appear to me to be a person who could necessarily be trusted if I were to release you, that you would return for your inquiry. As a result of these proceedings you could possibly find yourself removed from Canada and it appears that you do not have any desire to return home since you chose to flee your country in this manner. Mr. Bourgeois, has stated you apparently have no identification of your own, you have no funds, you apparently have a relative, a cousin in Toronto, who may be able to assist you however, as advised by your counsel he appears to be able to offer you not much more than accommodation. This, in my view, is insufficient in order to satisfy me that you would return to this inquiry. I would require the minimum both a cash and a performance bond cosigned by a Canadian citizen or a permanent resident of Canada, someone who could and would exercise some control over you before I would consider your release from detention. It appears there is no one available to post such a bond for you at the present time and I am therefore, satisfied that your continued detention is required in order to ensure your presence for the resumption of your inquiry. Since this inquiry is adjourned for some two weeks from now, the law requires that an Adjudicator review your detention at least once during every seven days of your detention, therefore, within a week from today either myself or another Adjudicator will review your detention and either of us can consider at that time whether or not there is any bondsperson able or willing to assist you and make an assessment whether or not a bond can be issued on your behalf at that time. Until such time I will order your continued detention.

G. ARTHUR: I want to know if I can say anything?

ADJUDICATOR: Sure.

I

À l'audience tenue le 5 juin 1990, l'arbitre s'est exprimé en ces termes pour rendre sa décision relative à la garde (dossier d'appel, vol. I, aux pages 10 et 11):

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Merci. Madame Arthur, je dois maintenant décider si vous devez rester sous garde ou si vous pouvez être mise en liberté. Je dois me faire une opinion d'après deux facteurs seulement: si vous constituez une menace pour le public ou si vous vous déroberez à la reprise de votre enquête. Personne n'a suggéré que vous constituiez une menace pour le public. Par conséquent, je dois uniquement décider si vous êtes susceptible de vous dérober à l'enquête. D'après ce qui m'a été relaté à votre sujet, vous seriez entrée au Canada et vous auriez tenté d'entrer aux États-Unis frauduleusement, c'est-à-dire en faisant de fausses déclarations sur votre identité. Vous avez acheté des faux papiers dans votre pays d'origine pour pouvoir entrer aux États-Unis. Apparemment, le Canada n'était pour vous qu'un tremplin pour entrer illégalement aux États-Unis. Votre conseillère a affirmé que les gens de votre pays agissaient couramment de la sorte. J'ignore si c'est vrai. Cependant, je dois évaluer votre comportement à la lumière de nos lois et de notre façon d'agir, ici au Canada. Parce que vous avez tenté d'entrer ainsi au Canada et aux États-Unis, vous ne me semblez pas être une personne nécessairement digne de confiance, si je devais vous mettre en liberté, une personne qui reviendrait pour son enquête. À la suite de ces procédures, vous risquez d'être renvoyée du Canada; or, vous ne semblez pas avoir le moindre désir de rentrer chez vous, puisque vous avez choisi de fuir ainsi votre pays. Selon M. Bourgeois, vous n'avez apparemment ni pièce d'identité, ni argent; vous avez, semble-t-il, un parent, un cousin à Toronto; il est peut-être en mesure de vous aider; cependant, d'après votre conseillère, ce parent ne peut vous offrir beaucoup plus qu'un toit. Cela ne me convainc pas que vous reviendriez comparaître à cette enquête. Avant d'envisager votre mise en liberté, j'exigerais au moins que vous fournissiez un cautionnement en argent et une garantie de bonne exécution, signée par un citoyen canadien ou un résident permanent du Canada, quelqu'un qui aurait une certaine autorité sur vous. À mon sens, personne n'est en mesure de fournir une telle garantie à votre égard à l'heure actuelle, si bien que je suis convaincu qu'il y a lieu de continuer à vous retenir pour garantir que vous serez présente à la reprise de votre enquête. Puisque cette enquête ne reprendra que dans deux semaines, environ, la loi exige qu'un arbitre examine votre cas au moins une fois tous les sept jours; par conséquent, d'ici une semaine, un arbitre, moi ou un autre, examinera votre cas et verra à ce moment-là si une personne susceptible de fournir une garantie peut ou veut vous aider; l'arbitre évaluera également si une garantie peut être fournie à votre égard à ce moment-là. D'ici là, je vais ordonner que vous restiez sous garde.

j G. ARTHUR: Puis-je dire quelque chose?

L'ARBITRE: Bien sûr.

G. ARTHUR: This morning I talked to my cousin and he indicated to me that he would come down and pay the money and sign all the documents necessary.

ADJUDICATOR: I would suggest that your cousin get in touch with Mr. Bourgeois and should he be able to offer assistance, we would again, review your detention and consider your release. Until then this inquiry stands in adjournment.

The claimant was in fact released from detention on June 14, 1990, before the beginning of her credible basis hearing on June 19, 1990, apparently in accordance with terms of release established by the same adjudicator, since the case presenting officer makes the statement to the adjudicator that "Ms. Arthur was released from detention on the 14th of June, sir, in accordance with the posting of bonds as you have set out with terms of release" (Appeal Book I, at page 13).

The relevant part of the adjudicator's decision at the credible basis hearing, with which the member of the Refugee Division concurred, is as follows (Appeal Book II, at pages 211-214):

Your counsel submits that your claim base upon political opinion is not so much your own but rather views prescribed upon you by the Ghanaian government or that you are identified with others who hold views opposite to the Ghanaian government, in your case with your ex-husband Danny Achampong . . . .

In any event, amidst all of this objective documentary evidence we must also assess your own particular circumstances and testimony. We have learned that you were informally married to Danny Achampong, who was a sergeant in the Ghanaian army, that you lived with him for some years at the army base in Accra, which is the capital of Ghana . . . .

In any event there appears to have been no attempt by the military or government of Ghana to search you out in order to find Danny Achampong prior to the attempted smuggling incident you later refer to. Life appears to have continued on with you and your mother travelling back and forth to Togo and the Ivory coast, both conducting your trading business without any trouble. What appears to be some eight months later, as a result of a failed attempt to smuggle goods back across the border without paying duty from the Ivory Coast, you and your mother were stopped, your goods were seized and your names and addresses were taken, all this part of normal procedure. At this time an army officer who recognized you from living with Danny at Burma Camp (*sic*) asked you where Danny was, to which you replied I don't know. You then stated that he accused you of lying, thereafter you were allowed to leave and then went home. According to your personal information form, you state that as a result of this incident you became certain

G. ARTHUR: Ce matin, j'ai parlé à mon cousin; il m'a dit qu'il viendrait ici payer l'argent et signer tous les documents nécessaires.

L'ARBITRE: Votre cousin devrait communiquer avec M. Bourgeois. S'il est en mesure de vous aider, nous examinerons encore une fois votre garde et envisagerons votre mise en liberté. D'ici là, la présente enquête est ajournée.

La requérante a effectivement été mise en liberté le 14 juin 1990, avant le début de l'audience relative au fondement de sa revendication, tenue le 19 juin 1990; cette mesure aurait été prise conformément aux conditions établies par le même arbitre, puisque l'agent chargé de présenter les cas affirme à ce dernier: [TRADUCTION] «Monsieur, M<sup>me</sup> Arthur a été mise en liberté le 14 juin, après que des cautionnements eurent été donnés conformément aux conditions que vous avez établies» (dossier d'appel, vol. I, à la page 13).

Voici le passage pertinent de la décision que l'arbitre a rendue à l'audience relative au fondement de la revendication, décision à laquelle a souscrit le membre de la section du statut de réfugié (dossier d'appel, vol. II, aux pages 211 à 214):

[TRADUCTION] Selon votre conseillère, votre revendication fondée sur des opinions politiques n'intéresse pas tant vos propres convictions que celles que vous impute le gouvernement ghanéen parce qu'il vous identifie à d'autres dont l'idéologie est contraire à la sienne, c'est-à-dire, votre ex-époux Danny Achampong . . . .

De toute façon, en plus de toute cette preuve documentaire objective, nous devons également évaluer votre propre situation et votre témoignage. Nous avons appris que vous étiez la conjointe de fait de Danny Achampong, un sergent de l'armée ghanéenne; vous auriez vécu avec lui quelques années à la base militaire d'Accra, la capitale du Ghana . . . .

De toute façon, les forces militaires et le gouvernement du Ghana ne semblent pas s'être lancées à votre recherche pour retrouver Danny Achampong avant la tentative de contrebande que vous mentionnez par la suite. Votre vie semble s'être poursuivie normalement: vous et votre mère voyagez régulièrement au Togo et en Côte d'Ivoire, exerçant toutes les deux vos activités commerciales sans problèmes. Quelque huit mois plus tard, semble-t-il, à la suite d'une tentative ratée de faire passer des marchandises en contrebande de la Côte d'Ivoire sans payer les droits de douane, vous et votre mère avez été arrêtées; vos marchandises ont été saisies, vos noms et adresses ont été pris en note, le tout, selon la procédure normale. Un officier de l'armée qui avait reconnu que vous aviez vécu avec Danny au camp Burma (*sic*) vous a alors demandé où il se trouvait; vous avez répondu que vous l'ignoriez. Vous avez ensuite affirmé qu'il vous aurait accusé d'avoir menti, que vous auriez alors été autorisée à quitter et que vous seriez rentrée chez

that the Danny Achampong mentioned in the radio report was the same Danny you had lived with, however, in your testimony that it was only after your mother was arrested that you then realized your Danny and the one wanted were the same. Some three days after this incident that occurred at the border, you testified that you went to Accra and you spoke on the phone to your cousin in Canada whom you've identified as Richard and that you told him of this incident along with asking him on behalf of his mother to send some money. One week after the border incident while you were at the market the military came and arrested your mother at home, this for not paying the duty at the border. Again, you mentioned that this was normal procedure. Your youngest sister followed your mother to the barracks and she brought you back a message from your mother that they wanted you to tell where Danny Achampong is, you stated that you then realized Danny is the same Achampong involved in the coup attempt. You later testified that your mother also sent the message for you to leave, which you did, taking 400,000 cedes (*sic*) of Ghanaian currency which you and your mother had in savings, along with the 4,000 cedes (*sic*) you had from the market. You then said that you went by taxi right away by Accra and that you left your children in the care of your youngest sister. You went directly to your friend Evelyn in Accra who took you to a connectioneer, as you call them, who took the 400,000 cedes (*sic*) you had, arranged for documents and travel for you to go to Canada the next day. You knew you were coming to Canada but did not call Richard to let him know because you were afraid to use the phone at the post office, with all the government people working there, neither did you appear to have your friend Evelyn attempt to call him in order for him to make arrangements for your arrival in Canada. In any event, this connectioneer gave you false documents, a laissez passe (*sic*), a U.S. resident alien green card and some sort of employment identification and that he took your own passport. He then placed you on the plane and instructed you to stay on the plane in Nigeria, get off in Amsterdam and wait and then reboard on an airplane to come to Canada, you just simply were to show your identification documents. You were apparently able to pass customs inspection through three countries, Nigeria, Amsterdam and Canada despite an inability to speak any other language except your native tongue and also by just simply showing your false documents. You've also testified that no one else accompanied you or assisted you on your journey and that one [*sic*] one asked you any questions upon your entry to the various countries. When you arrived in Toronto you testified that you lined up in front of a girl dressed in a skirt and a blouse, which we take to be a customs officer, you stated that you gave her your documents, that she asked you no questions, simply looked at you and your identification and let you go. You stated that you did not know English and that you were shaking mostly and looking down and that you don't remember to [*sic*] clearly exactly what happened. We find this to be rather incredible, it does not appear reasonable that a person could pass through three different border inspections without being asked a single question, especially when arriving in Canada, you supposedly just handed identification to the customs officer, none of it apparently pertaining to any sort of sta-

vous. Dans votre fiche de renseignements personnels, vous affirmez que cet incident vous avait convaincu que le Danny Achampong mentionné dans le reportage radiophonique était bel et bien votre ancien concubin; cependant, selon votre témoignage, ce n'est qu'après l'arrestation de votre mère que vous vous êtes rendu compte que votre Danny était celui que l'on recherchait. Dans votre témoignage, vous avez affirmé qu'environ trois jours après cet incident à la frontière, vous étiez allée à Accra et vous aviez parlé au téléphone avec votre cousin au Canada, prénommé Richard selon vos dires; vous lui auriez parlé de cet incident et demandé, au nom de sa mère, d'envoyer de l'argent. Une semaine après l'incident à la frontière, pendant que vous étiez au marché, des soldats ont arrêté votre mère à la maison pour ne pas avoir payé les droits de douane à la frontière. Encore une fois, vous avez mentionné qu'il s'agissait de la façon normale de procéder. Votre plus jeune sœur a suivi votre mère jusqu'à la caserne et elle vous a rapporté un message de votre mère disant qu'ils voulaient que vous leur disiez où se trouvait Danny Achampong; vous avez affirmé que c'est à ce moment-là que vous vous étiez rendu compte qu'il s'agissait du même Danny Achampong qui avait pris part à la tentative de coup d'État. Vous avez ensuite affirmé dans votre témoignage que votre mère vous avait également priée de partir, ce que vous avez fait, emportant avec vous les 400 000 cedes (*sic*) de monnaie ghanéenne que vous et votre mère aviez épargnés, ainsi que les 4 000 cedes (*sic*) que vous aviez obtenus du marché. Vous avez ensuite affirmé avoir tout de suite pris un taxi en passant par Accra et avoir laissé vos enfants aux soins de votre sœur la plus jeune. Vous êtes allée directement voir votre amie Evelyn à Accra, laquelle vous a amenée chez un intermédiaire, comme vous les appelez, qui a pris les 400 000 cedes (*sic*) que vous aviez; il vous a fourni des documents et des billets d'avion qui vous permettaient de partir pour le Canada le lendemain. Vous saviez que vous veniez au Canada, mais vous n'avez pas appelé Richard pour l'en informer parce que vous aviez peur d'utiliser le téléphone au bureau de poste où travaillaient de nombreux fonctionnaires du gouvernement; vous n'avez pas non plus demandé à votre amie Evelyn de tenter de l'appeler pour qu'il puisse prendre des dispositions à votre arrivée au Canada. De toute façon, cet intermédiaire vous aurait donné des faux papiers, un laissez-passer, une carte d'immigrant des États-Unis et une espèce de pièce d'identité relative à l'emploi; il aurait également pris votre passeport. Il vous aurait ensuite accompagnée à bord de l'avion et vous aurait dit de rester à bord de l'appareil au Nigeria, de descendre à Amsterdam, d'attendre, puis de remonter à bord d'un avion à destination du Canada; vous deviez simplement montrer vos pièces d'identité. Apparemment, vous avez pu passer les formalités de douane dans trois pays, au Nigeria, à Amsterdam et au Canada et ce, malgré votre incapacité de parler une langue autre que votre langue maternelle, simplement en montrant vos faux documents. Vous avez également affirmé que personne ne vous avait accompagnée, ni aidée pendant votre voyage, et que personne ne vous a posé de questions à votre arrivée dans les divers pays. Vous avez affirmé qu'à votre arrivée à Toronto, vous vous êtes présentée devant une jeune femme vêtue d'une jupe et d'un chemisier—nous supposons qu'il s'agissait d'un

tus in Canada and appearing nervous, this without raising the suspicion of the Customs Officer. You then stated that you just wandered around the airport hoping to meet someone you asked to help you and just by chance you met a Black man with a familiar tribal mark on his face, whom you asked to help you. In response to your counsel's questioning you testified <sup>a</sup> that he replied to you that if he lived here he would help you but that he does not and he is just here to meet someone. According to your testimony, apparently the person he was to meet did not show up so he left the airport and you left with him. You testified that he said he was going to America but <sup>b</sup> that you did not know what or where that was but that you went with him anyway, fell asleep in his car and didn't awaken until he woke you asking for your papers, attempting to cross into the United States. This version of your story differs somewhat when Mr. Peters was asking about the same events. You told Mr. Peters when you asked this same Black man for help <sup>c</sup> that he said to just wait that he was looking for someone, that he went away and then came back and got into his car. You said he did not say that he was from the United States, that he didn't say anything at the airport but said in his car that he would help you. You stated that you had your cousin's phone number yet made no attempt to phone him yourself from the airport, nor ask the Black man who assisted you to make the <sup>d</sup> call for you. In fact, you did not even ask him to contact or take you to Richard's, you just thought he would take you home and then that you would find Richard after. It does not appear to have been a genuine attempt at that time to contact your cousin Richard. You would have us believe that by circumstance you met this man at the airport, the airport in Toronto a very big and busy place at the best of times, that he offered to help you and instantly happens to take you to the United States for which country, as luck would have it, you happen to have false documentation for. However, the U.S. <sup>e</sup> Immigration Officials discovered the false identification, refused your admission to the United States, whereupon you were sent back to Canada, placed in detention and subsequently have made your claim to convention refugee status at this inquiry. These events as you have described in different versions do not appear to us to be reasonable. It does seem more likely that this was an unsuccessful attempt to illegally enter the United States, that being the intent all along. It appears more likely that no attempt was made to contact your cousin Richard when you arrived in Canada because the arrangements apparently were already in place for you to get to the United States and it is most likely that Richard had no <sup>f</sup> intention to implicate himself should you be unsuccessful in your attempt as it turned out to be.

agent des douanes; vous lui auriez donné vos documents, elle ne vous aurait pas posé de questions, elle vous aurait simplement regardée et regardé votre pièce d'identité, puis, elle vous aurait laissée partir. Vous avez affirmé que vous ne compreniez pas l'anglais, que vous trembliez surtout, que vous aviez les yeux baissés et que vous ne vous rappeliez pas exactement ce <sup>a</sup> qui s'était passé. Nous trouvons ce récit incroyable; il ne paraît pas raisonnable qu'une personne puisse passer par trois inspections frontalières différentes sans qu'on ne lui pose une seule question, surtout à son arrivée au Canada; vous auriez simplement remis des pièces d'identité à l'agent des douanes, alors <sup>b</sup> qu'aucune d'entre elles n'avait apparemment de rapport à quelque statut que ce soit au Canada; selon votre témoignage, vous paraissiez nerveuse; pourtant, cela n'aurait pas éveillé de soupçons chez l'agent des douanes. Vous avez alors affirmé vous être simplement promené dans l'aéroport dans l'espoir <sup>c</sup> de rencontrer quelqu'un à qui vous pourriez demander de l'aide et, par un pur hasard, vous auriez rencontré un homme noir portant une marque tribale familière au visage à qui vous avez demandé de l'aide. Interrogée par votre conseillère, vous avez affirmé que l'homme à l'aéroport vous avait répondu qu'il vous aurait bien aidée, mais qu'il n'habitait pas l'endroit et qu'il était simplement là pour rencontrer quelqu'un. D'après <sup>d</sup> votre témoignage, la personne qu'il était censé rencontrer n'était pas au rendez-vous, de sorte qu'il a quitté l'aéroport et vous l'avez suivie. Vous avez affirmé qu'il se rendait en Amérique, mais que vous ne saviez pas ce dont il s'agissait ou à quel endroit cela se trouvait; vous seriez partie avec lui quand même, vous vous seriez endormie dans sa voiture et vous ne <sup>e</sup> vous seriez réveillée avant qu'il ne vous tire de votre sommeil en vous demandant vos papiers, en essayant d'entrer aux États-Unis. Vous avez relaté une version quelque peu différente de cette histoire lorsque M. Peters vous a interrogée sur les mêmes événements. Vous avez dit à M. Peters que lorsque <sup>f</sup> vous aviez demandé à ce même homme noir de vous aider, il vous aurait dit d'attendre, qu'il cherchait quelqu'un, qu'il était parti puis revenu et qu'il serait monté dans sa voiture. Selon vous, il n'aurait pas dit qu'il venait des États-Unis, il n'aurait rien dit à l'aéroport, mais il vous aurait offert de l'aide dans sa <sup>g</sup> voiture. Vous avez affirmé avoir eu le numéro de téléphone de votre cousin et pourtant, vous n'avez pas pensé l'appeler vous-même de l'aéroport; vous n'avez pas non plus demandé à l'homme noir qui vous a aidée d'appeler à votre place. En fait, vous ne lui avez même pas demandé de communiquer avec Richard ou de vous amener chez ce dernier; vous pensiez <sup>h</sup> simplement qu'il vous emmenait chez lui et que vous trouveriez Richard par la suite. Vous ne paraissez pas avoir vraiment tenté de rejoindre votre cousin Richard à ce moment-là. Vous prétendez avoir rencontré cet homme par hasard à l'aéroport de Toronto, un endroit très vaste et toujours très passant; il vous aurait offert de l'aide et il vous aurait tout de suite emmenée <sup>i</sup> aux États-Unis, un pays pour lequel vous aviez, comme par hasard, des faux documents. Cependant, les fonctionnaires de l'Immigration américaine ont découvert le subterfuge et ont refusé de vous laisser entrer aux États-Unis. Vous avez donc été renvoyée au Canada et mise sous garde; vous avez ensuite <sup>j</sup> revendiqué, à la présente enquête, le statut de réfugié au sens de la Convention. Ces événements que vous avez relatés selon

Ms. Martschenko would have us believe that you are not well educated, with little ability to read or write, a trusting individual caught up in circumstances out of your control who in addition was tired from your travels. The evidence suggests that you are a person who although not highly schooled, is quite capable of managing your own affairs. You are experienced in travel and trade outside your own country, particularly the neighbouring countries of Togo and the Ivory Coast, granted within a limited area. You were quite able to make arrangements to get to Canada and as it appears to us to arrange for an attempted entry into the United States with the false documentation you had purchased. It appears that your story is woven around some factual circumstances which have transpired in your native country of Ghana. It also appears to us, although you may not have been too sure about certain dates, that at other times you were vague as to when certain events happened which tended to lessen the credibility of your story. We agree with Ms. Martschenko that credibility is a crucial aspect in this particular case and Miss Arthur we have found you not to be a credible witness and as well we find that there is no credible or trustworthy evidence adduced at this inquiry upon which the Refugee Division might determine you to be a convention refugee and have determined that your claim does not have a credible basis.

## II

It was common ground that the applicable principle of law as to the reasonable apprehension of bias was that stated by de Granpré J. in dissent in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at pages 394-395, and adopted by this Court in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 [at page 867]:

"[W]hat would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

... The grounds for his apprehension must ... be substantial and I entirely agree with the Federal Court of Appeal which

différentes versions ne nous paraissent pas vraisemblables. Il semble plus probable qu'il s'agissait d'une tentative infructueuse d'entrer illégalement aux États-Unis et que telle avait toujours été votre intention. Il paraît plus probable que vous n'avez jamais tenté de communiquer avec votre cousin

a Richard lorsque vous êtes arrivée au Canada parce que tout avait apparemment été arrangé pour que vous puissiez entrer aux États-Unis; il est plus probable que Richard n'avait aucune intention de s'impliquer, si vous deviez échouer dans votre tentative, comme ce fut finalement le cas.

b Mme Martschenko prétend que vous n'êtes pas très instruite, que vous savez à peine lire ou écrire et que vous êtes une personne confiante qui se trouvait dans une situation indépendante de sa volonté et qui, en outre, était épuisée par son voyage. La preuve montre que vous êtes une personne tout à fait capable de voir à vos propres affaires, malgré votre peu d'instruction.

c Vous avez l'habitude de voyager et de faire du commerce à l'extérieur de votre pays, surtout dans les pays voisins, savoir le Togo et la Côte d'Ivoire, une région limitée, nous en convenons. Vous avez été tout à fait capable de prendre des dispositions pour entrer au Canada et, à notre sens, tenter d'entrer aux États-Unis avec des faux papiers que vous aviez achetés. Votre récit semble être inspiré de faits réels qui se sont produits dans votre pays natal, le Ghana. Il nous semble aussi qu'à d'autres occasions, bien que vous ayez pu hésiter au sujet de certaines dates, vous avez été vague quant à la chronologie de certains événements, ce qui tendait à diminuer la crédibilité de votre récit. Nous sommes d'accord avec Mme Martschenko que la crédibilité est une question capitale en l'espèce et, M<sup>lle</sup> Arthur, nous avons conclu que vous n'êtes pas un témoin digne de foi; nous concluons en outre que la Section du statut de réfugié ne dispose d'aucune preuve digne de foi, après la présente enquête, pour vous reconnaître le statut de réfugiée au sens de la Convention et nous avons décidé que votre revendication n'avait pas un minimum de fondement.

d

e

f

## II

g De l'avis des deux parties, le principe de droit applicable en matière de crainte raisonnable de partialité est celui qu'a énoncé le juge de Granpré dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, aux pages 394 et 395; cette Cour a souscrit à ce commentaire dans le jugement *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 [à la page 867]:

i «[À] quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

j ... les motifs de crainte doivent être sérieux et je suis complètement d'accord avec la Cour d'appel fédérale qui refuse d'ad-

refused to accept the suggestion that the test be related to the "very sensitive or scrupulous conscience".

Where the double participation in decision-making has been on the part of a judge, the principle has not seemed to pose any great difficulty. In *Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1968] 1 Ex. C.R. 443, where the Attorney General argued that all of the judges who sat on an appeal relating to some of the principal questions in issue were debarred by natural justice from sitting on the subsequent trial, Jackett P. said (at pages 457-458):

In my view the correct view of the matter is that which, as I understand it, was adopted by Hyde J. in *Barthe v. The Queen* [(1964) 41 C.R. 47], when he said that "The ability to judge a case only on the legal evidence adduced is an essential part of the judicial process". In my view, there can be no apprehension of bias on the part of a judge merely because he has, in the course of his judicial duty, expressed his conclusion as to the proper findings on the evidence before him. It is his duty, if the same issues of fact arise for determination in another case, to reach his conclusions with regard thereto on the evidence adduced in that case after giving full consideration to the submissions with regard thereto made on behalf of the parties in that case. It would be quite wrong for a judge in such a case to have regard to "personal knowledge" derived from "a recollection of the evidence" taken in the earlier cause. It is not reasonable to apprehend that there is "a real likelihood" that a judge will be so derelict in his duty as to decide one case in whole or in part on the evidence heard in an earlier case.

If I may be permitted to say so, it seems to me that the real apprehension is that the judge who hears a case in which the same issues of fact arise as have recently been decided in the same court can hardly ignore the existence of the earlier decision for he cannot be unconscious of the possibility of apparently conflicting decisions creating an atmosphere of lack of confidence in the administration of justice. I should have thought, however, that a judge who participates in both of two such matters is more likely to appreciate and explain different results flowing from different bodies of evidence or differences in presentation and argument than a judge who had no part in the earlier case. I do not say this to indicate that I have a view that the same judge should always try two such cases, but to indicate that, in my view, it is not necessarily prejudicial to the party who assumes the burden of producing a result in the second case that is apparently in conflict with the earlier decision.

Similarly, an Ontario Divisional Court in *Re Vance and Hardit Corp. et al.* (1985), 53 O.R. (2d) 183, held that a litigant had no right to refuse to proceed before a particular judge simply because that judge

mettre que le critère doit être celui d'«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne».

Lorsque la personne appelée à décider deux fois est un juge, le principe ne semble pas poser beaucoup de difficultés. Dans l'affaire *Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft et al. v. The Queen et al.*, [1968] 1 R.C.É. 443, où le procureur général avait plaidé que la justice naturelle interdisait à tous les juges ayant siégé en appel relativement à quelques-unes des principales questions en litige de siéger à une instruction subséquente, le président Jackett s'est exprimé en ces termes (aux pages 457 et 458):

[TRADUCTION] À mon avis, il y a lieu d'aborder la question comme l'a fait, à mon sens, le juge Hyde dans l'arrêt *Barthe v. The Queen* [(1964) 41 C.R. 47], lorsqu'il a affirmé que «la capacité de rendre jugement dans une affaire en s'appuyant uniquement sur la preuve admissible présentée est une partie essentielle du processus judiciaire». À mon avis, l'on ne saurait craindre qu'un juge ait un parti pris simplement parce qu'il a exprimé, dans le cours de ses fonctions judiciaires, les conclusions auxquelles il est arrivé en se fondant sur la preuve dont il avait connaissance. S'il doit statuer sur les mêmes questions de fait dans une autre affaire, il est tenu de la faire à partir de la preuve présentée dans cette affaire, après avoir dûment tenu compte des arguments afférents qu'auront présentés les parties en l'espèce. Dans un tel cas, un juge aurait tout à fait tort de tenir compte de «connaissances personnelles» dérivées d'«un souvenir de la preuve» dont il aurait pris connaissance dans l'affaire antérieure. Il n'est pas raisonnable de craindre, selon «une réelle probabilité», qu'un juge négligera ses fonctions au point de statuer dans une affaire en s'appuyant en tout ou en partie sur une preuve entendue dans une affaire précédente.

Si je puis me permettre cette remarque, l'on semble craindre, en réalité, que le juge saisi d'une affaire qui soulève une question de fait sur laquelle le même tribunal a récemment statué ne puisse tout de même pas faire abstraction de la décision antérieure; en effet, il ne peut ignorer que des décisions apparemment contradictoires peuvent éventuellement miner la confiance en l'administration de la justice. Cependant, à mon sens, un juge qui participe aux deux décisions est mieux à même d'apprécier et d'expliquer les résultats distincts qui découlent de preuves distinctes, ou de manières distinctes de les présenter et de plaider qu'un juge qui n'a pas participé à l'instance antérieure. Je ne veux pas dire par là qu'à mon avis, le même juge devrait toujours instruire les deux affaires. Je veux plutôt dire qu'à mon sens, une telle situation ne cause pas nécessairement de préjudice à la partie qui a le fardeau d'arriver à un certain résultat, dans la seconde affaire, résultat qui est apparemment en conflit avec la décision antérieure.

Pareillement, dans l'affaire *Re Vance and Hardit Corp. et al.* (1985), 53 O.R. (2d) 183, une Cour divisionnaire de l'Ontario a statué qu'une partie à un litige n'avait pas le droit de refuser de comparaître

had decided a prior case against him. These decisions undoubtedly justify the practice in this Court that a judge who has allowed a leave-to-appeal application in a Convention refugee case may also sit on the appeal.

*Nord-Deutsche* was extended by this Court to administrative hearings in *Fogel v. Min. of Manpower & Immigration*, [1975] F.C. 121 (C.A.) per Thurlow J.A. Similar results regarding administrative proceedings were reached in *Tomko v. N.S. Labour Relations Board; Canatom Mon-Max; Labourers' International Union of North America, Local 1115; and the Attorney General of N.S.* (1974), 9 N.S.R. (2d) 277 (S.C.) (per MacKeigan C.J.N.S.), upheld on this point by the Supreme Court of Canada, [1977] 1 S.C.R. 112 at page 127 and in *Re Kinaschuk and Weiser* (1983), 3 D.L.R. (4th) 521 (B.C.S.C.) (per Robinson L.J.S.C.).

Professor David Mullan, "Administrative Law", 1 *C.E.D.* (Ont. 3rd), §54, title 3, at pages 3-130 and 3-131 puts the law this way:

The continuing nature of the responsibilities of most statutory decision-makers will mean that in many instances there will be dealing with the same persons on more than one occasion and also the same or related issues. To do this does not of itself give grounds for allegations of a reasonable apprehension of bias.

Hence in *Pursley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 211 (F.C.T.D.), where a refugee claimant sought an order of prohibition to prevent an adjudicator who had sat on his detention review hearing from sitting on a further hearing to determine the question of whether the applicant was in Canada illegally, Muldoon J. denied the relief sought. The adjudicator had already, in the course of his reasons for denying bail, stated as a fact that the claimant had entered the country illegally, but Muldoon J. found on the facts that "an absolutely unbiased adjudicator could not honestly avoid the *prima facie* conclusion to the effect that the applicant

devant un juge en particulier simplement parce que ce dernier avait rendu jugement contre elle dans une instance précédente. Ces décisions justifient certainement la pratique de cette Cour suivant laquelle un juge qui accueille une demande d'autorisation d'appel dans une affaire de réfugié au sens de la Convention peut également siéger en appel.

Cette Cour a élargi la portée de l'arrêt *Nord-Deutsche* pour qu'il s'applique aux audiences tenues devant les tribunaux administratifs dans l'arrêt *Fogel c. Min., Main-d'œuvre et Immigration*, [1975] C.F. 121 (C.A.), sous la plume du juge Thurlow, J.C.A. Des décisions semblables à l'égard des instances devant les tribunaux administratifs ont été rendues dans l'arrêt *Tomko v. N.S. Labour Relations Board; Canatom Mon-Max; Labourers' International Union of North America, Local 1115; and the Attorney General of N.S.* (1974), 9 N.S.R. (2d) 277 (C.S.) (motifs du juge en chef MacKeigan, de la Nouvelle-Écosse), confirmé sur cette question par la Cour suprême du Canada, [1977] 1 R.C.S. 112, à la page 127, et dans l'arrêt *Re Kinaschuk and Weiser* (1983), 3 D.L.R. (4th) 521 (C.S.C.-B) (motifs du juge Robinson).

Dans son ouvrage «Administrative Law», 1 *C.E.D.* (Ont. 3rd), §54, title 3, aux pages 3-130 et 3-131, le professeur David Mullan énonce la règle de droit en ces termes:

[TRADUCTION] De par la nature permanente de leurs fonctions, la plupart de ceux qui sont légalement chargés de rendre des décisions auront, dans plusieurs cas, à statuer plus d'une fois dans des dossiers intéressant les mêmes personnes et portant sur des questions identiques ou liées. Cela ne constitue pas en soi un motif pour alléguer une crainte raisonnable de partialité.

Ainsi, dans l'affaire *Pursley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 211 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où un demandeur du statut de réfugié avait sollicité une ordonnance de prohibition pour empêcher un arbitre qui avait participé à la révision des motifs de la garde de siéger à une autre audience où il s'agissait de décider si le requérant se trouvait illégalement au Canada, le juge Muldoon a refusé la réparation demandée. Dans ses motifs à l'appui de sa décision de rejeter le cautionnement, l'arbitre avait déjà affirmé que le demandeur était entré au pays illégalement; le juge Muldoon a toutefois conclu, d'après des faits, qu'«un arbitre absolu-

really did enter Canada illegally" (at page 220), given that he had been deported from Canada fewer than three weeks earlier and could accordingly return only with ministerial permission.

Hannan J. came to a similar conclusion in *Re Rosario*, [1985] C.S. 290 (Que. S.C.) where a refugee claimant who was detained in custody brought a writ of a *habeas corpus* after the same adjudicator refused a second time to release him. There being no evidence of self-interest on the part of the adjudicator, the Court refused to conclude that the adjudicator was subject to reasonable apprehension of bias from the simple fact of his having previously adjudicated the matter.

However, there are circumstances in which a second participation by an adjudicator can give rise to a reasonable apprehension of bias. Muldoon J. raised this possibility in *Pursley* (at page 218):

If Mr. Kyba [the adjudicator] had based his reasons for declining to grant bail solely upon an allegation of his own invention that the applicant had entered Canada illegally, then such an assertion springing unprovoked from the adjudicator himself might well, in the circumstances, give pause to that notional, reasonable and right-minded person upon which the test [in *Committee for Justice and Liberty*] is predicated.

*Re Hart and the Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 474 (Ont. H.C.J.) is particularly instructive in this regard. There the accused moved to prohibit a provincial court judge from hearing certain charges under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] against him as a result of expressions uttered by the judge on a previous charge against him. The two charges were closely related: the first charge was dismissed by the judge because of what he considered to be an unacceptable delay between the apprehension of the accused and the administering of a breathalyzer test; the second was for driving an automobile while the accused's ability was impaired by alcohol. Hughes J. wrote (at page 475):

It is clear that the evidence against the accused was overwhelming, and that he made a very poor impression on the learned Judge. At the outset of his reasons relating to the second charge, he said:

ment impartial ne pouvait que conclure, à première vue, que le requérant était bel et bien entré illégalement au Canada» (à la page 220), vu qu'il avait été expulsé du Canada moins de trois semaines auparavant, si bien qu'il ne pouvait revenir qu'avec la permission du ministre.

Le juge Hannan est arrivé à une conclusion semblable dans l'affaire *Re Rosario*, [1985] C.S. 290 (C.S. Qué.), où un demandeur du statut de réfugié mis sous garde a présenté un bref d'*habeas corpus* après que le même arbitre eut refusé une seconde fois de le mettre en liberté. En l'absence de toute preuve d'intérêt personnel chez l'arbitre, la Cour a refusé de conclure que ce dernier pouvait inspirer une crainte raisonnable de partialité du simple fait qu'il avait déjà rendu une décision dans le dossier.

Cependant, il y a des cas où le fait qu'un arbitre soit saisi d'un dossier une seconde fois peut susciter une crainte raisonnable de partialité. Le juge Muldoon a soulevé cette possibilité dans le jugement *Pursley* (à la page 218):

Si M. Kyba [l'arbitre] avait fondé sa décision de rejeter le cautionnement uniquement sur une allégation de sa propre invention, selon laquelle le requérant était entré illégalement au Canada, une telle affirmation spontanée de l'arbitre aurait bien pu, dans les circonstances, pousser la personne raisonnable et sensée, à qui s'applique le critère établi [dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty*], à être songeuse.

L'arrêt *Re Hart and the Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 474 (H.C.J. Ont.) est particulièrement instructif à cet égard. Dans cette affaire, l'accusé avait demandé qu'il soit interdit à un juge d'un tribunal provincial d'instruire certaines accusations portées contre lui sous le régime du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] à cause de certains propos prononcés par le juge dans une accusation portée contre lui précédemment. Les deux accusations étaient intimement liées: le juge a rejeté la première accusation parce qu'il estimait qu'un délai inacceptable s'était écoulé entre l'arrestation de l'accusé et l'administration d'un alcootest; la seconde accusation portait sur la conduite d'une automobile avec les facultés affaiblies par l'alcool. Le juge Hughes a écrit ce qui suit (à la page 475):

[TRADUCTION] Il est clair que la preuve contre l'accusé était accablante et qu'il a fait très mauvaise impression au juge. Au début de ses motifs relatifs à la seconde accusation, le juge a affirmé ce qui suit:



The next point I wish to cover is the matter of credibility because I think it is quite important in this case. The Court has no difficulty whatsoever in accepting the evidence of the two officers and the evidence of Wendy Hough. In fact, when it comes to your evidence, Mr. Hart, I can tell you without any equivocation in my mind that I do not accept your evidence. As far as I am concerned you were evasive in the witness-box and you were not telling the truth, and when I feel that way I tell an accused because I think he has the right to know. *a*

If he had stopped there, there could be nothing of any consequence to impugn the proceedings but he continued: *b*

The whole evidence I have before me indicates that you were not telling the truth and you have no respect for the oath, and indeed if you had, the evidence would have been a great deal different than it was today. *c*

Hughes J. went on to cite and reflect on *Huziak v. Andrychuck J.M.C.* (1977), 1 C.R. (3d) 132 (Sask. Q.B.), at pages 135-136 as follows [at pages 475-476]: *d*

The fact that a judge disbelieves a witness in one case does not necessarily mean that he will disbelieve the same witness if he appears in another case. Nor does it follow that the learned judge will believe an informant in one case and therefore believe the informants in all the other cases. Each case stands alone. Besides, there is no evidence that the witnesses who appeared in one case will also appear in another case. *e*

No doubt can be cast upon the wisdom and propriety of those remarks. If there could, it would be impossible to carry on the administration of justice as we know it. The fatal words of course in this case were "you have no respect for the oath", particularly in the situation which confronted the learned Judge compelling him to proceed to consider other charges of an even more serious nature against Hart. *g*

Unfortunately, the learned Judge made a statement of general application as to the accused's respect for an oath which would be fatal in my view, to any further proceedings against the accused before him. *h*

The most accurate statement of the law would thus appear to be that the mere fact of a second hearing before the same adjudicator, without more, does not give rise to reasonable apprehension of bias, but that the presence of other factors indicating a predisposition by the adjudicator as to the issue to be decided on the second hearing may do so. Obviously one consideration of major significance will be the relationship of the issues on the two hearings, and also the finality of the second decision. If, for instance, both *i*

Je voudrais maintenant aborder la crédibilité car j'estime qu'il s'agit là d'une question très importante en l'espèce. La Cour n'a eu aucune difficulté à accepter les témoignages des deux agents et celui de Wendy Hough. Quant à votre témoignage, M. Hart, je peux vous dire sans équivoque que je ne l'accepte pas. À mon avis, vous vous êtes montré évasif à la barre et vous ne disiez pas la vérité. Quand j'ai cette impression, j'en informe l'accusé car je crois qu'il a le droit de le savoir.

Si le juge n'avait rien dit de plus, il n'y aurait aucune raison valable de contester les procédures; cependant, il a continué en ces termes:

L'ensemble de la preuve dont j'ai connaissance m'indique que vous ne disiez pas la vérité et que vous n'avez aucun respect pour le serment. En effet, si vous en aviez eu, votre témoignage aurait été très différent de celui que vous avez donné aujourd'hui.

Le juge Hughes a ensuite cité et commenté l'arrêt *Huziak v. Andrychuck J.M.C.* (1977), 1 C.R. (3d) 132 (B.R. Sask.), aux pages 135 et 136 en ces termes [aux pages 475-476]:

[TRADUCTION] Le fait qu'un juge ne croit pas un témoin dans une affaire ne signifie pas nécessairement qu'il ne croira pas le même témoin s'il comparait dans une autre affaire. Pareillement, si le juge croit un informateur dans une affaire, il ne croira pas nécessairement les informateurs dans toutes les autres affaires. Chaque affaire est un cas d'espèce. D'ailleurs, aucune preuve ne tend à établir que les témoins qui ont comparu dans une affaire comparaitront aussi dans une autre. *f*

La sagesse et la justesse de ces remarques sont indéniables. S'il en était autrement, il serait impossible d'administrer la justice comme on la connaît. Bien entendu, les mots fatidiques dans cette affaire étaient «vous n'avez aucun respect pour le serment», surtout dans la situation où se trouvait le juge, qui était obligé de statuer sur des accusations encore plus graves portées contre Hart.

Malheureusement, le juge a fait une affirmation de portée générale quant au respect de l'accusé pour un serment, affirmation qui vicierait, à mon avis, toute autre instance contre l'accusé instruite devant lui. *h*

L'énoncé le plus juste de la règle de droit paraîtrait donc être le suivant: le seul fait qu'une seconde audience soit tenue devant le même arbitre, sans plus, ne suscite pas de crainte raisonnable de partialité; toutefois, d'autres facteurs qui témoignent d'un parti pris de l'arbitre à l'égard de la question à résoudre à la seconde audience pourront susciter une telle crainte. Évidemment, le rapport entre les questions sur lesquelles portent les deux audiences sera un facteur important à considérer, tout comme le caractère *j*

decisions are of an interlocutory character, such as two decisions on detention (as in *Rosario*), it may be of little significance that the matter in issue is the same, but where the second decision is a final one as to a claimant's right to remain in the country, the avoidance of a reasonable apprehension of bias may require greater distinction in the issues before the tribunal on the two occasions.

In the case at bar, the applicant argued that the adjudicator made a negative decision on the applicant's credibility at the first hearing and that that was also the issue before the credible basis hearing. In other words the argument is that even though on their face the issues in the two hearings are distinguishable, the adjudicator's *dicta* in the first hearing indicate (as in the *Hart* case) that he had formed a view on the overall question of credibility.

In my opinion, that argument is not sustainable on the facts. As I see it, as in the *Pursley* case, an absolutely unbiased adjudicator could not honestly avoid the *prima facie* conclusion that the applicant attempted to enter the United States fraudulently and had made use of false documents to enter Canada. In fact, these facts were admitted by the claimant's counsel at the first hearing, who rather argued that her actions were excusable (Appeal Book I, at page 10). However, it seems to me that the adjudicator was careful to limit his conclusions to the issue at hand and found merely that (Appeal Book I, at page 11):

By attempting to enter both Canada and the United States in this manner, you do not appear to me to be a person who could necessarily be trusted if I were to release you, that you would return for your inquiry. [Emphasis added.]

Not only was this conclusion limited to the matter at hand, but the adjudicator went on to anticipate the applicant's release on a bond, a release which in fact occurred about a week later. I am unable to detect any predisposition by the adjudicator on the applicant's general credibility such as to amount to prejudgment of the result of the second hearing. My conclusion is therefore the same as that of the Ontario

définitif de la seconde décision. Si, par exemple, les deux décisions sont de nature interlocutoire, comme deux décisions relatives à la garde (comme dans l'affaire *Rosario*), il sera peut-être indifférent que la question en litige soit la même; cependant, lorsque la seconde décision revêt un caractère définitif quant aux droits du demandeur de demeurer au pays, il faudra peut-être qu'il y ait une différence plus importante entre les questions sur lesquelles le tribunal doit se prononcer dans les deux cas pour éviter une crainte raisonnable de partialité.

En l'espèce, la requérante a plaidé que l'arbitre, à la première audience, avait jugé qu'elle n'était pas digne de foi; or, la crédibilité était également en cause à l'audience relative au fondement de la revendication. Autrement dit, la requérante prétend que même si les deux audiences portaient sur deux questions apparemment différentes, les commentaires de l'arbitre à la première audience indiquent (comme dans l'affaire *Hart*) qu'il s'était formé une opinion sur la question globale de crédibilité.

À mon avis, cette thèse n'est pas appuyée par les faits. À mon sens, comme dans l'affaire *Pursley*, un arbitre absolument impartial ne pouvait que conclure, à première vue, que la requérante avait bel et bien tenté d'entrer aux États-Unis illégalement et qu'elle s'était servie de faux papiers pour entrer au Canada. En fait, la conseillère de la demanderesse a admis ces faits à la première audience et a plutôt fait valoir que les actes de cette dernière étaient excusables (dossier d'appel, vol. I, à la page 10). Cependant, il me semble que l'arbitre a pris soin de limiter ses conclusions à la question en litige et a simplement conclu ce qui suit (dossier d'appel, vol. I, à la page 11):

[TRADUCTION] Parce que vous avez tenté d'entrer ainsi au Canada et aux États-Unis, vous ne me semblez pas être une personne nécessairement digne de confiance, si je devais vous mettre en liberté, une personne qui reviendrait pour son enquête. [C'est moi qui souligne.]

Cette conclusion était limitée à la question en cause. Qui plus est, l'arbitre a ensuite soulevé la possibilité de la mise en liberté de la requérante sous cautionnement, ce qui s'est effectivement produit une semaine plus tard. Je suis incapable de déceler le moindre parti pris de la part de l'arbitre sur la franchise générale de la requérante, parti pris qui équivaldrait à préjuger l'issue de la seconde audience. J'arrive donc à

Divisional Court in *Re Klydel Holdings Inc. et al. and Ontario Municipal Board et al.* (1979), 10 O.M.B.R. 203, at page 204 (*per Osler J.*) that “[n]o overt conclusions appear in the reasons given for the first decision to justify a reasonable apprehension of bias”.

### III

The applicant also argued, but did not emphasize, that the tribunal erred by making findings for which there was no evidence, but the two examples given were of peripheral importance, at best. As to the rest of the evidence, I have not been persuaded that the tribunal misinterpreted it, nor have I found any indication that the tribunal erred in its interpretation and application of the credible basis test.

The application must therefore be dismissed.

LINDEN J.A.: I agree.

GRAY D.J.: I agree.

la même conclusion que celle de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Re Klydel Holdings Inc. et al. and Ontario Municipal Board et al.* (1979), 10 O.M.B.R. 203, à la page 204 (motifs du juge Osler), selon laquelle [TRADUCTION] «les motifs donnés à l'appui de la première décision ne renferment aucune conclusion explicite qui justifie une crainte raisonnable de partialité».

*b*

### III

La requérante a également plaidé, sans insister, que le tribunal avait commis une erreur en arrivant à des conclusions qui n'étaient pas appuyées par la preuve. Cependant, les deux exemples donnés étaient d'importance secondaire, au mieux. Pour ce qui est du reste de la preuve, la requérante ne m'a pas convaincu que le tribunal l'ait mal interprété. Enfin, rien ne m'indique que le tribunal ait mal interprété ou mal appliqué le critère du minimum de fondement.

La requête doit donc être rejetée.

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

*e*

LE JUGE SUPPLÉANT GRAY: Je souscris à ces motifs.

	T-1779-88		T-1779-88
<b>Fred Wharton (Plaintiff)</b>		<b>Fred Wharton (demandeur)</b>	
v.		c.	
		a	
<b>Her Majesty the Queen (Defendant)</b>		<b>Sa Majesté la Reine (défenderesse)</b>	
<i>INDEXED AS: WHARTON v. CANADA (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: WHARTON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)</i>	
		b	
Trial Division, Rouleau J.—Vancouver, October 7; Ottawa, October 22, 1992.		Section de première instance, juge Rouleau—Vancouver, 7 octobre; Ottawa, 22 octobre 1992.	
<i>Creditors and debtors — Chartered accountant who had prepared and filed plaintiff's tax returns forged plaintiff's signature on refund cheque and absconded with most of funds — Whether plaintiff or defendant to suffer loss — Payment of forged cheque not any payment at all — Forgery wholly inoperative to discharge Minister's obligation to taxpayer under Bills of Exchange Act, s. 48(1) — Defendant offered no evidence as to holding out from which to infer ostensible authority extended by plaintiff to accountant — Court not satisfied accountant authorized to receive and negotiate cheque — No indication accountant clothed with authority of discharging debt to taxpayer — Plaintiff entitled to deduct amount of refund cheque less amount deposited to his account by accountant from amount owed to defendant.</i>		<i>Créanciers et débiteurs — Le comptable agréé qui avait rempli et produit la déclaration de revenu du demandeur a contrefait la signature de celui-ci sur un chèque de remboursement et a pris la fuite avec la plus grande partie des fonds — Est-ce au demandeur ou à la défenderesse de subir la perte? — Le paiement d'un chèque contrefait ne constitue pas du tout un paiement — La contrefaçon n'a nullement pour effet de libérer le ministre de son obligation envers le contribuable selon l'art. 48(1) de la Loi sur les lettres de change — La défenderesse n'a présenté aucune preuve en ce qui concerne la présentation des choses qui pourrait faire conclure qu'un soi-disant pouvoir avait été accordé au comptable par le demandeur — On n'a pas convaincu la Cour que le comptable était autorisé à recevoir et à négocier le chèque — Rien n'indique que le comptable était investi du pouvoir d'acquitter la dette du contribuable — Le demandeur a le droit de déduire du montant dû à la défenderesse le montant du chèque de remboursement moins le montant déposé dans son compte par le comptable.</i>	
		e	
<i>Income tax — Accountant who had prepared and filed plaintiff's income tax returns forged plaintiff's signature on refund cheque and absconded with funds — Payment of forged cheque payment neither at common law nor under Bills of Exchange Act, s. 48(1) — Minister not discharging debt to taxpayer — Court recommending Minister design forms to indicate name of person who can give discharge on behalf of taxpayer.</i>		<i>Impôt sur le revenu — Le comptable qui avait rempli et produit la déclaration de revenu du contribuable a contrefait la signature de celui-ci sur un chèque de remboursement et a pris la fuite avec les fonds — Le paiement d'un chèque contrefait ne constitue un paiement ni en common law ni en vertu de l'art. 48(1) de la Loi sur les lettres de change — Le ministre n'a pas acquitté sa dette envers le contribuable — La Cour recommande que le ministre conçoive les formulaires de façon à indiquer le nom de la personne qui peut donner quittance au nom du contribuable.</i>	
		d	
		f	
		g	
		h	
STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED		LOIS ET RÈGLEMENTS	
<i>Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, s. 48(1).</i>		<i>Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 48(1).</i>	
		i	
CASES JUDICIALLY CONSIDERED		JURISPRUDENCE	
APPLIED:		DÉCISIONS APPLIQUÉES:	
<i>Cumberland Properties Ltd. v. Canada</i> , [1989] 3 F.C. 390; [1989] 2 C.T.C. 75; (1989), 84 D.T.C. 5333; 99 N.R. 145 (C.A.); <i>Orr and Barber v. Union Bank of Scotland</i> (1854), 1 Macq. 513; C.L.R. 1566 (H.L.); <i>Johnson v. Windle</i> (1836), 3 Bing (N.C.) 225; 132 E.R. 396.		<i>Cumberland Properties Ltd. c. Canada</i> , [1989] 3 C.F. 390; [1989] 2 C.T.C. 75; (1989), 84 D.T.C. 5333; 99 N.R. 145 (C.A.); <i>Orr and Barber v. Union Bank of Scotland</i> (1854), 1 Macq. 513; C.L.R. 1566 (H.L.); <i>Johnson v. Windle</i> (1836), 3 Bing (N.C.) 225; 132 E.R. 396.	
		j	

## DISTINGUISHED:

*Delory v. Guyett* (1920), 47 O.L.R. 137; 52 D.L.R. 506 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Hosking Diamond Drilling Co. v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 60; (1991), 91 D.T.C. 5307; 46 F.T.R. 71 (F.C.T.D.).

ACTION to set aside demand for reimbursement of amount of income tax refund cheque. Action allowed.

## COUNSEL:

*Herman Van Ommen* for plaintiff.  
*J. A. Van Iperen, Q.C.* for defendant.

## SOLICITORS:

*McCarthy Tétrault*, Vancouver, for plaintiff. *d*  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

ROULEAU J.: The plaintiff brings this action seeking to set aside a demand by Revenue Canada that he reimburse the amount of a refund cheque issued to him by the Department in February of 1986. The instrument was forwarded to the taxpayer's accountant who forged the plaintiff's endorsement and absconded with most of the funds. *f*

Mr. Wharton, a television and film technician, had retained the services of one Stephen L. Foan, a chartered accountant residing in Vancouver, B.C. The latter was responsible for the preparation and filing of the taxpayer's annual T-1 Individual Income Tax Returns during the years with which we are concerned, 1981 through to 1984 inclusively. While attending at the accountant's office in March of 1985, and instructing him with respect to his 1984 tax return, Mr. Foan advised that he was aware of an income tax avoidance situation and suggested to the plaintiff that he may be interested in investing in a venture known as Sparrow Energy Corporation. By so doing he could be entitled to a substantial non-cap- *j*

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Delory v. Guyett* (1920), 47 O.L.R. 137; 52 D.L.R. 506 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Hosking Diamond Drilling Co. c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 60; (1991), 91 D.T.C. 5307; 46 F.T.R. 71 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

ACTION en vue de l'annulation d'une demande formelle de remboursement du montant d'un chèque de remboursement d'impôt sur le revenu. Action accueillie.

## AVOCATS:

*Herman Van Ommen* pour le demandeur. *c*  
*J. A. Van Iperen, c.r.* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*McCarthy Tétrault*, Vancouver, pour le demandeur. *d*  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE ROULEAU: Le demandeur intente la présente action en vue de l'annulation d'une demande formelle par laquelle Revenu Canada réclame la restitution du montant d'un chèque de remboursement émis au nom du demandeur par le Ministère en février 1986. Le document a été expédié au comptable du contribuable, qui a contrefait la signature du demandeur et a pris la fuite avec la plus grande partie des fonds. *g*

M. Wharton, qui est technicien de film et de télévision, avait retenu les services d'un certain Stephen L. Foan, comptable agréé résidant à Vancouver (C.-B.). Ce dernier était chargé de remplir et de produire la déclaration annuelle de revenu des particuliers T-1 du contribuable durant les années qui nous intéressent, soit de 1981 à 1984 inclusivement. Pendant que le demandeur se trouvait au bureau du comptable en mars 1985 pour lui donner des directives au sujet de sa déclaration de revenu pour l'année 1984, M. Foan l'a informé qu'il connaissait une situation d'évitement d'impôt sur le revenu et lui a laissé entendre qu'il pourrait être intéressant pour lui de placer de l'argent dans une entreprise connue sous

ital loss which could result in a gain to Mr. Wharton and he could expect net tax refunds in an amount between \$10,000 to \$12,000. Accepting his accountant's advice he agreed to invest and immediately issued a cheque, as directed, to McRae & Associates in the amount of \$4,929.29 and turned it over to Mr. Foan.

The accountant completed the 1984 return claiming a non-capital loss of some \$152,000. This resulted in a nil taxable income for the 1984 taxation year and entitled the plaintiff to a refund of approximately \$13,000 for the 1984 taxation year. The non-capital loss was also carried back to the three previous years—1981, 1982, 1983. As a result of reassessment for the previous years, the plaintiff became entitled to a refund in excess of \$37,000.

All T-1 Individual Income Tax returns are executed by the plaintiff on the last page; appearing next to the signature is a box indicating that Stephen L. Foan, Chartered Accountant, of 1468 Main Street, North Vancouver, B.C., had prepared the return; on the front page or face of the form Mr. Wharton's name appears; the address is that of the accountant. Similarly, for the previous three annual returns, the address on the face of the return is c/o S. L. Foan . . . etc.

The uncontroverted evidence is that an income tax refund cheque was issued by Revenue Canada in June of 1985 for the 1984 taxation year in the amount of \$13,791.45. The cheque indicated the payee as Fred Wharton c/o S. L. Foan, followed by the accountant's address. The cheque was received by Mr. Foan who then turned it over to Mr. Wharton who deposited it to his account. Upon completing this transaction Mr. Foan advised Mr. Wharton to issue a further cheque to McRae and Associates in the amount of \$8,293.40 to complete his investment undertaking. This cheque is dated June 25, 1985. The total of both advances to McRae Investments were approximately equal to the refund amount received

le nom de Sparrow Energy Corporation. Ce faisant, le demandeur pourrait avoir droit à une perte autre qu'en capital importante qui pourrait entraîner un gain pour lui et il pourrait s'attendre à des remboursements nets d'impôt d'un montant de 10 000 \$ à 12 000 \$. Il a accepté le conseil de son comptable, a convenu de faire un placement, a émis immédiatement un chèque, selon les indications, à l'ordre de McRae & Associates au montant de 4 929,29 \$ et l'a remis à M. Foan.

Le comptable a rempli la déclaration de revenu pour l'année 1984 et a réclamé une perte autre qu'en capital d'environ 152 000 \$. Il en a résulté un revenu imposable négatif pour l'année d'imposition 1984, et le demandeur avait droit à un remboursement de quelque 13 000 \$ pour cette année d'imposition. La perte autre qu'en capital a également été appliquée aux trois années précédentes—1981, 1982, 1983. À la suite de la nouvelle cotisation pour les années précédentes, le demandeur avait maintenant droit à un remboursement de plus de 37 000 \$.

Toutes les formules de déclaration de revenu des particuliers T-1 portent la signature du demandeur à la dernière page; à côté de cette signature se trouve une case dans laquelle il est indiqué que Stephen L. Foan, comptable agréé, du 1468 Main Street, North Vancouver (C.-B.) a rempli la déclaration; au recto du formulaire figure le nom de M. Wharton; l'adresse est celle du comptable. De la même façon, en ce qui concerne les déclarations des trois années précédentes, l'adresse inscrite au recto de la déclaration mentionne a/s S. L. Foan, etc.

Selon la preuve non contestée, Revenu Canada a émis un chèque de remboursement d'impôt sur le revenu en juin 1985 pour l'année d'imposition 1984 au montant de 13 791,45 \$. On mentionnait comme bénéficiaire du chèque Fred Wharton a/s S. L. Foan, et on donnait ensuite l'adresse du comptable. M. Foan a reçu le chèque et l'a remis ensuite à M. Wharton, qui l'a déposé dans son compte. Une fois cette opération effectuée, M. Foan a demandé à M. Wharton d'émettre un autre chèque à l'ordre de McRae & Associates au montant de 8 293,40 \$ afin de remplir son engagement de placement. Ce chèque porte la date du 25 juin 1985. Le total des deux avances faites à l'ordre de McRae Investments cor-

from Revenue Canada for the taxation year 1984 but appears to be of no consequence or in issue in this proceeding.

The evidence is that Mr. Wharton was not aware of the amount of refund he could expect for the three previous taxation years over which the non-capital loss had been carried back. In February of 1986, Revenue Canada issued a refund cheque in the amount of \$37,360.08 and forwarded it to Fred Wharton c/o S. L. Foan, 1468 Main Street, North Vancouver, B.C. Shortly thereafter, the taxpayer was telephoned by Mr. Foan advising that he had deposited to the credit of Mr. Wharton's account the sum of \$11,448.23. Since this amount was close to the initial amount that his accountant told him he would be recovering, the plaintiff paid no further attention to the transaction. It was not until May of 1987, when Revenue Canada collectors contacted the plaintiff, did he become aware of the full amount of the second refund. After reassessment, they were seeking to recover some \$55,000. His only knowledge of refunds was the \$13,000 in 1985 and the \$11,000 in 1986. There is undisputed evidence before the Court that Mr. Foan forged the plaintiff's signature on the cheque and deposited it to his account. The plaintiff acknowledges having received the sum of \$11,448.23 from the refund cheque of \$37,360.08; the issue before me is to determine who is to suffer the loss of the \$25,911.85.

The plaintiff submits that the common law of bills of exchange still applies and the Crown cannot be saved by certain sections of the present *Bills of Exchange Act* [R.S.C., 1985, c. B-4]. He nevertheless primarily relies on a decision of the Federal Court of Appeal in the case of *Cumberland Properties Ltd. v. Canada*, [1989] 3 F.C. 390. He argues that the principles relied on in that case are applicable to the present factual situation and, as a result, Revenue Canada should suffer the loss.

Briefly, *Cumberland* involved a refund cheque forwarded to the secretary of a company for the benefit of the corporation. The officer who received the funds converted them to his own use. The Court ruled

respondait à peu près au montant du remboursement reçu de Revenu Canada pour l'année d'imposition 1984 mais semble n'avoir aucune importance ou ne pas être en cause dans le présent litige.

<sup>a</sup> Il ressort de la preuve que M. Wharton n'était pas au courant du montant du remboursement auquel il pouvait s'attendre pour les trois années d'imposition précédentes auxquelles avait été appliquée la perte autre qu'en capital. En février 1986, Revenu Canada a émis un chèque de remboursement au montant de 37 360,08 \$ et l'a fait parvenir à Fred Wharton a/s S. L. Foan, 1468 Main Street, North Vancouver (C.-B.).  
<sup>b</sup> Peu après, M. Foan a téléphoné au contribuable pour l'informer qu'il avait déposé au crédit de M. Wharton la somme de 11 448,23 \$. Comme ce montant était très près du montant initial que son comptable lui avait dit qu'il recouvrerait, le demandeur n'a pas porté davantage attention à l'opération. Ce n'est qu'en mai 1987, lorsque les percepteurs de Revenu Canada ont contacté le demandeur, qu'il a pris connaissance du plein montant du deuxième remboursement. Après une nouvelle cotisation, ils tentaient de recouvrer environ 55 000 \$. Il n'était au courant que du remboursement de 13 000 \$ effectué en 1985 et de celui de 11 000 \$ effectué en 1986. Il est incontesté que M. Foan a contrefait la signature du demandeur sur le chèque et l'a déposé dans son compte. Le demandeur reconnaît avoir reçu la somme de 11 448,23 \$ sur le chèque de remboursement de 37 360,08 \$; il me faut donc déterminer qui doit subir la perte de 25 911,85 \$.

<sup>c</sup>  
<sup>d</sup>  
<sup>e</sup>  
<sup>f</sup>  
<sup>g</sup> Le demandeur soutient que la common law en matière de lettres de change s'applique encore et que la Couronne ne peut pas profiter de certains articles de l'actuelle *Loi sur les lettres de change* [L.R.C. (1985), ch. B-4]. Néanmoins, il invoque principalement une décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Cumberland Properties Ltd. c. Canada*, [1989] 3 C.F. 390. Il allègue que les principes invoqués dans cet arrêt s'appliquent à la présente situation de fait et que, par conséquent, Revenu Canada devrait subir la perte.

<sup>h</sup>  
<sup>i</sup> En bref, l'arrêt *Cumberland* concernait un chèque de remboursement expédié au secrétaire d'une compagnie au profit de cette dernière. Le dirigeant de la compagnie qui a reçu les fonds les a changés à son

that the Minister must bear the loss. It determined [at page 394] that the Crown had not satisfied the Court that it could “show a course of dealing or a ‘holding out’ on the part of the company from which the officials at Revenue Canada could properly infer that Church [the secretary] was authorized to receive and negotiate the cheque” [underlining added]. It should also be noted that the Court also relied on a secondary fact to find as it did. The evidence revealed that all shares of the company had been acquired by third parties and some 2 1/2 months before the issuance of the refund cheque, the new owners had advised Revenue Canada of a change in head office address. They so indicated when filing their annual return for the subsequent fiscal year.

The defendant relied on the principle that there was considerable authority extended to Mr. Foan on which it had a right to rely. Having sent the cheque according to the address indicated on the return, it should be exonerated from any further responsibility; it should not have to follow up on all cheques that it issues and forwards to taxpayers; that it should not have to assume responsibility in cases of obvious forgery. Counsel referred the Court to the decision of *Delory v. Guyett* (1920), 47 O.L.R. 137, and in particular at page 151, where the Ontario Court of Appeal wrote:

The principle seems to be that, where there is authority to receive a cheque, the receipt of the agent is the receipt of the principal, the cheque itself is payment, it is the principal's property, and the agent holds and deals with the cheque for his principal, and his principal assumes the risk of his improperly dealing with the cheque, while in the case where the agent has not authority to receive a cheque, the cheque is the property of the agent, and the person placing the cheque in the hands and power of the agent assumes the risk of his dealing with it improperly.

The defendant also places some reliance on the decision of the Trial Division of this Court in *Hosking Diamond Drilling Co. v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 60, which appears to follow the decision in *Cumberland*; apparently it has not been appealed.

propre usage. La Cour a statué que le ministre devait en supporter la perte. Il a été jugé [à la page 394] que la Couronne n'avait pas convaincu la Cour qu'elle pouvait «démontrer une manière d'agir ou de “présenter les choses” de la part de la compagnie qui permettait aux fonctionnaires de Revenu Canada de conclure à bon droit que M. Church [le secrétaire] était autorisé à recevoir et à négocier le chèque» [soulignement ajouté]. Il faut également remarquer que le tribunal s'est aussi appuyé sur un fait secondaire pour aboutir à la conclusion qui est la sienne. Il est ressorti de la preuve que toutes les actions de la compagnie avaient été acquises par des tiers et que, environ deux mois et demi avant l'émission du chèque de remboursement, les nouveaux propriétaires avaient informé Revenu Canada du changement d'adresse du siège social de la compagnie. Ils l'ont mentionné au moment de la production de leur déclaration annuelle pour l'année financière suivante.

La défenderesse a invoqué le principe selon lequel elle avait le droit de s'appuyer sur le soi-disant pouvoir qui avait été accordé à M. Foan. Comme elle avait expédié le chèque à l'adresse indiquée sur la déclaration, elle devait être exonérée de toute responsabilité supplémentaire; elle n'avait pas à suivre de près tous les chèques émis et expédiés aux contribuables; elle n'avait pas à assumer la responsabilité dans les cas de contrefaçon évidente. L'avocat a renvoyé la Cour à l'arrêt *Delory v. Guyett* (1920), 47 O.L.R. 137, en particulier à la page 151, où la Cour d'appel de l'Ontario statue:

[TRADUCTION] Le principe semble être le suivant: s'il y a pouvoir de recevoir un chèque, sa réception par le représentant en constitue la réception par le mandant, le chèque lui-même constitue le paiement, c'est la propriété du mandant et le représentant détient et négocie le chèque pour le mandant, et le mandant assume le risque qu'il ne négocie pas correctement le chèque, tandis que, dans le cas où le représentant n'a pas le pouvoir de recevoir un chèque, le chèque est la propriété du représentant, et la personne qui remet le chèque dans les mains et le pouvoir du représentant assume le risque que celui-ci ne le négocie pas correctement . . .

La défenderesse s'appuie également jusqu'à un certain point sur la décision rendue par la Section de première instance de notre Cour dans l'affaire *Hosking Diamond Drilling Co. c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 60, qui paraît suivre l'arrêt *Cumberland*; il semble qu'il n'ait pas été interjeté appel.



I have reviewed the *Hosking* decision and more particularly the closing paragraph which states as follows [at page 64]:

I therefore consider that a public agency which has to reimburse a sum of money to a corporation is, in the absence of instructions to the contrary, completely discharged by the sending of a negotiable instrument, valid for the full amount of the debt, to the last address indicated by that corporation as being that of its head office, when the said negotiable instrument is in fact received by someone who has power from the said corporation to receive it. That is exactly the case at bar, which is clearly different from *Cumberland Properties Ltd. v. The Queen*, [1989] 2 C.T.C. 75; 89 D.T.C. 5333 where not only notice of a change of address was ignored by the debtor, but also the authority of the officer to receive payment for the credit was not established.

Perhaps there was sufficient evidence before the Trial Judge in the *Hosking* case to satisfy him that there was "holding out" as well as sufficient authority for the officer of the corporation not only to receive the instrument but as the Trial Judge put it [at page 63]: "the same banking resolution did by paragraph three make it clear that he did by himself have power from the plaintiff to receive it on the latter's behalf."

One must determine if Revenue Canada had effectively discharged its initial obligation or debt to the taxpayer in order to recover the face amount on the instrument. In *Orr and Barber v. Union Bank of Scotland* (1854), 1 Macq. 513, a decision of the House of Lords, a general principle was established with respect to the onus of proof that rests with the debtor. At page 522, The Lord Chancellor wrote:

Payment of a forged cheque or order is not of itself any payment at all as between the party paying and the person whose name is forged.

The same principle was endorsed in *Johnson v. Windle* (1836), 132 E.R. 396. This case dealt with a promissory note delivered by a defendant to a plaintiff, payable to the latter's order. It was stolen and the plaintiff's endorsement was forged. Tindal C.J. wrote at page 398:

It would be of most dangerous consequence if we were to give legality to a forged indorsement of a bill of exchange, and that

J'ai examiné la décision *Hosking* et plus particulièrement le dernier paragraphe, qui est ainsi libellé [à la page 64]:

a Je suis donc d'avis qu'une administration publique tenue au remboursement d'une somme d'argent à une personne morale est tout à fait libérée, en l'absence d'instructions contraires, par l'envoi d'un effet de commerce, valable pour le plein montant de la dette, à la dernière adresse indiquée par cette personne morale comme étant [sic] celle de son siège social, lorsque ledit effet de commerce est effectivement reçu par quelqu'un ayant pouvoir de ladite personne morale de le recevoir pour elle. C'est ici tout à fait le cas, lequel se distingue nettement de l'affaire *Cumberland Properties Ltd. v. The Queen*, [1989] 2 C.T.C. 75; 89 D.T.C. 5333 où non seulement un avis de changement d'adresse a été ignoré par le débiteur, mais où en outre l'autorité de l'officier de recevoir paiement pour le créancier n'a pas été établie.

d Peut-être la preuve présentée devant le juge de première instance dans l'affaire *Hosking* était-elle suffisante pour le convaincre qu'il y a eu «présentation des choses» et que le dirigeant de la compagnie jouissait d'un pouvoir suffisant non seulement pour recevoir l'effet de commerce mais, comme le dit le juge de première instance [à la page 63], «la même résolution bancaire, cependant, de par l'effet de son paragraphe 3, prouve bien que ce dernier, seul, avait pouvoir de la demanderesse de le recevoir pour elle».

f Il faut déterminer si Revenu Canada s'était effectivement acquitté de son obligation ou dette initiale envers le contribuable afin de recouvrer le montant nominal de l'effet de commerce. Dans l'arrêt *Orr and Barber v. Union Bank of Scotland* (1854), 1 Macq. 513, la Chambre des lords a établi un principe général au sujet de la charge de la preuve qui incombe au débiteur. À la page 522, le Grand Chancelier dit:

h [TRADUCTION] Le paiement d'un chèque ou billet contrefait ne constitue pas du tout en soi un paiement entre la partie qui paie et la personne dont le nom est contrefait.

i On a adhéré au même principe dans la décision *Johnson v. Windle* (1836), 132 E.R. 396. Cette affaire concernait un billet promissoire remis par l'un des défendeurs à l'un des demandeurs et payable à l'ordre de ce dernier. Le billet a été volé et la signature du demandeur a été contrefaite. Le juge en chef Tindal mentionne à la page 398:

j [TRADUCTION] Il pourrait en résulter des conséquences très graves si nous devons accorder une certaine légalité à la

would be the effect of a judgment in favour of these Defendants.

The general rule is, that no title can be obtained through a forgery. Here the indorsement upon the bill has been forged, and the only ground which has been urged to take the case out of the general rule, is, that there has been such gross negligence in the Plaintiffs as to divest them of any remedy against the Defendants.

After carefully reviewing the *Delory* case, *supra*, it is easily distinguishable from the cases discussed. It is evident that authority was given by the creditor to the debtor to pay the principal's lawyer and as a result of that case the creditor assumes the risk of the improper dealings with the funds by his agent.

In *Hosking*, as I suggested, the Minister may have convinced the Court that there was sufficient "holding out". This case was not appealed and does not elaborate sufficiently on the *Cumberland* decision to satisfy me. There does not appear to have been any in-depth analysis of what the Court had said in *Cumberland*. The fact that Revenue Canada had or had not discharged the onus of satisfying the Court that the secretary of the company was "authorized to receive and negotiate the cheque" was not discussed.

Subsection 48(1) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4, reads as follows:

48. (1) Subject to this Act, where a signature on a bill is forged, or placed thereon without the authority of the person whose signature it purports to be, the forged or unauthorized signature is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature, unless the party against whom it is sought to retain or enforce payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

A careful reading of the statute does not exonerate the Minister. He cannot seek to enforce payment of a forged instrument and it is wholly inoperative with respect to discharging the obligation that he had to the taxpayer.

Counsel for the defendant offered absolutely no evidence with respect to holding out that could infer ostensible authority having been extended by the plaintiff to Mr. Foan. They could not in any way sat-

signature contrefaite d'une lettre de change, et ce serait l'effet qu'aurait un jugement prononcé en faveur des présents défendeurs.

La règle générale veut qu'aucun titre ne puisse être obtenu au moyen de la contrefaçon. En l'espèce, la signature figurant sur la lettre de change a été contrefaite, et le seul motif invoqué pour ne pas suivre la règle générale est que les demandeurs ont commis une négligence si grave qu'elle les prive de tout recours contre les défendeurs.

Après un examen minutieux de l'arrêt *Delory*, précité, on peut facilement le distinguer des affaires étudiées. Il est évident que le créancier a donné au débiteur le pouvoir de payer l'avocat du mandant et que, à la suite de cette affaire, le créancier assume le risque que son représentant n'agisse pas correctement avec les fonds.

Dans l'affaire *Hosking*, ainsi que je l'ai laissé entendre, le ministre a peut-être convaincu le tribunal qu'il y avait une «présentation des choses» suffisante. Il n'a pas été interjeté appel de cette affaire, et on n'y parle pas suffisamment de l'arrêt *Cumberland* pour me convaincre. Il ne semble pas y avoir eu une analyse en profondeur de ce que la Cour a dit dans l'arrêt *Cumberland*. On n'a pas examiné si Revenu Canada s'était acquitté ou non de son obligation de convaincre la Cour de ce que le secrétaire de la compagnie était «autorisé à recevoir et à négocier le chèque».

Le paragraphe 48(1) de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), ch. B-4, est libellé ainsi:

48. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute signature contrefaite, ou apposée sans l'autorisation du présumé signataire, n'a aucun effet et ne confère pas le droit de garder la lettre, d'en donner libération ni d'obliger une partie à celle-ci à en effectuer le paiement, sauf dans les cas où la partie visée n'est pas admise à établir le faux ou l'absence d'autorisation.

Une lecture attentive de la Loi ne permet pas d'exonérer le ministre. Il ne peut pas essayer de demander le paiement d'un effet de commerce contrefait, et celui-ci est tout à fait inopérant en ce qui concerne le respect de l'obligation qu'il avait envers le contribuable.

L'avocat de la défenderesse n'a présenté aucune preuve en ce qui concerne la présentation des choses qui pourrait faire conclure qu'un soi-disant pouvoir avait été accordé à M. Foan par le demandeur. Il n'a

isfy me that one could infer that Mr. Foan “was authorized to receive and negotiate the cheque”. There is no indication whatsoever that the accountant was clothed with the authority of discharging the debt to the taxpayer. I would like to repeat what the Court of Appeal stated in *Cumberland* in giving some advice to Revenue Canada. They wrote at page 395:

If the Government wants to require that corporate tax returns include the name of a person who can give discharge on behalf of the company, it should say so in language far clearer than that employed here.

I agree with that statement and I feel that the Minister can design forms to prevent such unfortunate events from occurring again.

It is therefore my decision that the question which is before me, namely whether the plaintiff is entitled to deduct the sum of \$25,911.85 from any amount found to be due and owing to the defendant, is hereby answered in the affirmative and I so declare.

Costs to the plaintiff.

pas pu me convaincre du tout que l'on pourrait conclure que M. Foan «était autorisé à recevoir et à négocier le chèque». Absolument rien n'indique que le comptable était investi du pouvoir d'acquitter la dette du contribuable. Je voudrais répéter ce que la Cour d'appel a statué dans l'arrêt *Cumberland* en donnant certains conseils à Revenu Canada. Les juges d'appel déclarent à la page 395:

Si le gouvernement veut exiger que les personnes morales indiquent dans leur déclaration d'impôt le nom d'une personne autorisée à émettre des quittances en leur nom, il devrait le préciser en termes beaucoup plus clairs que ceux employés en l'espèce.

Je suis d'accord avec cette déclaration et il me semble que le ministre peut concevoir des formulaires afin d'empêcher que ces incidents malheureux se produisent de nouveau.

Je décide donc de répondre par l'affirmative à la question dont j'étais saisi, à savoir si le demandeur a le droit de déduire la somme de 25 911,85 \$ de tout montant considéré comme dû à la défenderesse.

Le demandeur a droit aux dépens.

T-1346-92

T-1346-92

**The Ontario Chicken Producers' Marketing Board (Applicant)****La Commission ontarienne de la commercialisation du poulet (requérante)**

v.

a c.

**The Canadian Chicken Marketing Agency (Respondent)****L'Office canadien de commercialisation des poulets (intimé)***INDEXED AS: ONTARIO (CHICKEN PRODUCERS' MARKETING BOARD) v. CANADA (CHICKEN MARKETING AGENCY) (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: ONTARIO (COMMISSION DE LA COMMERCIALISATION DU POULET) c. CANADA (OFFICE DE COMMERCIALISATION DES POULETS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, McGillis J.—Toronto, August 18 and 19; Ottawa, October 14, 1992.

Section de première instance, juge McGillis—  
c Toronto, 18 et 19 août; Ottawa, 14 octobre 1992.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application to quash application for judicial review of assessment of liquidated damages — Canadian Chicken Marketing Agency established by Proclamation pursuant to Farm Products Marketing Agencies Act — Federal-Provincial Agreement controlling production and marketing of chicken in Canada — Amendment thereto requiring provincial boards to pay liquidated damages if quota exceeded and providing for final resolution of disputes by National Farm Products Marketing Council — Agency assessing liquidated damages against Ontario Board — Within Court's jurisdiction to review assessment — Agency only having powers specifically accorded to it by Act or Proclamation — Agreement to assess damages exceeded powers mandated by Parliament — Agreement between federal and provincial governments not enforceable as private contract — Agency acting pursuant to statutorily authorized Agreement, purporting to exercise jurisdiction by or under Act of Parliament — Application for judicial review without first appealing to Council not premature — Agreement cannot oust Court's jurisdiction to review jurisdictional issue.*

*d Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande d'annulation de la demande de contrôle judiciaire de l'évaluation des dommages-intérêts prédéterminés — L'Office canadien de commercialisation des poulets a été créé par proclamation conformément à la Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme — Un accord fédéral-provincial contrôle la production et la commercialisation des poulets au Canada — La modification de l'accord impose aux offices provinciaux de payer des dommages-intérêts prédéterminés s'ils excèdent leur allocation et prévoit le règlement définitif des différends par le Conseil national de commercialisation des produits de ferme — L'Office a imposé à la Commission ontarienne de verser des dommages-intérêts prédéterminés — La Cour a compétence pour étudier de nouveau l'évaluation des dommages-intérêts — L'Office n'a que les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par une loi ou la proclamation — L'accord visant l'évaluation des dommages excédait les pouvoirs conférés par le Parlement — L'accord entre les gouvernements fédéral et provincial n'est pas exécutoire à titre de contrat privé — L'Office a agi conformément à l'accord autorisé par la Loi, prétendant exercer une compétence prévue par une loi fédérale — La demande de contrôle judiciaire sans qu'il y ait eu d'abord appel auprès du Conseil n'est pas prématurée — L'accord ne peut empêcher la Cour d'effectuer un contrôle judiciaire sur une question de compétence.*

*Agriculture — Canadian Chicken Marketing Agency established by Proclamation pursuant to Farm Products Marketing Agencies Act — Assessing liquidated damages for overproduction against Ontario Chicken Producers' Marketing Board pursuant to amendment to Federal-Provincial Agreement — Agency limited to powers specifically accorded by Act — Assessment of liquidated damages exceeding Agency's jurisdiction.*

*h Agriculture — L'Office canadien de commercialisation des poulets a été créé par proclamation conformément à la Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme — Dommages-intérêts prédéterminés pour la surproduction de poulets imposés à la Commission ontarienne de la commercialisation du poulet conformément à la modification de l'accord fédéral-provincial — L'Office doit s'en tenir aux pouvoirs qui lui sont expressément conférés par la Loi — La détermination des dommages-intérêts prédéterminés excède la compétence de l'Office.*

This was an application to quash the Ontario Chicken Producers' Marketing Board's application for judicial review on the grounds either that the Court lacked jurisdiction or that the application was premature. The Canadian Chicken Marketing

*j* Il s'agit d'une demande d'annulation de la demande de contrôle judiciaire de la Commission ontarienne de la commercialisation du poulet au motif soit que la Cour n'a pas compétence soit que la demande est prématurée. L'Office canadien de com-

Agency was established by Proclamation pursuant to the *Farm Products Marketing Agencies Act*, which gave it various powers to enable it to perform its functions, but not the power to assess liquidated damages. It was created to ensure the promotion of an effective chicken industry in Canada. To that end it entered into a federal-provincial agreement in 1978, which was amended in 1984 to provide that each provincial marketing board would ensure that the quantity of chicken produced in the province and sold did not exceed its yearly allocation, failing which the provincial board would pay liquidated damages to the Canadian Agency. The amendment also provided that the National Farm Products Marketing Council would finally resolve any disputes concerning liquidated damages. In 1991 the Canadian Agency assessed the Ontario Board with liquidated damages. The Ontario Board did not appeal the assessment to the Council, but applied to this Court for judicial review. The Canadian Agency submitted that the Court lacked jurisdiction to review its assessment which was made pursuant to the terms of the Federal-Provincial Agreement, a private contract, and not through the exercise of powers conferred by or under an Act of Parliament. Furthermore, the provision in the Agreement for the final resolution of disputes concerning the determination of liquidated damages required the Ontario Board to appeal and obtain a ruling from the Council on the liquidated damages assessment before bringing a judicial review application in the Federal Court. The Ontario Board submitted that the Court had jurisdiction pursuant to *Federal Court Act*, section 18.1. The Canadian Agency is a federal body created by Parliament, exercises jurisdiction conferred by or under an Act of Parliament, and cannot act beyond the scope of those powers. As to prematurity, the provision in the Agreement for resolution of disputes cannot oust the jurisdiction of the Court, particularly where jurisdictional error is alleged. The issues were whether the Canadian Agency, in assessing liquidated damages against the Ontario Board, exercised or purported to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament, and whether the application for judicial review was premature since the Ontario Board had not yet appealed the assessment to the Council.

*Held*, the application should be dismissed.

The imposition of liquidated damages under the terms of the Federal-Provincial Agreement was beyond the powers conferred on the Agency by or under the Act or Proclamation and was reviewable by this Court. The Canadian Agency, a creature of statute and proclamation, may exercise only those powers specifically accorded to it by the Act or Proclamation. In agreeing to assess liquidated damages against the provincial commodity boards, the Canadian Agency expanded its powers beyond those mandated to it by Parliament.

mercionalisation des poulets a été créé par proclamation conformément à la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, qui lui confère divers pouvoirs lui permettant de remplir ses fonctions, mais pas celui d'évaluer des dommages-intérêts prédéterminés. Il a été créé pour promouvoir l'efficacité dans le secteur de la production du poulet au Canada. À cette fin, il a conclu en 1978 un accord fédéral-provincial, qui a été modifié en 1984, pour prévoir que chaque office provincial de commercialisation veillerait à ce que la quantité totale de poulets produite dans la province et commercialisée n'exécède pas son allocation annuelle, sous peine de verser à l'Office canadien des dommages-intérêts prédéterminés. La modification prévoyait aussi que le Conseil national de commercialisation des produits de ferme réglerait de façon finale tout différend au sujet des dommages-intérêts prédéterminés. En 1991, l'Office canadien a imposé à la Commission ontarienne des dommages-intérêts prédéterminés. Celle-ci n'a pas interjeté appel auprès du Conseil, mais a plutôt présenté une demande de contrôle judiciaire auprès de cette Cour. L'Office canadien a soutenu que cette Cour n'avait pas compétence pour contrôler son évaluation faite conformément aux dispositions de l'accord fédéral-provincial, un contrat privé, et non dans l'exercice de pouvoirs prévus par une loi fédérale. De plus, la disposition de l'accord prévoyant le règlement définitif des différends portant sur la détermination des dommages-intérêts prédéterminés imposait à la Commission ontarienne l'obligation d'interjeter appel et d'obtenir du Conseil une décision à l'égard de la détermination des dommages-intérêts prédéterminés avant de solliciter le contrôle judiciaire de la Cour fédérale. La Commission ontarienne a soutenu que la Cour avait compétence en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'Office canadien est un organisme fédéral créé par le Parlement; il exerce une compétence qui lui est conférée par une loi fédérale, et il ne peut excéder les limites de ces pouvoirs. Pour ce qui est du caractère prématuré de la demande, la disposition de l'accord prévoyant le règlement des différends ne peut pas faire échec à la compétence de la Cour, en particulier lorsqu'une erreur de compétence est alléguée. Les questions litigieuses consistaient à savoir si l'Office canadien, en évaluant les dommages-intérêts prédéterminés payables par la Commission ontarienne, exerçait ou était censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, et si la demande de contrôle judiciaire était prématurée, la Commission ontarienne n'ayant pas encore interjeté appel contre l'évaluation auprès du Conseil.

*Jugement*: la demande est rejetée.

L'imposition de dommages-intérêts prédéterminés en vertu des dispositions de l'accord fédéral-provincial excédait les pouvoirs conférés à l'Office par la Loi ou la proclamation et pouvait faire l'objet d'un contrôle par cette Cour. L'Office canadien, de par sa nature créé par une loi et par une proclamation, peut uniquement exercer les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par la Loi ou par la proclamation. En acceptant d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés aux offices provinciaux de commercialisation, l'Office canadien a étendu ses pouvoirs au-delà de ceux qui lui avaient été conférés par le législateur.

Furthermore, an agreement negotiated between federal and provincial governments pursuant to the provisions of a statute is not an ordinary private contract but an agreement between governments. Such an agreement is not enforceable as a private contract. The Agreement was negotiated pursuant to section 31 of the *Farm Products Marketing Agencies Act*. The parties acknowledged its legislative base in the recitals and the Agreement is replete with references to legislative authority. It therefore cannot be characterized as a private contract in order to oust the jurisdiction of the Court. Furthermore, the actions of the Canadian Agency were undertaken pursuant to the statutorily authorized amended Federal-Provincial Agreement. It purported to exercise jurisdiction by or under an Act of Parliament, as a result of which this Court had jurisdiction to entertain the application for judicial review.

The application for judicial review was not premature. Section 9 of the amended Federal-Provincial Agreement provided that the Council would provide the final resolution of the "determination" of liquidated damages. In other words, the Council must consider the appropriateness of the assessment of liquidated damages in the circumstances of the case on appeal. Nothing in section 9 purports to oust the jurisdiction of the Court to review the power of the Canadian Agency to impose liquidated damages. Even had it purported to do so, section 9 could not prevent the Court from conducting judicial review of a jurisdictional issue.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Chicken Marketing Agency Proclamation*, SOR/79-158, Schedule, ss. 6(3), 11 (as am. by SOR/91-139, s. 7), 12 (as am. *idem*, s. 8).

*Canadian Chicken Marketing Quota Regulations*, SOR/79-559.

*Farm Products Marketing Act*, R.S.O. 1990, c. F.9, s. 16.

*Farm Products Marketing Agencies Act*, S.C. 1970-71-72, c. 65 (now R.S.C., 1985, c. F-4), ss. 16(1), 17(1),(2), 22, 31, 36, 37.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as am. *idem*, s. 5).

Federal-Provincial Agreement with respect to the Establishment of a Comprehensive Chicken Marketing Program in Canada, ss. 2, 3, 4, 5, 9.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*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; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541.

De plus, l'accord négocié par les gouvernements fédéral et provincial conformément aux dispositions d'une loi n'est pas un contrat privé ordinaire mais un accord entre gouvernements. Pareil accord n'est pas exécutoire à titre de contrat privé. L'accord a été négocié conformément à l'article 31 de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*. Les parties ont reconnu son fondement législatif dans l'énoncé et l'accord lui-même fait à maintes reprises mention d'un pouvoir législatif. On ne peut donc pas le qualifier de contrat privé de façon à faire échec à la compétence de la Cour. En outre, l'Office canadien a agi conformément au nouvel accord fédéral-provincial autorisé par la Loi. Il était censé exercer une compétence prévue par une loi fédérale, de sorte que cette Cour a compétence pour connaître de la demande de contrôle judiciaire contestée.

La demande de contrôle judiciaire n'est pas prématurée. La modification apportée à l'article 9 de l'accord fédéral-provincial prévoit que le Conseil doit régler de façon définitive la question de la «détermination» des dommages-intérêts. En d'autres termes, le Conseil doit déterminer s'il est opportun d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés en l'occurrence. Rien à l'article 9 n'est réputé faire échec à la compétence que possède la Cour de réviser le pouvoir de l'Office canadien d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés. Même s'il était réputé le faire, l'article 9 ne pourrait pas empêcher la Cour d'effectuer un contrôle judiciaire sur une question de compétence.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord fédéral-provincial visant la création d'un système global de commercialisation du poulet au Canada, art. 2, 3, 4, 5, 9.

*Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, L.R.O. 1990, ch. F.9, art. 16.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (mod., *idem*, art. 5).

*Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, S.C. 1970-71-72, ch. 65 (aujourd'hui L.R.C. (1985, ch. F-4), art. 16(1), 17(1),(2), 22, 31, 36, 37.

*Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des poulets*, DORS/79-158, annexe, art. 6(3), 11 (mod. par DORS/91-139, art. 7), 12 (mod., *idem*, art. 8).

*Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets*, DORS/79-559.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS CITÉES:

*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; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541.

## AUTHORS CITED

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed., Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPLICATION to quash, for lack of jurisdiction in the Court or as premature, an application for judicial review of an assessment of liquidated damages. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Morris Manning, Q.C.* and *Theresa R. Simone*, for applicant.

*François Lemieux* and *Martha A. Healey* for respondent.

## SOLICITORS:

*Manning & Simone*, Toronto, for Ontario Chicken Producers' Marketing Board.

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Ottawa, for Canadian Chicken Marketing Agency.

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

McGILLIS J.: The Ontario Chicken Producers' Marketing Board (the Ontario Board) brought an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] seeking writs of *certiorari* and prohibition and an injunction against the Canadian Chicken Marketing Agency (the Canadian Agency). The Canadian Agency then moved to quash the motion of the Ontario Board on the basis that the Court lacks jurisdiction or, alternatively, the application to the Court is premature. On the return date of the motions, only the application of the Canadian Agency concerning the jurisdiction of the Court was argued.

FACTS

The Ontario Board was created under the *Farm Products Marketing Act*, R.S.O. 1990, c. F.9 to administer the production and marketing of chickens in Ontario. The Canadian Agency was established in 1978 by Proclamation [*Canadian Chicken Marketing*

## DOCTRINE

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed., Oxford: Clarendon Press, 1988.

DEMANDE d'annulation, pour manque de compétence de la Cour ou parce que la demande est prématurée, d'une demande de contrôle judiciaire de l'imposition de dommages-intérêts prédéterminés. Demande rejetée.

*a*

## AVOCATS:

*Morris Manning, c.r.* et *Theresa R. Simone*, pour la requérante.

*François Lemieux* et *Martha A. Healey* pour l'intimé.

*c*

## PROCUREURS:

*Manning & Simone*, Toronto, pour la Commission ontarienne de la commercialisation du poulet.

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Ottawa, pour l'Office canadien de commercialisation des poulets.

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

*e*

LE JUGE MCGILLIS: La Commission ontarienne de la commercialisation du poulet (la Commission ontarienne) a présenté une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] en vue de l'obtention de brefs de *certiorari* et de prohibition ainsi que d'une injonction contre l'Office canadien de commercialisation des poulets (l'Office canadien). L'Office canadien a ensuite demandé l'annulation de la requête présentée par la Commission ontarienne pour le motif que la Cour n'avait pas compétence ou, subsidiairement, que la demande présentée à la Cour était prématurée. À la date fixée pour la présentation des requêtes, seule la demande de l'Office canadien concernant la compétence de la Cour a été plaidée.

*i*

LES FAITS

La Commission ontarienne a été créée en vertu de la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, L.R.O. 1990, ch. F.9, pour gérer la production et la commercialisation des poulets en Ontario. L'Office canadien a été créé par proclamation [*Proclama-*

*j*

*Agency Proclamation*, SOR/79-158] pursuant to the *Farm Products Marketing Agencies Act*, S.C. 1970-71-72, c. 65, now R.S.C., 1985, c. F-4, to promote a strong, efficient and competitive chicken production and marketing industry in Canada.

In 1978, a federal-provincial agreement [Federal-Provincial Agreement with respect to the Establishment of a Comprehensive Chicken Marketing Program in Canada] establishing a comprehensive chicken marketing program in Canada was signed by the federal Minister of Agriculture, his provincial counterparts, the federal and provincial supervisory boards and the provincial marketing boards, with the exception of Alberta in all cases. The Proclamation creating the Canadian Agency was appended as schedule "A" to the Agreement and the Ontario Board was a signatory. The Agreement contained, among other things, various monitoring and enforcement provisions limiting the total quantity of chicken to be produced for sale and sold in the signatory provinces according to provincial allocations.

In 1984, the Federal-Provincial Agreement was amended to provide, among other things, that each provincial marketing board would ensure that the total quantity of chicken produced in the province and marketed in intraprovincial, interprovincial or export trade did not exceed its yearly allocation as determined from time to time by the Quota Regulations [*Canadian Chicken Marketing Quota Regulations*, SOR/79-559] of the Canadian Agency. Furthermore, if the provincial marketing board exceeded its yearly allocation, it would pay to the Canadian Agency liquidated damages as prescribed, from time to time, in its liquidated damages resolution. The National Farm Products Marketing Council (the Council) would resolve finally any disputes concerning liquidated damages. The amount assessed as liquidated damages by the Canadian Agency or the Council on appeal would constitute a debt payable to the Agency.

*tion visant l'Office canadien de commercialisation des poulets*, DORS/79-158], en 1978, conformément à la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, S.C. 1970-71-72, ch. 65, maintenant L.R.C. (1985), ch. F-4, pour promouvoir la production et la commercialisation du poulet au Canada, de façon à en accroître l'efficacité et la compétitivité.

En 1978, un accord fédéral-provincial [Accord fédéral-provincial visant la création d'un système global de commercialisation du poulet au Canada] créant un système global de commercialisation du poulet au Canada a été signé par le ministre fédéral de l'Agriculture, par ses homologues provinciaux, par les commissions fédérale et provinciales à fonction de contrôle et par les offices provinciaux de commercialisation, à l'exception de l'Alberta dans tous les cas. La proclamation créant l'Office canadien a été jointe à titre d'annexe «A» à l'accord, que la Commission ontarienne avait signé. L'accord contenait, entre autres choses, diverses dispositions en matière de contrôle et d'application, lesquelles limitaient la quantité totale de poulets devant être produite en vue de la vente et vendue dans les provinces signataires conformément à des allocations provinciales.

En 1984, l'accord fédéral-provincial a été modifié de façon à prévoir, entre autres choses, que chaque office provincial de commercialisation veillerait à ce que la quantité totale de poulets produite dans la province et commercialisée sur le marché intraprovincial, interprovincial ou international n'exécède pas l'allocation annuelle déterminée de temps en temps par les règlements de contingentement de l'Office canadien [*Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets*, DORS/79-559]. En outre, si l'office provincial de commercialisation excédait son allocation annuelle, il devait payer à l'Office canadien des dommages-intérêts prédéterminés de la façon prescrite, de temps en temps, dans sa résolution concernant les dommages-intérêts prédéterminés. Le Conseil national de commercialisation des produits de ferme (le Conseil) réglerait d'une façon définitive tout différend au sujet des dommages-intérêts prédéterminés. Le montant établi à titre de dommages-intérêts prédéterminés par l'Office canadien ou par le Conseil, en appel, constituerait une créance de l'Office.



Prior to 1990, the Canadian Agency calculated liquidated damages for the overproduction of chicken on an annual basis. In 1990, a new system of periodic penalties was introduced in the liquidated damages resolution and the Canadian Agency assessed liquidated damages against the Ontario Board in the amount of \$928,321. The Ontario Board appealed the 1990 assessment to Council and argued, among other things, that the Canadian Agency had no jurisdiction to impose periodic or monetary penalties. Council rejected the jurisdictional argument of the Ontario Board and, following a consideration of the substantive arguments, dismissed the appeal. The Ontario Board paid the 1990 assessment as confirmed on appeal.

In 1991, the Canadian Agency applied the liquidated damages resolution and assessed the Ontario Board with liquidated damages in the amount of \$1,713,172.

The Ontario Board did not appeal this assessment to Council, but rather applied to this Court for judicial review.

## ISSUES

(i) Whether the Canadian Agency, in making its assessment of liquidated damages against the Ontario Board, exercised or purported to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament; and

(ii) whether the application of the Ontario Board is premature.

## POSITION OF THE CANADIAN AGENCY

Counsel for the Canadian Agency submits that this Court has no jurisdiction to entertain the application of the Ontario Board on the basis that the Canadian Agency made its assessment of liquidated damages pursuant to the terms of the Federal-Provincial Agreement and not through the exercise or purported exercise of jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament. The Federal-Provincial

Avant 1990, l'Office canadien calculait les dommages-intérêts prédéterminés pour la surproduction de poulets sur une base annuelle. En 1990, un nouveau système de pénalités périodiques a été introduit dans la résolution concernant les dommages-intérêts prédéterminés et l'Office canadien a évalué à 928 321 \$ les dommages-intérêts prédéterminés payables par la Commission ontarienne. Cette dernière a interjeté appel de la cotisation de 1990 devant le Conseil et a soutenu, entre autres choses, que l'Office canadien n'avait pas compétence pour imposer des pénalités périodiques ou pécuniaires. Le Conseil a rejeté l'argument invoqué par la Commission ontarienne au sujet de la compétence et, après avoir examiné les arguments de fond, a rejeté l'appel. La Commission ontarienne a payé la cotisation de 1990 telle que confirmée en appel.

En 1991, l'Office canadien a appliqué la résolution concernant les dommages-intérêts prédéterminés et a évalué à 1 713 172 \$ les dommages-intérêts prédéterminés dus par la Commission ontarienne.

La Commission ontarienne n'a pas interjeté appel de cette cotisation devant le Conseil, mais a plutôt présenté une demande de contrôle judiciaire devant cette Cour.

## f LES QUESTIONS LITIGIEUSES

Il s'agit de savoir:

i) si l'Office canadien, en évaluant les dommages-intérêts prédéterminés payables par la Commission ontarienne, exerçait ou était censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale;

ii) si la demande présentée par la Commission ontarienne est prématurée.

## POSITION DE L'OFFICE CANADIEN

L'avocat de l'Office canadien soutient que cette Cour n'a pas compétence pour connaître de la demande de la Commission ontarienne pour le motif que son client a évalué les dommages-intérêts prédéterminés conformément aux dispositions de l'accord fédéral-provincial et non au moyen de l'exercice réel ou réputé de compétences ou de pouvoirs prévus par une loi fédérale. L'accord fédéral-provincial qui est

Agreement entered into between the Canadian Agency and various provincial commodity boards, including the Ontario Board, is a private contract which has nothing to do with the governing statute, regulations or Proclamation. Indeed, the Canadian Agency does not have the statutory power to assess liquidated damages and, unless a provincial board is a party to the Agreement, it could not be obligated to pay such damages. Furthermore, the parties to the Agreement, including the Ontario Board, have agreed that the Council is the body to resolve finally disputes in relation to the determination of liquidated damages. Accordingly, the parties to the Agreement have established a complete contractual code for the assessment of liquidated damages and the resolution of disputes. Since the Ontario Board has not appealed its assessment to the Council, its application to the Court is premature.

Counsel conceded that the Canadian Agency is subject to judicial review by this Court where it exercises its regulatory powers. Furthermore, this Court would have jurisdiction to review the actions of the Canadian Agency under certain articles of the Federal-Provincial Agreement. However, the Court nevertheless lacks jurisdiction in relation to the liquidated damages resolution and only the provincial superior court possesses jurisdiction to review the actions of the Canadian Agency under this portion of the Agreement.

#### POSITION OF THE ONTARIO BOARD

Counsel for the Ontario Board submits that the Court has jurisdiction pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* to grant the relief sought in its originating notice of motion. The Canadian Agency is a federal body created by Parliament which exercises or purports to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament. It cannot act beyond the scope of its limited powers without acting in excess of its jurisdiction. Furthermore, it cannot exercise powers purportedly conferred on it by consent or agreement, but rather is limited to the exercise of only those powers granted to it by Parliament. Since the Canadian Agency has no power under its governing statute, regulations or Proclama-

intervenue entre l'Office canadien et divers offices provinciaux de commercialisation, et notamment la Commission ontarienne, est un contrat privé qui n'a rien à voir avec la loi d'habilitation, avec les règlements ou avec la proclamation. De fait, l'Office canadien n'a pas le pouvoir légal d'évaluer les dommages-intérêts prédéterminés et un office provincial ne pourrait être tenu de payer pareils dommages-intérêts que s'il était partie à l'accord. En outre, les parties à l'accord, et notamment la Commission ontarienne, ont convenu que le Conseil est l'organisme qui doit en dernier ressort régler les différends concernant la détermination des dommages-intérêts. Par conséquent, les parties à l'accord ont établi un code contractuel complet en vue de l'évaluation des dommages-intérêts prédéterminés et du règlement des différends. Étant donné que la Commission ontarienne n'a pas interjeté appel de sa cotisation devant le Conseil, la demande qu'elle a présentée devant la Cour est prématurée.

L'avocat a concédé que l'Office canadien est assujéti au contrôle judiciaire de cette Cour lorsqu'il exerce un pouvoir de réglementation. En outre, cette Cour aurait compétence pour réviser les actions de l'Office canadien en vertu de certaines dispositions de l'accord fédéral-provincial. Toutefois, la Cour n'a pas compétence à l'égard de la résolution concernant les dommages-intérêts prédéterminés et seule la cour supérieure d'une province possède la compétence voulue pour réviser les actions de l'Office canadien en vertu de cette partie de l'accord.

#### POSITION DE LA COMMISSION ONTARIENNE

L'avocat de la Commission ontarienne soutient que la Cour a compétence, conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour accorder la réparation demandée dans l'avis de requête introductif d'instance. L'Office canadien est un organisme fédéral créé par le législateur, et il exerce ou est censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale. Il ne peut pas agir en dehors des limites de ses attributions restreintes sans outrepasser sa compétence. En outre, il ne peut pas exercer des pouvoirs qui sont censés lui avoir été conférés sur consentement ou d'un commun accord, mais il n'est plutôt habilité à exercer que les pouvoirs qui lui sont conférés par le législateur. Puisque, en

tion to impose liquidated damages, its actions in purporting to impose such damages under the terms of the Federal-Provincial Agreement are reviewable by this Court. The statute itself provides penalties for those who breach its provisions and does not give any power to the Canadian Agency to make an agreement concerning penalties, damages or enforcement. The Canadian Agency cannot, by purporting to act under the Federal-Provincial Agreement, acquire an immunity from judicial review by this Court. Although the Canadian Agency has the power under its enabling Act to enter into a federal-provincial agreement, the statute contemplates that such agreements will be made solely for the purpose of permitting the Agency to perform functions ordinarily reserved to provincial boards in matters pertaining to intraprovincial trade. The Federal-Provincial Agreement cannot be properly characterized as a private contract. In fact, the recitals and terms of the Agreement recognize the existence of and necessity for a proper legislative and regulatory basis to authorize its provisions. If the position of the Canadian Agency were adopted, it would permit a federal board to expand its jurisdiction by consent and would also enable it to escape review by this Court by alleging that its actions in a particular instance were not legislatively founded.

With respect to the argument concerning prematurity, the Ontario Board is not premature in bringing its application to the Court rather than appealing the assessment of liquidated damages to the Council. The existence of a term in the Agreement that the Council shall finally resolve the determination of liquidated damages cannot oust the jurisdiction of the Court, particularly where jurisdictional error is alleged. Furthermore, the Council is a signatory to the Agreement and has on two previous occasions, in 1986 and 1991, decided that the liquidated damages resolution has a statutory basis. It is not appropriate to ask a signatory to the Agreement who has twice ruled on the validity of the resolution to decide the matter again.

vertu de sa loi d'habilitation, des règlements ou de la proclamation, l'Office canadien ne possède aucun pouvoir lui permettant d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés, ses actions, lorsqu'il est réputé imposer pareils dommages-intérêts en vertu des dispositions de l'accord fédéral-provincial, sont révisables par cette Cour. La Loi elle-même prévoit que les personnes qui enfreignent ses dispositions peuvent être assujetties à des pénalités et n'habilite pas l'Office canadien à conclure une entente concernant les pénalités, les dommages ou l'exécution. Lorsqu'il est réputé agir en vertu de l'accord fédéral-provincial, l'Office canadien n'est pas exempté du contrôle judiciaire exercé par cette Cour. En vertu de sa loi d'habilitation, il peut conclure un accord fédéral-provincial, mais la loi prévoit que ces accords ne seront conclus qu'afin de permettre à l'Office d'exercer les fonctions ordinairement réservées aux régies provinciales en matière de commerce intraprovincial. L'accord fédéral-provincial ne peut pas à proprement parler être considéré comme un contrat privé. De fait, les énoncés et les dispositions de l'accord reconnaissent l'existence et la nécessité d'un fondement législatif et réglementaire approprié pour autoriser ses dispositions. Si la position de l'Office canadien était adoptée, cela permettrait à un organisme fédéral d'étendre sa compétence sur consentement et lui permettrait également de se soustraire au contrôle exercé par cette Cour en alléguant que ses actions, dans un cas particulier, n'ont aucun fondement législatif.

Quant à l'argument concernant le caractère prématuré, la Commission ontarienne n'a pas agi prématurément en présentant sa demande devant la Cour plutôt qu'en interjetant appel de l'évaluation des dommages-intérêts prédéterminés devant le Conseil. L'existence d'une disposition, dans l'accord, voulant que le Conseil règle d'une façon définitive la question de la détermination des dommages-intérêts ne peut pas faire échec à la compétence de la Cour, en particulier lorsqu'une erreur de compétence est alléguée. En outre, le Conseil a signé l'accord et, à deux reprises, en 1986 et en 1991, il a décidé que la résolution concernant les dommages-intérêts prédéterminés avait un fondement légal. Il n'est pas opportun de demander à un signataire de l'accord qui, à deux reprises, a statué sur la validité de la résolution, de trancher de nouveau l'affaire.

LEGISLATIVE SCHEME

Although counsel has conceded that the Canadian Agency has no statutory power to impose liquidated damages, certain aspects of the legislative scheme must nevertheless be reviewed in order to determine whether the Court possesses jurisdiction in this matter.

The *Farm Products Marketing Agencies Act* (the Act) provides for the creation of the Council and authorizes the establishment of national marketing agencies for farm products.

Part II of the Act provides for the establishment of agencies, their membership, objects and powers. Subsection 16(1) of the Act permits the Governor in Council to establish by proclamation in prescribed circumstances a marketing agency with powers relating to a farm product. Such a proclamation shall, among other things set out in subsection 17(1) of the Act, designate the statutory powers under section 22 that are not vested in the agency and specify the terms of any marketing plan that the agency is empowered to implement. Subsection 17(2) of the Act provides for the alteration of a proclamation by the Governor in Council by way of a further proclamation which may, among other things, vest an agency with statutory powers withheld from it at the time of its creation, amend the terms of a marketing plan which an agency is empowered to implement or withdraw any of the statutory powers previously vested in the agency.

Subsection 22(1) of the Act establishes the powers of an agency and permits it, subject to the initial proclamation or any subsequent one altering its powers, to engage in various activities. For example, in paragraphs 22(1)(b), (f), (g) and (j) of the Act respectively, an agency may implement a marketing plan, make orders and regulations in connection with the implementation of a marketing plan and make an order concerning the collection and remission of licence fees, levies or charges provided for in a marketing plan. Under paragraph 22(1)(n) of the Act, an agency may do other things necessary or incidental to the exercise of any of its powers or the carrying out of any of its functions under the Act.

LE PROJET LÉGISLATIF

L'avocat a concédé que l'Office canadien n'a aucun pouvoir légal d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés, mais il faut néanmoins passer en revue certains aspects de projet législatif afin de déterminer si la Cour a compétence dans cette affaire.

La *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme* (la Loi) prévoit la création du Conseil et autorise la création d'offices nationaux de commercialisation des produits agricoles.

La Partie II de la Loi contient des dispositions concernant la création d'offices et leur composition ainsi que leur mission et pouvoirs. Le paragraphe 16(1) de la Loi permet au gouverneur en conseil de créer, par proclamation, un office de commercialisation compétent pour des produits agricoles dans certaines circonstances précises. Conformément aux dispositions énoncées au paragraphe 17(1) de la Loi, la proclamation précise les pouvoirs légaux prévus à l'article 22 qui ne sont pas conférés à l'office et énonce les modalités des plans de commercialisation que l'office est habilité à mettre en œuvre. Le paragraphe 17(2) de la Loi prévoit qu'une proclamation peut être modifiée par le gouverneur en conseil au moyen d'une autre proclamation qui peut, entre autres choses, conférer à un office les pouvoirs énumérés à l'article 22 qui lui étaient refusés au moment de sa création, modifier les modalités d'un plan de commercialisation qu'un office est habilité à mettre en œuvre ou lui retirer l'un des pouvoirs énumérés à l'article 22.

Le paragraphe 22(1) de la Loi établit les pouvoirs de l'office et permet à celui-ci, sous réserve de la proclamation initiale ou de toute proclamation ultérieure modifiant ses pouvoirs, de se livrer à diverses activités. Par exemple, aux alinéas 22(1)(b), (f), (g) et (j) de la Loi respectivement, l'office peut exécuter le plan de commercialisation, prendre les ordonnances et règlements nécessaires à l'exécution du plan de commercialisation et prendre une ordonnance concernant le recouvrement et la remise des frais de licence, taxes ou prélèvements prévus dans le plan de commercialisation. En vertu de l'alinéa 22(1)(n) de la Loi, l'office peut prendre toute autre mesure qu'il estime utile pour la réalisation de sa mission dans le cadre de la Loi.

Under Part III of the Act entitled "*General*", the marginal note to section 31 reads "Federal-provincial agreements". Section 31 of the Act permits the Minister of Agriculture to make an agreement, on behalf of the Government of Canada, with any province to allow the agency to perform on behalf of the province functions pertaining to intraprovincial trade and other matters related thereto which are agreed to by the parties. The agency is then given the power in subsection 22(2) of the Act to perform on behalf of a province any function relating to intraprovincial trade that is specified in such a federal-provincial agreement.

In Part III of the Act, there are also provisions dealing with the recovery of debts due to an agency and offences and punishments. For example, section 36 of the Act provides that unpaid licence fees, levies or charges assessed under the terms of a marketing plan constitute a debt payable to the agency and section 37 creates summary conviction offences for, among other things, the contravention of a provision of the Act or a marketing plan.

Pursuant to subsection 16(1) of the Act, the Governor in Council by proclamation created the Canadian Agency. This Proclamation contains a Schedule which, among other things, sets out the terms of a marketing plan and mandates the Canadian Agency to establish by order or regulation a quota system for the provinces. Various sections of the Schedule provide the Canadian Agency with enforcement and monitoring powers. For example, in subsection 6(3) and sections 11 [as am. by SOR/91-139, s. 7] and 12 [as am. *idem*, s. 8] of the Schedule respectively, the Agency may reduce or refuse to allot the quota of a producer who has produced and marketed chickens in excess of his previous quota, establish a licensing system, impose, by order or regulation, levies or charges and provide for their collection. In order to determine if modifications are required to enable the Agency to carry out its objects, the Agency is required pursuant to subsection 15(1) of the Schedule to meet and review, at least once a year, the terms of the marketing plan contained in the Schedule and any orders and regulations made under the Act to implement the plan.

La note marginale de l'article 31 de la Partie III de la Loi, qui est intitulée «*Dispositions générales*», est libellée «accords fédéro-provinciaux». L'article 31 de la Loi permet au ministre de l'Agriculture, au nom du gouvernement fédéral, de conclure avec une province un accord sur l'exercice par un office, pour le compte de la province, de fonctions relatives au commerce intraprovincial ainsi que sur toutes questions s'y rapportant dont les parties peuvent convenir. Le paragraphe 22(2) de la Loi permet alors à l'office, au nom d'une province, d'exercer, en matière de commerce intraprovincial, toute fonction spécifiée dans pareil accord.

La Partie III de la Loi contient également des dispositions sur le recouvrement des dettes dues à un office ainsi que sur les infractions et peines. Ainsi, l'article 36 de la Loi prévoit que les frais de licence, prélèvements et taxes impayés établis aux termes d'un plan de commercialisation constituent des créances de l'office et l'article 37 crée des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, notamment dans le cas d'une contravention à une disposition de la Loi ou à un plan de commercialisation.

Conformément au paragraphe 16(1) de la Loi, le gouverneur en conseil a créé l'Office canadien, par proclamation. Cette proclamation contient une annexe qui, entre autres choses, énonce les modalités d'un plan de commercialisation et donne mandat à l'Office canadien d'instituer, par ordonnance ou règlement, un contingentement pour les provinces. Diverses dispositions de l'annexe confèrent à l'Office canadien des pouvoirs d'application et de contrôle. Ainsi, aux termes du paragraphe 6(3) ainsi que des articles 11 [mod. par DORS/91-139, art. 7] et 12 [mod., *idem*, art. 8] de l'annexe respectivement, l'Office peut réduire ou refuser d'attribuer le quota d'un producteur qui a produit et commercialisé une quantité de poulets excédant son quota antérieur, mettre en place un régime d'attribution de licences, imposer, par ordonnance ou règlement, des prélèvements et taxes et veiller à leur recouvrement. Afin de déterminer si des modifications sont requises pour permettre à l'Office de réaliser sa mission, l'Office est tenu, conformément au paragraphe 15(1) de l'annexe, de se réunir et de réviser, au moins une fois l'an, les modalités du plan de commercialisation figurant à l'annexe

The Federal-Provincial Agreement was made in 1978 under section 31 of the Act on the understanding, as reflected in a recital, that the parties possessed the necessary legislative power to create and operate a comprehensive chicken marketing program. This attention to legislative power is reflected throughout the Federal-Provincial Agreement. For example, under the heading "Ministers of Agriculture" in section 2 of the Agreement, the federal and provincial ministers agreed to request the Governor in Council, the lieutenants governor in council and the provincial marketing boards to exercise all legislative power necessary to create and operate the program without legal impediment. They further agreed in section 3 of the Agreement to authorize and direct the Canadian Agency and the provincial boards to delegate authority as necessary in order to implement the marketing plans annexed to the Agreement, including the Schedule A Proclamation. In section 4 of the Agreement, the Council and the provincial marketing boards, in their capacities as supervising agencies, agreed to make any marketing plan, order or regulation necessary to implement the Agreement, including the approval of regulations or orders of their respective commodity boards or the Canadian Agency. Similarly, the commodity boards agreed in subsection 5(1) to become parties to any marketing plan and to enact any regulation or order necessary in the exercise of their own jurisdiction or any delegated authority to implement the Agreement.

In 1984, the Federal-Provincial Agreement was amended to strengthen the monitoring and enforcement of the comprehensive chicken marketing program to accomplish certain other purposes and to provide for the imposition by the Canadian Agency of liquidated damages. In this regard, the parties agreed to repeal the quota provision in subsection 5(2) of the Federal-Provincial Agreement and replaced it with paragraph 5(2)(a) which provided that each provincial commodity board would pay liquidated damages to the Canadian Agency for any

ainsi que les ordonnances et règlements pris en vertu de la Loi en vue de la mise en œuvre du plan.

L'accord fédéral-provincial a été conclu en 1978 en vertu de l'article 31 de la Loi; comme le montre l'énoncé, il était fondé sur ce que les parties possédaient le pouvoir législatif nécessaire pour créer et exploiter un système global de commercialisation du poulet. L'importance accordée au pouvoir législatif se manifeste partout dans l'accord fédéral-provincial. Par exemple, sous la rubrique «Ministres de l'Agriculture», figurant à l'article 2 de l'accord, les ministres fédéral et provinciaux ont convenu de demander au gouverneur en conseil, aux lieutenants-gouverneurs en conseil et aux offices provinciaux de commercialisation d'exercer tous les pouvoirs législatifs nécessaires pour créer et exploiter le système sans entrave d'ordre juridique. À l'article 3 de l'accord, ils ont également convenu de permettre et d'ordonner à l'Office canadien et aux offices provinciaux de déléguer les pouvoirs nécessaires afin de mettre en œuvre les plans de commercialisation joints à l'accord, et notamment la proclamation figurant à l'annexe A. À l'article 4 de l'accord, le Conseil et les offices provinciaux de commercialisation, en leurs qualités d'organismes de contrôle, se sont engagés à établir les plans de commercialisation, les ordonnances ou les règlements nécessaires à l'exécution de l'accord, et notamment l'approbation des règlements ou ordonnances de leurs offices de commercialisation respectifs ou de l'Office canadien. De même, les offices de commercialisation ont convenu, au paragraphe 5(1), de devenir parties aux plans de commercialisation et de prendre les règlements ou ordonnances nécessaires dans l'exercice de leurs propres fonctions ou des pouvoirs qui leur sont délégués en vue de l'exécution de l'accord.

En 1984, l'accord fédéral-provincial a été modifié de façon à renforcer le contrôle et la mise en œuvre du système global de commercialisation du poulet, à permettre la réalisation de certaines autres fins et à prévoir l'imposition de dommages-intérêts prédéterminés par l'Office canadien. À cet égard, les parties ont convenu d'abroger la disposition sur les quotas figurant au paragraphe 5(2) de l'accord fédéral-provincial et l'ont remplacée par l'alinéa 5(2)a, qui prévoyait que chaque office provincial de commercialisation verserait des dommages-intérêts prédéterminés

marketings in excess of its yearly provincial allocation at the rate and in the manner prescribed by the Agency in its liquidated damages procedure resolution. Furthermore, the commodity boards agreed with the Canadian Agency in the amended paragraph 5(2)(b) that, in consideration of the Agency agreeing to the amendment, any amount assessed as liquidated damages would constitute a debt due and payable to the Agency. If the debt was not paid within the time prescribed in the Agency's liquidated damages procedure resolution or following an appeal to the Council, the outstanding amount could be recovered by the Agency in a court of competent jurisdiction. In addition, section 9 of the Agreement was revoked and replaced with an amended section providing, among other things, that the Council shall resolve finally the determination of liquidated damages. In Part II, section 3 of the amendment, the Council and the supervising agencies agreed to make any marketing plan amendment, regulation or order necessary to ensure the implementation of the amendments to the Agreement.

Following the amendment to the Federal-Provincial Agreement, the Canadian Agency adopted a resolution determining the rate and manner of payment of liquidated damages and subsequent production cutbacks. The substance of this resolution was changed from time to time by the Canadian Agency.

### ANALYSIS

#### (i) Jurisdiction of the Federal Court of Canada

The question of the jurisdiction of this Court to entertain the application for judicial review brought by the Ontario Board involves a determination of whether the Canadian Agency, in making its assessment of liquidated damages against the Ontario Board, exercised or purported to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament within the meaning of section 2 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] of the *Federal Court Act*.

à l'Office canadien pour toute quantité commercialisée excédant l'allocation provinciale annuelle au taux et de la manière prescrits par l'Office dans sa résolution concernant la procédure à suivre à l'égard des dommages-intérêts prédéterminés. En outre, les offices de commercialisation ont convenu avec l'Office canadien, au nouvel alinéa 5(2)b), qu'étant donné que l'Office acceptait la modification, tout montant établi à titre de dommages-intérêts prédéterminés constituerait une créance de l'Office. Si la dette n'était pas payée dans le délai prescrit dans la résolution concernant la procédure à suivre à l'égard des dommages-intérêts prédéterminés ou à la suite d'un appel devant le Conseil, le montant en souffrance pourrait être recouvré par l'Office devant un tribunal compétent. De plus, l'article 9 de l'accord a été révoqué et remplacé par une nouvelle disposition prévoyant, entre autres choses, que le Conseil réglerait d'une façon définitive la détermination des dommages-intérêts. Selon l'article 3 de la Partie II de l'accord modifié, le Conseil et les organismes de surveillance s'engageaient à apporter des modifications aux plans de commercialisation et à prendre les règlements ou ordonnances nécessaires à l'application des modifications apportées à l'accord.

À la suite de la modification de l'accord fédéral-provincial, l'Office canadien a adopté une résolution déterminant le taux et les modalités de paiement des dommages-intérêts prédéterminés ainsi que les réductions subséquentes de la production. Le fond de cette résolution a été modifié de temps en temps par l'Office canadien.

### EXAMEN

#### h) Compétence de la Cour fédérale du Canada

La question de la compétence que possède cette Cour pour connaître de la demande de contrôle judiciaire qui a été présentée par la Commission ontarienne comporte la détermination de la question de savoir si, en évaluant les dommages-intérêts prédéterminés payables par la Commission ontarienne, l'Office canadien exerçait ou était censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale au sens de l'article 2 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

A review of the legislative scheme creating the Canadian Agency and the comprehensive chicken marketing program reveals that a statutorily based, carefully regulated system was implemented to control the production and marketing of chickens in Canada. To ensure the promotion of an effective chicken industry, the Canadian Agency was created by a proclamation of the Governor in Council pursuant to section 16 of the *Farm Products Marketing Agencies Act* (the Act). It was accorded by the Act and Proclamation various powers to enable it to perform its functions.

Although the Canadian Agency was not granted the power under either the Act or Proclamation to impose liquidated damages on a provincial commodity board, it nevertheless signed an amendment to the Federal-Provincial Agreement in 1984 in which the parties purported to require provincial commodity boards to pay liquidated damages. Under the terms of the amended Agreement and the liquidated damages resolution, the Canadian Agency subsequently assessed such damages against the Ontario Board. It is therefore necessary to consider whether this assessment of liquidated damages amounts to an exercise or purported exercise by the Canadian Agency of jurisdiction or powers conferred by or under a federal statute.

Counsel for the Canadian Agency conceded that it is subject to judicial review by this Court in the exercise of its regulatory powers. He further conceded that this Court would have jurisdiction to review the actions of the Canadian Agency under certain articles of the Federal-Provincial Agreement. However, he seeks to avoid judicial review by this Court of the actions of the Canadian Agency in imposing liquidated damages against the Ontario Board by characterizing the Federal-Provincial Agreement, or at least that portion of it concerning liquidated damages, as a private contract.

The argument advanced by the Canadian Agency is initially premised on the assumption that a federal body, which has powers circumscribed by statute and proclamation, can negotiate and conclude a private bargain to expand its powers beyond those mandated

L'examen du projet législatif créant l'Office canadien et le système global de commercialisation du poulet révèle qu'un système fondé sur la loi et minutieusement réglementé a été mis en œuvre pour contrôler la production et la commercialisation du poulet au Canada. Pour promouvoir l'efficacité dans le secteur de la production du poulet, on a créé l'Office canadien, par une proclamation du gouverneur en conseil, conformément à l'article 16 de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme* (la Loi). La Loi et la proclamation conféraient à celui-ci divers pouvoirs lui permettant d'assumer ses fonctions.

La Loi et la proclamation ne conféraient pas à l'Office canadien le pouvoir d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés à un office provincial de commercialisation, mais en 1984 celui-ci a néanmoins signé l'accord fédéral-provincial modifié, selon lequel les parties étaient réputées obliger les offices provinciaux de commercialisation à payer des dommages-intérêts prédéterminés. Aux termes du nouvel accord et de la résolution concernant les dommages-intérêts prédéterminés, l'Office canadien a par la suite évalué les dommages-intérêts payables par la Commission ontarienne. Il faut donc déterminer si cette évaluation des dommages-intérêts prédéterminés équivaut à l'exercice réel ou réputé d'une compétence ou de pouvoirs conférés à l'Office canadien par une loi fédérale.

L'avocat de l'Office canadien a concédé que son client est assujéti au contrôle judiciaire dans l'exercice de ses pouvoirs de réglementation. Il a en outre concédé que cette Cour aurait compétence pour réviser les actions de l'Office canadien en vertu de certaines dispositions de l'accord fédéral-provincial. Toutefois, il cherche à éviter le contrôle judiciaire des actions de l'Office canadien, qui a imposé des dommages-intérêts prédéterminés à la Commission ontarienne, en qualifiant de contrat privé l'accord fédéral-provincial, ou du moins la partie de l'accord concernant les dommages-intérêts prédéterminés.

L'argument invoqué par l'Office canadien est initialement fondé sur la supposition qu'un organisme fédéral, dont les pouvoirs sont définis par une loi et par une proclamation, peut négocier et conclure un marché privé de façon à étendre ses pouvoirs au-delà



to it by Parliament. I do not agree with this proposition. As stated in *Administrative Law* by Sir William Wade (Oxford: Clarendon Press, 1988, at page 264), it is a primary rule that “no waiver of rights and no consent or private bargain can give a public authority <sup>a</sup> more power than it legitimately possesses.” The Canadian Agency, which by its very nature is a creature of statute and proclamation, may only exercise those powers specifically accorded to it by the Act or Proclamation. In making an agreement to assess liquidated damages against the provincial commodity boards, the Canadian Agency has expanded its powers beyond those mandated to it by Parliament. Accordingly, its purported exercise of jurisdiction or powers in imposing liquidated damages under the terms of the Federal-Provincial Agreement is beyond those powers conferred on it by or under the Act or Proclamation and, for this reason alone, is reviewable by this Court. <sup>b</sup>

The argument advanced by the Canadian Agency is further premised on the assumption that a federal-provincial agreement negotiated pursuant to the provisions of a statute may be characterized as a private contract. However, this proposition is not tenable at law. An agreement negotiated between federal and provincial governments pursuant to the provisions of a statute is not an ordinary, private contract, but rather an agreement between governments. Such an agreement is not enforceable as a private contract. (See *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pages 553-554 and 565.) The Federal-Provincial Agreement in question in the case at bar was negotiated pursuant to section 31 of the Act. The parties to the Agreement acknowledged its legislative base in the recitals and the Agreement itself is replete with references to legislative authority. It cannot properly be characterized as a private contract in order to oust the jurisdiction of this Court. Furthermore, the actions of the Canadian Agency were undertaken pursuant to the statutorily authorized amended Federal-Provincial Agreement. Its actions therefore constitute the exercise or purported exercise of jurisdiction or powers by or under an Act <sup>c</sup>

de ceux qui lui sont conférés par le législateur. Je ne souscris pas à cette thèse. Comme Sir William Wade l’a affirmé dans l’ouvrage intitulé *Administrative Law* (Oxford: Clarendon Press, 1988, à la page 264), une règle fondamentale veut qu’[TRADUCTION] «aucun abandon de droits et aucun consentement ou marché privé ne peut donner à une autorité publique plus de pouvoirs que ceux qu’il possède légitimement». L’Office canadien qui, par sa nature même, a été créé par une loi et par une proclamation, peut uniquement exercer les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par la Loi ou par la proclamation. En concluant un accord en vue de l’évaluation des dommages-intérêts prédéterminés payables par les offices provinciaux de commercialisation, l’Office canadien a étendu ses pouvoirs au-delà de ceux qui lui avaient été conférés par le législateur. Par conséquent, l’exercice réputé d’une compétence ou de pouvoirs, lorsqu’il impose des dommages-intérêts prédéterminés aux termes de l’accord fédéral-provincial, outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi ou par la proclamation et, pour ce seul motif, est révisable par cette Cour. <sup>d</sup>

L’argument invoqué par l’Office canadien est en outre fondé sur la supposition qu’un accord fédéral-provincial négocié conformément aux dispositions d’une loi peut être qualifié de contrat privé. Toutefois, cette thèse n’est pas soutenable en droit. Un accord négocié par les gouvernements fédéral et provinciaux conformément aux dispositions d’une loi n’est pas un contrat privé ordinaire, mais plutôt un accord entre gouvernements. Pareil accord n’est pas exécutoire à titre de contrat privé. (Voir *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pages 553-554 et 565.) L’accord fédéral-provincial en question en l’espèce a été négocié conformément à l’article 31 de la Loi. Les parties à l’accord ont reconnu son fondement législatif dans l’énoncé et l’accord lui-même fait à maintes reprises mention d’un pouvoir législatif. On ne peut pas à proprement parler le qualifier de contrat privé, de façon à faire échec à la compétence de cette Cour. En outre, l’Office canadien a agi conformément au nouvel accord fédéral-provincial autorisé par la Loi. Par conséquent, il exerçait ou était censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, de sorte que cette Cour a compétence <sup>e</sup>

of Parliament, as a result of which this Court has jurisdiction to entertain the application of the Ontario Board for judicial review.

(ii) Prematurity

The amendment to section 9 of the Federal-Provincial Agreement provides that the Council shall be the body to resolve finally the determination of liquidated damages. Counsel for the Canadian Agency argues that this provision requires the Ontario Board to appeal and obtain a ruling from the Council on the 1991 liquidated damages assessment before bringing its judicial review application in this Court. I cannot accept this argument either based on a consideration of a plain reading of the section or the jurisprudence.

A plain reading of section 9 of the amended Federal-Provincial Agreement reveals that the Council is to provide the final resolution of the "determination" of liquidated damages. In other words, Council must consider the appropriateness of the assessment of liquidated damages in the circumstances of the case on appeal. There is nothing in section 9 which purports to oust the jurisdiction of the Court to review the power of the Canadian Agency to impose liquidated damages. Indeed, even if section 9 of the amended Federal-Provincial Agreement purported to do so, it could not prevent the Court from conducting judicial review of a jurisdictional issue. (*See Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220.) Accordingly, the application of the Ontario Board for judicial review is not premature.

DECISION

The application of the Canadian Agency to quash the motion of the Ontario Board is dismissed with costs payable to the Ontario Board in any event of the cause.

pour connaître de la demande de contrôle judiciaire présentée par la Commission ontarienne.

a ii) Caractère prématuré de la demande

Selon la modification apportée à l'article 9 de l'accord fédéral-provincial, le Conseil est l'organisme chargé de régler d'une façon définitive la question de la détermination des dommages-intérêts. L'avocat de l'Office canadien soutient que cette disposition exige que la Commission ontarienne interjette appel devant le Conseil et obtienne une décision au sujet de l'évaluation des dommages-intérêts prédéterminés de 1991 avant de présenter sa demande de contrôle judiciaire devant cette Cour. Je ne puis retenir cet argument non plus, compte tenu de l'interprétation claire de la disposition ou de la jurisprudence.

L'interprétation claire de l'article 9 du nouvel accord fédéral-provincial révèle que le Conseil doit régler, d'une façon définitive, la «détermination» des dommages-intérêts. En d'autres termes, le Conseil doit déterminer s'il est opportun d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés en l'occurrence. Il n'y a rien à l'article 9 qui est réputé faire échec à la compétence que possède la Cour de réviser le pouvoir de l'Office canadien d'imposer des dommages-intérêts prédéterminés. De fait, même si l'article 9 du nouvel accord fédéral-provincial était réputé le faire, il ne pourrait pas empêcher la Cour d'effectuer un contrôle judiciaire sur une question de compétence. (Voir *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220.) Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire présentée par la Commission ontarienne n'est pas prématurée.

DÉCISION

La demande que l'Office canadien a présentée en vue de faire annuler la requête de la Commission ontarienne est rejetée et les dépens sont adjugés à la Commission ontarienne.

T-171-92

T-171-92

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*)Sa Majesté la Reine (*demanderesse*)

v.

c.

Maritime Group (Canada) Inc., Acari Shipping Co. Ltd., Transmed Shipping Ltd., John Shillien, D. P. Byrne, Robert Lyon, Dennis McLeod and the Montreal Board of Trade (*Defendants*)

Maritime Group (Canada) Inc., Acari Shipping Co. Ltd., Transmed Shipping Ltd., John Shillien, D. P. Byrne, Robert Lyon, Dennis McLeod et le Bureau de Commerce de Montréal (*défendeurs*)

*INDEXED AS: CANADA v. MARITIME GROUP (CANADA) INC. (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA c. MARITIME GROUP (CANADA) INC. (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Noël J.—Montréal, September 28; Ottawa, October 29, 1992.

c Section de première instance, juge Noël—Montréal, 28 septembre; Ottawa, 29 octobre 1992.

*Practice — Limitation of actions — Action for negligent acts (improper inspection and certification of ship, which later sank in international waters) occurring at Montréal — Under Federal Court Act, s. 39 provincial limitation of action laws apply in respect of cause of action arising in province — “Cause of action” referring to breach of duty i.e. improper inspection, certification — Arising where breach of duty occurring, not where damages suffered — Product liability cases where jurisdiction of cause of action determined by reference to jurisdiction where damages suffered, not applicable — Two-year limitation period under Quebec law applied.*

d *Pratique — Prescription — Action pour actes de négligence (inspection inadéquate et certification irrégulière du navire, qui a coulé par la suite dans les eaux internationales) survenus à Montréal — Selon l’art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale, les lois provinciales sur la prescription des actions s’appliquent aux causes d’action ayant pris naissance dans la province — «Cause d’action» désigne le manquement à une obligation, soit l’inspection inadéquate et la certification irrégulière — Elle prend naissance où a lieu le manquement à une obligation et non où sont subis les dommages — Les affaires mettant en cause la responsabilité découlant du vice d’un produit dans lesquelles la détermination du ressort où a pris naissance la cause d’action est fonction du ressort où sont survenus les dommages ne s’appliquent pas — Application de la prescription par deux ans en vertu du droit du Québec.*

*Crown — Practice — Federal Court Act, s. 39 providing provincial limitation of action laws apply to cause of action arising in province “except as expressly provided by any other Act” — Exception contemplating Act of Parliament — Adoption of laws in force between subject and subject demonstrating intention to apply same limitation periods to Crown as to private litigants — Omission of “of Parliament” found in predecessor Exchequer Court Act, s. 31 not indicating intention to depart from prior law — Nothing suggesting intention to revive special limitation periods favouring Crown.*

e *Couronne — Pratique — L’art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que les règles de droit provinciales en matière de prescription s’appliquent aux instances dont le fait générateur est survenu dans une province, «sauf disposition contraire d’une autre loi» — L’exception vise une loi fédérale — L’adoption des règles de droit régissant les rapports entre particuliers démontre l’intention d’appliquer les mêmes délais de prescription à la Couronne qu’aux particuliers — L’omission de mentionner les lois «du Parlement», dont il est question à l’art. 31 de la Loi sur la Cour de l’Échiquier, ne visait pas à créer une dérogation à la loi antérieure — Rien ne permet de croire à l’intention de redonner vie à l’application de délais de prescription particuliers en faveur de la Couronne.*

*Civil Code — Art. 2215 prescribing thirty-year limitation period for Crown debts not declared imprescriptible — Part of federal body of law so far as rights and obligations of federal Crown concerned pursuant to Constitution Act, 1867, s. 129 but neither Act of Parliament nor “law of Canada” in jurisdictional sense — Excluded by Federal Court Act, s. 39 “except as expressly provided by any other Act” of Parliament.*

f *Code civil — L’art. 2215 prescrit un délai de prescription de trente ans à l’égard des créances de la Couronne non déclarées imprescriptibles — Il fait partie de l’ensemble de règles de droit fédéral en ce qui concerne les droits et les obligations de la Couronne du chef du Canada en vertu de l’art. 129 de la Loi constitutionnelle de 1867, mais il n’est pas une loi du Parlement ni «une loi du Canada» au sens juridictionnel — Son application est expressément écartée à l’art. 39 de la Loi sur la Cour fédérale «sauf disposition contraire d’une autre loi» du Parlement.*

This was an appeal from a decision of the Senior Prothonotary rejecting a motion to strike the statement of claim as against certain of the defendants under Rule 419 as statute barred. The negligent acts alleged in the statement of claim (improper inspection and certification of the ship *Charlie*, and allowing it to sail on a transatlantic voyage in an unseaworthy state) took place at Montréal. The ship sank on January 19, 1990. The statement of claim was filed on January 22, 1992, but not served until June 17. Under *Federal Court Act*, subsection 39(3), the laws relating to limitation of actions referred to in subsections (1) and (2) apply to any proceedings involving the Crown. Subsection 39(1) provides that except as expressly provided by any other Act, the laws relating to limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Federal Court in respect of any cause of action arising in that province. Subsection 39(2) provides that a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose. In Quebec, the prescription period is two years from the date of the plaintiff's knowledge of the damage and it continues to run unless the judicial demand is served upon the defendants within sixty days of filing. Appellants submitted that the action was statute barred as against them because the claim had not been served on them within the sixty days, thus the prescription period had not been interrupted. The respondent submitted that the cause of action arose in international waters where the damages had been suffered so that the six-year limitation period prescribed by subsection 39(2) would apply. Alternatively, the respondent argued that article 2215 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provides for a thirty-year limitation period for Crown debts which are not declared imprescriptible, applied. The issues were where the cause of action arose, and whether article 2215 applied.

*Held*, the appeal should be allowed.

The different meanings ascribed to "cause of action" seem to depend on whether the issue arises with respect to jurisdiction, the commencement of a period of limitation or under *Federal Court Act*, section 39. "Cause of action" refers to the breach of duty, whether imposed by law or by contract, which provides the victim with a right of action. The alleged breaches of duty herein were the improper inspection and certification of the vessel, and the granting of permission to voyage in circumstances that the ship was not seaworthy. These breaches took place at Montréal. That the ship sank elsewhere did not alter the location of the cause of action. Although there would have been no cause of action had the ship not gone down, once damages have been suffered a cause of action arises where the breach of duty took place regardless of where the damages were suffered. Product liability cases wherein the jurisdiction where the cause of action arose was determined by reference to the jurisdiction in which the damages were suffered, did not apply. Unlike the situation in product liability cases, where a special duty of care has been imposed on manufacturers which

Il s'agit d'un appel contre la décision par laquelle le proto-notaire en chef rejetait la requête fondée sur la Règle 419, en radiation de la déclaration dans la mesure où elle concernait certains défendeurs au motif qu'il y avait prescription. Les actes de négligence allégués dans la déclaration (l'inspection inadéquate et la certification irrégulière du navire *Charlie* et l'autorisation qu'il a reçue d'entreprendre un voyage transatlantique sans être en état de navigabilité) se sont produits à Montréal. Le navire a coulé le 19 janvier 1990. La déclaration a été déposée le 22 janvier 1992 mais n'a pas été signifiée avant le 17 juin. En vertu du paragraphe 39(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, les règles de droit applicables à la prescription des actions mentionnées aux paragraphes (1) et (2) s'appliquent à toute procédure à laquelle est partie la Couronne. Le paragraphe 39(1) prévoit que sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province. Le paragraphe 39(2) prévoit que le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province. Au Québec, le délai de prescription est de deux ans à compter de la date où la demanderesse a eu connaissance des dommages, et il n'est pas interrompu à moins que la signification de l'action aux défendeurs soit faite dans les soixante jours du dépôt de l'action. Les appelants concluent que l'action, dans la mesure où elle les vise, est prescrite parce que la déclaration ne leur a pas été signifiée dans les soixante jours et que par conséquent le délai de prescription n'a pas été interrompu. L'intimée a soutenu que la cause d'action avait pris naissance dans les eaux internationales où les dommages ont été subis, de sorte que le délai de prescription de six ans prescrit au paragraphe 39(2) s'appliquerait. Subsidièrement, l'intimée fait valoir que l'article 2215 du *Code civil du Bas-Canada*, qui prévoit que les créances de la Couronne non déclarées imprescriptibles se prescrivent par trente ans, s'applique. Les questions litigieuses consistaient à savoir où avait pris naissance la cause d'action, et si l'article 2215 s'appliquait.

*Jugement*: l'appel est accueilli.

Des sens différents sont donnés à l'expression «cause d'action» selon que la question litigieuse se rapporte à la compétence des tribunaux ou au moment où le délai de prescription commence à courir, ou qu'elle se pose en raison de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*. «Cause d'action» ou «fait générateur» désigne le manquement à une obligation, qu'elle soit imposée par une règle de droit ou un contrat, qui donne à la victime un droit d'action. En l'espèce, le manquement à l'obligation allégué résidait dans l'inspection inadéquate du navire et la délivrance irrégulière du certificat de navigabilité, et l'autorisation d'entreprendre le voyage en mer alors que le navire n'était pas en état de navigabilité. Ces manquements se sont produits à Montréal. Le fait que le navire ait coulé ailleurs ne modifie pas le lieu de la cause d'action. Bien qu'il n'y aurait pas eu de cause d'action si le navire n'avait pas sombré, dès lors qu'il y a des dommages, il y a cause d'action où le manquement à une obligation a eu lieu, indépendamment de l'endroit où sont survenus les dommages. Les affaires mettant en cause la responsabilité découlant du vice d'un produit dans les-

reaches into any jurisdiction where distribution of the products can be reasonably contemplated, in the case at bar the breach of duty alleged to have occurred in the province of Quebec did not transport itself to international waters where the damages were suffered. The cause of action arose at Montréal and the Quebec laws as to prescription applied.

The exception expressed in subsection 39(1) is limited to Acts of Parliament. Had Parliament intended to maintain the application of special provincial limitation periods in favour of the Crown, it would have simply adopted the laws relating to limitation of actions in force in the provinces. By adopting such laws as were in force "between subject and subject", Parliament clearly intended to have Crown suits governed by the same limitation periods as those applicable to private litigants and to exclude the application of special periods favouring the Crown which existed under provincial laws. The exception is aimed at preserving the application of those provisions enacted by federal statute which expressly provide for specific limitation periods for Crown suits. This conclusion is supported by the wording of *Exchequer Court Act*, section 31, the predecessor to section 39, which adopted the limitation periods as between subject and subject "subject to any Act of the Parliament of Canada". The omission of "of Parliament" does not signal an intention to depart from the prior law. There is nothing to suggest that Parliament intended to revive the application of special limitation periods in favour of the Crown.

Article 2215 became part of the federal body of law in so far as the rights and obligations of the federal Crown were concerned pursuant to the *Constitution Act, 1867*, section 129. Therefore it could not be disregarded on the sole ground that it was provincial law. It was, however, neither an Act of Parliament nor, in a jurisdictional sense, a "law of Canada". The application of article 2215 was expressly excluded by section 31 of the *Exchequer Court Act* and subsection 39(1) of the *Federal Court Act* continued that exception. The two-year limitation period between subject and subject in the province of Quebec applied, and as it was not interrupted, the action against the appellants was time barred.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Civil Code of Lower Canada*, Arts. 2215, 2224, 2261.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as amended by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix, No. 5], s. 129.

quelles la détermination du ressort où a pris naissance la cause d'action a été fonction du ressort où sont survenus les dommages ne s'appliquent pas. Contrairement à la situation dans les affaires mettant en cause la responsabilité découlant du vice d'un produit, dans lesquelles une obligation particulière de prudence imposée aux fabricants s'étendait à tout ressort où la distribution des produits pouvait raisonnablement être considérée comme ayant lieu, en l'espèce le manquement à une obligation dont on allègue qu'il s'est produit dans la province de Québec, ne s'est pas transporté dans les eaux internationales où les dommages ont été subis. La cause d'action a pris naissance à Montréal, et les lois du Québec en matière de prescription s'appliquent.

L'exception exposée au paragraphe 39(1) se limite aux lois du Parlement. Si celui-ci avait entendu maintenir l'application de délais de prescription provinciaux particuliers en faveur de la Couronne, il aurait simplement adopté les règles de droit applicables à la prescription en vigueur dans les provinces. En adoptant les règles de droit régissant les rapports «entre particuliers», le Parlement entendait évidemment assujettir les actions intentées par ou contre la Couronne aux mêmes délais de prescription que ceux qui régissent les actions entre particuliers, et exclure l'application de délais particuliers en faveur de la Couronne comme ils existaient en vertu des règles de droit provinciales. L'exception vise à maintenir l'application des dispositions adoptées par une loi fédérale qui prévoient expressément des délais de prescription particuliers pour les actions intentées par ou contre la Couronne. Cette conclusion est étayée par le libellé de l'article 31 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, prédécesseur de l'article 39, qui a adopté les délais de prescription entre particuliers «sous réserve de toute autre loi du Parlement du Canada». L'omission de l'expression «du Parlement» n'avait pas pour but de créer une dérogation à la loi antérieure. Rien ne permet de croire que le législateur entendait redonner vie à l'application de délais de prescription particuliers en faveur de la Couronne.

L'article 2215 fait partie de l'ensemble de règles de droit fédéral en ce qui concerne les droits et les obligations de la Couronne du chef du Canada conformément à l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Conséquemment, il ne saurait être écarté simplement parce qu'il s'agit d'une disposition législative provinciale. Il n'est cependant ni une loi du Parlement, ni au sens juridictionnel, «une loi du Canada». L'application de l'article 2215 est expressément écartée par l'article 31 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, et le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* maintient cette exception. Le délai de deux ans applicable entre particuliers dans la province de Québec s'applique, et comme il n'a pas été interrompu, l'action contre les appelants est prescrite.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code civil du Bas-Canada*, Arts. 2215, 2224, 2261.  
*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. 129.

*Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, s. 31.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 38  
 (now R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 419.

*Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 31.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 38 (aujourd'hui L.R.C., (1985), ch. F-7, art. 39).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 C.L.L.C. 14,048; 48 N.R. 161.

##### CONSIDERED:

*Distillers Co (Bio-Chemicals) Ltd v Thompson (by her next friend Arthur Leslie Thompson)*, [1971] 1 All E.R. (P.C.); *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; [1974] 2 W.W.R. 586; 1 N.R. 122; *Page v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.*, [1972] F.C. 1141; (1972), 29 D.L.R. (3d) 236 (C.A.); *Queen (The) v. City of Montreal*, [1972] F.C. 382 (T.D.); *Procureur général du Canada v. Dallaire et Dallaire*, [1949] B.R. 365 (C.A.).

APPEAL from Senior Prothonotary's refusal to strike out the statement of claim as against certain of the defendants as statute barred. Appeal allowed.

##### COUNSEL:

*Danielle Dion* for plaintiff.  
*Mireille Tabib* for defendants.

##### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Stikeman, Elliott*, Montréal, for defendants.

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

NOËL J.: This is an appeal from the decision of the Senior Prothonotary rejecting the motion brought by D. P. Byrne, Robert Lyon, Dennis McLeod and the Montreal Board of Trade (herein the "appellants") seeking to have the statement of claim struck out as against them pursuant to Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the ground that it is statute barred.

The Senior Prothonotary rejected the motion in the following terms: "the motion is denied on the

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Northern Telecom Canada Ltée. et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 C.L.L.C. 14,048; 48 N.R. 161.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Distillers Co (Bio-Chemicals) Ltd v Thompson (by her next friend Arthur Leslie Thompson)*, [1971] 1 All E.R. (P.C.); *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; [1974] 2 W.W.R. 586; 1 N.R. 122; *Page c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.*, [1972] C.F. 1141; (1972), 29 D.L.R. (3d) 236 (C.A.); *Reine (La) c. Ville de Montréal*, [1972] C.F. 382 (1<sup>re</sup> inst.); *Procureur général du Canada v. Dallaire et Dallaire*, [1949] B.R. 365 (C.A.).

APPEL intenté contre le refus du protonotaire en chef de radier la déclaration dans la mesure où elle visait certains défendeurs au motif que l'action était prescrite. Appel accueilli.

##### AVOCATS:

*Danielle Dion* pour la demanderesse.  
*Mireille Tabib* pour les défendeurs.

##### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.  
*Stikeman, Elliott*, Montréal, pour les défendeurs.

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

LE JUGE NOËL: Il s'agit d'un appel interjeté contre la décision par laquelle le protonotaire en chef rejetait la requête présentée par D. P. Byrne, Robert Lyon, Dennis McLeod et le Bureau de commerce de Montréal (appelés les «appellants») en vue d'obtenir la radiation de la déclaration dans la mesure où elle les concerne conformément à la Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] au motif qu'il y a prescription.

Le protonotaire en chef a rejeté la requête dans les termes suivants: «la requête est rejetée en raison de

grounds of section 17 of the *Interpretation Act*, articles 9 and 2215 of the *Civil Code of Lower Canada*; the damages arose at sea in extraterritorial water when the vessel sunk; this gives opening to this action.”

The negligent acts alleged by the statement of claim took place in Montréal, Québec. According to the statement of claim, those acts are said to have been the negligent inspection and certification of the vessel *Charlie* and allowing her to sail on a transatlantic voyage in an unseaworthy state. The *Charlie* sunk at high seas on or around January 19, 1990, thereby giving rise to the damages sought to be recovered by Her Majesty the Queen in this action.

#### APPELLANTS' POSITION

The appellants claim that because the cause of action advanced by the plaintiff arose in Quebec, subsection 39(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, provides that the prescription period must be determined by reference to the limitation applicable between subject and subject pursuant to the laws of Quebec and that, under the laws of Quebec, this period is of two years from the date of the plaintiff's knowledge of the damage. Under the laws of Quebec, the running of the prescription period is not interrupted unless the service of the action on the party against whom it is directed is made within sixty days of the filing of the action in the office of the Court.

In this respect, appellants acknowledge that the action was filed on January 22, 1992, that is within approximately two years from plaintiff's knowledge of the damages, but claim that because it was not served on them until June 17, 1992, the prescription period was not interrupted. Appellants therefore conclude that the action as against them is, on the face of it, statute barred and must be struck out at this stage under Rule 419, as it is clear and obvious that it cannot succeed.

l'article 17 de la *Loi d'interprétation*, des articles 9 et 2215 du *Code civil du Bas-Canada*; les avaries se sont produites en mer dans les eaux extraterritoriales lorsque le navire a coulé; ceci donne ouverture à cette action.»

Les actes de négligence allégués dans la déclaration se sont produits à Montréal (Québec). Selon la déclaration, par ces actes il faut entendre l'inspection négligente du navire *Charlie* et le certificat qui lui a été délivré ainsi que l'autorisation qu'il a reçue d'entreprendre un voyage transatlantique alors qu'il n'était pas en état de navigabilité. Le *Charlie* a coulé en haute mer le 19 janvier 1990 ou vers cette date, causant ainsi des dommages dont Sa Majesté la Reine tente de se faire indemniser dans cette action.

#### LA POSITION DES APPELANTS

Les appelants affirment que parce que la cause d'action invoquée par la demanderesse a pris naissance au Québec, le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, prévoit que le délai de prescription se détermine par rapport à la prescription régissant les rapports entre particuliers conformément aux lois du Québec et que, selon les lois de cette province, ce délai est de deux ans à compter de la date où la demanderesse a eu connaissance des dommages. D'après les lois du Québec, le délai de prescription n'est pas interrompu à moins que la signification de l'action à la partie contre laquelle elle est dirigée soit faite dans les soixante jours du dépôt de l'action au greffe de la Cour.

À cet égard, les appelants reconnaissent que l'action a été déposée le 22 janvier 1992, c'est-à-dire environ deux ans à compter de la connaissance qu'a eue la demanderesse des dommages, mais ils affirment que parce qu'elle ne leur a pas été signifiée avant le 17 juin 1992, le délai de prescription n'a pas été interrompu. Les appelants concluent donc que l'action, dans la mesure où elle est intentée contre eux est, à première vue, prescrite et qu'elle doit être annulée à ce stade-ci en vertu de la Règle 419, puisqu'il est clair et évident qu'elle ne peut être accueillie.

### RESPONDENT'S POSITION

The respondent acknowledges that the statement of claim was not served within six months of the action being filed, and that her action as against the appellants must fail if the two-year prescription period is applicable. The respondent claims, however, that the cause of action did not arise in the province of Quebec where the alleged negligent acts took place, but in international waters where the damages were suffered. That being the case, respondent relies on subsection 39(2) of the *Federal Court Act* which provides for a six-year limitation period for causes of action arising otherwise than in a province.

The respondent further argues that even if the cause of action arose in the province of Quebec, the application of subsection 39(1) of the *Federal Court Act* is subject to special limitation periods provided by any other Act, and that article 2215 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provides for a thirty-year prescription applies in the instant case.

In the further alternative, the respondent argued that the matter in issue is governed by admiralty law, and that the limitation period should be ascertained accordingly. When I asked counsel what that prescription period might be, no answer was given. I have therefore not given this argument any further consideration.

### RELEVANT LEGISLATION

Prior to recent amendments which came into force on February 1, 1992 [S.C. 1990, c. 8], section 39 of the *Federal Court Act* dealt with suits by and against the Crown. It provided:

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

(2) A proceeding in the Court in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

(3) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions referred to in subsections (1) and (2) apply to any proceedings brought by or against the Crown. [Underlining added.]

### POSITION DE L'INTIMÉE

L'intimée reconnaît que la déclaration n'a pas été signifiée dans les six mois du dépôt de l'action, et que son action, à l'égard des appelants, doit être rejetée si le délai de prescription de deux ans est applicable. L'intimée affirme cependant que la cause d'action n'a pas pris naissance dans la province de Québec où a eu lieu la négligence alléguée, mais dans les eaux internationales où ont été subis les dommages. Cela étant, l'intimée s'appuie sur le paragraphe 39(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui prévoit que les causes d'action qui prennent naissance ailleurs que dans la province se prescrivent par six ans.

L'intimée soutient en outre que même si la cause d'action avait pris naissance dans la province de Québec, l'application du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est assujettie aux délais de prescription particuliers prévus par toute autre loi, et que l'article 2215 du *Code civil du Bas-Canada*, qui prévoit une prescription de trente ans, s'applique en l'espèce.

Subsidiairement encore, l'intimée a fait valoir que la question en litige est régie par le droit d'amirauté, et que le délai de prescription devrait être vérifié en conséquence. Lorsque j'ai demandé à l'avocate de l'intimée ce que pourrait être ce délai, je n'ai obtenu aucune réponse. Je n'ai donc pas accordé plus d'attention à ce moyen.

### LA LOI APPLICABLE

Avant les récentes modifications qui sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992, l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* traitait des actions engagées par et contre la Couronne. Il était libellé comme suit:

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

(2) Le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province.

(3) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription visées aux paragraphes (1) et (2) s'appliquent à toutes les procédures engagées par ou contre la Couronne. [Soulignement ajouté.]



The relevant articles of the *Civil Code of Lower Canada* provide as follows:

**Art. 2261.** The following actions are prescribed by two years;

2. For damages resulting from offences or quasi-offences, whenever other provisions do not apply;

**Art. 2224.** The filing of a judicial demand in the office of the court creates a civil interruption provided that demand is served within sixty days of the filing in accordance with the Code of Civil Procedure upon the person whose prescription it is sought to hinder.

**Art. 2215.** All arrears of rents, dues, interest and revenues and all debts and rights, belonging to the crown, not declared to be imprescriptible by the preceding articles, are prescribed by thirty years.

Subsequent purchasers of immoveable property charged therewith cannot be liberated by any shorter period.

#### ANALYSIS

The effect of the legislation may be summarized as follows:

1. If a cause of action arises in a given province, then the laws relating to prescription and limitation periods in that province as between subject and subject apply, unless otherwise provided by any other Act.

2. If a cause of action arises otherwise than in a province, the limitation period is six years.

3. In Quebec, where the action is in damages arising from offences (i.e. torts), the prescription period as between subject and subject is two years and can be interrupted by the filing of a judicial demand within that period conditionally upon its service being made within sixty days from the date of filing.

4. In Quebec, rights accruing in favour of the Crown and which are not declared imprescriptible by the *Civil Code of Lower Canada* are prescribed by thirty years.

The respondent's first argument is that because the cause of action arose otherwise than in a province, the six-year limitation period applies. In particular, counsel argues that the cause of action arose where the damages occurred, that is, in international waters.

Les articles pertinents du *Code civil du Bas-Canada* prévoient ce qui suit:

**Art. 2261.** L'action se prescrit par deux ans dans les cas suivants:

2. Pour dommages résultant de délits et quasi-délits, à défaut d'autres dispositions applicables;

**Art. 2224.** Le dépôt d'une demande en justice au greffe du tribunal forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée conformément au Code de procédure civile à celui qu'on veut empêcher de prescrire, dans les soixante jours du dépôt . . .

**Art. 2215.** Les arrérages des rentes, prestations, intérêts et revenus, et les créances et droits appartenant à Sa Majesté non déclarés imprescriptibles par les articles qui précèdent, se prescrivent par trente ans.

Les tiers acquéreurs d'immeubles affectés à ces créances ne peuvent se libérer par une prescription plus courte.

#### d ANALYSE

L'effet de la législation peut se résumer comme suit:

1. Lorsque la cause d'action prend naissance dans une certaine province, les règles de droit en matière de prescription et de délais régissant, dans cette province, les rapports entre particuliers s'appliquent, sauf disposition contraire d'une autre loi.

2. Le délai de prescription est de six ans lorsque la cause d'action n'a pas pris naissance dans la province.

3. Au Québec, les actions en dommages-intérêts découlant d'infractions (c'est-à-dire de délits et quasi-délits) se prescrivent par deux ans entre particuliers, et le dépôt pendant ce délai d'une demande en justice forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée dans les soixante jours du dépôt.

4. Au Québec, les droits appartenant à la Couronne qui ne sont pas déclarés imprescriptibles par le *Code civil du Bas-Canada* se prescrivent par trente ans.

L'intimée fait valoir comme premier moyen que la cause d'action ayant pris naissance ailleurs que dans la province, le délai de prescription est de six ans. L'avocate de l'intimée soutient plus particulièrement que la cause d'action a pris naissance là où les dom-

As Jackett C.J. (as he then was) stated in *Page v. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.*, [1972] F.C. 1141 (C.A.), at page 1146, it appears that from time to time, different meanings have been given to the term "cause of action". These differences seem to depend on whether the issue arises with respect to jurisdiction, the commencement of a period of limitation or again under section 39 (then section 38 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]) of the *Federal Court Act*. As in that case it was not necessary for the Court of Appeal to decide this issue, the matter was expressly left to be decided at the appropriate time.

In my view, the term "cause of action", or "*fait générateur*" as it appears in the French version of section 39, refers to the breach of duty, whether imposed by law or by contract, which provides the victim with a right of action. In the present case, the alleged breach of duty consisted in the improper inspection of the vessel, the improper certification of the vessel, the granting of permission to voyage in circumstances where the ship was not in a seaworthy state. All these acts or breaches are alleged to have taken place in Montréal.

The fact that the vessel sank at high seas and that, as a result, the damages were suffered outside the province of Quebec, in international waters, does not alter the location of the cause of action. It is true that, as argued by the respondent, there would have been no cause of action if the ship had not sunk and damages had not been suffered. But once damages have been suffered, a cause of action does arise, and it is where the breach of duty took place that one must look to identify the jurisdiction where the cause of action arose, irrespective of where the damages were suffered.

Counsel for the respondent brought to my attention certain cases involving product liability where the determination of the jurisdiction where the cause of action took place appears to have been made by reference to the jurisdiction in which the damages were suffered. Cases involving product liability often

se sont produits, c'est-à-dire dans les eaux internationales. Comme l'a dit le juge en chef Jackett (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Page c. Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd.*, [1972] C.F. 1141 (C.A.), à la page 1146, il semble qu'à des époques diverses, des sens différents ont été donnés à l'expression «cause d'action» selon que la question litigieuse se rapporte à la compétence des tribunaux ou au moment où le délai de prescription commence à courir, ou qu'elle se pose en raison de l'article 39 (alors l'article 38 [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), ch. 10]) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Comme ce fut le cas dans cette affaire, il n'a pas été nécessaire à la Cour d'appel de statuer sur cette question, dont on a laissé la solution au moment approprié.

À mon sens, l'expression «*cause of action*», ou «*fait générateur*» telle qu'elle apparaît dans la version française de l'article 39, désigne le manquement à une obligation, qu'elle soit imposée par une règle de droit ou un contrat, qui donne à la victime un droit d'action. En l'espèce, le manquement à l'obligation allégué résidait dans l'inspection inadéquate du navire, la délivrance irrégulière du certificat de navigabilité et l'autorisation d'entreprendre le voyage en mer alors que le navire n'était pas en état de navigabilité. On allègue que tous ces actes ou manquements se sont produits à Montréal.

Le fait que le navire ait coulé en haute mer et qu'en conséquence, les dommages se soient produits en dehors de la province de Québec, dans les eaux internationales, ne modifie pas le lieu de la cause d'action. Il est vrai, comme le soutient l'intimée, qu'il n'y aurait pas eu de cause d'action si le navire n'avait pas sombré et si des dommages n'avaient pas été causés. Mais dès lors qu'il y a des dommages, il y a une cause d'action, et c'est en fonction du lieu où le manquement à une obligation s'est produit que se détermine le ressort où a pris naissance la cause d'action, indépendamment de l'endroit où sont survenus les dommages.

L'avocate de l'intimée m'a cité certaines affaires mettant en cause la responsabilité découlant du vice d'un produit dans lesquelles la détermination du ressort où a pris naissance la cause d'action semble avoir été fonction du ressort où sont survenus les dommages. Les affaires qui portent sur la responsabi-

involve a separation in time and place between the negligent act and the resulting damages, and courts have shown a tendency to search for means to allow the victim to sue in the jurisdiction where the damages have been suffered. Usually, however, this is done by concluding to the existence of a wrongful act in the jurisdiction where the damages were suffered, and not by concluding that the cause of action arose where the damages were suffered irrespective of where the wrongful act took place.

One case to which I was referred is the decision of the Privy Council in *Distillers Co (Bio-Chemicals) Ltd v Thompson (by her next friend Arthur Leslie Thompson)*, [1971] 1 All E.R. 694. In that case, the plaintiff sued the defendant by her next friend for damages suffered in New South Wales as a result of her mother having taken thalidomide during her pregnancy. The courts of New South Wales had jurisdiction only to the extent that the “cause of action” had arisen “in the jurisdiction”. The product had been manufactured in England.

The Privy Council upholding the Supreme Court of New South Wales concluded that the “cause of action” had arisen in New South Wales, not because the damages were suffered there, but because the defendant had failed to communicate to plaintiff in New South Wales the potentially dangerous effect of its product.

This case illustrates how, in cases involving product liability, the jurisdiction where the damages were suffered is often made to coincide with the jurisdiction where the cause of action arose. It is not because a cause of action arises where the damages are suffered, but because the courts identify a breach of duty and hence a cause of action (usually in the form of an omission to communicate) in the jurisdiction where the damages are suffered.

Another case to which I was referred is the decision of the Supreme Court of Canada in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393. In that case, the Court had to decide whether the courts

lité découlant du vice d'un produit mettent souvent en cause une séparation dans le temps et dans l'espace entre la négligence et le préjudice subi, et les tribunaux se sont montrés enclins à chercher le moyen de permettre à la victime de poursuivre dans le ressort où elle a subi un préjudice. Habituellement, toutefois, ils y arrivent en concluant à la perpétration d'un acte illégitime dans le ressort où le préjudice a été subi, et non en concluant que la cause d'action a pris naissance où a été subi le préjudice indépendamment du lieu où s'est produit l'acte illégitime.

On m'a notamment cité la décision du Conseil privé dans l'affaire *Distillers Co (Bio-Chemicals) Ltd v Thompson (by her next friend Arthur Leslie Thompson)*, [1971] 1 All E.R. 694. Dans cette affaire, la demanderesse a poursuivi la défenderesse par l'entremise de son tuteur à l'instance en raison du préjudice qu'elle avait subi en Nouvelle-Galles du Sud après que sa mère eût pris de la thalidomide pendant sa grossesse. Les tribunaux de la Nouvelle-Galles du Sud avaient compétence seulement dans la mesure où la «cause d'action» avait pris naissance «dans le ressort». Le produit incriminé avait été fabriqué en Angleterre.

Le Conseil Privé, en confirmant la décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud, a conclu que la «cause d'action» avait pris naissance en Nouvelle-Galles du Sud, non parce que le préjudice y avait été subi, mais parce que la défenderesse n'avait pas avisé la demanderesse en Nouvelle-Galles du Sud des effets potentiellement nocifs de son produit.

Cette affaire montre comment, dans des actions mettant en cause la responsabilité découlant du vice d'un produit, on fait souvent coïncider le ressort où le préjudice a été subi et celui où a pris naissance la cause d'action. Ce n'est pas parce qu'une cause d'action prend naissance où le préjudice est subi, mais parce que les tribunaux constatent l'existence d'un manquement à une obligation et donc d'une cause d'action (qui revêt habituellement la forme du défaut de communiquer) dans le ressort où le préjudice survient.

On m'a aussi renvoyé à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393. Dans cette affaire, la Cour devait décider si les tribunaux

of Saskatchewan had jurisdiction to hear an action in tort resulting from the manufacture of a defective product in Ontario. The sole basis for asserting jurisdiction in Saskatchewan appeared to be the fact that the damage had been suffered in that province. The Supreme Court took the occasion to review the issue in depth, and canvassed the leading Canadian, U.S. and Commonwealth decisions on the subject.

Dickson J. (as he then was), speaking for a unanimous Court, presented the problem as follows, at page 397:

The task of determining the *situs* of a tort is of some difficulty. A number of tests which one might apply are to be found in the cases and in the learned journals but none has been free of criticism and I think it fair to say that no clear principle has emerged. The difficulty has not been diminished by the failure in many of the cases to distinguish between jurisdiction and choice-of-law. The rules for determining *situs* for jurisdictional purposes need not be those which are used to identify the legal system under which the rights and liabilities of the parties fall to be determined.

After reviewing the case law, Dickson J. stated, at page 405, "In a *Donoghue v. Stevenson* case, can carelessness in manufacture be separated from resulting injury?", and, at pages 408-409, he concluded:

Generally speaking, in determining where a tort has been committed, it is unnecessary, and unwise, to have resort to any arbitrary set of rules. The place of acting and the place of harm theories are too arbitrary and inflexible to be recognized in contemporary jurisprudence. In the *Distillers'* case and again in the *Cordova* case a real and substantial connection test was hinted at. Cheshire, 8th ed., 1970, p. 281, has suggested a test very similar to this; the author says that it would not be inappropriate to regard a tort as having occurred in any country substantially affected by the defendant's activities or its consequences and the law of which is likely to have been in the reasonable contemplation of the parties. Applying this test to a case of careless manufacture, the following rule can be formulated: where a foreign defendant carelessly manufactures a product in a foreign jurisdiction which enters into the normal channels of trade and he knows or ought to know both that as a result of his carelessness a consumer may well be injured and it is reasonably foreseeable that the product would be used or consumed where the plaintiff used or consumed it, then the forum in which the plaintiff suffered damage is entitled to exercise judicial jurisdiction over that foreign defendant. This rule recognizes the important interest a state has in injuries

de la Saskatchewan avaient compétence pour être saisis d'une action délictuelle résultant de la fabrication en Ontario d'un produit défectueux. Le seul fondement invoqué à l'appui de la compétence des tribunaux de la Saskatchewan semblait être le fait que le préjudice avait été subi dans cette province. La Cour suprême a saisi l'occasion pour étudier la question en profondeur, et elle a examiné les décisions canadiennes, américaines et du Commonwealth faisant autorité en la matière.

Le juge Dickson (tel était alors son titre), qui s'exprimait pour une Cour unanime, a exposé le problème comme suit, à la page 397:

La détermination du *situs* d'un délit civil comporte quelques difficultés. Les précédents et les revues savantes renferment quelques critères susceptibles d'être appliqués mais tous ont fait l'objet de critiques et je crois qu'il est juste de dire qu'aucun principe clair ne s'est imposé. La difficulté n'a pas été atténuée par le défaut, dans de nombreux arrêts, de faire la distinction entre la compétence et le choix de la loi applicable. Il n'est pas nécessaire que les règles applicables à la détermination du *situs* aux fins de la compétence soient celles qui sont employées pour identifier le système juridique en vertu duquel les droits et les obligations des parties doivent être déterminés.

Après avoir passé en revue la jurisprudence, le juge Dickson a demandé, à la page 405, «Dans un arrêt du genre *Donoghue v. Stevenson*, le manque de diligence dans la fabrication peut-il être séparé du dommage résultant?», et aux pages 408 et 409, il a conclu:

Généralement parlant, pour déterminer où un délit civil a été commis, il n'est pas nécessaire, ni sage, d'avoir recours à un ensemble de règles arbitraires. Les théories du lieu de l'acte et du lieu du préjudice sont trop arbitraires et rigides pour être reconnues par la jurisprudence contemporaine. Dans l'arrêt *Distillers*, et également dans l'arrêt *Cordova*, on a fait allusion au critère du rapport réel et substantiel. Cheshire, 8<sup>e</sup> éd., 1970, p. 281, a proposé un critère très semblable à ça; l'auteur dit qu'il conviendrait à la rigueur de considérer un délit civil comme étant survenu dans tout pays qui a été substantiellement touché par les activités du défendeur ou par ses conséquences et dont la loi, vraisemblablement, a été raisonnablement envisagée par les parties. Appliquant ce critère à une affaire de fabrication non diligente, la règle suivante peut être formulée: lorsqu'un défendeur étranger a fabriqué de façon non diligente, dans un ressort étranger, un produit qui est entré par les voies normales du commerce, et qu'il savait ou devait savoir, à la fois, qu'un consommateur pouvait fort bien subir un dommage par suite de ce manque de diligence et qu'il était raisonnablement prévisible que le produit serait utilisé ou consommé à l'endroit où le demandeur l'a effectivement utilisé ou consommé, alors le *forum* dans lequel le demandeur subit des

suffered by persons within its territory. It recognizes that the purpose of negligence as a tort is to protect against carelessly inflicted injury and thus that the predominating element is damage suffered. By tendering his products in the market place directly or through normal distributive channels, a manufacturer ought to assume the burden of defending those products wherever they cause harm as long as the forum into which the manufacturer is taken is one that he reasonably ought to have had in his contemplation when he so tendered his goods. This is particularly true of dangerously defective goods placed in the interprovincial flow of commerce.

As this decision illustrates, the courts have developed and imposed on manufacturers a special duty of care which reaches into any jurisdiction where distribution of the products can reasonably be contemplated to take place at the time the products are put on the market, and it is the breach of that duty which generally allows the courts to assert jurisdiction where the damage occurred.

In the case at hand, quite aside from the fact that product liability is not involved, I do not believe that it can be said that the breach of duty alleged to have taken place in the province of Quebec somehow transported itself to international waters where the damages were suffered. The duty of the appellants was to properly prepare the ship to sail from its point of departure, in Montréal, and it is the breach of that duty which is alleged by the statement of claim. No duty of a lingering nature is alleged by the statement of claim and there is no basis for the proposition that the cause of action arose in international waters on the sole ground that that is where the damages were suffered.

I therefore conclude that, in the present matter, the cause of action arose in Montréal, where the negligent acts are alleged to have taken place, and that, accordingly, the laws relating to prescription in the province of Quebec are applicable.

Respondent's alternative argument is that the application of the two-year limitation period in the province of Quebec for suits between subjects is overridden by the thirty-year prescription period provided for in article 2215 of the *Civil Code of Lower*

dommages a le droit d'exercer ses pouvoirs judiciaires sur ce défendeur étranger. Cette règle reconnaît le grand intérêt qu'un État porte aux blessures subies par ceux qui se trouvent sur son territoire. Elle reconnaît que considérer la négligence comme un délit civil, c'est vouloir assurer une protection contre le préjudice infligé par manque de diligence, et donc que l'élément prédominant est le dommage subi. En mettant ses produits sur le marché directement ou par l'intermédiaire des voies normales de distribution, un fabricant doit être prêt à les défendre partout où ils causent un préjudice, à condition que le *forum* devant lequel il est convoqué en est un qu'il aurait dû raisonnablement envisager lorsqu'il a mis ainsi ses produits sur le marché. Ceci s'applique particulièrement aux produits dangereusement défectueux placés dans le commerce interprovincial.

Comme l'illustre cette décision, les tribunaux ont établi et imposé aux fabricants une obligation particulière de prudence qui s'étend à tout ressort où la distribution des produits peut raisonnablement être considérée comme ayant lieu au moment où les produits sont mis sur le marché, et c'est le manquement à cette obligation qui permet généralement aux tribunaux de se dire compétents là où le préjudice a été subi.

En l'espèce, indépendamment du fait qu'il n'est pas question de la responsabilité découlant du vice d'un produit, je ne crois pas que l'on puisse dire que le manquement à une obligation qui aurait eu lieu dans la province de Québec s'est d'une façon quelconque transporté dans les eaux internationales où a été subi le préjudice. Les appelants étaient tenus de préparer convenablement le navire à appareiller de son point de départ, à Montréal, et c'est le manquement à cette obligation dont fait état la déclaration. Cette dernière n'invoque pas l'existence d'une obligation qui se prolonge dans le temps, et il n'existe aucun fondement à la proposition selon laquelle la cause d'action a pris naissance dans les eaux internationales simplement parce que c'est là où ont été subis les dommages.

Je conclus donc qu'en l'espèce, la cause d'action a pris naissance à Montréal, où aurait eu lieu la négligence, et qu'en conséquence, les règles de droit régissant la prescription dans la province de Québec sont applicables.

L'intimée fait valoir subsidiairement que le délai de prescription de trente ans prévu à l'article 2215 du *Code civil du Bas-Canada* l'emporte sur la prescription de deux ans applicable dans la province de Québec aux actions entre particuliers. Le juge Pratte (tel

Canada. Pratte J. (as he then was) considered this issue without deciding it in *Queen (The) v. City of Montreal*, [1972] F.C. 382 (T.D.). He said at page 386:

Section 38 of the *Federal Court Act*, which is new law, enacts that rules relating to prescription in force "between subject and subject" in any province apply to any proceedings instituted by or against the Crown. By its very terms this new provision applies only "except as expressly provided by any other Act". It may therefore be doubted that it applies in Quebec, since the *Civil Code* (which, it must be remembered, is a statute antecedent to the *British North America Act*) contains a provision by which the Crown's debts which are not declared imprescriptible are prescribed by thirty years. However, even if s. 38 had to be interpreted, in so far as the Crown in right of Canada is concerned, as having amended the rule established by Art. 2215, it would not apply here, for the *Federal Court Act* came into force on June 1, 1971, after plaintiff had brought her action against defendant.

At first glance, I would have been inclined to think that the thirty-year prescription period provided by article 2215 of the *Civil Code of Lower Canada* is limited in its application to rights relating to immoveable property. However, the Quebec Court of Appeal in *Procureur général du Canada v. Dallaire et Dallaire*, [1949] B.R. 365, held that the prescription period provided in article 2215 operated in favour of the Crown in Right of Canada in an action in tort which was otherwise statute barred.

I have little difficulty in concluding, as appellants argued, that the exception expressed in section 39 of the *Federal Court Act* is limited to Acts of Parliament and that, accordingly, article 2215, to the extent that it is a provincial enactment, cannot apply. If Parliament, in enacting section 39, had intended to maintain the application of special provincial limitation periods in favour of the Crown, such as provided by article 2215, it would have simply adopted the laws relating to limitation of actions in force in the provinces. But section 39 adopts such laws as in force "between subject and subject" which shows a clear intent to have Crown suits governed by the same limitation periods as those applicable to private litigants, and to exclude the application of special periods operating in favour of the Crown as they existed under provincial laws.

était alors son titre) a étudié cette question sans se prononcer à son égard dans l'arrêt *Reine (La) c. Ville de Montréal*, [1972] C.F. 382 (1<sup>re</sup> inst.). Il a dit à la page 386:

<sup>a</sup> Quant à l'article 38 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il s'agit de cette disposition de droit nouveau aux termes de laquelle les règles relatives à la prescription en vigueur «entre sujets» dans une province s'appliquent à toutes procédures engagées par ou contre la Couronne. Cette règle nouvelle, suivant son texte, s'applique seulement «sauf disposition contraire de toute autre loi». On peut donc douter qu'elle puisse s'appliquer au Québec puisque le *Code civil* (qui, il faut se le rappeler, est une loi antérieure à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*) contient une disposition aux termes de laquelle les créances de la Couronne qui ne sont pas déclarées imprescriptibles se prescrivent par trente ans. Mais même si l'art. 38 devait être interprété, dans la mesure où la Couronne aux droits du Canada est concernée, comme ayant modifié la règle posée par l'article 2215, il ne s'appliquerait pas en l'espèce. La *Loi sur la Cour fédérale*, en effet, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1971, après que la demanderesse eut poursuivi la défenderesse.

À première vue, j'aurais été porté à croire que le délai de prescription de trente ans prévu à l'article 2215 du *Code civil du Bas-Canada* est limité dans son application aux droits afférents aux biens immeubles. Cependant, la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Procureur général du Canada v. Dallaire et Dallaire*, [1949] B.R. 365, a statué que le délai de prescription prévu à l'article 2215 jouait en faveur de la Couronne du chef du Canada dans une action délictuelle par ailleurs prescrite.

J'ai peu d'hésitation à conclure, comme l'ont soutenu les appelants, que l'exception exposée à l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* se limite aux lois du Parlement, et qu'en conséquence l'article 2215, dans la mesure où il s'agit d'une disposition législative provinciale, ne peut pas s'appliquer. Si le Parlement, en adoptant l'article 39, avait entendu maintenir l'application de délais de prescription provinciaux particuliers en faveur de la Couronne, comme ceux que prévoit l'article 2215, il aurait simplement adopté les règles de droit applicables à la prescription en vigueur dans les provinces. Mais l'article 39 adopte les règles de droit régissant les rapports «entre particuliers», ce qui montre l'intention évidente d'assujettir les actions intentées par ou contre la Couronne aux mêmes délais de prescription que ceux qui régissent les actions entre particuliers, et d'exclure l'application de délais particuliers

en faveur de la Couronne comme ils existaient en vertu des règles de droit provinciales.

The exception expressed in section 39 is, in my view, aimed at preserving the application of those provisions enacted by federal statute which expressly provide for specific limitation periods for Crown suits. This conclusion is supported by the wording of section 31 of the *Exchequer Court Act* [R.S.C. 1952, c. 98], the predecessor in time to section 39 of the *Federal Court Act*, which adopted the limitation periods as between subject and subject "subject to any Act of the Parliament of Canada". In my view, the fact that the reference to Acts of Parliament was omitted in section 39 of the *Federal Court Act* was not intended to create a departure from the prior law, and the exception as to "any other Act" in the present law continues as a reference to Acts of Parliament only. There is nothing which would suggest that in 1972, when Parliament adopted what was then section 38 of the *Federal Court Act*, the legislator intended to revive the application of special limitation periods in favour of the Crown.

However, as Pratte J. observed in the above-noted passage, article 2215 of the *Civil Code of Lower Canada* is a statute antecedent to 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 I) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and this may have been the source of the doubt that he expressed about the application of the rules relating to prescription "between subject and subject" to Crown suits in the province of Quebec. Indeed, because article 2215 preceded the *Constitution Act, 1867*, it was continued by section 129 of that enactment and became part of the federal body of law in so far as the rights and obligations of the Crown in right of Canada are concerned. Accordingly, the application of article 2215 of the *Civil Code of Lower Canada*, for purposes of section 39 of the *Federal Court Act*, cannot be disregarded on the sole ground that it is a provincial law.

In this respect, while article 2215 of the *Civil Code of Lower Canada* was continued by the *Constitution*

L'exception que l'on trouve à l'article 39 vise, à mon sens, à maintenir l'application des dispositions adoptées par une loi fédérale qui prévoient expressément des délais de prescription particuliers pour les actions intentées par ou contre la Couronne. Cette conclusion est étayée par le libellé de l'article 31 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* [S.C.R. 1952, ch. 98], prédécesseur de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui a adopté les délais de prescription entre particuliers «sous réserve de toute loi du Parlement du Canada». À mon avis, l'omission de mentionner les lois du Parlement à l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'avait pas pour but de créer une dérogation à la loi antérieure, et l'exception visant «une autre loi» dans la disposition législative actuelle continue de ne s'appliquer qu'aux lois du Parlement. Rien ne permet de croire qu'en 1972, lorsque le Parlement a adopté ce qui était alors l'article 38 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur entendait redonner vie à l'application de délais de prescription particuliers en faveur de la Couronne.

Toutefois, comme l'a observé le juge Pratte dans le passage précité, l'article 2215 du *Code civil du Bas-Canada* est une disposition législative antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], et de là peut provenir le doute qu'il a exprimé au sujet de l'application des règles relatives à la prescription «entre particuliers» aux actions dans lesquelles la Couronne est partie dans la province de Québec. Effectivement, parce que l'article 2215 a précédé la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a été maintenu par l'article 129 de ce texte législatif et il a fait partie de l'ensemble de règles de droit fédéral en ce qui concerne les droits et les obligations de la Couronne du chef du Canada. En conséquence, l'application de l'article 2215 du *Code civil du Bas-Canada*, aux fins de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ne saurait être écartée simplement parce qu'il s'agit d'une disposition législative provinciale.

À cet égard, bien que l'article 2215 du *Code civil du Bas-Canada* ait été maintenu par la *Loi constitu-*

*Act, 1867* and, as such, is part of the federal body of law, it remains that it is not an Act of Parliament. Indeed, as it is not an Act of Parliament, it is not, at least in a jurisdictional sense, a "law of Canada". As Estey J. stated for the majority in *Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733, at page 745:

One final note should be added to this jurisdictional discussion. The *Constitution Act, 1867*, as amended, is not of course a "law of Canada" in the sense of the foregoing cases because it was not enacted by the Parliament of Canada.

Article 2215 not being an Act of Parliament, its application was expressly excluded by the legislator at the time section 31 of the *Exchequer Court Act* was enacted, and subsection 39(1) of the *Federal Court Act* continues to adopt the limitation period between subject and subject in the relevant province except only as otherwise provided by an Act of Parliament. Accordingly, the limitation period between subject and subject in the province of Quebec is applicable. That period is two years and as it was not interrupted, the action as against the appellants is time barred and cannot succeed.

For these reasons, the action as against the appellants cannot succeed and an order will be issued striking out the appellants as defendants in the statement of claim, with costs against the plaintiff.

*tionnelle de 1867*, et qu'en conséquence il fasse partie de l'ensemble de règles de droit fédéral, il reste qu'il n'est pas une loi du Parlement. Et comme il n'est pas une loi du Parlement, il n'est pas non plus, tout au moins au sens juridictionnel, «une loi du Canada». Comme l'a dit le juge Estey pour la majorité dans l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733, à la page 745:

Il y a lieu d'ajouter un dernier point à cette discussion de la compétence. La *Loi constitutionnelle de 1867*, et modifications, n'est pas, cela va de soi, une «loi du Canada» dans le sens des exemples qui précèdent parce qu'elle n'a pas été adoptée par le Parlement du Canada.

Comme l'article 2215 n'est pas une loi du Parlement, son application a été expressément écartée par le législateur au moment de l'adoption de l'article 31 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, et le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* continue d'adopter le délai de prescription applicable entre particuliers dans la province concernée, sauf disposition contraire d'une autre loi du Parlement. Conséquemment, le délai de prescription régissant les rapports entre particuliers dans la province de Québec est applicable. Ce délai est de deux ans, et comme il n'a pas été interrompu, l'action dans la mesure où elle vise les appelants est prescrite et ne peut être accueillie.

Pour ces motifs, l'action, dans la mesure où elle vise les appelants, ne peut être accueillie, et une ordonnance sera rendue radiant les appelants en tant que défendeurs dans la déclaration, avec dépens contre la demanderesse.



T-1027-91

T-1027-91

**Steinberg Inc. (Applicant)**

**Steinberg Inc. (requérante)**

v.

c.

**J. L. Duval Ltée (Respondent)**

*a*

**J. L. Duval Ltée (intimée)**

*INDEXED AS: STEINBERG INC. v. J. L. DUVAL LTÉE (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: STEINBERG INC. c. J. L. DUVAL LTÉE (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Denault J.—Montréal, May 8; Ottawa, November 13, 1992.

*b*

Section de première instance, juge Denault—Montréal, 8 mai; Ottawa, 13 novembre 1992.

*Trade marks — Expungement — Application to expunge “Marché Extra” and design from register — Mark registered for use in association with wholesale distribution and sale of food products — Respondent permitting over thirty retailers to use mark without being registered as users — Requirements of Trade-marks Act, s. 50 (registered user provision) — Failure to register users not necessarily leading to loss of distinctiveness — Owner’s control over use of mark and public deception considered.*

*c*

*Marques de commerce — Radiation — Demande de radiation du registre de la marque de commerce «Marché Extra» et de son dessin — La marque a été enregistrée pour être utilisée en liaison avec la distribution et la vente en gros de produits alimentaires — L’intimée a permis à plus de trente détaillants de se servir de la marque sans être des usagers inscrits — Exigences de la Loi sur les marques de commerce, art. 50 (disposition à l’égard de l’usager inscrit) — L’omission d’inscrire les usagers n’entraîne pas nécessairement la perte du caractère distinctif — Le contrôle du propriétaire sur l’emploi de sa marque et la possibilité que le public soit trompé sont pris en considération.*

*d*

This was an application to expunge “Marché Extra” and design from the register for failing to accurately express the existing rights of the registered owner of the mark. “Marché Extra” had been registered for use in association with the wholesale distribution and sale of food products. The applicant alleged that the mark was no longer distinctive of the services provided by the respondent because the respondent had permitted over thirty licensees to use the mark without their being registered as users. The retailers carried on business under their own business names, but had signs outside their stores displaying “Marché Extra” and the caption “affilié à J. L. Duval”. Pursuant to an agreement entered into with each retailer, the respondent would install and maintain the signs, publish a weekly circular of advertised specials available at affiliated stores, and provide consulting services and weekly information bulletins to member stores. In return, the retailers agreed to purchase eighty percent of their merchandise from the respondent, offer products at the advertised retail price, and follow the respondent’s general policy guidelines. The issue was whether the failure to register the retailers as registered users necessarily lead to loss of distinctiveness.

*e*

*f*

*g*

*h*

Il s’agit d’une demande visant à radier du registre la marque de commerce «Marché Extra» et son dessin parce qu’ils n’expriment pas de façon exacte les droits existants du propriétaire inscrit de la marque. «Marché Extra» avait été enregistrée pour être utilisée en liaison avec la distribution et la vente en gros de produits alimentaires. La requérante a soutenu que la marque n’était plus distinctive des services fournis par l’intimée parce que celle-ci avait permis à plus de trente preneurs de licence d’utiliser la marque sans être des usagers inscrits. Les détaillants exploitaient leur entreprise sous leur propre nom d’affaires, mais ils affichaient à l’extérieur de leur établissement la marque de l’intimée, «Marché Extra», et la mention «affilié à J. L. Duval». Conformément à un contrat conclu avec chaque détaillant, l’intimée devait installer et entretenir les affiches, publier une circulaire hebdomadaire des prix d’occasion annoncés proposés dans les magasins affiliés et offrir des services de consultation à ses membres ainsi que des bulletins d’information hebdomadaires. En retour, les détaillants s’engageaient à acheter quatre-vingt pour cent de leurs marchandises de l’intimée, à offrir leurs produits aux prix du détail annoncés et à suivre les lignes directrices de l’intimée en matière de politique. La question litigieuse consistait à savoir si le défaut d’inscrire les détaillants en qualité d’usagers inscrits entraînait nécessairement la perte du caractère distinctif.

*i*

*Jugement: la demande est rejetée.*

*Held, the application should be dismissed.*

A trade mark will not automatically be held to be invalid merely because its owner has permitted its restricted use in association with wares or services not included in the registration. *Trade-marks Act*, section 50 permits the registration of the registered user of a mark “for all or any of the wares or services for which it is registered”. The applicant failed to prove either that the respondent’s registration did not properly

Une marque de commerce ne sera pas automatiquement considérée invalide simplement parce que son propriétaire a autorisé son emploi limité en liaison avec des marchandises ou des services non compris dans l’enregistrement. L’article 50 de la *Loi sur les marques de commerce* permet l’inscription de l’utilisateur inscrit d’une marque à l’égard de «la totalité ou [d]une partie des marchandises ou services à l’égard desquels il est

define its existing rights in the mark or that the mark no longer distinguished the respondent's services. Since the retailers did not use the mark in association with any of the services described in the registration, the respondent was not required to register their use. The view that the registered user provision must be observed was based on the function of a trade mark being to denote that the goods or services come from one source. Concurrent use by two or more persons of the same trade mark would thus inevitably lead to public deception. It can, however, be argued that the use of a mark by a licensee does not denote that the licensee is the source of the goods and the mark will remain connected with the owner. Assuming there is no public deception, failure to register a user can have no adverse effect on the mark's validity. It was accordingly necessary to examine the respondent's control over the use of its mark and to determine whether the public has been deceived. The written agreements between respondent and the retailers established that the respondent exercised sufficient control over the use of its mark. Since the respondent neither operates retail outlets nor grants licences to use its trade mark in association with wholesale services, the public was unlikely to be deceived by the use being made of respondent's mark.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 18(1)(b), 30(a), 50, 57.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Building Products Ltd. v. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121; 21 Fox Pat. C. 130 (Ex. Ct.); *Schmid Laboratories v. Atlantic Packaging Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 258; 26 F.T.R. 203 (F.C.T.D.); *Yorkshire Copper Works Ltd.'s application (Trade Mark)* (1953), 71 R.P.C. 150 (H.L.).

#### AUTHORS CITED

Bereskin, D. "The Source Theory of Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing" (1987), 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 322.

Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1972.

APPLICATION to expunge trade mark from register on the ground that it did not accurately express the owner's existing rights. Application dismissed.

#### COUNSEL:

*Adele J. Finlayson* for applicant.

inscrit». La requérante n'a pas prouvé soit que l'enregistrement de la marque de l'intimée ne définit pas correctement ses droits existants sur la marque ou que celle-ci ne distingue plus les services de l'intimée. Puisque les détaillants n'ont utilisé la marque en liaison avec aucun des services décrits dans l'enregistrement, l'intimée n'était pas tenue d'enregistrer leur emploi. L'opinion que la disposition applicable à l'usager inscrit doit être observée est fondée sur le fait que la marque de commerce a pour objet de dénoter que les marchandises et les services ont une source unique. Ainsi donc, l'usage simultané de la même marque par deux personnes ou plus conduirait inévitablement à la duperie du public. On peut cependant soutenir que l'usage de la marque par un preneur de licence ne dénote pas que ce dernier est la source des marchandises et la marque restera liée au propriétaire. Tenant pour acquis qu'il n'y a pas duperie du public, le défaut d'inscrire un usager ne saurait nuire à la validité de la marque. Il était donc nécessaire d'examiner le contrôle de l'intimée sur l'emploi de sa marque et de déterminer s'il y a eu duperie du public. Les accords écrits conclus par l'intimée et les détaillants ont établi que l'intimée exerçait un contrôle suffisant sur l'usage de sa marque. Puisque l'intimée n'exploite pas ses propres points de vente au détail et qu'elle n'accorde pas de licences permettant d'utiliser sa marque de commerce en liaison avec des services de vente en gros, l'usage qui était fait de la marque de l'intimée n'était pas susceptible de jeter la confusion dans l'esprit du public.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 18(1)(b), 30(a), 50, 57.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Building Products Ltd. v. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121; 21 Fox Pat. C. 130 (C. de l'É.); *Schmid Laboratories v. Atlantic Packaging Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 258; 26 F.T.R. 203 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Yorkshire Copper Works Ltd.'s application (Trade Mark)* (1953), 71 R.P.C. 150 (H.L.).

#### DOCTRINE

Bereskin, D. «The Source Theory of Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing» (1987), 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 322.

Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1972.

DEMANDE de radiation d'une marque de commerce du registre au motif qu'elle ne reflétait pas avec exactitude les droits existants du propriétaire. Demande rejetée.

#### AVOCATS:

*Adele J. Finlayson* pour la requérante.

*Georges T. Robic* for respondent.

SOLICITORS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson*, Ottawa,  
for applicant. <sup>a</sup>

*Leger, Robic, Richard*, Montréal, for respondent.

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

DENAULT J.: This is an application by way of originating notice of motion for an order expunging trade mark registration no. 332,181 "Marché Extra" and design from the register of trade marks, pursuant to paragraph 18(1)(b) of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (hereinafter referred to as "the Act"). <sup>c</sup>

The applicant contends that the registration of the trade-mark "Marché Extra" and design does not accurately express or define the existing rights of the respondent, J. L. Duval Ltée., as the registered owner of the mark. According to the applicant, the trade mark in question was not distinctive of the services provided by the respondent at the time proceedings bringing the validity of the registration into question were commenced, since the respondent had allowed over thirty licensees to use its mark without taking the necessary steps to have them officially recorded as "registered users", in accordance with section 50 of the Act. <sup>d</sup>

The respondent claims that its design mark "Marché Extra" has always properly identified and distinguished the services for which the mark was originally registered: the respondent's wholesale distribution and sale of food products.<sup>1</sup> The respondent argues that the permitted use of its trade mark by various retailers cannot strip the mark of its distinctiveness, as such use merely serves to identify a network of affiliated retailers who use the mark as a means of communicating to the public that they sell products which emanate from the respondent's initial wholesale distribution. As such, the retailers benefit <sup>e</sup>

<sup>1</sup> The actual registration for the respondent's mark describes the services in association with which the trade mark is to be used by its owner as: "*l'exploitation d'un commerce pour la vente et la distribution en gros de produits alimentaires*".

*Georges T. Robic* pour l'intimée.

PROCUREURS:

*Shapiro, Cohen, Andrews, Finlayson*, Ottawa,  
pour la requérante.

*Leger, Robic, Richard*, Montréal, pour l'intimée.

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

LE JUGE DENAULT: Il s'agit d'une demande introduite par voie d'avis introductif de requête en vue d'obtenir une ordonnance radiant l'enregistrement de la marque de commerce n° 332,181 «Marché Extra» et son dessin du registre des marques de commerce, conformément à l'alinéa 18(1)b) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, (ci-après appelée «la Loi»). <sup>b</sup>

La requérante soutient que l'enregistrement de la marque de commerce «Marché Extra» et son dessin n'énonce ni ne délimite précisément les droits existants de l'intimée, J. L. Duval Ltée., à titre de propriétaire inscrit de la marque. Selon la requérante, la marque de commerce en question n'était pas distinctive des services fournis par l'intimée à l'époque où ont été entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement, l'intimée ayant permis à plus de trente preneurs de licence d'employer sa marque sans prendre les mesures nécessaires pour les inscrire officiellement à titre d'«usagers inscrits» conformément à l'article 50 de la Loi. <sup>f</sup>

L'intimée prétend que son dessin-marque «Marché Extra» a toujours suffisamment déterminé et distingué les services pour lesquels la marque a été originellement enregistrée: la vente et la distribution en gros par l'intimée de produits alimentaires<sup>1</sup>. L'intimée soutient que l'emploi permis de sa marque de commerce par de nombreux détaillants ne peut priver celle-ci de son caractère distinctif puisque cet emploi permet simplement d'identifier un réseau de détaillants affiliés pour lesquels l'emploi de la marque permet d'informer le public qu'ils vendent des produits provenant de l'entreprise de distribution en gros de <sup>g</sup>

<sup>1</sup> L'enregistrement même de la marque de l'intimée décrit ainsi les services en liaison avec lesquels la marque de commerce est employée par son propriétaire: «*l'exploitation d'un commerce pour la vente et la distribution en gros de produits alimentaires*».

from the respondent's extensive advertising and reputation for quality and the public is informed as to the "wholesale" source of its purchases. According to the respondent, the use of its mark by authorized retailers under the supervision and control of the respondent does not affect the validity of the trade mark "Marché Extra" which continues to distinguish the respondent's services from those provided by other "wholesalers".

According to paragraph 18(1)(b) of the Act, the registration of a trade mark is invalid if the trade mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced (hereinafter referred to as "the material date"). It is authoritatively settled that, in expungement proceedings, the onus of proving that the registration is invalid is on the party alleging the invalidity.<sup>2</sup>

#### Issues:

In the present case, the Court must determine whether the respondent's mark was being used, on the material date, in association with the services for which it was registered and whether the various retailers' permitted use of the respondent's mark led to its having lost its distinctiveness. Consequently, the Court will examine the notion of "distinctiveness" and the requirements of section 50 of the Act and more precisely, will determine whether, in the case at bar, the respondent's failure to register the retailers as "registered users" of the respondent's mark necessarily leads to a conclusion of loss of distinctiveness.

#### Evidence:

At the hearing of this matter, the parties consented that the applicant was a "person interested" within the meaning of section 57 of the Act and that the trade mark register does not contain a single registered user recorded against the registration of the respondent's mark.

<sup>2</sup> *Building Products Ltd. v. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121 (Ex. Ct.), at p. 141; *Schmid Laboratories v. Atlantic Packaging Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 258 (F.C.T.D.), at p. 260.

l'intimée. Les détaillants tirent ainsi profit de la vaste publicité de l'intimée et de sa réputation au niveau de la qualité, et le public connaît l'identité du grossiste d'où proviennent ses achats. Selon l'intimée, l'emploi surveillé et contrôlé de sa marque par des détaillants autorisés ne porte pas atteinte à la validité de la marque de commerce «Marché Extra» qui distingue toujours les services de l'intimée de ceux fournis par d'autres «grossistes».

Aux termes de l'alinéa 18(1)b) de la Loi, l'enregistrement d'une marque de commerce est invalide si la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement (ci-après appelée «la date pertinente»). La jurisprudence a établi qu'en matière de procédures en radiation, il incombe à la partie qui allègue l'invalidité de l'enregistrement de la démontrer<sup>2</sup>.

#### Questions en litige:

En l'espèce, la Cour doit déterminer si la marque de l'intimée était employée, à la date pertinente, en liaison avec les services pour lesquels elle a été enregistrée et si l'emploi permis de la marque de l'intimée par les différents détaillants lui a fait perdre son caractère distinctif. En conséquence, la Cour étudiera la notion du «caractère distinctif» et les exigences de l'article 50 de la Loi et, plus précisément, elle déterminera si, en l'espèce, le défaut par l'intimée d'inscrire les détaillants à titre d'«usagers inscrits» de sa marque permet nécessairement de conclure à la perte du caractère distinctif.

#### Preuve:

À l'audience, les parties ont admis que la requérante est une «personne intéressée» au sens de l'article 57 de la Loi et que le registre des marques de commerce ne contient aucune mention d'usager inscrit à l'égard de l'enregistrement de la marque de l'intimée.

<sup>2</sup> *Building Products Ltd. v. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121 (C. de l'É.), à la p. 141; *Schmid Laboratories c. Atlantic Packaging Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 258 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 260.

The applicant's documentary evidence establishes that the applicant has applied for registration of and is currently using the trade mark "Xtra Food and Drug Mart" in association with food and drug sales in the Ottawa region. Both parties submitted evidence of the existence of some thirty retailers in the eastern region of Quebec, who, although carrying on business under their own respective business name, have a sign outside their store displaying the respondent's trade mark "Marché Extra", with a caption reading "affilié à J. L. Duval". The respondent's documentary evidence consisted solely of the affidavit of its president Henri Duval. This affidavit contains a number of interesting points with respect to the degree of control exercised by the respondent over the retailers authorized to use the respondent's mark. I will refer to this affidavit in greater detail below.

#### Analysis:

The main thrust of the applicant's case is directed to the notion of distinctiveness which is defined in section 2 of the Act as follows:

2. . . .

"distinctive", in relation to a trade-mark, means a trade-mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them.

In *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*,<sup>3</sup> Harold G. Fox comments on the issue of distinctiveness in the following terms [at page 25]:

The essence of a protectable trade mark and the foundation of trade mark law, therefore, is and always has been distinctiveness. "Distinctiveness means some quality in the trade mark which earmarks the goods so marked as distinct from those of other producers of such goods".<sup>4</sup> [Emphasis added.]

Consequently, "distinctiveness" as it applies to a particular trade mark cannot be determined *in abstracto*. Rather, the "distinctive" quality of a trade mark must be appreciated in light of the specific facts

<sup>3</sup> Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1972.

<sup>4</sup> Fox cites *Yorkshire Copper Works Ltd.'s application (Trade Mark)* (1953), 71 R.P.C. 150 (H.L.).

Selon la preuve documentaire de la requérante, cette dernière a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «Xtra Food and Drug Mart» qu'elle utilise actuellement en liaison avec les ventes de produits alimentaires et de médicaments dans la région d'Ottawa. Les deux parties ont produit une preuve de l'existence de quelque trente détaillants dans la région est du Québec qui, bien qu'ils exploitent une entreprise sous leur propre nom d'affaires, affichent à l'extérieur de leur établissement la marque de commerce de l'intimée, «Marché Extra», et la mention «affilié à J. L. Duval». La preuve documentaire de l'intimée consistait uniquement en l'affidavit de son président Henri Duval. Cet affidavit contient des éléments intéressants sur le degré de contrôle exercé par l'intimée sur les détaillants autorisés à employer sa marque. J'étudierai plus amplement cet affidavit ci-dessous.

#### Analyse:

La preuve de la requérante repose principalement sur la notion du caractère distinctif défini ainsi à l'article 2 de la Loi:

2. . . .

«distinctive» Relativement à une marque de commerce, celle qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi.

Dans *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*<sup>3</sup>, Harold G. Fox s'exprime ainsi sur la question du caractère distinctif [à la page 25]:

[TRADUCTION] L'essence d'une marque de commerce défendable et, par conséquent, le fondement du droit des marques de commerce, est depuis toujours le caractère distinctif. «Le caractère distinctif consiste en l'attribut d'une marque de commerce qui rend les marchandises revêtues de celui-ci distinctes de celles d'autres producteurs de telles marchandises»<sup>4</sup>. [C'est moi qui souligne.]

En conséquence, dans la mesure où il s'applique à une marque de commerce particulière, le «caractère distinctif» ne peut être déterminé dans l'abstrait. Au contraire, il doit être déterminé en tenant compte des

<sup>3</sup> Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto: Carswell, 1972.

<sup>4</sup> Fox cite *Yorkshire Copper Works Ltd.'s application (Trade Mark)* (1953), 71 R.P.C. 150 (H.L.).

of each case. In my opinion, the Court should always begin its analysis with an examination of the specific wording used in the challenged registration. It should determine whether the owner of the mark and/or any other person was using the trade mark in question in association with the wares of services outlined in the registration, at the material time. Only when it has completed this analysis will the Court be in a position to determine whether the trade mark actually distinguishes the wares or services of its owner from those of other producers or suppliers or such goods or such services.

Paragraph 30(a) of the Act requires that an applicant for registration of a trade mark must file an application containing "a statement in ordinary commercial terms of the specific wares or services in association with which the mark has been or is proposed to be used". In this regard, it should be noted that the respondent registered its trade mark for use in association with "the wholesale distribution and sale of food products"<sup>5</sup> and that no other services are mentioned in the registration of its mark.

The evidence contained in the affidavit of Mr. Henri Duval establishes that the respondent has continuously used its trade mark "Marché Extra" in association with the wholesale distribution and sale of food products since October 21, 1985. The respondent has not used its mark in association with any other services. This evidence is uncontradicted. In addition, the applicant did not present any evidence of use of the respondent's mark by any other wholesalers of food products. Consequently, this Court finds that the applicant has not proven that the respondent's registration of its mark does not properly define or reflect its existing rights in its registered trade mark. Further, it is this Court's opinion that the applicant has failed to meet its burden of proving that the respondent's mark, on the material date, no longer distinguished the services of the respondent from those of other "wholesalers".

<sup>5</sup> As stated above, this is merely a translation of the registration which reads: "L'exploitation d'un commerce pour la vente et la distribution en gros de produits alimentaires".

faits propres à chaque affaire. À mon avis, la Cour devrait toujours entreprendre son analyse par l'examen du libellé utilisé dans l'enregistrement contesté. Elle devrait déterminer si, à l'époque pertinente, le propriétaire de la marque ou toute autre personne employait la marque de commerce en question en liaison avec les marchandises ou les services énumérés dans l'enregistrement. Ce n'est qu'une fois cette analyse complétée que la Cour sera en mesure de déterminer si la marque de commerce distingue effectivement les marchandises ou services de son propriétaire de celles d'autres producteurs ou fournisseurs de telles marchandises ou de tels services.

L'alinéa 30a) de la Loi prévoit que quiconque sollicite l'enregistrement d'une marque de commerce produit une demande renfermant «un état, dressé dans les termes ordinaires du commerce, des marchandises ou services spécifiques en liaison avec lesquels la marque a été employée ou sera employée». Il y a lieu de souligner à cet égard que l'intimée a enregistré sa marque de commerce pour l'employer en liaison avec «la vente et la distribution en gros de produits alimentaires»<sup>5</sup>, et qu'il n'est fait mention d'aucun autre service dans l'enregistrement de sa marque.

La preuve dans l'affidavit de M. Henri Duval établit que l'intimée a sans interruption employé sa marque de commerce «Marché Extra» en liaison avec la vente et la distribution en gros de produits alimentaires depuis le 21 octobre 1985. L'intimée n'a pas employé sa marque en liaison avec quelqu'autre service. Cette preuve n'est pas contredite. De plus, la requérante n'a soumis aucune preuve de l'emploi de la marque de l'intimée par d'autres grossistes en produits alimentaires. Conséquemment, cette Cour conclut que la requérante n'a pas prouvé que l'enregistrement de la marque de commerce de l'intimée ne décrit ni ne reflète correctement ses droits existants sur sa marque de commerce déposée. De plus, cette Cour estime que la requérante ne s'est pas acquittée de son obligation de prouver que la marque de l'intimée, à la date pertinente, ne distinguait plus les services de cette dernière de ceux d'autres «grossistes».

<sup>5</sup> Comme il est dit plus haut, l'enregistrement se lit comme suit: «L'exploitation d'un commerce pour la vente et la distribution en gros de produits alimentaires».

The applicant argues that Canadian courts have consistently determined that the registered user provisions of the Act are mandatory in nature. According to the applicant, the respondent was required to record its affiliated retailers as registered users of its mark. In my opinion, the specific wording of subsection 50(1) of the Act would appear to indicate otherwise:

**50. (1)** A person other than the owner of a registered trademark may be registered as a registered user thereof for all or any of the wares or services for which it is registered.

Subsection 50(1) permits the registration of a registered user of a mark if the use to be made of the trade mark in question is for all or any of the wares or services for which it is registered. Since the retailers did not use the respondent's mark in association with any of the services described in the registration, the respondent was not required to register their use of the "Marché Extra" trade mark.

In a very interesting article written by Daniel R. Bereskin and entitled *The Source Theory on Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing*,<sup>6</sup> the author questions the merits of mandatory observance of the registered user provision of the Act. He explains the opinion held by Dr. Fox and others that compliance with the registered user provisions of the Act is mandatory as follows (at page 322):

A widely held belief in Canada is that it is not prudent to allow any licensee to use a trade mark without registration of the licensee as a registered user. A leading proponent of this view was Harold G. Fox, who emphasized that licensing of trade marks would cause their invalidity unless the registered user procedure of the Canadian *Trade Marks Act* is followed scrupulously. The basis of this view is that as the primary function of a trade mark is to denote that the goods or services come from one source and one source only, any concurrent use by two or more persons (such as licensor and licensee) of the same trade mark would inevitably lead to deception of the public. According to Dr. Fox, the registered user scheme is an exception to the rule that the purpose of a trade mark is to indicate origin and therefore the relevant provisions of the statute, including both substantive law and procedure, must be followed strictly.

<sup>6</sup> Bereskin, Daniel R. "The Source Theory of Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing" (1987), 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 322.

La requérante soutient que les tribunaux canadiens ont uniformément statué que les dispositions de la Loi visant les usagers inscrits sont de nature impérative. Selon la requérante, l'intimée était tenue d'inscrire ses détaillants affiliés comme étant des usagers inscrits de sa marque. À mon avis, le libellé particulier du paragraphe 50(1) de la Loi semblerait laisser entendre le contraire:

**50. (1)** Une personne autre que le propriétaire d'une marque de commerce déposée peut être inscrite comme usager inscrit de cette marque pour la totalité ou une partie des marchandises ou services à l'égard desquels elle est inscrite.

Le paragraphe 50(1) permet l'inscription d'un usager inscrit d'une marque si l'emploi qui doit être fait de cette marque vise la totalité ou une partie des marchandises ou services à l'égard desquels il est inscrit. Puisque les détaillants n'ont employé la marque de l'intimée en liaison avec aucun des services décrits dans l'enregistrement, l'intimée n'était pas tenue d'inscrire l'emploi qu'ils font de la marque de commerce «Marché Extra».

Dans un article très intéressant écrit par Daniel R. Bereskin et intitulé *The Source Theory on Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing*<sup>6</sup>, l'auteur met en question le bien-fondé du caractère impératif des dispositions de la Loi applicables aux usagers inscrits. Il explique comme suit pourquoi M. Fox et d'autres personnes estiment que les dispositions de la Loi visant les usagers inscrits ont un caractère impératif (à la page 322):

[TRADUCTION] D'après une opinion répandue au Canada, il ne serait pas prudent de permettre à un preneur de licence d'utiliser une marque de commerce sans qu'il soit inscrit en tant qu'usager inscrit. Un des principaux partisans de cette thèse était Harold G. Fox, qui a insisté que l'octroi de licences en matière de marques de commerce causerait leur invalidité à moins que les formalités de la *Loi sur les marques de commerce canadienne* applicables aux usagers inscrits soient scrupuleusement remplies. Cette opinion tient au fait que la fonction première de la marque de commerce étant de dénoter que les marchandises et les services visés proviennent d'une seule et unique source, tout emploi simultané de la même marque de commerce par deux ou plusieurs personnes (telles le donneur et le preneur de licence) aboutirait inévitablement à tromper le public. Selon M. Fox, le système applicable à l'usager inscrit est une exception à la règle qui veut que l'objet de la marque de commerce soit d'indiquer l'origine, et que par conséquent

<sup>6</sup> Bereskin, Daniel R. «The Source of Theory of Trade Mark Law and its Effect on Trade Mark Licensing» (1987), 3 *Can. Intell. Prop. Rev.* 322.

The author goes on to propose a solution to this problem which he exposes as follows:

The argument of this essay is that although the source theory unquestionably is the foundation of trade mark law in Canada, the mere use of a trade mark by a licensee in a typical modern licensing situation does not in itself result in a second "source". When the goods or services are being offered by a licensee who is acting under the authority and control of a trade mark owner, the use of the trade mark by the licensee does not denote that the licensee is the source of the goods or services, any more than does use of a mark by a person who is a mere distributor. Therefore the trade mark will remain connected with the trade mark owner as the single source, whether or not the identity of the owner is known. Assuming there is no deception of the public, failure to register the licensee as a registered user can have no adverse effect on the validity or enforceability of the licensed mark, either under the statute or at common law.

In light of these principles, which I fully endorse, the next step would appear to involve an examination of the degree of control exercised by the owner of a trade mark over the use of its mark by authorized users and a determination of whether the public is likely to be deceived by such unregistered use.

In the case at bar, the respondent's evidence establishes that, prior to becoming affiliated with the respondent, potential members are required to sign an agreement governing the relationship between the respondent and its affiliated retailers. According to this contract, a sample of which is appended to Mr. Duval's affidavit, the respondent is responsible for the installation and maintenance of the sign appearing outside each of its affiliated retail grocery stores. The sign to which the agreement refers, as discussed above, displays the respondent's trade mark, as well as a caption which reads "affilié à J. L. Duval". In this agreement, the respondent also agrees to publish a weekly circular of advertised specials available at all of its affiliated stores. A copy of such a circular appears in Mr. Duval's affidavit. Again, the respondent's mark appears with the caption confirming the retailers' affiliation with the respondent. Finally, the respondent agrees to offer consulting services to its member stores and provide weekly information bul-

les dispositions pertinentes de la Loi, y compris le droit positif et la procédure, doivent être strictement respectées.

L'auteur propose ensuite une solution à ce problème, qu'il expose comme suit:

[TRADUCTION] Cet essai se fonde sur l'argument selon lequel même si la théorie de la source est incontestablement le fondement du droit en matière de marques de commerce au Canada, le simple emploi d'une marque de commerce par un preneur de licence dans un contexte contemporain typique d'octroi de licence ne résulte pas en soi en une seconde «source». Lorsque les marchandises ou les services sont proposés par un preneur de licence qui agit sous l'autorité et le contrôle du propriétaire de la marque de commerce, l'emploi de cette marque par le preneur de licence ne dénote pas davantage qu'il est la source des marchandises ou des services, que ne le fait l'emploi d'une marque par une personne qui est un simple distributeur. Par conséquent la marque de commerce restera liée à son propriétaire en tant que source unique, que l'identité de ce dernier soit connue ou non. Pourvu qu'il n'y ait pas duperie du public, le défaut d'inscrire le preneur de licence en tant qu'usager inscrit ne saurait avoir aucun effet défavorable sur la validité ou le caractère exécutoire de la marque qui a fait l'objet d'une licence, que ce soit en vertu de la loi ou de la common law.

Étant donné ces principes, auxquels je souscris pleinement, la démarche suivante semblerait être l'examen de l'importance du contrôle exercé par le propriétaire de la marque de commerce sur l'emploi de celle-ci par les usagers autorisés, et l'étude de la question de savoir si le public sera vraisemblablement trompé par un tel emploi non inscrit.

En l'espèce, la preuve de l'intimée établit qu'avant de s'affilier à elle, les membres possibles sont tenus de signer une entente régissant les rapports entre l'intimée et ses détaillants affiliés. Aux termes de ce contrat, dont un modèle est joint à l'affidavit de M. Duval, l'intimée est responsable de l'installation et de l'entretien de l'affiche qui apparaît à l'extérieur de ses épiceries de vente au détail affiliées. L'affiche dont parle l'entente, comme on l'a dit plus haut, présente la marque de commerce de l'intimée, aussi bien que la mention «affilié à J. L. Duval». Dans cette entente, l'intimée s'engage aussi à publier une circulaire hebdomadaire des prix d'occasion annoncés qui sont proposés dans tous ses magasins affiliés. Un exemplaire de la circulaire en question est joint à l'affidavit de M. Duval. De nouveau, la marque de l'intimée apparaît avec la mention confirmant l'affiliation du détaillant à l'intimée. Finalement, l'intimée s'engage à offrir des services de consultation à ses magasins membres et à fournir des bulletins d'information



letins. The retailers, in turn, agree to purchase at least eighty percent of their merchandise from the respondent, offer their products at the respondent's advertised retail price and follow the respondent's general policy guidelines. These facts clearly establish that the respondent exercises sufficient control over the use of its mark by its member retailers.

Since the respondent does not operate any retail outlets of its own and does not grant any licences to use its trade mark in association with wholesale services, the public is not likely to be confused by the unregistered use of the respondent's mark. The respondent has been quite diligent in its inclusion of the caption "affilié à J. L. Duval" and appears to be using its trade mark quite effectively to promote its wholesale distribution services. In my opinion, there can be no public deception in this case.

In my view, a trade mark should not automatically be held to be invalid merely because its owner has permitted its restricted use in association with wares or services not included in the trade mark owner's registration of its mark. In such cases, a more detailed study of the owner's control over the use of its mark and public perception is required. The determination of whether a trade mark actually distinguishes the wares or services of its owner from those provided by other suppliers of such goods or such services will depend on the individual facts of each case.

In the matter before this Court, I find that the applicant has failed to discharge its onus of proving that registration no. 332,181 is invalid. Consequently, this application is dismissed with costs.

hebdomadaires. Les détaillants, à leur tour, s'engagent à acheter au moins quatre-vingt pour cent de leurs marchandises chez l'intimée, à offrir leurs produits au prix de détail annoncé par l'intimée et à suivre les lignes directrices générales de cette dernière en matière de politique. Ces faits établissent clairement que l'intimée exerce un contrôle suffisant sur l'emploi de sa marque par ses détaillants affiliés.

Puisque l'intimée n'exploite pas ses propres points de vente au détail et qu'elle n'accorde pas de licences permettant d'utiliser sa marque de commerce en liaison avec des services de vente en gros, l'emploi non inscrit de la marque de l'intimée n'est pas susceptible de jeter la confusion dans l'esprit du public. L'intimée a été fort diligente à inclure la mention «affilié à J. L. Duval», et elle semble utiliser sa marque de commerce très efficacement pour promouvoir ses services de distribution en gros. J'estime qu'il ne saurait y avoir en l'espèce aucune duperie du public.

À mon sens, une marque de commerce ne devrait pas automatiquement être considérée invalide simplement parce que son propriétaire a autorisé son emploi limité en liaison avec des marchandises ou des services non compris dans l'enregistrement de la marque de commerce par son propriétaire. Dans de tels cas, un examen plus minutieux du contrôle du propriétaire sur l'emploi de sa marque et de la perception qu'en tire le public s'impose. La réponse à la question de savoir si une marque de commerce distingue réellement les marchandises ou les services de son propriétaire de ceux des autres personnes qui fournissent de telles marchandises ou de tels services dépendra des faits particuliers de l'espèce.

Dans l'affaire dont cette Cour est saisie, je conclus que la requérante ne s'est pas acquittée de l'obligation qu'elle avait de prouver que l'enregistrement N° 332,181 est invalide. Conséquemment, cette demande est rejetée avec dépens.

A-544-92

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

v.

**Marcel Mayers (Respondent)**

*INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. MAYERS (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Heald and Mahoney J.J.A.—Toronto, October 6; Ottawa, November 5, 1992.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Trinidadian woman subject to wife abuse — Adjudicator cannot be said to have erred in law by implicitly concluding Refugee Division might find “Trinidadian women subject to wife abuse” to be “particular social group” within definition of “Convention refugee” and fear of abuse, given state of authorities, to be “fear of persecution”.*

The respondent, a national of Trinidad and Tobago, fled to Canada in 1986 and sought refugee status. She had been the victim of spousal abuse since her marriage in 1971. Complaints to the police had achieved nothing other than increased abuse. She was admitted to Canada when the adjudicator of a credible basis panel—the favourable decision of one member being conclusive—found her to be a credible witness and concluded that there was some evidence upon which the Refugee Division might determine that she was a Convention refugee. The issue was whether the adjudicator had erred in law by implicitly concluding that the Refugee Division might find “Trinidadian women subject to wife abuse” to be a “particular social group” within the meaning of the definition of “Convention refugee” and by implicitly concluding that the respondent’s fear of abuse by her husband was “fear of persecution”. Having found the respondent’s evidence credible, did the adjudicator have the authority to enter upon an enquiry as to whether or not the claimed particular social group and fear of persecution fell within the definition? Or were those questions of law, not fact, concerning which the adjudicator was obliged to construe and apply the law correctly? This was an application for judicial review of the credible basis panel’s decision.

*Held*, the application should be dismissed.

There was no judicial or other authority upon which the adjudicator was obliged to rely that would lead him to a concluded opinion whether, as a matter of law, “Trinidadian

A-544-92

**Ministre de l’Emploi et de l’Immigration**  
(requérant)

a c.

**Marcel Mayers (intimée)**

*RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L’EMPLOI ET DE L’IMMIGRATION) c. MAYERS (C.A.)*

Cour d’appel, juge en chef Isaac et juges Heald et Mahoney, J.C.A.—Toronto, 6 octobre; Ottawa, 5 novembre 1992.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Trinadienne victime de violence conjugale — On ne peut pas dire que l’arbitre a commis une erreur de droit en concluant implicitement que la section du statut de réfugié pouvait juger que les «Trinadiennes victimes de violence conjugale» constituaient «un groupe social» selon la définition de «réfugié au sens de la Convention» et que la crainte de mauvais traitements, vu l’état de la doctrine et de la jurisprudence, était la «crainte d’être persécutée».*

L’intimée, qui est une ressortissante de Trinité-et-Tobago, est partie pour le Canada en 1986 et a demandé le statut de réfugié. Elle avait été victime de violence conjugale depuis son mariage en 1971. Les plaintes déposées à la police n’avaient fait qu’accroître les mauvais traitements. Elle a été admise au Canada lorsque l’arbitre d’un tribunal chargé de déterminer si une revendication du statut de réfugié a un minimum de fondement—la décision favorable d’un membre du tribunal étant concluante—a jugé qu’elle était un témoin crédible et a conclu qu’il existait certains éléments de preuve sur lesquels la section du statut de réfugié pourrait se fonder pour reconnaître à l’intimée le statut de réfugié au sens de la Convention. Il s’agissait de savoir si l’arbitre avait commis une erreur de droit en décidant implicitement que la section du statut de réfugié pouvait juger que les «Trinadiennes victimes de violence conjugale» constituaient «un groupe social» selon la définition de «réfugié au sens de la Convention» et en concluant implicitement que la crainte de l’intimée relativement aux mauvais traitements infligés par son mari était une «crainte d’être persécutée». Ayant estimés crédibles les éléments de preuve de l’intimée, l’arbitre avait-il le pouvoir d’enquêter sur la question de savoir si le prétendu groupe social et la prétendue crainte d’être persécutée étaient visés par la définition? Ou s’agissait-il là de questions de droit, non de fait, au sujet desquelles l’arbitre était obligé d’interpréter et d’appliquer la loi correctement? Ceci est une demande de contrôle judiciaire de la décision du tribunal chargé de déterminer si la revendication du statut de réfugié avait un minimum de fondement.

*Arrêt*: la demande est rejetée.

Il n’existait pas de décisions judiciaires ou autres sur lesquelles l’arbitre était obligé de s’appuyer et qui l’auraient amené à conclure que, en droit, les «Trinadiennes victimes

women subject to wife abuse" are a "particular social group". To construe the statute with a view to that determination required the weighing of credible evidence in the form of foreign jurisprudence and learned commentary. Given that, in this context, persecution must be feared by reason of membership in a particular social group, a question arises as to whether fear of persecution of itself can convert a mere social group into a "particular social group".

In view of the uncertainty on the matter, it could not be said that the adjudicator erred in law by implicitly concluding that the Refugee Division might find "Trinidadian women subject to wife abuse" to be a "particular social group" and fear of that abuse to be "fear of persecution". While the Refugee Division might be right if it so decided, the credible basis tribunal had not the authority to pursue the question. A first level tribunal, whose mandate is merely to determine whether there is a credible basis for a refugee claim, should not decide obliquely, under the rubric of relevance, hitherto undecided legal issues.

This being a test case, there was special reason within the contemplation of Rule 1408 for awarding costs. Respondent should be awarded costs as between solicitor and client.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1408.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 2, 3(g), 6(2), 46.01(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 84(1) (as am. *idem*, s. 19).  
*Refugee Act of 1980*, Pub. L. No. 96-212, title II, § 201(a), 94 Stat. 102 (U.S.).  
*Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40, s. 3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43; 129 N.R. 391 (F.C.A.); *Camara v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (F.C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Williams v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 153 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Minister of Employment and Immigration v. Mahabir*, A-367-90, decision dated 11/4/91, F.C.A., no reasons rendered; *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (F.C.A.); *Lai*

de violence conjugale» constituent «un groupe social». Pour interpréter la Loi en vue de cette décision il fallait apprécier les éléments de preuve crédibles sous la forme de la jurisprudence étrangère et du commentaire savant. Vu que, dans le présent contexte, on peut craindre des persécutions en raison de l'appartenance à un groupe social, il se pose la question de savoir si la crainte de ces persécutions peut transformer un simple groupe social en «un groupe social».

En raison de l'incertitude de la question, on ne pourrait pas dire que l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant implicitement que la section du statut de réfugié pouvait estimer que les «Trinadiennes victimes de violence conjugale» constituaient «un groupe social» et que la crainte de mauvais traitements était une «crainte d'être persécutée». Bien que la section du statut de réfugié ait pu avoir raison de statuer ainsi, le tribunal chargé de déterminer si une revendication du statut de réfugié a un minimum de fondement n'avait pas le pouvoir de poursuivre la question. Un tribunal de première instance dont le mandat consiste simplement à décider si une revendication du statut de réfugié comporte un minimum de fondement ne devrait pas trancher indirectement, sous la rubrique de la pertinence, des questions juridiques qui n'ont pas été tranchées jusqu'ici.

Comme il s'agissait d'une affaire type, il y avait lieu tout spécialement de tenir compte de la Règle 1408 en ce qui concerne l'octroi des dépens. L'intimée devrait avoir droit aux dépens sur la base avocat-client.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 2, 3g), 6(2), 46.01(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14), 84(1) (mod., *idem*, art. 19).  
*Refugee Act of 1980*, Pub. L. No. 96-212, title II, § 201(a), 94 Stat. 102 (É.U.).  
*Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40, art. 3.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1408.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43; 129 N.R. 391 (C.A.F.); *Camara c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (C.A.F.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Williams c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 153 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Mahabir*, A-367-90, décision en date du 11-4-91, C.A.F., sans motifs; *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (C.A.F.);

*v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245 (F.C.A.); T89-01891/2, 23/1/90, Ref. Div.; T89-01960, 4/1/90, Ref. Div.; M89-00244, March 1990, Ref. Div.; T89-03344, 5/2/90, Ref. Div.; T89-02579, 8/12/89, Ref. Div.; M87-1541X, 10/8/87, I.A.B.; V83-6807, 26/6/86, I.A.B.; T87-9024X, 29/7/87, I.A.B.; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1990] 2 F.C. 667; (1990), 67 D.L.R. (4th) 1; 10 Imm. L.R. (2d) 189; 108 N.R. 60 (C.A.); *Sanchez-Trujillo v. I.N.S.*, 801 F. 2d 1571 (9th Cir, 1986).

REFERRED TO:

*Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.).

#### AUTHORS CITED

Compton, Daniel. "Asylum for Persecuted Social Groups: a Closed Door Left Slightly Ajar" (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, 1988.

APPLICATION for judicial review of the decision of a credible basis panel that there was some evidence upon which the Refugee Division might determine the respondent to be a Convention Refugee on the basis that a Trinidadian woman subject to wife abuse was a member of a "particular social group" within the definition of "Convention refugee" and that fear of abuse by her husband was "fear of persecution" within that definition. Application dismissed.

#### COUNSEL:

*Marie-Louise Wcislo* for applicant.

*Lee R. Tenenhouse* and *Ron Shacter* for respondent.

#### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Lai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245 (C.A.F.); T89-01891/2, 23-1-90, S.S.R.; T89-01960, 4-1-90, S.S.R.; M89-00244, mars 1990, S.S.R.; T89-03344, 5-2-90, S.S.R.; T89-02579, 8-12-89, S.S.R.; M87-1541X, 10-8-87, C.A.I.; V83-6807, 26-6-86, C.A.I.; T87-9024X, 29-7-87, C.A.I.; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1990] 2 C.F. 667; (1990), 67 D.L.R. (4th) 1; 10 Imm. L.R. (2d) 189; 108 N.R. 60 (C.A.); *Sanchez-Trujillo v. I.N.S.*, 801 F. 2d 1571 (9th Cir, 1986).

DÉCISION MENTIONNÉE:

*Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.).

#### DOCTRINE

Bureau du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1979.

Compton, Daniel. «Asylum for Persecuted Social Groups: a Closed Door Left Slightly Ajar» (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un tribunal chargé de déterminer si une revendication du statut de réfugié avait un minimum de fondement a conclu qu'il existait certains éléments de preuve sur lesquels la section du statut de réfugié pouvait se fonder pour reconnaître à l'intimée le statut de réfugié au sens de la Convention en tenant pour acquis qu'une Trinidadienne victime de violence conjugale faisait partie d'un «groupe social» selon la définition de «réfugié au sens de la Convention» et que la crainte des mauvais traitements infligés par son mari était une «crainte d'être persécutée» au sens de cette définition. Demande rejetée.

#### AVOCATS:

*Marie-Louise Wcislo* pour le requérant.

*Lee R. Tenenhouse* et *Ron Shacter* pour l'intimée.

#### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Kensington-Bellwoods Community Legal Services, Toronto, and Parkdale Community Legal Services, Toronto, for respondent.*

*Kensington-Bellwoods Community Legal Services, Toronto, et Parkdale Community Legal Services, Toronto, pour l'intimée.*

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

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

ISAAC C.J.: I have had the privilege of reading the reasons for judgment of my colleague, Mr. Justice Mahoney.

*b* LE JUGE EN CHEF ISAAC: J'ai eu le privilège de prendre connaissance des motifs du jugement de mon collègue le juge Mahoney.

I agree with my colleague that the adjudicator cannot be said to have erred in law by concluding that the Refugee Division might find "Trinidadian women subject to wife abuse" to be a particular social group, and fear of that abuse, given the indifference of the authorities, to be persecution.

*c* Je conviens avec mon collègue que l'on ne peut pas dire que l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant que la section du statut de réfugié pouvait estimer que les «Trinidiennes victimes de violence conjugale» constituaient un groupe social et que la crainte de mauvais traitements, vu l'indifférence des autorités, constituait de la persécution.

I agree, as well, with the disposition as to costs that he proposes.

*d* Je suis d'accord également avec le dispositif en ce qui concerne les dépens qu'il propose.

Accordingly, I, too, would dismiss this application with costs to the respondent as between solicitor and client.

*e* Par conséquent, je rejetterais moi aussi la présente demande avec dépens en faveur de l'intimée sur la base avocat-client.

\* \* \*

\* \* \*

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

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

MAHONEY J.A.: This is an application for judicial review of the decision of a credible basis panel dealing with the respondent's claim to be a Convention refugee. The adjudicator found the respondent "to be essentially a credible witness" and, without expressly relating the claim to the statutory definition, concluded that there was some evidence upon which the Refugee Division might determine her to be a Convention refugee. The Refugee Board member found the respondent not to be a credible witness and found further that her claimed fear of persecution was unrelated to the Convention refugee definition. The favourable decision of one member of the tribunal being conclusive,<sup>1</sup> and the respondent being in the

*f* LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un tribunal chargé de déterminer si une revendication du statut de réfugié avait un minimum de fondement a statué sur la revendication par l'intimée du statut de réfugié au sens de la Convention. *g* L'arbitre a estimé que l'intimée [TRADUCTION] «était essentiellement un témoin crédible» et, sans établir expressément de lien entre la revendication et la définition prévue par la *h* Loi, il a conclu qu'il existait certains éléments de preuve sur lesquels la section du statut de réfugié pouvait se fonder pour reconnaître à l'intimée le statut de réfugié au sens de la Convention. Le membre de la section du statut a jugé que l'intimée n'était pas *i* un témoin crédible et a jugé également que sa prétendue crainte d'être persécutée n'avait pas de rapport avec la définition de réfugié au sens de la Convention. La décision favorable d'un membre du tribunal étant concluante<sup>1</sup>, et l'intimée faisant partie du soi-

<sup>1</sup> *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 14).

<sup>1</sup> *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14).

so-called "back-log",<sup>2</sup> the determination of the adjudicator entitled her to be admitted to Canada.<sup>3</sup> The adjudicator's finding of the respondent's credibility is conclusive for purposes of this review.

The respondent is a national of Trinidad and Tobago. She was abused by her husband from the time of her marriage in 1971, at age 22, until her flight to Canada in 1986. The abuse included rape. Their children were also abused. Attempts to obtain help from the Trinidadian authorities almost invariably failed. The police usually took hours to respond, did not interview her apart from her husband and left after being assured by him that there was no more to it than a domestic spat. Complaints on her behalf by her mother, sister and his daughter by a different mother were similarly dealt with. The respondent became convinced that police involvement achieved nothing but enhanced abuse. She never complained of rape as spousal rape was not then an offence in Trinidad. To her knowledge, there were no shelters to which she could have recourse.

The respondent's claim was based solely on her membership in a particular social group. There is no suggestion that she is unable to return to Trinidad. Neither subsection (2) of the statutory definition nor the schedule to the Act is in play. Thus, for purposes of this proceeding, the statutory definition in its relevant content reads:

2. (1) ...

. . . .

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group . . .

(i) is outside the country of the person's nationality and . . . , by reason of that fear, is unwilling to avail [her]self of the protection of that country. . . .

The applicant defines the particular social group as "Trinidadian women subject to wife abuse" and the

<sup>2</sup> *Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40, s. 3.

<sup>3</sup> *Immigration Act*, s. 6(2).

disant «arriéré»<sup>2</sup>, la décision de l'arbitre lui a permis d'être admise au Canada<sup>3</sup>. La constatation, par l'arbitre, de la crédibilité de l'intimée est concluante aux fins du présent examen.

<sup>a</sup> L'intimée est une ressortissante de Trinité-et-Tobago. Elle a été maltraitée par son mari dès le début de son mariage en 1971, à l'âge de 22 ans, jusqu'à son départ pour le Canada en 1986. Les mauvais traitements comprenaient aussi le viol. Leurs enfants ont également été maltraités. Les tentatives en vue d'obtenir de l'aide des autorités trinitadiennes ont échoué presque invariablement. Habituellement, les policiers mettaient des heures à répondre, l'interrogeaient en présence de son mari et partaient après que celui-ci les avait assurés que ce n'était rien de plus qu'une chicane de ménage. Les plaintes portées en son nom par sa mère, sa sœur et la fille que son mari avait eue avec une autre femme ont été traitées de la même façon. L'intimée a acquis la conviction que l'intervention de la police ne faisait qu'accroître les mauvais traitements. Elle n'a jamais porté plainte pour viol, car le viol commis par le conjoint ne constituait pas alors une infraction à Trinité-et-Tobago. À sa connaissance, il n'y avait pas de refuges auxquels elle aurait pu avoir recours.

<sup>f</sup> La revendication de l'intimée était fondée seulement sur son appartenance à un certain groupe social. Rien ne semble indiquer qu'elle ne puisse pas retourner à Trinité-et-Tobago. Ni le paragraphe (2) de la définition prévue par la Loi ni l'annexe de cette Loi ne sont en jeu. Donc, aux fins de l'espèce, la définition prévue par la Loi est libellée ainsi quant à la partie qui nous concerne:

2. (1) ...

. . . .

<sup>h</sup> «[R]éfugié au sens de la Convention» Toute personne:

(a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait . . . de son appartenance à un groupe social . . .

(i) se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et . . . du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

Le requérant définit le groupe social comme étant «les Trinitadiennes victimes de violence conjugale»

<sup>2</sup> *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40, art. 3.

<sup>3</sup> *Loi sur l'immigration*, art. 6(2).

respondent defines it alternatively as “women”, “Trinidadian women” and “Trinidadian women subject to wife abuse”. The only questions, in the applicant’s submission, are whether the adjudicator erred by implicitly deciding that any of those describe a particular social group within the contemplation of the definition and whether he erred, again implicitly, in finding the respondent’s fear of abuse by her husband was fear of persecution within its contemplation. There is no issue that, if that fear is fear of persecution, the repetitive character and the indifference of the authorities might be found to meet the criteria of *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration*.<sup>4</sup>

The relevant words of subsection 46.01(6) of the Act follow.

**46.01 . . .**

(6) If the adjudicator or the member of the Refugee Division, after considering the evidence adduced at the inquiry or hearing

is of the opinion that there is any credible or trustworthy evidence on which the Refugee Division might determine the claimant to be a Convention refugee, the adjudicator or member shall determine that the claimant has a credible basis for the claim.

Again, there is no issue that, although a favourable credible basis finding has a very different consequence for a member of the “back-log”, the tribunal’s mandate is any different than if the result were merely a reference of the claim to the Refugee Division.

The respondent argues that the adjudicator, having found her evidence credible, had no authority to enter upon the enquiry whether or not the claimed particular social group and fear of persecution fell within the definition. The applicant responds that those are questions of law, not fact, and that the adjudicator

et l’intimée le définit comme étant «les femmes», «les Trinidiennes» ou «les Trinidiennes victimes de violence conjugale». Selon le requérant, il s’agit seulement de déterminer premièrement si l’arbitre a commis une erreur en décidant implicitement que n’importe laquelle de ces formulations décrivait un groupe social au sens de la définition et deuxièmement s’il a commis une erreur, encore une fois implicitement, en concluant que la crainte de l’intimée relativement aux mauvais traitements infligés par son mari était la crainte d’être persécutée au sens de la définition. On ne soulève pas le point que, s’il s’agit de la crainte d’être persécutée, son caractère répétitif et l’indifférence des autorités pourraient être considérés comme satisfaisant aux critères établis dans la décision *Rajudeen c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*.<sup>4</sup>

Voici les termes pertinents du paragraphe 46.01(6) de la Loi.

**46.01 . . .**

(6) L’arbitre ou le membre de la section du statut concluent que la revendication a un minimum de fondement si, après examen des éléments de preuve présentés à l’enquête ou à l’audience, ils estiment qu’il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l’intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention.

Et d’ailleurs, on ne soulève pas le point que, bien qu’une conclusion favorable quant au minimum de fondement de la revendication entraîne des conséquences très différentes pour la personne faisant partie de l’«arriéré», le rôle du tribunal n’est pas tout à fait le même que si l’issue était simplement un renvoi de la revendication à la section du statut.

L’intimée soutient que l’arbitre, ayant estimé ses éléments de preuve crédibles, n’avait pas le pouvoir d’enquêter sur la question de savoir si le prétendu groupe social et la prétendue crainte d’être persécutée étaient visés par la définition. Le requérant répond qu’il s’agit là de questions de droit, non de fait, et que

<sup>4</sup> (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.).

<sup>4</sup> (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.).

was obliged to construe and apply the law correctly. In order to reach a conclusion on this question in a concrete context rather than the abstract, it will be necessary to go through the exercise urged by the applicant and then to consider it in light of the authorities which have defined the role of the credible basis tribunal.

I therefore now turn to the authorities and other material submitted by the applicant in support of the argument that, in law, "women", "Trinidadian women" and "Trinidadian women subject to wife abuse", as the case may be, are not a particular social group within the Convention refugee definition. With one exception, no decision of this Court, appears to have dealt with "particular social group" as a central issue. The exception is *Canada (Attorney General) v. Ward*<sup>5</sup> to which I shall return.

In *M.E.I. v. Mahabir*,<sup>6</sup> the Court dismissed, without reasons, an application to set aside the determination that there was some credible and trustworthy evidence upon which the Refugee Division might determine a Trinidadian woman to be a Convention refugee. The tribunal had held that in addition to a claim based on race, an East Indian background, it might be argued that "a woman who is unprotected in Trinidad by a male or family members" belonged to a particular social group. In *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,<sup>7</sup> it was accepted that "the family of Juan Ramon Arrechea", a Uruguayan labour leader, was a particular social group. In *Lai v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,<sup>8</sup> "persons with capitalist backgrounds" were claimed to be a particular social group liable to persecution in China. The matter was remitted for reconsideration on other grounds.

<sup>5</sup> [1990] 2 F.C. 667 (C.A.). An appeal from this judgment has been heard by the Supreme Court of Canada but judgment has not been delivered.

<sup>6</sup> Court file A-367-90, decision rendered April 11, 1991.

<sup>7</sup> (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (F.C.A.).

<sup>8</sup> (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245 (F.C.A.).

l'arbitre était obligé d'interpréter et d'appliquer la loi correctement. Pour tirer une conclusion sur cette question de façon concrète plutôt que dans l'abstrait, il faudra suivre l'exercice préconisé par le requérant et l'examiner alors en tenant compte de la jurisprudence qui a défini le rôle du tribunal chargé de déterminer si la revendication a un minimum de fondement.

Je passe donc maintenant à la jurisprudence et aux autres documents présentés par le requérant au soutien de l'allégation selon laquelle, en droit, «les femmes», «les Trinadiennes» et «les Trinadiennes victimes de violence conjugale», selon le cas, ne constituent pas un certain groupe social d'après la définition de réfugié au sens de la Convention. Sauf dans un cas, aucune décision de notre Cour ne semble avoir traité l'appartenance à «un groupe social» comme une question fondamentale. Cette exception est l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*<sup>5</sup>, sur lequel je reviendrai.

Dans l'arrêt *M.E.I. c. Mahabir*<sup>6</sup>, la Cour a rejeté, sans donner de motifs, une demande visant l'annulation d'une décision selon laquelle il existait certains éléments crédibles et dignes de foi sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître à une Trinadienne le statut de réfugié au sens de la Convention. Le tribunal avait statué que, en plus d'une revendication fondée sur la race, des antécédents des Indes, on pouvait soutenir qu'«une femme qui n'est pas protégée à Trinité-et-Tobago par un homme ou des membres de sa famille» appartenait à un certain groupe social. Dans l'affaire *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>7</sup>, il a été admis que «la famille de Juan Ramon Arrechea», un dirigeant syndical uruguayen, constituait un groupe social. Dans l'affaire *Lai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>8</sup>, on a prétendu que «des personnes ayant des antécédents capitalistes» constituaient un groupe social susceptible d'être persécuté en Chine. La question a été renvoyée à une instance inférieure en vue d'être examinée pour d'autres motifs.

<sup>5</sup> [1990] 2 C.F. 667 (C.A.). La Cour suprême du Canada a entendu l'appel interjeté à l'encontre de cette décision, mais elle n'a pas encore rendu son jugement.

<sup>6</sup> N° du greffe A-367-90, décision rendue le 11 avril 1991.

<sup>7</sup> (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (C.A.F.).

<sup>8</sup> (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 245 (C.A.F.).



The Refugee Division, in second level hearings, has held that Sri Lankan “[w]omen who face harsh and inhuman treatment in the form of [physical and sexual abuse]”,<sup>9</sup> “young [Lebanese] men targeted to join this militia which is not an official army of the State”,<sup>10</sup> “the only professional body without an Islamic word or symbol in its nomenclature”,<sup>11</sup> Cuban Freemasons,<sup>12</sup> and “people in rural areas [of El Salvador] who find themselves caught between the two opposing forces and victimized and suspected by each”<sup>13</sup> to be members of a particular social group. In earlier decisions, the Immigration Appeal Board has held likewise as to single women living in a Muslim country without the protection of a male relative,<sup>14</sup> “young [Salvadoran] men of military age”,<sup>15</sup> and “young [Honduran] men of eligible age for military duty, who were subject to mistreatment after indiscriminate recruitment”.<sup>16</sup>

On the basis of that tribunal jurisprudence, it may be concluded that the adjudicator here did not err in finding that the present respondent might be found to be a member of a particular social group provided, of course, the Refugee Division agreed with his assessment of her credibility. I repeat, however, that in none of the foregoing did either the Court or tribunal direct its mind to the possibility that, in law, the perceived particular social group was not encompassed in the statutory definition.

In *Canada (Attorney General) v. Ward*,<sup>17</sup> the respondent had been sentenced to death by the Irish National Liberation Army, of which he was a

Au second palier d'audience, la section du statut a conclu que des [TRADUCTION] «Sri Lankaises qui font face à des traitements cruels et inhumains sous la forme de [violences physiques et sexuelles]»,<sup>9</sup>, [TRADUCTION] «des jeunes [Libanais] désignés pour se joindre à cette milice qui n'est pas une armée officielle de l'État»<sup>10</sup>, [TRADUCTION] «le seul organisme professionnel sans un mot ou un symbole islamique dans sa nomenclature»<sup>11</sup>, des francs-maçons cubains<sup>12</sup>, et [TRADUCTION] «des gens des régions rurales [du Salvador] qui se trouvent pris entre deux forces opposées, sont victimes de représailles et sont soupçonnés par chacune de ces forces»<sup>13</sup> font partie d'un certain groupe social. Dans des décisions antérieures, la Commission d'appel de l'immigration est arrivée à la même conclusion en ce qui concerne des femmes célibataires vivant dans un pays musulman sans être sous la protection d'un parent mâle<sup>14</sup>, [TRADUCTION] «des jeunes [Salvadoriens] d'âge à faire leur service militaire»<sup>15</sup> et des [TRADUCTION] «jeunes [Honduriens] d'un âge admissible à remplir des tâches militaires, qui ont été soumis à des mauvais traitements après avoir été recruté de façon discriminatoire»<sup>16</sup>.

En se fondant sur cette jurisprudence, on peut conclure que l'arbitre en l'espèce n'a pas commis d'erreur en statuant que la présente intimée pouvait être considérée comme faisant partie d'un groupe social pourvu, naturellement, que la section du statut soit d'accord avec sa façon d'évaluer la crédibilité de l'intimée. Je répète toutefois que, dans aucune des décisions susmentionnées, la Cour ou le tribunal n'a porté son attention sur la possibilité que, en droit, le groupe social perçu n'était pas compris dans la définition prévue par la Loi.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*<sup>17</sup>, l'intimé avait été condamné à mort par l'Irish National Liberation Army, dont il faisait partie, parce

<sup>9</sup> File T89-01891/2, January 23, 1990.

<sup>10</sup> File T89-01960, January 4, 1990.

<sup>11</sup> File M89-00244, March, 1990. The country of nationality is not disclosed.

<sup>12</sup> File T89-03344, February 5, 1990.

<sup>13</sup> File T89-02579, December 8, 1989.

<sup>14</sup> File M87-1541X, August 10, 1987.

<sup>15</sup> File V83-6807, June 26, 1986.

<sup>16</sup> File T87-9024X, July 29, 1987.

<sup>17</sup> [1990] 2 F.C. 667, at pp. 673 ff.

<sup>9</sup> N° du greffe T89-01891/2, 23 janvier 1990.

<sup>10</sup> N° du greffe T89-01960, 4 janvier 1990.

<sup>11</sup> N° du greffe M89-00244, mars 1990. Le pays d'origine n'est pas divulgué.

<sup>12</sup> N° du greffe T89-03344, 5 février 1990.

<sup>13</sup> N° du greffe T89-02579, 8 décembre 1989.

<sup>14</sup> N° du greffe M87-1541X, 10 août 1987.

<sup>15</sup> N° du greffe V83-6807, 26 juin 1986.

<sup>16</sup> N° du greffe T87-9024X, 29 juillet 1987.

<sup>17</sup> [1990] 2 C.F. 667, aux p. 673 et s.

member, because, as a matter of conscience, he had assisted in the escape of hostages slated to be murdered. It was common ground that the authorities would be unable to protect him.

*Ward* is *sui generis* in that it did not propose any workable test for the recognition of other social group claims. Its facts are so different from the present as to render particular conclusions and *dicta* entirely inapposite. It did, however, indicate some of the material to be taken into account in deciding whether a "social group" within a broad dictionary definition of the term is a "particular social group" within the statutory definition. Among those considerations is paragraph 3(g) of the *Immigration Act*.

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

(g) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted;

Also considered was the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*<sup>18</sup> whereof the relevant paragraphs follow.

77. A "particular social group" normally comprises persons of similar background, habits or social status. A claim to fear of persecution under this heading may frequently overlap with a claim to fear of persecution on other grounds, i.e. race, religion or nationality.

78. Membership of such a particular social group may be at the root of persecution because there is no confidence in the group's loyalty to the Government or because the political outlook, antecedents or economic activity of its members, or the very existence of the social group as such, is held to be an obstacle to the Government's policies.

79. Mere membership of a particular social group will not normally be enough to substantiate a claim to refugee status. There may, however, be special circumstances where mere membership can be a sufficient ground to fear persecution.

<sup>18</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. Geneva, January, 1988.

que, en agissant suivant sa conscience, il avait aidé à la fuite des otages destinés à être exécutés. Il était admis que les autorités ne pourraient pas le protéger.

L'arrêt *Ward* est particulier en ce sens qu'il ne propose aucun critère pratique pour la reconnaissance d'autres revendications fondées sur l'appartenance à un groupe social. Les faits de cette affaire-là diffèrent des faits de l'espèce au point de rendre les conclusions particulières et les remarques incidentes tout à fait non pertinentes. Il indique cependant certaines des choses à prendre en considération pour décider si un «groupe social» selon une définition large du terme constitue «un groupe social» au sens de la définition prévue par la Loi. Parmi celles-ci, mentionnons l'alinéa 3g) de la *Loi sur l'immigration*.

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l'endroit des personnes déplacées ou persécutées;

A également été pris en considération le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*<sup>18</sup>, dont voici les paragraphes pertinents.

77. Par «un certain groupe social», on entend normalement des personnes appartenant à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social. La crainte d'être persécuté du fait de cette appartenance se confondra souvent en partie avec une crainte d'être persécuté pour d'autres motifs, tels que la race, la religion ou la nationalité.

78. L'appartenance à un certain groupe social peut être à l'origine de persécutions parce que les prises de position politique, les antécédents ou l'activité économique de ses membres, voire l'existence même du groupe social en tant que tel, sont considérés comme un obstacle à la mise en œuvre des politiques gouvernementales.

79. Normalement, la simple appartenance à un certain groupe social ne suffira pas à établir le bien-fondé d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Il peut cependant y avoir des circonstances particulières où cette simple appartenance suffit pour craindre des persécutions.

<sup>18</sup> Bureau du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Genève, septembre 1979.

Additional material to which the applicant invites consideration includes Professor Hathaway's *The Law of Refugee Status*,<sup>19</sup> *Sanchez-Trujillo v. I.N.S.*,<sup>20</sup> a decision of the United States Court of Appeals, Ninth Circuit, and a commentary on *Sanchez-Trujillo*.<sup>21</sup> Professor Hathaway cites *Sanchez-Trujillo* with general approval while noting the contradiction of the requirement of a "voluntary associational relationship" with the following recognition of the family as "a prototypical example" in a passage which will be recited below. The formulation which Professor Hathaway appears to prefer [at page 161]

... includes within the notion of social group (1) groups defined by an innate, unalterable characteristic; (2) groups defined by their past temporary or voluntary status, since their history or experience is not within their current power to change; and (3) existing groups defined by volition, so long as the purpose of the association is so fundamental to their human dignity that they ought not to be required to abandon it. Excluded, therefore, are groups defined by a characteristic which is changeable or from which dissociation is possible, so long as neither option requires renunciation of basic human rights . . . a "particular social group" must be definable by reference to a shared characteristic of its members which "is fundamental to their identity".

The definition of "refugee" in the U.S. *Refugee Act of 1980* [Pub. L. No. 96-212, title II, § 201(a), 94 Stat. 102] is for all practical purposes identical to our definition of "Convention refugee". The threshold question before the Court in *Sanchez-Trujillo* was whether "young, urban, working class Salvadoran males of military age (eighteen to thirty) who had not joined the armed forces or expressed overt support for the Salvadoran government" [at page 913 *Wash. L. Rev.*] were cognizable as a particular social group, membership in which should be regarded as indicative of refugee status.

Parmi d'autres documents invoqués par le requérant figurent l'ouvrage du professeur Hathaway intitulé *The Law of Refugee Status*<sup>19</sup>, l'arrêt *Sanchez-Trujillo v. I.N.S.*<sup>20</sup> rendu par la Cour d'appel des États-Unis (neuvième circuit), et un commentaire de l'arrêt *Sanchez-Trujillo*<sup>21</sup>. Le professeur Hathaway se déclare généralement d'accord avec l'arrêt *Sanchez-Trujillo* mais constate la contradiction existant entre la nécessité d'un [TRADUCTION] «lien associatif volontaire» et la reconnaissance consécutive de la famille comme étant [TRADUCTION] «un exemple typique» dans un passage exposé ci-dessous. La formulation que le professeur Hathaway semble préférer [à la page 161]

[TRADUCTION] . . . inclut dans la notion de groupe social (1) des groupes définis par une caractéristique innée et inaltérable; (2) des groupes définis par leur statut temporaire ou volontaire passé, vu qu'il n'est pas actuellement en leur pouvoir de changer leur histoire ou leur expérience; et (3) des groupes existants définis par la volonté, tant que le but de l'association est si fondamental à leur dignité humaine qu'ils ne doivent pas être obligés de l'abandonner. En sont exclus, par conséquent, les groupes définis par une caractéristique qui est changeante ou dont la dissociation est possible, tant que ni l'une ni l'autre des options n'exige de renoncer à des droits humains fondamentaux . . . «un groupe social» doit pouvoir se définir par renvoi à une caractéristique partagée par ses membres qui «est essentielle à leur identité».

La définition de «réfugié» de la loi américaine sur l'immigration de 1980 [*Refugee Act of 1980*, Pub. L. No. 96-212, title II, § 201(a), 94 Stat. 102] est pratiquement identique à notre définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention». La question préliminaire dont le tribunal était saisi dans l'arrêt *Sanchez-Trujillo* était de savoir si [TRADUCTION] «les jeunes Salvadoriens, citoyens, de la classe ouvrière et d'âge à faire leur service militaire (dix-huit à trente ans) qui n'avaient pas rejoint les forces armées ou avaient exprimé un appui déclaré au gouvernement Salvadorien» [à la page 913 *Wash. L. Rev.*] pouvaient être reconnus comme constituant un groupe social, auquel l'appartenance doit être considérée comme supposant le statut de réfugié.

<sup>19</sup> Toronto: Butterworths, 1991, at pp. 157-169.

<sup>20</sup> 801 F. 2d 1571 (9th Cir. 1986).

<sup>21</sup> Daniel Compton "Asylum for Persecuted Social Groups: a Closed Door Left Slightly Ajar" (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913.

<sup>19</sup> Toronto: Butterworths, 1991, aux p. 157 à 169.

<sup>20</sup> 801 F. 2d 1571 (9th Cir. 1986).

<sup>21</sup> Daniel Compton «Asylum for Persecuted Social Groups: a Closed Door Left Slightly Ajar» (1987), 62 *Wash. L. Rev.* 913.

Having considered paragraphs 77 and 79 of the U.N. Handbook, the Court said [at page 1576]:

We may agree that the “social group” category is a flexible one which extends broadly to encompass many groups who do not otherwise fall within the other categories of race, nationality, religion or political opinion. Still, the scope of the term cannot be without some outer limit.

The statutory words “particular” and “social” which modify “group” indicate that the term does not encompass every broadly defined segment of a population, even if a certain demographic division does have some statistical relevance. Instead, the phrase “*particular social group*” implies a collection of people closely affiliated with each other, who are actuated by some common impulse or interest. Of central concern is the existence of a voluntary associational relationship among the purported members, which imparts some common characteristic that is fundamental to their identity as a member of that discrete social group.

Perhaps a prototypical example of a “particular social group” would consist of the immediate members of a certain family, . . . As a contrasting example, a statistical group of males taller than six feet would not constitute a “particular social group” under any reasonable construction of the statutory term, even if individuals with such characteristics could be shown to be at greater risk of persecution than the general population.

Like this Court in *Ward*, the Court referred to no sources but the statute itself, the U.N. Handbook and a dictionary in developing a test for the determination whether a social group in the broad sense was a particular social group in the statutory sense. Its failure to look to international sources was the principal complaint of the *Washington Law Review* commentary [at page 914].

The court developed a four-part test for evaluating a social group claim which, if used in a balanced fashion, is capable of producing a fair result. The court’s use of the test, however, was not balanced.

A review of international and municipal law concerning refugees . . . reveals a different notion of what is meant by the term “social group.”

The municipal law referred to seems to be tests developed by the Board of Immigration Appeals, an administrative tribunal.

Après avoir examiné les paragraphes 77 et 79 du Guide des Nations Unies, le tribunal a dit [à la page 1576]:

[TRADUCTION] Nous pouvons convenir que la catégorie fondée sur le «groupe social» est une catégorie souple qui s’étend de façon large et englobe beaucoup de groupes qui sinon n’entrent pas dans les autres catégories fondées sur la race, la nationalité, la religion ou l’opinion politique. Néanmoins, il est impossible que l’expression ne soit pas astreinte à une certaine limite extérieure.

Les mots «particulier» et «social» utilisés dans la loi pour modifier le mot «groupe» indiquent que le terme n’englobe pas toute partie largement définie d’une population, même si une certaine division démographique a effectivement une certaine pertinence sur le plan statistique. Au lieu de cela, l’expression «un *certain groupe social*» implique un certain nombre de personnes étroitement associées les unes aux autres, qui sont poussées par un élan ou intérêt commun. Il est important qu’il existe un lien associatif volontaire entre les prétendus membres du groupe, qui entraîne une certaine caractéristique commune qui est essentielle à leur identité en tant que membre de ce groupe social discret.

Peut-être un exemple typique d’un «certain groupe social» consisterait-il dans les membres immédiats d’une certaine famille. . . À titre d’exemple contraire, un groupe statistique d’hommes de plus de six pieds ne constituerait pas «un certain groupe social» selon n’importe quelle interprétation raisonnable de l’expression utilisée par la loi, même si on pouvait prouver que les individus possédant de telles caractéristiques présentent un risque plus élevé de persécutions que la population en général.

À l’instar de notre Cour dans l’arrêt *Ward*, le tribunal ne s’est reporté à aucune autre source que la loi elle-même, le Guide des Nations Unies et un dictionnaire pour élaborer un critère afin de déterminer si, au sens large, un groupe social était un certain groupe social au sens de la loi. L’absence d’un examen des sources internationales est le principal reproche fait dans le commentaire publié dans la *Washington Law Review* [à la page 914].

[TRADUCTION] Le tribunal a élaboré un critère à quatre volets pour évaluer une revendication fondée sur un groupe social qui, utilisée d’une façon sensée, peut produire un résultat équitable. L’utilisation du critère par le tribunal, cependant, n’était pas sensée.

Un examen du droit international et municipal concernant les réfugiés . . . révèle une notion différente de ce que signifie l’expression «groupe social».

Le droit municipal auquel on s’est reporté semble consister en des critères établis par la Commission d’appel de l’immigration, qui est un tribunal administratif.

The *Sanchez-Trujillo* test follows. First, the cognizability of the group must be established. Second, claimants must show membership in that group. Third, the group must have been the target of persecution on account of its characteristics. Fourth, based on paragraph 79 of the U.N. Handbook, the Court had to determine if “special circumstances” existed which warranted granting asylum on the basis of social group membership alone. In its application of the test, the Court did not get beyond the first branch since it disposed of the case on the basis that [at pages 1576-1577]

... the class of young, working class, urban males of military age does not exemplify the type of “social group” for which the immigration laws provide protection from persecution. Individuals falling within the parameters of this sweeping demographic division naturally manifest a plethora of different lifestyles, varying interests, diverse cultures, and contrary political leanings . . . such an all-encompassing grouping as the petitioners identify simply is not that type of cohesive, homogeneous group to which we believe the term “particular social group” was intended to apply. Major segments of the population of an embattled nation, even though undoubtedly at some risk from general political violence, will rarely, if ever, constitute a distinct “social group” for the purposes of establishing refugee status. To hold otherwise would be tantamount to extending refugee status to every alien displaced by general conditions of unrest or violence in his or her home country.

An analysis of the definition in its statutory context, international jurisprudence and scholarly writing led counsel for the applicant to propose that, within the terms of the *Immigration Act*, a particular social group means (1) a natural or non-natural group of persons with (2) similar shared background, habits, social status, political outlook, education, values, aspirations, history, economic activity or interests, often interests contrary to those of the prevailing government, and (3) sharing basic, innate, unalterable characteristics, consciousness and solidarity or (4) sharing a temporary but voluntary status, with the purpose of their association being so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it. I take the reference to “natural and non-natural” to distinguish groups whose members are related by blood or some common inherited quality from groups otherwise composed and to permit the

Voici le critère énoncé dans l’arrêt *Sanchez-Trujillo*. Premièrement, il faut établir la possibilité de connaître le groupe. Deuxièmement, les revendicateurs doivent prouver leur appartenance à ce groupe. Troisièmement, le groupe doit avoir été la cible de persécutions en raison de ses caractéristiques. Quatrièmement, en se fondant sur le paragraphe 79 du Guide des Nations Unies, le tribunal devait déterminer s’il existait des «circonstances spéciales» qui justifiaient l’octroi de l’asile en raison de l’appartenance seulement à un groupe social. En appliquant le critère, le tribunal n’est pas allé au-delà du premier volet, car il a disposé de l’affaire en statuant que [aux pages 1576 et 1577]

[TRADUCTION] . . . la catégorie des jeunes citoyens de la classe ouvrière et d’âge à faire leur service militaire n’illustre pas le type de «groupe social» pour lequel les lois relatives à l’immigration prévoient une protection contre les persécutions. Les individus visés par les paramètres de cette division démographique fondamentale manifestent naturellement toute une gamme de modes de vie différents, d’intérêts divers, de cultures différentes et de tendances politiques opposées . . . le vaste regroupement que les revendicateurs définissent simplement n’est pas ce type de groupe cohérent et homogène auquel nous croyons que l’expression «un certain groupe social» était censée s’appliquer. Des parties importantes de la population d’une nation aguerrie, même si elles risquent sans doute d’être exposées à une violence politique générale, constitueront rarement, si ce n’est jamais, un «groupe social» distinct aux fins d’établir le statut de réfugié. Aboutir à une autre conclusion équivaldrait à étendre le statut de réfugié à tout étranger déplacé par des conditions générales d’agitation ou de violence dans son pays d’origine.

Une analyse de la définition dans son contexte législatif, de la jurisprudence internationale et de la doctrine a amené l’avocat du requérant à proposer que, au sens de la *Loi sur l’immigration*, un groupe social désigne (1) un groupe naturel ou non de personnes (2) qui partagent des antécédents, des habitudes, un statut social, des vues politiques, une instruction, des valeurs, des aspirations, une histoire, des activités ou des intérêts économiques similaires, souvent des intérêts contraires à ceux du gouvernement au pouvoir et (3) qui partagent des caractéristiques, une conscience et une solidarité inaltérables, innées et fondamentales ou (4) qui partagent un statut temporaire mais volontaire, afin que leur association soit si essentielle à leur dignité humaine qu’elles ne devraient pas être obligées de la modifier. J’ai fait référence à l’expression «naturel ou non» afin d’établir une distinction entre les groupes dont les

definition to include both. In my view of this matter, we do not have to reach a concluded opinion on the proper test but that may well be found to be a useful basis for consideration as and when we must.

I have, if anything, gone further than was absolutely necessary to illustrate the undertaking that would have been necessary, in the absence of tests prescribed by binding jurisprudence, for the adjudicator to decide conclusively whether or not, in law, the respondent's claimed social group was a particular social group within the contemplation of the statute. The applicant urges that "Trinidadian women subject to wife abuse" is clearly a statistical group, exemplifying that type of "sweeping demographic division" manifesting a plethora of lifestyles etc. and an all encompassing group sharing only a single common characteristic which cannot be regarded as innate, unchangeable or natural. That may be right but, in the circumstances, was it within the mandate of a credible basis tribunal to decide it?

This Court has rendered numerous decisions in which the limited role Parliament has assigned a credible basis tribunal has been the central issue. Most have been expressed in the context of the precise facts of the particular proceeding and are of little or no assistance in dealing with materially different circumstances. An exception is *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,<sup>22</sup> which referred, without quotation, to a number of earlier decisions and concluded [at page 315]:

These authorities make it clear that at the "credible basis" stage the tribunal is not to make findings of fact but is limited to determining the existence of credible or trustworthy evidence on each of the necessary elements of the claim such that the Refugee Division might find the applicant to be a Convention refugee. The primary role of the tribunal is to test the credibility of the evidence; in performing that role it is entitled to draw such inferences as are necessary for the purpose, as for example by determining that all or part of a witness' story is

membres sont liés par le sang ou une certaine qualité commune héritée et les groupes autrement constitués et afin de permettre que la définition les englobe tous. Selon ma perception de la présente affaire, nous ne sommes pas tenus de tirer une conclusion quant au critère approprié mais cela pourrait s'avérer utile pour examiner comment et quand nous le devons.

S'il y a quelque chose, je suis allé plus loin qu'il n'était absolument nécessaire pour illustrer la démarche qui aurait été nécessaire, en l'absence de critères prescrits par la jurisprudence ayant force obligatoire, pour que l'arbitre décide de façon concluante si, oui ou non, en droit, le prétendu groupe social de l'intimée était un groupe social au sens de la Loi. Le requérant insiste sur le fait que les «Trinidiennes victimes de violence conjugale» constituent clairement un groupe statistique, illustrant ce type de «division démographique importante» qui manifeste une gamme de modes de vie, etc., et un vaste groupe qui partage une seule caractéristique commune qui ne peut pas être considérée comme innée, non changeante ou naturelle. Cela peut être correct, mais est-ce que, dans les circonstances, cela faisait partie du rôle d'un tribunal chargé de se prononcer sur le minimum de fondement d'une revendication de le décider?

Notre Cour a rendu de nombreuses décisions dans lesquelles le rôle limité que le Parlement a confié à un tribunal chargé de se prononcer sur le minimum de fondement d'une revendication a été la question principale. La plupart ont été rendues dans le cadre des faits précis de la procédure en cause et ne sont pas d'une grande utilité dans des circonstances essentiellement différentes. Il y a une exception, et c'est l'affaire *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>22</sup>, qui se reporte, sans présenter de citations, à un certain nombre de décisions antérieures et qui conclut [à la page 315]:

Ces décisions établissent clairement que, à l'étape du «minimum de fondement», le tribunal n'a pas à faire de constatations de fait mais doit se limiter à déterminer l'existence d'éléments crédibles ou dignes de foi à l'égard de chacun des éléments nécessaires de la revendication, sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Le rôle principal du tribunal est d'analyser la crédibilité de la preuve. Pour cela, il a le droit de tirer les conclusions qui sont nécessaires à cette fin, par

<sup>22</sup> (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (F.C.A.).

<sup>22</sup> (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (C.A.F.).

unreliable because it is implausible or because the witness has contradicted himself.

When it comes to its secondary role, however, the tribunal is not to draw inferences or conclusions with regard to the existence of the essential elements of the claim; its only function is to determine whether the Refugee Division, acting on the evidence found to be credible or trustworthy, might reasonably conclude in the applicant's favour. [My emphasis.]

In *Leung* [at page 316], the credible basis tribunal had concluded that the fear of persecution professed was “not fear of persecution which is objectively well founded.” It is, I think, clear in its context that the caveat against a credible basis tribunal drawing inferences or conclusions with regard to the existence of the essential elements of a claim, is directed to the weighing of evidence found credible to determine the existence of the subjective and objective elements which must, according to the jurisprudence, both be found to be present before fear of persecution can be found to be well founded. I do not read that as necessarily precluding a credible basis tribunal from reaching an adverse conclusion because the treatment the claimant testified to fearing was not persecution at all or that the evidence found credible does not relate what is feared to the statutory definition because it is not feared for a reason specified in the definition. The definition is clear: what is feared must be persecution and it must be feared for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion.

*Camara v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*<sup>23</sup> dealt with a credible basis decision in which it had been found that the evidence of the claimant was credible and that he had participated in a coup attempt in the country of his nationality, was known to the authorities and feared arrest and imprisonment were he to return. The credible basis tribunal found that he feared prosecution, not persecution.

<sup>23</sup> (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (F.C.A.).

exemple en déterminant que l'intégralité ou une partie de l'histoire d'un témoin n'est pas fiable parce qu'elle n'est pas plausible ou que le témoin s'est contredit.

Dans l'exercice de son rôle secondaire cependant, le tribunal ne doit pas faire de déductions ni tirer de conclusions quant à l'existence des éléments essentiels de la revendication; sa seule fonction est de déterminer si la section du statut, selon les éléments déclarés crédibles ou dignes de foi, peut raisonnablement se prononcer en faveur du demandeur. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Leung* [à la page 316], le tribunal chargé de déterminer si une revendication avait un minimum de fondement avait conclu que la crainte d'être persécuté invoquée n'était «[pas] une crainte de persécution objectivement bien fondée». Il est clair, je pense, dans son contexte que l'avertissement contre le fait qu'un tribunal chargé de déterminer si une revendication a un minimum de fondement tire des conclusions en ce qui concerne l'existence des éléments essentiels d'une revendication est dirigé vers l'évaluation des éléments de preuve jugés crédibles pour déterminer l'existence des éléments subjectifs et des éléments objectifs qui doivent, selon la jurisprudence, être présents à la fois avant que l'on puisse juger que la crainte d'être persécuté est bien fondée. Je n'interprète pas cela comme empêchant nécessairement un tribunal chargé de déterminer si une revendication a un minimum de fondement de tirer une conclusion contraire parce que les traitements que le demandeur disait craindre n'étaient pas du tout des persécutions ou que les éléments de preuve jugés crédibles ne rattachent pas ce qui est craint à la définition prévue par la Loi parce que ce n'est pas craint pour une raison mentionnée dans la définition. La définition est claire: ce qui est craint doit constituer des persécutions et doit être craint pour des motifs fondés sur la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social ou des opinions politiques.

L'arrêt *Camara c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>23</sup> concerne une décision relative au minimum de fondement d'une revendication, dans laquelle il a été jugé que les éléments de preuve présentés par le demandeur étaient crédibles et qu'il avait participé à une tentative de coup d'État dans son pays d'origine, était connu des autorités et craignait d'être arrêté et emprisonné s'il devait y retourner. Le

<sup>23</sup> (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (C.A.F.).

The documentary evidence was mixed and, contrary to the claimant's verbal evidence, mostly to the effect that the country was a democracy with an independent judiciary. This Court held [at page 146]:

... the tribunal, having found credible evidence that went both ways, should have realized it was confronted with a hitherto-undecided legal issue as to whether mere prosecution can exist where a regime is undemocratic and lacking a free judiciary. This is not an issue that should be decided obliquely, under the rubric of relevance, by a first-level tribunal, whose mandate is merely to determine whether there is a credible basis for a refugee claim.

In order to decide that what was feared was not persecution the tribunal ignored credible evidence upon which a contrary conclusion might have been reached and that, implicitly, entailed the weighing of evidence and preferring credible evidence to one effect over credible evidence to another.

The phrase "social group" has a broad meaning in its ordinary, dictionary sense but it is, in the statute, modified by "particular". It seems to me that the adjudicator could readily have decided that, even if a "social group", women, constituting as they do about half of humanity, cannot aptly be described as a "particular social group". He might equally, on that basis and in my view correctly, have decided that Trinidadian women do not constitute a particular social group. Neither of those decisions require more than construing the statute according to the ordinary meaning of its words.

It is otherwise as to "Trinidadian women subject to wife abuse". There is presently no judicial or other authority upon which the adjudicator was obliged to rely that would lead him to a concluded opinion whether, as a matter of law, they are a particular social group. The exercise I have gone through demonstrates that to construe the statute with a view to

tribunal chargé de déterminer si la revendication avait un minimum de fondement a jugé que le demandeur craignait d'être poursuivi, non d'être persécuté. La preuve documentaire était mixte et, contrairement à la preuve orale présentée par le demandeur, révélait principalement que le pays était une démocratie dotée d'une magistrature indépendante. Notre Cour a statué [à la page 146]:

... le tribunal, ayant conclu à l'existence d'une preuve digne de foi qui allait dans les deux sens, aurait dû se rendre compte qu'il était aux prises avec une question juridique jusqu'ici non résolue, celle de savoir si le simple fait d'intenter une poursuite en justice est possible dans un pays dont le régime est antidémocratique et ne comporte aucun système judiciaire indépendant. Ce n'est pas une question qui devrait être tranchée indirectement, sous la rubrique de la pertinence, par un tribunal de première instance dont le mandat consiste simplement à décider si une revendication du statut de réfugié comporte un minimum de fondement.

Afin de décider que ce qui était craint ne consistait pas en de la persécution, le tribunal n'a pas tenu compte d'éléments de preuve crédibles à partir desquels on aurait pu tirer une conclusion contraire et cela, implicitement, comportait l'appréciation de la preuve et la préférence d'éléments de preuve crédibles dans un sens à des éléments de preuve crédibles dans un autre sens.

L'expression «groupe social» a une acception large dans son sens ordinaire figurant dans les dictionnaires, mais, dans la Loi, elle est modifiée [dans la version anglaise] par le mot «*particular*» (certain). Il me semble que l'arbitre aurait pu facilement décider que, même si un «groupe social», les femmes, constituant comme elles le font environ la moitié de l'humanité, ne peut pas être correctement décrit comme «un [certain] groupe social». Il aurait pu également, pour ce motif et à mon avis avec raison, décider que les Trinidiennes ne constituent pas un certain groupe social. Ni l'une ni l'autre de ces décisions n'exigent plus que l'interprétation de la Loi selon le sens ordinaire de son libellé.

Il en est autrement en ce qui concerne les «Trinidiennes victimes de violence conjugale». Il n'existe pas actuellement de décisions judiciaires ou autres sur lesquelles l'arbitre était obligé de s'appuyer et qui l'amèneraient à conclure que, en droit, elles constituent un groupe social. L'exercice auquel je me suis livré montre que le fait d'interpréter la loi en vue de



that determination requires the weighing of credible evidence in the form of foreign jurisprudence and learned commentary. A question may be posed for the future: since, in this context, persecution must be feared by reason of membership in a particular social group, can fear of that persecution be the sole distinguishing factor that results in what is at most merely a social group becoming a particular social group?

As to whether the abuse feared is persecution, the only authority cited was *Williams v. Minister of Employment and Immigration*,<sup>24</sup> a decision of the Trial Division, in which an interlocutory injunction against execution of a deportation order was sought pending disposition of an action for a declaration of invalidity of the Long Term Illegal Migrants Program, as constituted. The applicant had been excluded from it. The learned Trial Judge held:

I have concluded that section 7 does not apply to this situation. There is no threat to the "life, liberty and security of the person" of the applicant here. The only matter of this nature is her alleged fear that she might suffer violence at the hands of the father of her three youngest children if she returns to Jamaica. While it appears to have been accepted by three judges in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 207 that the fear of physical persecution by the state to which one is obliged to return may be a threat to the "security of the person", I assume that such a proposition could not be extended to cover the fears of private violence which might be practised against one by other private individuals in one's home country in violation of the laws of that country.

That was not a refugee case nor was persecution within the Convention refugee definition in issue nor, it seems, was the indifference of the authorities to private violence established. It is not, in my view, a relevant authority.

In conclusion, in my opinion, the adjudicator cannot be said to have erred in law by implicitly concluding that the Refugee Division might find "Trinidadian women subject to wife abuse" to be a particular social group and fear of that abuse, given the indifference of the authorities, to be persecution.

<sup>24</sup> [1985] 2 F.C. 153 (T.D.), at pp. 158-159.

cette décision exige d'apprécier les éléments de preuve crédibles sous la forme de la jurisprudence étrangère et du commentaire savant. On peut poser une question pour l'avenir: vu que dans le présent contexte, on peut craindre des persécutions en raison de l'appartenance à un groupe social, la crainte de ces persécutions peut-elle être le seul facteur distinctif qui aboutit à ce qu'est le plus simplement possible un groupe social qui devient un certain groupe social?

Quant à la question de savoir si les mauvais traitements craints constituent des persécutions, la seule décision citée a été *Williams c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*)<sup>24</sup> (rendue par la Section de première instance), dans laquelle on sollicitait une injonction interlocutoire pour empêcher l'exécution d'une ordonnance d'expulsion en attendant que jugement soit rendu dans une action en déclaration d'invalidité du Programme concernant les migrants illégaux de longue date, tel qu'il était constitué. La requérante en avait été exclue. Le juge de première instance a déclaré:

J'ai conclu que l'article 7 ne s'applique pas à la présente situation. La «vie, la liberté et la sécurité de la personne» de la requérante à l'instance ne sont nullement menacées. Le seul problème qui peut se poser est sa prétendue crainte d'être brutalisée par le père de ses trois plus jeunes enfants si elle retourne à la Jamaïque. Même si dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 207, trois juges ont semblé accepter l'idée que la crainte d'une personne d'être persécutée par le pays où elle doit retourner puisse être une menace pour «la sécurité de la personne», je présume qu'une telle idée ne peut s'étendre aux craintes d'actes de violence que d'autres individus pourraient faire subir à une personne dans son pays natal, en violation des lois de ce pays.

Ce n'était ni une affaire de réfugié ni un cas de persécutions selon la définition de réfugié au sens de la Convention en cause ni, semble-t-il, un cas d'indifférence des autorités vis-à-vis de violences privées démontrées. Ce n'est pas, à mon avis, une décision pertinente.

En conclusion, selon moi, on ne peut pas dire que l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant implicitement que la section du statut de réfugié pouvait estimer que les «Trinidadiennes victimes de violence conjugale» constituaient un certain groupe social et que la crainte de mauvais traitements, vu

<sup>24</sup> [1985] 2 C.F. 153 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 158 et 159.

That is not to say that the Refugee Division would be right if it so decided but only that the credible basis tribunal had not the authority to pursue the questions.

As discussed with counsel at the close of the hearing, this being a test case, there is special reason within the contemplation of Rule 1408 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for an award of costs. If it were an appeal rather than an application for judicial review, costs would be payable in any event to the respondent on a solicitor and client basis by virtue of subsection 84(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] of the *Immigration Act*. I would dismiss this application with costs to the respondent as between solicitor and client.

HEALD J.A.: I agree.

l'indifférence des autorités, constituait de la persécution. Cela ne veut pas dire que la section du statut aurait raison de statuer ainsi, mais seulement que le tribunal chargé de déterminer si une revendication a un minimum de fondement n'avait pas le pouvoir de poursuivre les questions.

Ainsi qu'il en a été discuté avec les avocats à la fin de l'audience et comme il s'agit d'une affaire type, il y a lieu tout spécialement de tenir compte de la Règle 1408 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] en ce qui concerne l'octroi des dépens. S'il s'agissait d'un appel au lieu d'une demande de contrôle judiciaire, l'intimée aurait droit de toute façon aux dépens sur la base avocat-client en vertu du paragraphe 84(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19] de la *Loi sur l'immigration*. Je rejetterais la présente demande avec dépens en faveur de l'intimée sur la base avocat-client.

LE JUGE HEALD J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-2283-92

**Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore and Sharon McIvor** (*Applicants*)

v.

**Her Majesty the Queen, The Right Honourable Brian Mulroney and The Right Honourable Joe Clark** (*Respondents*)

and

**The Assembly of First Nations, The Native Council of Canada, The Métis National Council and The Inuit Tapirisat of Canada** (*Intervenors*)

*INDEXED AS: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA v. CANADA (T.D.)\**

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, October 13, 14 and 16, 1992.

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Application for injunctions under Charter, s. 24 prohibiting continuation of discussions between respondents and native organizations until NWAC entitled to participate in constitutional review process on equal terms and prohibiting respondents from proceeding with referendum on constitutional reform — Applicants relying on F.C.A. declaration re: violations of NWAC's rights — Whether rationale of F.C.A. decision applicable to process after date of judgment — With whom governments should consult in constitutional amendment development not justiciable issue — Charter, s. 32(1) not applying to constitutional amendment as not "matter" within authority of Parliament or provincial legislatures — Claims for injunctions struck out as disclosing no reasonable cause of action, abuse of process.*

*Elections — Referendum on constitutional reform based on Charlottetown Accord — Native Women's Association seeking injunction prohibiting conduct of referendum — Complaint that not included in governmental consultations leading to Accord*

\* Editor's Note: The appeal from this order was dismissed in a two-page decision, digested at [1993] 1 F.C. D-4 (C.A.); the cross-appeal attacking the decision not to strike out the claim for damages in the statement of claim was allowed in part in that same decision.

T-2283-92

**Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore et Sharon McIvor** (*requérantes*)

a c.

**Sa Majesté la Reine, le Très Honorable Brian Mulroney et le Très Honorable Joe Clark** (*intimés*)

b

et

**L'Assemblée des premières nations, le Conseil national des autochtones du Canada, le Ralliement national des Métis et l'Inuit Tapirisat du Canada** (*intervenants*)

c

*RÉPERTORIÉ: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA c. CANADA (re INST.)\**

d

Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 13, 14 et 16 octobre 1992.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Demande fondée sur l'art. 24 de la Charte en vue d'obtenir des injonctions interdisant la continuation des discussions entre les intimés et des organisations autochtones tant que la NWAC ne se verra pas accorder le droit de participer au processus de révision de la Constitution au même titre que ces autres groupements, et interdisant aux intimés de procéder au référendum sur la réforme constitutionnelle — Les requérantes invoquent le jugement déclaratoire rendu par la C.A.F. concernant certaines violations des droits de la NWAC — Le raisonnement du jugement de la C.A.F. s'applique-t-il au processus qui s'est déroulé après la date du jugement? — La question de savoir qui les gouvernements devraient consulter durant l'élaboration des modifications constitutionnelles échappe à la compétence des tribunaux — L'art. 32(1) de la Charte ne s'applique pas à une modification constitutionnelle puisqu'il ne s'agit pas d'un «domaine» qui relève du Parlement ou des législatures provinciales — Les demandes d'injonctions doivent être radiées car elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action et constituent un usage abusif des procédures de la Cour.*

*Élections — Référendum sur la réforme constitutionnelle basé sur l'Accord de Charlottetown — La Native Women's Association demande une injonction interdisant la tenue du référendum — Elle se plaint de ne pas avoir été incluse dans*

\* Note de l'arrêstiste: l'appel de cette ordonnance a été rejeté dans une décision de deux pages dont la fiche analytique se trouve dans [1993] 1 C.F. F-8 (C.A.); l'appel incident attaquant la décision de ne pas radier la demande de dommages-intérêts dans la déclaration a été accueilli en partie dans cette même décision.

— Respondent Ministers without official role in conduct of referendum — Referendum question approved by resolution of Parliament — Proclamation issued by Governor in Council directing electors' opinion be obtained — Chief Electoral Officer issued writs of referendum — Validity of Referendum Act not challenged — Minister lacking power to halt process even if so ordered by Court — Injunction denied as application (1) disclosing no reasonable cause of action (2) abuse of process of Court.

This was an application under the Charter, section 24 for injunctions prohibiting the continuation of discussions between the respondents (defendants) and certain designated organizations until the Native Women's Association of Canada (NWAC) is entitled to participate in the constitutional review process on equal terms, and prohibiting the respondents from proceeding with the October 26, 1992 referendum on the Charlottetown constitutional reform agreement. The applicants had previously brought a motion in the Trial Division to prohibit the Canadian Government from making any further disbursements to certain native organizations until NWAC was accorded equal funding and the right to participate in the constitutional review process on equal terms. Upon appeal from the dismissal of the application for prohibition, the Federal Court of Appeal refused to prohibit the continued funding of the aboriginal organizations, but did issue a declaration concerning violations of NWAC's rights. The main issue on the present application was whether the rationale of the Court of Appeal decision applied to events after August 20, 1992, the date of said decision, so that the rights of the applicants under paragraph 2(b) and section 28 of the Charter must be deemed to have been violated and to continue to be violated.

*Held*, the application should be dismissed.

The declaration issued by the Federal Court of Appeal must be taken to have been in relation to earlier events and not to extend to the taking and implementation of the federal and provincial governments' joint decision of March 12, 1992 to invite the designated organizations, as the representatives of the aboriginal peoples, to participate thereafter in the constitutional process. The Court recognized that its jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* was restricted to reviewing the decisions of federal boards and that it could not review an intergovernmental decision. It adopted the principles established in *Penikett v. Canada* and in the Supreme Court of Canada decision *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, one of those being that the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except where a Charter guaranteed right may be affected. However one may define the "legislative process"; certain issues are not justiciable. Among those are questions as to whom federal and provincial governments ought to meet with and consult during the development

les consultations gouvernementales qui ont mené à l'Accord — Les ministres intimés ne jouent aucun rôle officiel dans la tenue d'un référendum — Approbation de la question référendaire par résolution du Parlement — Proclamation prise par le gouverneur en conseil ordonnant une consultation des électeurs — Émission des brevets de référendum par le Directeur général des élections — Validité de la Loi référendaire non contestée — Le ministre ne peut arrêter le processus même si la Cour le lui ordonne — L'injonction est refusée puisque la demande (1) ne révèle aucune cause raisonnable d'action et (2) constitue un usage abusif des procédures de la Cour.

Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 24 de la Charte en vue d'obtenir des injonctions interdisant la continuation des discussions entre les intimés (défendeurs) et certaines organisations désignées tant que la Native Women's Association of Canada (NWAC) ne se verra pas accorder le droit de participer au processus de révision de la Constitution au même titre que ces autres organisations, et interdisant aux intimés de procéder au référendum prévu pour le 26 octobre 1992 sur l'accord de réforme constitutionnelle conclu à Charlottetown. Les requérantes avaient antérieurement introduit devant la Section de première instance une requête pour interdire au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à certaines associations autochtones tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la NWAC et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit de participer au processus de révision de la Constitution aux mêmes conditions. Saisie du rejet de la demande de prohibition, la Cour d'appel fédérale a refusé d'empêcher la continuation du financement des associations autochtones, mais elle a rendu un jugement déclaratoire concernant certaines violations des droits de la NWAC. En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si le raisonnement du jugement de la Cour d'appel s'applique aux événements qui se sont déroulés après le 20 août 1992, date à laquelle la décision a été rendue, de sorte qu'il faut supposer que les droits que l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte garantissent aux requérantes ont été violés et continuent d'être violés.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Le jugement déclaratoire de la Cour d'appel fédérale doit être interprété comme s'appliquant aux événements antérieurs et ne comprenant pas l'adoption et la mise en œuvre de la décision conjointe des gouvernements fédéral et provinciaux le 12 mars 1992 d'inviter les organisations désignées, en leur qualité de représentantes des peuples autochtones, à participer par la suite au processus constitutionnel. La Cour a reconnu qu'elle avait, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, seulement compétence pour contrôler les décisions des offices fédéraux et qu'elle ne pouvait pas contrôler une décision intergouvernementale. Elle a adopté les principes posés par l'arrêt *Penikett v. Canada* et par la décision de la Cour suprême du Canada dans *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, dont celui selon lequel la rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie du processus législatif de modification dans lequel les tribunaux ne s'immisceront pas sauf si un droit garanti par la Charte risque d'être violé. Quelle que soit la manière dont on définit le «processus législatif», certaines questions échappent à la compétence des tribunaux.

of constitutional amendments. That issue is not justiciable unless there are legal or constitutional rules which a court can apply for its determination. Charter, subsection 32(1) does not apply to the making of a constitutional amendment as that is not a "matter" within the authority of either Parliament or provincial legislatures. Such amendments must be made by joint decisions of those bodies. What is involved in the present process, and has been involved since at least March 12, is an inter-governmental effort to agree on the substance and later the texts of constitutional amendments to be presented to Parliament and the legislatures for joint approval by resolution. This effort does not come within subsection 32(1) which applies the Charter to governmental activity.

The claim for injunctions with respect to the constitutional review process had to be struck out as disclosing no reasonable cause of action and as an abuse of the process of the Court in that they raised matters beyond the jurisdiction of any court to decide. The requests for interlocutory and permanent injunctions to restrain holding of the referendum could also be struck out or dismissed as disclosing no reasonable cause of action and as an abuse of the process of the Court for another reason. That referendum is being conducted under the *Referendum Act* and the necessary steps have been taken under that Act for its holding. Parliament has passed a resolution approving the referendum question and the Governor in Council has issued a Proclamation directing that the opinion of electors be obtained on the question approved by Parliament. The referendum had, therefore, to take place in accordance with the Act. Ministers could not halt that process, even if so ordered by the Court.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 15, 28, 32(1).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a),(f).  
*Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, s. 3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192 (C.A.); *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297;

Au nombre de ces questions est celle de savoir qui les gouvernements fédéral et provinciaux devraient rencontrer et consulter durant l'élaboration des modifications constitutionnelles. C'est une question qui échappe à la compétence des tribunaux à moins que ceux-ci puissent appliquer des règles juridiques ou constitutionnelles pour rendre une décision. Le paragraphe 32(1) de la Charte ne s'applique pas à l'élaboration d'une modification constitutionnelle puisqu'il ne s'agit pas d'un «domaine» qui relève du Parlement ou des législatures provinciales. Ces modifications doivent se faire par décision conjointe de ces assemblées. Ce qui se passe dans le processus actuel, et ce qui s'est passé depuis au moins le 12 mars, c'est un effort intergouvernemental d'arriver à s'entendre d'abord sur le fond et ensuite sur les textes des modifications constitutionnelles à présenter au Parlement et aux législatures pour qu'ils les adoptent conjointement par résolution. Cet effort ne rentre pas dans le cadre du paragraphe 32(1) qui applique la Charte aux activités gouvernementales.

La demande d'injonctions relative au processus de révision de la Constitution doit être radiée car elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action et constitue un usage abusif des procédures de la Cour, puisqu'elle concerne des questions qui échappent à la compétence de n'importe quel tribunal. Les demandes d'injonctions interlocutoires et permanentes visant à interdire le référendum peuvent également être radiées ou rejetées au motif qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action ou encore au motif qu'elles constituent un usage abusif des procédures de la Cour. Le référendum se tiendra en vertu de la *Loi référendaire* et les mesures nécessaires ont été prises en vertu de cette Loi en vue de sa tenue. Le Parlement a adopté une résolution approuvant la question référendaire et le gouverneur en conseil a fait une proclamation ordonnant une consultation des électeurs sur la question approuvée par le Parlement. Par conséquent, le référendum doit se poursuivre conformément à la Loi. Les ministres ne peuvent arrêter le processus, même si la Cour le leur ordonne.

#### 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. 2b), 15, 28, 32 (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].  
*Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, art. 3.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 419 (1a),(f).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.); *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991),

[1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (Y.T.C.A.).

REFERRED TO:

*Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd.*, [1972] F.C. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.); *Weider v. Beco Industries Ltd.*, [1976] 2 F.C. 739; (1976), 29 C.P.R. (2d) 175 (T.D.).

AUTHORS CITED

Canada. *Shaping Canada's Future Together—Proposals*, Minister of Supply and Services Canada, 1991.

APPLICATION for injunctions pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, section 24 prohibiting the continuation of discussions between the respondents and certain native organizations and prohibiting the respondents from proceeding with the October 26, 1992 referendum on constitutional reform. Application dismissed.

COUNSEL:

*Mary Eberts* for applicants.  
*Graham Garton, Q.C.* and *David Sgayias, Q.C.* for respondents.  
*Peter K. Doody* for intervenor Assembly of First Nations.  
*John D. Richard, Q.C.*, for intervenor Métis National Council.  
*Brian A. Crane, Q.C.*, and *Martin W. Mason* for intervenors Native Council of Canada and Inuit Tapirisat of Canada.

SOLICITORS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.  
*Scott & Aylen*, Ottawa, for intervenor Assembly of First Nations.  
*Lang, Michener, Honeywell*, Ottawa, for intervenor Métis National Council.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for intervenors Native Council of Canada and Inuit Tapirisat of Canada.

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

83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (C.A.T.Y.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Le ministre du Revenu national et la Reine c. Creative Shoes Ltd.*, [1972] C.F. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.); *Weider c. Industries Beco Ltée.*, [1976] 2 C.F. 739; (1976), 29 C.P.R. (2d) 175 (1<sup>re</sup> inst.).

DOCTRINE

Canada. *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*, ministre des Approvisionnements et Services, Canada, 1991.

DEMANDE fondée sur l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en vue d'obtenir des injonctions interdisant la continuation des discussions entre les intimés et certaines organisations autochtones et interdisant aux intimés de procéder au référendum prévu pour le 26 octobre 1992 sur la réforme constitutionnelle. Demande rejetée.

AVOCATS:

*Mary Eberts* pour les requérantes.  
*Graham Garton, c.r.*, et *David Sgayias, c.r.*, pour les intimés.  
*Peter K. Doody* pour l'Assemblée des premières nations, intervenante.  
*John D. Richard, c.r.*, pour le Ralliement national des Métis, intervenant.  
*Brian A. Crane, c.r.*, et *Martin W. Mason* pour le Conseil national des autochtones du Canada et la Inuit Tapirisat du Canada, intervenants.

PROCUREURS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, pour les requérantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.  
*Scott & Aylen*, Ottawa, pour l'Assemblée des premières nations, intervenante.  
*Lang, Michener, Honeywell*, Ottawa, pour le Ralliement national des Métis, intervenant.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour le Conseil national des autochtones du Canada et la Inuit Tapirisat du Canada, intervenants.

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

STRAYER J.:

Relief Requested

This is an application for the following relief:

- (a) an injunction pursuant to section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, prohibiting the continuation of discussions between the defendants, or any of them, on the one hand, and the AFN, ITC, NCC or MNC, or any of them, on the other hand, on subjects dealt with in the Consensus Report on the Constitution of August 28, 1992 or any Political Accord or legal text related thereto unless and until the Native Women's Association of Canada is accorded a right to participate in the constitutional review process on equal terms;
- (b) an injunction pursuant to section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, prohibiting the defendants, or any of them, from continuing with the referendum scheduled for October 26, 1992 or other referendum "based on" or otherwise invoking the Consensus Report of August 28, 1992 or related documents . . . .

Although it is not so stated in the notice of motion, it is not in dispute that the injunctions requested are interlocutory in nature. The plaintiffs commenced an action in this Court on September 15, 1992 in which damages and permanent injunctions to the same effect were requested, and this motion is an interlocutory proceeding in that action.

The defendants have also filed a motion for an order striking out the amended statement of claim and dismissing the action. This motion is based on Rule 419(1)(a) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], alleging that there is no reasonable cause of action, and Rule 419(1)(f), alleging that the action is an abuse of the process of the Court.

LE JUGE STRAYER:

La réparation demandée

Les requérantes demandent la réparation suivante:

- a) une injonction fondée sur l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et interdisant la continuation des discussions entre, d'une part, l'un ou l'autre des défendeurs et, d'autre part, l'un ou l'autre des groupements suivants: l'Assemblée des premières nations, l'Inuit Tapirisat du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada et le Ralliement national des Métis, sur les sujets traités dans le Rapport du consensus du 28 août 1992 sur la Constitution ou dans tout accord politique ou texte juridique connexe, tant que la Native Women's Association of Canada ne se verra pas accorder le droit de participer au processus de révision de la Constitution au même titre que ces autres groupements;
- b) une injonction fondée sur l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et interdisant à l'un et l'autre des défendeurs de procéder au référendum prévu pour le 26 octobre 1992 ou à tout référendum qui serait «basé sur» le Rapport du consensus du 28 août 1992 ou sur les documents connexes ou qui invoquerait d'une manière quelconque ledit rapport ou lesdits documents. . .

Quoique l'avis de requête ne l'ait pas mentionné, les injonctions demandées sont sans conteste de nature interlocutoire. Les demanderesses ont intenté une action devant cette Cour le 15 septembre 1992 pour demander des dommages-intérêts et des injonctions semblables mais de nature permanente, et la requête dont je suis saisi est une procédure interlocutoire qui est reliée à ladite action.

Les défendeurs ont aussi déposé une requête visant à obtenir une ordonnance radiant la déclaration modifiée et rejetant l'action des demanderesses. Leur requête se fonde sur la Règle 419(1)a [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], au motif qu'il n'y a aucune cause raisonnable d'action, et sur la Règle 419(1)f, au motif que l'action constitue un emploi abusif des procédures de la Cour.

Facts

The plaintiff Native Women's Association of Canada (NWAC) is alleged in the statement of claim to be a "national non-profit organization . . . a grass-roots organization, founded and led by Aboriginal women". The individual plaintiffs are members and officers of NWAC. In March, 1992 they brought a motion in the Trial Division under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] seeking prohibition against the Government of Canada to prevent the latter from making any further disbursements under the "Aboriginal Constitutional Review Program" to the Assembly of First Nations ("AFN"), the Native Council of Canada ("NCC"), the Métis National Council ("MNC") and the Inuit Tapirisat of Canada ("ITC") (which I will refer to compendiously as the "designated organizations") until the government provided to the NWAC an amount of funds equal to that provided to the AFN, the NCC, the MNC, and the ITC and the right

to participate in the constitutional review process on the same terms and in the same way as the four recipient groups, including participation in any First Ministers' Meetings or Conferences to discuss constitutional renewal which take place in the next two years . . . .

I will later discuss in more detail the disposition of that application by the Federal Court of Appeal on August 20, 1992.

In the present proceedings, the plaintiffs in their statement of claim allege that meetings of First Ministers on the Constitution were held after that Court of Appeal decision, on August 21, 22, 27, and 28 at which the AFN, ITC, MNC, and NCC were full participants. The NWAC says it was not included in spite of initiatives taken by the plaintiffs to obtain access. The statement of claim alleges, and this was admitted by all parties at the hearing, that since August 28 extensive meetings and consultations (not including the NWAC) have been held by representatives of the parties to the constitutional agreement reached on August 28, 1992, now known as "the Charlottetown Accord", to prepare legal texts for adoption in the Constitution in order to implement that Accord. The plaintiffs complain that as a result the emerging constitutional text does not meet all of their concerns. They say that this exclusion of them

Les faits

La demanderesse Native Women's Association of Canada (NWAC) prétend dans sa déclaration qu'elle est [TRADUCTION] «une organisation à but non lucratif . . . populaire, fondée et dirigée par des femmes autochtones». Les autres demandereses sont ses membres et dirigeantes. En mars 1992, elles ont introduit devant la Section de première instance une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] pour interdire au gouvernement du Canada de verser toute autre somme en vertu du «Programme de révision des affaires constitutionnelles des autochtones» à l'Assemblée des premières nations («APN»), au Conseil national des autochtones du Canada («CNAC»), au Ralliement national des Métis («RNM») et à l'Inuit Tapirisat du Canada («ITC») (ci-après appelés collectivement «organisations désignées») tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la NWAC et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit

de participer au processus de révision de la Constitution aux mêmes conditions et de la même façon que les quatre groupes bénéficiaires, et notamment le droit de participer à toute réunion ou conférence des premiers ministres afin de discuter du renouvellement de la Constitution qui aura lieu pendant les deux années à venir . . .

Je discuterai plus tard de manière plus détaillée du jugement du 20 août 1992 de la Cour d'appel fédérale concernant cette demande.

En l'espèce, les demandereses prétendent dans leur déclaration que des réunions des premiers ministres sur la Constitution, auxquelles ont participé pleinement l'APN, le CNAC, le RNM et l'ITC, ont eu lieu après ledit jugement, soit les 21, 22, 27 et 28 août. La NWAC dit qu'elle n'a pas été incluse dans ces réunions malgré les démarches entreprises par les demandereses pour l'y faire admettre. La déclaration prétend, et le fait est reconnu par toutes les parties à l'audience, que d'importantes réunions et consultations (qui n'incluaient pas la NWAC) ont eu lieu depuis le 28 août entre les représentants des parties à l'entente constitutionnelle du 28 août 1992, connue maintenant sous le nom d'«Accord de Charlottetown», pour rédiger les textes juridiques à adopter dans la Constitution pour mettre en œuvre l'Accord. Les demandereses se plaignent qu'en conséquence de leur exclusion de ces discussions, le texte constitu-



from the process is a continuing violation of the rights and freedoms held by the Court of Appeal to have been infringed in the past for which they seek damages as well as permanent injunctions.

Counsel for the defendants made essentially the same argument both in support of his motion to strike and in support of his position that there was in any event no serious issue raised upon which an injunction could be granted. He argued in effect that the issues raised in the request for the injunctions are not justiciable. He raised various other arguments as to the jurisdiction of the Court and the exercise of judicial discretion in the matter of injunctions. I shall mainly address the motion to strike. In doing so I am essentially able to reach my conclusions under Rule 419(1)(a) simply on the basis of the allegations in the pleadings (which must be taken to be admitted for this purpose) and the rest of the record, as well as the decision of the Federal Court of Appeal on which the plaintiffs rely. In disposing of the motion under Rule 419(1)(f) I can, of course, have resort to all the evidence filed.

The application for prohibition filed in March, referred to earlier, was dismissed by a judge of the Trial Division. On appeal the Federal Court of Appeal, in reasons issued on August 20, 1992 [[1992] 3 F.C. 192] seemingly allowed the appeal in part. Although the plaintiffs (who were the same as in the present proceeding) had requested prohibition, the Court of Appeal issued a declaration.

In that decision the Federal Court of Appeal made a number of determinations of fact, such as the following:

[...] interests [of native women] ... are not only unlikely to be properly represented by AFN but are likely to be injured if AFN's position prevails; NWAC does represent those women. The evidence is clear that AFN is not addressing their concerns.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> At pp. 206-207. The AFN was not a party or intervenant in those proceedings.

tionnel qui en résulte ne répond pas à toutes leurs préoccupations. Elles disent que cette exclusion constitue une violation continue des droits et libertés qui, selon le jugement de la Cour d'appel, ont été déjà violés par le passé, et elles demandent à cet égard des dommages-intérêts ainsi que des injonctions permanentes.

L'avocat des défendeurs utilise essentiellement la même plaidoirie pour défendre aussi bien sa requête en radiation que sa prétention selon laquelle aucune question importante n'a été en tout cas soulevée qui justifierait l'octroi d'une injonction. Il soutient en effet que les questions qui ont été soulevées pour demander les injonctions échappent à la compétence des tribunaux. Il invoque divers autres arguments concernant la compétence de la Cour et l'exercice de son pouvoir d'appréciation au sujet des injonctions. Je vais traiter principalement de la requête en radiation. Ce faisant, j'ai pu essentiellement statuer sur la Règle 419(1)a en me fondant seulement sur les allégations dans les plaidoiries (allégations qui doivent être considérées comme admises à cette fin), sur les autres éléments du dossier et sur le jugement de la Cour d'appel fédérale invoqué par les demandesses. Bien entendu, pour statuer sur la requête fondée sur la Règle 419(1)f, je peux recourir à toute la preuve qui a été produite.

La demande visant l'obtention d'une ordonnance de prohibition, qui a été déposée en mars et que j'ai mentionnée plus haut, a été rejetée par un juge de la Section de première instance. Sur appel, la Cour d'appel fédérale, dans un jugement dont les motifs ont été donnés le 20 août 1992 [[1992] 3 C.F. 192], semble avoir accueilli partiellement l'appel. Quoique les demandesses (les mêmes qu'en l'espèce) aient demandé une ordonnance de prohibition, la Cour d'appel a rendu un jugement déclaratoire.

Dans ledit jugement, la Cour d'appel fédérale a fait plusieurs constatations de fait, dont voici des exemples:

... les intérêts [des femmes autochtones] ... sont non seulement vraisemblablement mal représentés par l'APN, mais seront probablement lésés si la position de l'APN prédomine; or, la NWAC représente ces femmes. La preuve montre clairement que l'APN néglige leurs préoccupations<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Aux p. 206 et 207. Dans l'affaire en question, l'APN n'était ni une partie ni une intervenante.

Measured against the norms of Canadian society as a whole, it is in the interests of aboriginal women that, if, as and when they become the subjects of aboriginal self-governments, they continue to enjoy the protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular, the rights and freedoms accorded them by sections 15 and 28, or by equivalent provisions equally entrenched in aboriginal charters . . .<sup>2</sup>

In my opinion, by inviting and funding the participation of those organizations [AFN, NCC, ITC] in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter.<sup>3</sup>

The Court refused to prohibit, as requested, the continued funding of the four designated aboriginal organizations until "equal funding" was provided to the NWAC. It also refused to halt such funding until the Government of Canada allowed the NWAC to participate in the discussions, taking the view that at that stage discussions had moved to the "legislative" stage with which courts cannot interfere. The Court did, however, make a declaration concerning certain violations of NWAC's rights, in the following terms:

IT IS DECLARED THAT the Appellants' freedom of expression guaranteed them by sections 2(b) and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed by the Government of Canada denying the Native Women's Association of Canada equal participation to that accorded the Intervenants and the Assembly of First Nations in the constitutional review process initiated by its publication of the document entitled *Shaping Canada's Future Together—Proposals*.

### Conclusions

The plaintiffs argue in effect that this declaration represents determinations of law which are binding on me, which establish that there is a serious issue and preclude a striking out of the action. It is therefore necessary to consider carefully the meaning of

<sup>2</sup> At p. 212.

<sup>3</sup> At p. 212.

Si l'on se reporte aux normes de la société canadienne en général, il est dans l'intérêt des femmes autochtones, si jamais elles sont assujetties à l'autonomie gouvernementale des autochtones, de continuer à jouir de la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, des droits et libertés qui leur sont garantis par les articles 15 et 28, ou par des dispositions équivalentes également consacrées dans des chartes autochtones. . .<sup>2</sup>

À mon avis, en sollicitant et en finançant la participation de ces organismes [l'APN, le CNAC et l'ITC] au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de la NWAC, le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée alors que la liberté d'expression est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte<sup>3</sup>.

La Cour a refusé l'ordonnance de prohibition demandée qui aurait empêché la continuation du financement des quatre organisations désignées tant qu'un «financement égal» n'aurait pas été versé à la NWAC. Elle a aussi refusé d'ordonner la suspension d'un tel financement tant que le gouvernement du Canada n'aurait pas permis à la NWAC de participer aux discussions, étant d'avis que lesdites discussions ont déjà atteint l'étape «législative» dans laquelle les tribunaux ne pouvaient intervenir. Cependant, la Cour a rendu un jugement déclaratoire concernant certaines violations des droits de la NWAC, dont voici le texte:

IL EST DÉCLARÉ QUE, en empêchant la Native Women's Association of Canada de participer sur un pied d'égalité avec les intervenants et l'Assemblée des premières nations au processus d'examen constitutionnel amorcé par la publication d'un document intitulé *Bâtir ensemble l'avenir du Canada*, le gouvernement du Canada a porté atteinte à la liberté d'expression que garantissent aux appelantes le paragraphe 2b) et l'article 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### Les conclusions

Les demandresses soutiennent en effet que ce jugement déclaratoire contient des constatations de droit qui me lient, qui établissent l'existence d'une question importante et qui empêchent la radiation de l'action. Par conséquent, il me faut examiner soi-

<sup>2</sup> À la p. 212.

<sup>3</sup> À la p. 212.

the declaration, with reference to the reasons as required. First one must consider whether the statement that the plaintiffs' rights were infringed by the government denying them "equal participation" refers to both the inadequate funding and the failure to ensure that they were included in the constitutional review process. It will be noted that the notice of motion, upon which the proceedings before the Federal Court of Appeal were originally based, requested prohibition both until the government had provided the NWAC with funds equal to those provided to the designated organizations, and until it provided the NWAC with "rights to participate in the constitutional review process". The Court itself seems to treat "participation" as referring to matters other than funding.<sup>4</sup> Further, the Court stated that "equal funding" would not necessarily be required to achieve the equality required by section 28 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]].<sup>5</sup> Arguably, then, the reference to "equal participation" in the declaration only refers to the failure to ensure that the NWAC was included in certain processes. As no question of funding is involved in the present proceedings, however, it is not necessary to determine finally the scope of "equal participation". It seems at least clear that it does include invitations to meetings and a role in consultations, the subjects of the present proceeding.

The more important issue is as to whether the declaration was limited in its application to events which had occurred prior to the inter-governmental meetings held in 1992, to most of which the designated organizations were invited but not the NWAC. It is clear from both the Court of Appeal reasons and the statement of claim in the present case that a process of consultation with the public and with aboriginal organizations had commenced with the release by the

gouvernement le sens de ce jugement déclaratoire en me reportant au besoin à ses motifs. Premièrement, il faut déterminer si la mention selon laquelle le gouvernement a violé les droits des demandresses en leur refusant une «participation égale» s'applique à la fois à leur financement insuffisant et au défaut du gouvernement de s'assurer de leur participation au processus de révision de la Constitution. Il convient de noter que l'avis de requête, qui était à l'origine de l'appel dont la Cour d'appel fédérale était ultérieurement saisie, demandait un bref de prohibition tant que le gouvernement n'aurait pas versé à la NWAC une somme égale à celle qu'il versait aux organisations désignées et tant qu'il ne lui aurait pas conféré «le droit de participer au processus de révision de la Constitution». La Cour elle-même semblait considérer la «participation» comme une notion différente du financement<sup>4</sup>. En outre, elle disait que «financer également» la NWAC ne serait pas obligatoirement nécessaire pour respecter le droit à l'égalité garanti par l'article 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]<sup>5</sup>. Il s'ensuit qu'on peut soutenir que la mention de la «participation égale» dans le jugement déclaratoire de la Cour s'applique seulement à l'exclusion de la NWAC de certains processus constitutionnels. Cependant, étant donné que la question du financement n'est nullement en litige en l'espèce, il n'est pas nécessaire en définitive de déterminer le champ d'application de l'expression «participation égale». Il semble du moins que l'expression englobe manifestement l'invitation à participer aux réunions et à jouer un rôle dans les consultations, invitation qui est en cause en l'espèce.

Il y a une autre question plus importante encore, celle de savoir si le jugement déclaratoire de la Cour d'appel s'applique seulement aux événements qui ont précédé les réunions intergouvernementales de 1992, à la plupart desquelles les organisations désignées, mais pas la NWAC, ont été invitées. Il ressort clairement des motifs du jugement de la Cour d'appel comme de la déclaration des demandresses en l'espèce qu'un processus de consultation du public et des

<sup>4</sup> See e.g. pp. 198-199, 209.

<sup>5</sup> At p. 213.

<sup>4</sup> Voir par exemple les pages 198, 199 et 209.

<sup>5</sup> À la page 213.

Government of Canada of its constitutional proposals entitled *Shaping Canada's Future Together—Proposals* in the summer of 1991. Those proposals were referred to a Parliamentary Committee which proceeded to hold hearings at which members of the public could make their views known; and at about the same time a parallel process was started by the aboriginal organizations with respect to their communities, sustained by funding to the designated organizations provided by the Government of Canada. This and other processes of public consultation continued until March 12, 1992 when representatives of the federal, provincial and territorial governments and the designated organizations started meetings which continued until July 7. Thereafter in August there were some meetings of the federal and provincial First Ministers alone and then meetings of First Ministers, representatives of the territorial governments and of the designated organizations culminating in the Charlottetown Accord of August 28. The plaintiffs here complain about the meetings to which they were not invited held after August 20, the date of the Court of Appeal decision. The question is then as to whether the rationale of the Court of Appeal decision applies equally to the process after August 20 so that the rights of the plaintiffs under paragraph 2(b) and section 28 of the Charter must equally be deemed to have been violated and continue to be violated therein.

I have concluded that the declaration issued by the Federal Court of Appeal must be taken to refer to earlier events and to be confined to the processes not involving the taking and implementation of the joint decision of the governments of March 12 to invite the designated organizations as the representatives of the aboriginal peoples to participate thereafter in the constitutional process. The Court itself recognized that it only had jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* to review the decision of a federal board, agency, etc. and that therefore it could not review that intergovernmental decision of March 12. This is clear from the following passage:

The evidence is that the decision to invite "representatives of the Aboriginal peoples to be full participants in the constitu-

organisations autochtones avait commencé avec la publication à l'été 1991 des propositions constitutionnelles du gouvernement du Canada intitulées *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*. Ces propositions ont été renvoyées à un comité parlementaire qui a tenu des audiences où des membres du public pouvaient exprimer leurs opinions. À peu près à la même époque, les organisations autochtones ont commencé au sein de leurs collectivités un processus parallèle qui était financé grâce aux sommes versées par le gouvernement du Canada aux organisations désignées. Ce processus de consultation du public ainsi que d'autres se sont poursuivis jusqu'au 12 mars 1992 quand des représentants des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et des organisations désignées ont commencé des réunions qui ont continué jusqu'au 7 juillet. Il y a eu en août quelques réunions, d'abord entre seulement les premiers ministres du Canada et des provinces puis entre les premiers ministres et les représentants des territoires et des organisations désignées, qui ont abouti le 28 août à l'Accord de Charlottetown. Les demandereses en l'espèce se plaignent de n'avoir pas été invitées aux réunions qui se sont tenues après le 20 août, date du jugement de la Cour d'appel. Il s'agit alors de savoir si le raisonnement dudit jugement s'applique aussi au processus qui s'est déroulé après le 20 août de sorte qu'il faut supposer que les droits que l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte garantissent aux demandereses ont été également violés et continuent d'être violés aux termes dudit jugement.

J'ai conclu que le jugement déclaratoire de la Cour d'appel fédérale doit être interprété comme s'appliquant aux événements antérieurs et se limitant aux processus qui ne comprennent pas l'adoption et la mise en œuvre de la décision conjointe des gouvernements le 12 mars d'inviter les organisations désignées, en leur qualité de représentants des peuples autochtones, à participer par la suite au processus constitutionnel. La Cour a reconnu elle-même qu'elle avait, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, seulement compétence pour contrôler les décisions des offices fédéraux et que, par conséquent, elle ne pouvait pas contrôler la décision intergouvernementale du 12 mars. C'est ce qui ressort clairement du passage suivant:

La preuve démontre que la décision d'inviter [TRADUCTION] «les représentants des peuples autochtones à participer pleine-

tional process” was made at a meeting March 12, 1992, of federal, provincial and territorial representatives. That was clearly not the decision of a federal board, etc., and is relied on by the respondent in disputing the availability of section 18 relief. However, there is no evidence that the decision to invite the designated aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee was made by any but an authorized emanation of the federal government alone and it is most unlikely, if not legally impossible, that the decision to allocate federal funding was made by any but a federal board, etc. As I understand our Constitution, the expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If, as it appears, the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative.<sup>6</sup>

Thus the Court of Appeal decision can only be taken to be dealing with decisions by the Government of Canada with respect to aboriginal participation in the “parallel process” referred to<sup>7</sup> which preceded the intergovernmental meetings, and not decisions taken at those meetings commencing March 12 to include the designated organizations but not the NWAC.

Not only does the decision of the Court of Appeal not apply by its terms to the decisions taken by the federal and provincial governments to invite the designated organizations to participate in the intergovernmental discussions, but the rationale of the Court of Appeal judgment excludes those decisions from judicial review. The Court adopts the reasoning in *Penikett v. Canada*<sup>8</sup> and the decision of the Supreme Court of Canada in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*<sup>9</sup> in which it was held that normally the courts should not be involved in reviewing the “legislative process”. The Supreme Court of Canada did expressly

leave aside the issue of review under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where a guaranteed right may be affected.<sup>10</sup>

In following these decisions, and having regard to the latter statement, the Federal Court of Appeal stated

<sup>6</sup> At p. 214.

<sup>7</sup> It will be noted that the declaration made under s. 18 was made against Her Majesty, the only defendant in that case: cf. *Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd.*, [1972] F.C. 993, at p. 999 (C.A.).

<sup>8</sup> (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (Y.T.C.A.).

<sup>9</sup> [1991] 2 S.C.R. 525.

<sup>10</sup> *Ibid.*, at p. 559.

ment au processus constitutionnel» a été prise le 12 mars 1992, par les représentants fédéraux, provinciaux et territoriaux. De toute évidence, il ne s'agit pas là de la décision d'un office fédéral, ce dont l'intimée fait état pour contester la disponibilité de la réparation fondée sur l'article 18. Toutefois, aucune preuve ne démontre que la décision d'inviter les organisations autochtones désignées à entreprendre un processus parallèle à celui du comité parlementaire a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral, et il n'est guère vraisemblable, sinon légalement impossible, que la décision de verser des deniers publics ait été prise par nul autre qu'un office fédéral. Selon mon interprétation de la Constitution, le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si, comme il paraît, l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale<sup>6</sup>.

Ainsi, il faut en déduire que le jugement de la Cour d'appel vise seulement les décisions du gouvernement du Canada concernant la participation des autochtones audit «processus parallèle»<sup>7</sup> qui était antérieur aux réunions intergouvernementales, et non les décisions, prises aux réunions débutant le 12 mars, d'inclure les organisations autochtones mais pas la NWAC.

Non seulement les termes du jugement de la Cour d'appel ne s'appliquent pas aux décisions prises par les gouvernements fédéral et provinciaux d'inviter les organisations désignées à participer aux discussions intergouvernementales, mais son raisonnement exclut ces décisions du contrôle judiciaire. La Cour a adopté le raisonnement de l'arrêt *Penikett v. Canada*<sup>8</sup> et aussi du *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*<sup>9</sup> dans lequel la Cour suprême du Canada a statué que les tribunaux ne devraient normalement pas contrôler le «processus législatif». La Cour suprême du Canada a dit expressément qu'elle ne

traiterait[t] pas de la question de l'examen en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d'atteinte possible à un droit garanti<sup>10</sup>.

En suivant ces jugements, notamment le dernier passage cité, la Cour d'appel fédérale a dit

<sup>6</sup> À la p. 214.

<sup>7</sup> Il convient de noter que le jugement déclaratoire rendu par la Cour en application de l'art. 18 l'a été à l'encontre de Sa Majesté qui était la seule défenderesse dans cette affaire: cf. *Le ministre du Revenu national et la Reine c. Creative Shoes Ltd.*, [1972] C.F. 993, à la p. 999 (C.A.).

<sup>8</sup> (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A.T.Y.).

<sup>9</sup> [1991] 2 R.C.S. 525.

<sup>10</sup> *Ibid.*, à la p. 559.

... it is notorious that the constitutional review process has now moved beyond consultation. Every such process necessarily will at some point, unless it aborts sooner, pass from a consultative stage to a legislative stage in which the courts will not meddle. While the *CAP Reference* appears to have left the question open, I frankly cannot conceive of even Charter-based circumstances in which a court could properly interfere, however indirectly, with the convening of a First Ministers' Conference or any other purely intergovernmental meeting and dictate to them whom they ought to invite to their table.<sup>11</sup>

Thus in effect the Court of Appeal recognized that the current process had already gone beyond the point of judicial review.

The Court of Appeal was of the view that the following principles were established by the reference in *Re Canada Assistance Plan* and the *Penikett* case [at page 217]:

- a. the Charter, Part I of the *Constitution Act, 1982*, cannot be invoked to interfere with the process of amending the Constitution mandated by Part V;
- b. the process of amending the Constitution, as a legislative process, begins not later than when First Ministers are convened to agree upon a constitutional resolution they will put to their legislatures; and
- c. the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except, possibly, where a Charter guaranteed right may be affected.

In *Penikett*, which involved a complaint by the Yukon Territory that it had not been invited to the First Ministers' meetings which resulted in the Meech Lake Accord, it was held that

the Prime Minister in convening the Meech Lake Conference of First Ministers was initiating the process of legislation which could lead to an amendment of the Constitution.

It would be hard to distinguish in principle between First Ministers' meetings and the meeting of ministers of the respective governments "which could lead to an amendment of the Constitution". It is common ground that such ministerial meetings started in the present process on March 12, 1992. But even if the "legislative" process is confined to meetings of First Ministers, these commenced on August 4 and everything which has followed has involved either meet-

<sup>11</sup> At pp. 219-220.

... il est bien connu que le processus de révision de la Constitution se situe maintenant au-delà de la consultation. Tout processus de cette nature passera, à un moment, à moins qu'il n'avorte plus tôt, d'une étape consultative à une étape législative dans laquelle les tribunaux ne s'immisceront pas. Bien que le *Renvoi relatif au RAPC* paraisse avoir laissé la question sans réponse, je ne peux franchement concevoir des circonstances, même fondées sur la Charte, où le tribunal pourrait à bon droit intervenir, si indirectement cela soit-il, dans la convocation d'une conférence des premiers ministres ou de toute autre réunion purement intergouvernementale et leur dicter leur liste d'invités<sup>11</sup>.

Ainsi, la Cour d'appel a effectivement reconnu que le processus en cours avait déjà dépassé le point où le contrôle judiciaire pouvait encore s'exercer.

Selon la Cour d'appel, l'arrêt *Penikett* et le *Renvoi relatif au RAPC* ont posé les principes suivants [à la page 217]:

- d a. La Charte, qui forme la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne peut être invoquée pour intervenir dans le processus de modification de la Constitution prévu à la partie V;
- b. Le processus de modification de la Constitution, qui est législatif, débute dès la convocation des premiers ministres en vue de convenir d'une résolution constitutionnelle qu'ils présenteront à Leur législature;
- e c. La rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie d'un processus législatif de modification dans lequel les tribunaux ne s'immisceront pas sauf, peut-être, si un droit garanti par la Charte risque d'être violé.

Dans l'arrêt *Penikett*, où le gouvernement du territoire du Yukon se plaignait qu'il n'avait pas été invité aux réunions des premiers ministres qui avaient abouti à l'Accord du lac Meech, le tribunal a statué que

[TRADUCTION] En convoquant la conférence des premiers ministres au lac Meech, le premier ministre a lancé le processus législatif qui pourrait entraîner la modification de la Constitution.

Ce serait difficile de distinguer en principe entre une réunion des premiers ministres et une réunion des représentants des gouvernements respectifs «qui pourrait entraîner la modification de la Constitution». Il est reconnu que, dans le cadre du processus constitutionnel, de telles réunions ministérielles ont débuté le 12 mars 1992. Mais même si on limite le processus «législatif» aux réunions des premiers ministres, lesdites réunions ont débuté le 4 août et les réunions qui

<sup>11</sup> Aux p. 219 et 220.

ings of First Ministers or meetings of officials to implement the decisions of First Ministers.

It is true that, as quoted above, the Court of Appeal stated that a court could not properly interfere

with the convening of a First Ministers' Conference or any other purely intergovernmental meeting and dictate to them whom they ought to invite to their table. [Emphasis added.]

The plaintiffs contend that since the meetings commencing on March 12 involved the four designated organizations, these were not "purely intergovernmental" meetings. I do not think the Court of Appeal intended such a distinction, since it lays emphasis on the fact that a legislative process had begun and that is a process with which courts should not interfere. It is no less a legislative process if the governmental representatives invite certain organizations to meet with them to assist in the development of provisions for adoption in the Constitution.

Indeed, however one may define the "legislative process"—and in my view it is very difficult in an evolutionary process by which ideas for constitutional change eventually find their way into constitutional amendments, to fix a date when that process becomes "legislative"—the fundamental problem is that certain issues are not justiciable. Among those are questions as to whom federal and provincial governments ought to meet with and consult during the development of constitutional amendments. That issue is not justiciable unless there are legal or constitutional rules which a court can apply for their determination.<sup>12</sup> What principles are the courts to apply in making up an invitation list for a constitutional conference? Assuming that, for example, section 15 or 28 of the Charter require that there be a gender balance in the interests represented at the constitutional table, how is one to define those interests? To what extent should they be regarded as legitimate free-standing interests, of compelling importance in disregard of competing interests and requiring separate representation? How is a judge to determine who

<sup>12</sup> See e.g. *Reference re Canada Assistance Plan case*, *supra*, note 9, at pp. 545-546.

ont suivi étaient toutes soit des réunions entre premiers ministres, soit des réunions entre des fonctionnaires qu'ils ont chargés de mettre en œuvre leurs décisions.

Certes, comme l'indique le passage cité ci-dessus, la Cour d'appel a dit qu'un tribunal ne pourrait à bon droit intervenir

dans la convocation d'une conférence des premiers ministres ou de toute autre réunion purement intergouvernementale et leur dicter leur liste d'invités. (C'est moi qui souligne.)

Puisque les réunions qui ont débuté le 12 mars comprenaient les quatre organisations désignées au nombre de leurs participants, ce n'étaient pas, soutiennent les demanderesse, des réunions «purement intergouvernementales». Je ne pense pas que la Cour d'appel ait voulu faire une telle distinction puisqu'elle soulignait qu'un processus législatif avait commencé, dans lequel les tribunaux ne devraient pas intervenir. Le processus n'est pas moins législatif si les représentants des gouvernements invitent certaines organisations à se joindre à eux pour les aider à élaborer les dispositions à adopter dans la Constitution.

En effet, quelle que soit la manière dont on définit le «processus législatif»—et je crois qu'il est très difficile, dans un processus évolutif au cours duquel des suggestions de réforme constitutionnelle deviennent ultérieurement des modifications constitutionnelles, de fixer une date à partir de laquelle ce processus devient «législatif»—le problème fondamental est que certaines questions échappent à la compétence des tribunaux. Au nombre de ces questions est celle de savoir qui les gouvernements fédéral et provinciaux devraient rencontrer et consulter durant l'élaboration des modifications constitutionnelles. C'est une question qui échappe à la compétence des tribunaux à moins que ceux-ci puissent appliquer des règles juridiques ou constitutionnelles pour rendre une décision<sup>12</sup>. Quels principes les tribunaux doivent-ils appliquer pour dresser la liste des invités à une conférence constitutionnelle? En supposant, par exemple, que les articles 15 ou 28 de la Charte exige une participation équilibrée des sexes parmi les intérêts représentés à la table constitutionnelle, comment doit-on définir ces intérêts? Dans quelle mesure sont-ils con-

<sup>12</sup> Voir par ex. le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, précité, note 9, aux p. 545 et 546.

genuinely represents those interests and who does not? These are surely political questions for which there are no legal or constitutional principles to guide a court in its decision. I cannot think that such decisions are the proper function of judges.

I also respectfully accept the conclusion of the Yukon Territory Court of Appeal (endorsed by the Federal Court of Appeal) that the Charter, relied on by the plaintiffs here to assert their right to a role in the constitutional amendment process, does not apply to the activities of governments when they are engaged in preparing or making amendments pursuant to Part V of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. As that Court held, subsection 32(1) of the Charter which makes it apply to the Government of Canada "in respect of all matters within the authority of Parliament" and to the government of a province or territory "in respect of all matters within the authority" of its legislature, does not apply to the making of a constitutional amendment. A constitutional amendment is not a "matter" within the authority of either Parliament or provincial legislatures. Rather such amendments must be made by joint decisions of those bodies.<sup>13</sup> What is involved in the present process, and has been involved since at least March 12, is an intergovernmental effort to agree on the substance and later the texts of constitutional amendments to be presented to Parliament and the legislatures for joint approval by resolution. This effort does not come within subsection 32(1) which applies the Charter to governmental activity.

I therefore conclude that the claims for injunctions in the statement of claim, depending as they do on the proposition that the Government of Canada is obliged to invite the plaintiff association to partici-

<sup>13</sup> *Penikett* case, *supra*, note 8, at pp. 113-114.

siderés comme des intérêts indépendants et légitimes dont l'importance prédominante par rapport à d'autres intérêts concurrents exige qu'on leur accorde une représentation distincte? Comment un juge peut-il déterminer qui représente vraiment ces intérêts et qui ne les représente pas? Ce sont là certainement des questions politiques au sujet desquelles il n'existe pas de principes juridiques ou constitutionnels qui pourraient guider un tribunal dans sa décision. Je ne peux croire que de telles décisions rentrent dans le cadre des fonctions des juges.

J'accepte aussi respectueusement la conclusion de la Cour d'appel du territoire du Yukon (qui a reçu l'aval de la Cour d'appel fédérale) selon laquelle la Charte, que les demanderesse en l'espèce ont invoquée pour faire valoir leur droit de participer au processus de modification de la Constitution, ne s'applique pas aux activités entreprises par les gouvernements dans le cadre de la rédaction ou de l'élaboration de modifications visées à la partie V 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]]. L'arrêt en question a statué que le paragraphe 32(1) de la Charte, où il est dit que la Charte s'applique au gouvernement du Canada «pour tous les domaines relevant du Parlement» et au gouvernement d'une province ou d'un territoire «pour tous les domaines relevant» de sa législature, ne s'appliquait pas à l'élaboration d'une modification constitutionnelle. La modification de la Constitution n'est pas un «domaine» qui relève du Parlement ou des législatures provinciales. Elle doit se faire par décision conjointe de ces assemblées<sup>13</sup>. Ce qui se passe dans le processus actuel, et ce qui s'est passé depuis au moins le 12 mars, c'est un effort intergouvernemental d'arriver à s'entendre d'abord sur le fond et ensuite sur les textes des modifications constitutionnelles à présenter au Parlement et aux législatures pour qu'ils les adoptent conjointement par résolution. Cet effort ne rentre pas dans le cadre du paragraphe 32(1) qui applique la Charte aux activités gouvernementales.

Je conclus, par conséquent, que les demandes d'injunctions faites dans la déclaration et prétendant que le gouvernement du Canada a l'obligation d'inviter l'association demanderesse à participer au processus

<sup>13</sup> Voir l'arrêt *Penikett*, précité, note 8, aux p. 113 et 114.



pate in the constitutional review process on equal terms with the designated organizations, must be struck out as disclosing no reasonable cause of action. It is plain and obvious that there is no legal basis for such a claim. Further these requests for relief are an abuse of the process of the Court involving as they do matters beyond the jurisdiction of any court to decide.<sup>14</sup> The requests for interlocutory injunctions to the same effect must be dismissed for the same reason.

The requests for interlocutory and permanent injunctions to stop the referendum scheduled for October 26, 1992 can be struck out or dismissed as disclosing no reasonable cause of action and as an abuse of the process of the Court for another reason. The defendants against whom these injunctions are sought are Her Majesty, the Prime Minister, and Constitutional Affairs Minister Clark. I do not understand what role Her Majesty is thought to play in all of this. Nor does the Prime Minister or the Right Honourable Mr. Clark have any official role in the conduct of the referendum. That referendum is being conducted under the *Referendum Act*.<sup>15</sup> It is not disputed that the necessary steps have been taken under that Act for the holding of a referendum. Parliament has passed the necessary resolution approving the referendum question and the Governor in Council has issued a Proclamation directing that the opinion of electors be obtained on the question approved by Parliament. Pursuant to those steps, the Chief Electoral Officer has issued the writs of referendum and is now in charge of conducting the vote. The plaintiffs do not challenge the validity of the *Referendum Act* nor of any steps taken thereunder. They have not, for example, named the Governor in Council as a defendant nor challenged the validity of the issue of the proclamation. Therefore the referendum must continue in accordance with the Act and neither the Prime Minister nor the Right Honourable Mr. Clark can stop that process even if the Court ordered them to do so. Further, it is not apparent to me that even if the plaintiffs had established some constitutional impropriety in the conduct of federal-provincial discussions leading up to the Charlottetown Accord, it would necessarily

<sup>14</sup> See e.g. *Weider v. Beco Industries Ltd.*, [1976] 2 F.C. 739 (T.D.).

<sup>15</sup> S.C. 1992, c. 30.

de révision de la Constitution au même titre que les organisations désignées, doivent être radiées car elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action. Cette prétention n'a de toute évidence aucun fondement juridique. En outre, ces demandes de réparation constituent un usage abusif des procédures de la Cour, car elles concernent des questions qui échappent à la compétence de n'importe quel tribunal<sup>14</sup>. Les demandes visant à obtenir les injonctions interlocutoires ayant le même effet doivent également être rejetées pour le même motif.

Les demandes d'injonctions interlocutoires et permanentes visant à interdire le référendum prévu pour le 26 octobre 1992 peuvent être radiées ou rejetées au motif qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action ou encore au motif qu'elles constituent un usage abusif des procédures de la Cour. Les défendeurs visés par les injonctions demandées sont Sa Majesté, le premier ministre et le ministre des Affaires constitutionnelles Clark. Je ne comprends pas quel rôle on croit que Sa Majesté joue dans tout ceci. De même le premier ministre ou le très honorable Clark ne jouent aucun rôle officiel dans la tenue du référendum. Le référendum en question se tiendra en vertu de la *Loi référendaire*<sup>15</sup>. Personne ne conteste que les mesures nécessaires ont été prises en vertu de ladite Loi en vue de la tenue d'un référendum. Le Parlement a adopté la résolution requise pour approuver la question référendaire et le gouverneur en conseil a fait une proclamation ordonnant une consultation des électeurs sur la question approuvée par le Parlement. En application de ces mesures, le directeur général des élections a émis les brefs de référendum et se charge actuellement d'organiser le scrutin. Les demanderessees ne contestent pas la validité ni de la *Loi référendaire* ni des mesures qui ont été prises sous son régime. Elles n'ont pas, par exemple, cité le gouverneur en conseil en tant que défendeur ni contesté la validité de la proclamation. Par conséquent, le référendum doit se poursuivre conformément à la loi et ni le premier ministre ni le très honorable Clark ne peuvent arrêter le processus même si la Cour le leur ordonne. En outre, même si les demanderessees avaient réussi à prouver l'existence d'une quelconque inconstitutionnalité dans la

<sup>14</sup> Voir par ex. *Weider c. Industries Beco Ltée.*, [1976] 2 C.F. 739 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>15</sup> L.C. 1992, ch. 30.

follow that the referendum could not be held on the basis of that Accord. In fact section 3 of the *Referendum Act* authorizes the use of a referendum to obtain the opinion of electors "on any question relating to the Constitution of Canada . . ." Such question could emanate from any source as long as it is approved by the House of Commons and Senate. There is no condition precedent in the *Referendum Act* that such question be based on any intergovernmental consensus.

For the same reasons I would conclude that even if these requests for injunctive relief were not struck out or dismissed for want of jurisdiction, injunctions would have to be refused because no serious issue has been raised. For these purposes I can rely on all of the evidence submitted.

I am not going to strike out the relief for damages in the statement of claim because it may well cover as well the period prior to March 12 in respect of which the Federal Court of Appeal made its declaration. As I understand it, the complaint in that respect is that the government has not respected the declaration of the Court of Appeal and through its failure to provide funding in that period on an appropriate basis the plaintiffs have suffered damages. This issue was not debated before me and I therefore make no finding as to the viability of the claim for damages.

I am awarding costs to the respondents in accordance with usual practice but not to the intervenors who appeared at their own request.

tenue des discussions fédérales-provinciales qui ont abouti à l'Accord de Charlottetown, je ne vois pas comment il pourrait s'ensuivre nécessairement que le référendum ne peut pas se tenir sur la base de cette entente. En fait, l'article 3 de la *Loi référendaire* autorise la tenue d'un référendum pour obtenir l'opinion des électeurs «sur une question relative à la Constitution du Canada. . .» Une telle question peut émaner de n'importe quelle source à condition qu'elle ait été approuvée par la Chambre des communes et le Sénat. La *Loi référendaire* ne pose pas comme condition préalable que cette question doit être basée sur un consensus intergouvernemental.

Pour les mêmes motifs, je conclurais que, si ces demandes interlocutoires n'étaient pas radiées ou rejetées pour incompétence, la Cour devrait quand même refuser d'accorder les injonctions demandées parce qu'aucune question sérieuse n'a été soulevée. À cet égard, je peux m'appuyer sur toute la preuve qui a été présentée.

Je ne vais pas radier la demande de dommages-intérêts formulée dans la déclaration parce qu'elle peut bien inclure aussi la période antérieure au 12 mars visée dans le jugement déclaratoire de la Cour d'appel fédérale. Si je ne m'abuse, les demandresses se plaignent à cet égard que le gouvernement n'a pas respecté le jugement déclaratoire de la Cour d'appel et qu'en ne leur accordant pas un financement suffisant, il leur a causé un préjudice. Cette question n'a pas été débattue devant la Cour et je ne fais donc aucune constatation concernant la validité de la demande de dommages-intérêts.

J'accorde les dépens aux intimés conformément à l'usage, mais je ne les accorde pas aux intervenants qui ont comparu à leur propre demande.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. 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.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application to stay exclusion order pending final disposition of application for leave to seek judicial review—Claim for Convention refugee status found by tribunal to have no credible basis—Serious issue to be tried—Applicant fearing irreparable harm at hands of chief makers and police authorities if returned to Ghana—Findings of tribunal matters raised by applicant in application for leave to seek judicial review—No basis for questioning reasonableness of applicant's belief—Applicant would suffer irreparable harm if removed to Ghana before application for leave to seek judicial review determined by Court—No serious prejudice caused to respondent—Application allowed.

THOMPSON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1296, MacKay J., order dated 13/11/92, 5 pp.)

Application for interim stay of execution of exclusion order and removal of applicant from Canada to Delhi pending disposition of application for leave to seek judicial review of exclusion order and of negative decision of credible basis panel—Applicant citizen of India—Hindu residing and operating small business in Punjab—Claiming Sikh extremists robbed store, police not providing protection, but detaining him and forcing him to give false testimony—When left Punjab for Delhi, house set afire by extremists—Application dismissed—Although arguable issues raised in relation to decision of credible basis panel, applicant not suffering irreparable harm if removed from Canada to Delhi—Affidavit evidence relating to fears for safety if removed to Punjab, but to be removed to Delhi—No affidavit evidence establishing basis for fear if returned to India outside Punjab—If leave granted and decision no credible basis for claim to refugee status quashed, respondent responsible for cost of arrangements for applicant's return to Canada—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 18.2 (as am. *idem*)—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).

DUGGAL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1409, MacKay J., order dated 6/11/92, 7 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

### *Inadmissible Persons*

Appeal from refusal to grant order requiring application for landing be dealt with without further mental assessment—Application for landing refused based on medical opinion accompanying dependant, Down's Syndrome sufferer, predisposed to Alzheimer's disease—Medical evidence discrediting predisposition led to consent order quashing refusal and requiring respondents to consider and process application in accordance with Act and Regulations and to determine whether would be contrary to law to grant landing—Visa officer declined to take further action unless child subjected to psychometric testing—Appellant argued order rendered as to inadmissibility under s. 19(1)(a)(ii) on basis of child's mental condition no longer issue; only basis found inadmissible for that reason invalid and matter *res judicata*—Appeal dismissed—Order not excusing appellants from establishing admission would not be contrary to s. 19(1)(a)(ii)—Only Down's Syndrome/Alzheimer's disease link *res judicata*—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

WONG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-195-91, Mahoney J.A., judgment dated 24/9/92, 3 pp.)

### *Removal of Visitors*

Application for order staying execution of exclusion orders—Applicant entered Canada as visitor—Application for Convention refugee status denied at first level hearing and on appeal—Receiving \$30,000 in social assistance for previous 20 months—Deportation order based on membership in inadmissible class (person who there are reasonable grounds to believe will be unable to support self) and remaining in Canada after ceased being visitor—Application dismissed—No serious issue to be tried—Applicant admits need of financial support and therefore inability to support himself without assistance—Convention refugee claimant not securing privileged classification, which status maintained after application denied—According to Immigration Act, s. 2 "visitor" meaning person lawfully in Canada, or seeking to come into Canada for temporary purpose—Once time for visit expires, ceases to be

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

visitor and no longer lawfully in Canada—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1).

DAW V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1427, Dubé J., order dated 16/9/92, 4 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Stay of exclusion—Motion to stay execution of exclusion orders—Applicants citizens of Trinidad and Tobago—Husband came to Canada in 1974—Worked legally on seasonal basis since 1974 to support family—Wife and five children came to Canada in 1988 when home in Trinidad burned down—No credible basis for refugee status found, and exclusion orders made—Permission to apply for permanent residence from within Canada based on compassionate and humanitarian reasons denied—Outstanding application for leave to commence judicial review proceedings attacking denial—Motion dismissed—No serious issue to be tried—Applicants establishing neither unfair exercise of immigration officer's discretion nor reviewable error—No irreparable harm if applicants returned to Trinidad—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

MAHADEO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-998, Collier J., order dated 22/7/92, 6 pp.)

Stay of exclusion—Motion to stay execution of exclusion order—Applicant, citizen of Ghana, entered Canada in 1987—In 1990 found not to have credible basis for refugee status and exclusion order issued—Permission exempting applicant on humanitarian and compassionate grounds from requirement application for permanent residence be made from outside Canada denied—Outstanding application for leave to commence judicial review proceedings attacking that refusal—Applicant's marriage in Canada *bona fide*—Although serious issue to be tried in pending judicial proceedings, applicant not showing irreparable harm if removed to Ghana—Sworn evidence that of associate in applicant's counsel's firm, some of which inadmissible—No sworn affidavit evidence from applicant—Balance of convenience favouring execution of exclusion order—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

BEMPAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1006, Collier J., order dated 22/7/92, 6 pp.)

### Federal Court Jurisdiction

Stay of exclusion order—Application to stay execution of exclusion order made by adjudicator on March 25, 1992—Applicant found to have no credible basis for claim to be Convention refugee—Court has jurisdiction to hear application for stay as within Court's jurisdiction under Federal Court Act, s. 18.2 to make interim order—Instant application integral to application for leave to seek judicial review—Whether applicant raised serious issue to be tried based on fear life in danger if returned to Ghana—No evidence of serious issue to be tried—No affidavit or other evidence on file to support grounds for attacking adjudicator's decision—No evidence applicant

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

would suffer irreparable harm if stay sought not granted—Responsible officers concluded applicant's fears not warranting admission to Canada as refugee or landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds—Application dismissed.

ESSEL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1724, MacKay J., order dated 5/11/92, 8 pp.)

### Leave Requirements

Motion to stay execution of exclusion order—Applicant came to Canada from Nigeria in 1992—Son of Christian pastor—Worked to convert others to christianity—Believes parents murdered by Muslim rioters, and own life in danger from Muslim rioting—Panel finding no credible basis for refugee claim—Panel not persuaded Nigerian authorities unable or unwilling to protect applicant—Application for leave to commence judicial review proceedings against exclusion order and against decision applicant not having credible basis for refugee claim outstanding—Motion dismissed—Applicant not establishing serious issue to be tried—No reviewable error based on materials before Court—No irreparable harm if applicant returned to Nigeria—No greater risk to applicant than to many fellow citizens—Court also not persuaded Nigerian authorities will not protect applicant—Balance of convenience favours execution of exclusion order.

SORAE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-785, Collier J., order dated 22/7/92, 4 pp.)

Application for leave to appeal decision of Convention Refugee Determination Division—Court Registry notifying Immigration and Refugee Board applicant requesting Tribunal to forward record to Registry pursuant to Federal Court Immigration Rules, R. 20—R. 21 requiring tribunal served with request under R. 20 to forward record without delay—Board declining to comply as in receipt neither of application for leave nor written request for record as required by R. 20—*Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 27 (C.A.), followed—Application for leave stayed until either Board complying with request for record or judgment rendered in application for leave in *Singh*, whichever occurs first—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, RR. 20 (as am. by SOR/91-698, s. 15), 21 (as am. *idem*).

CHILUMULA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-4547, Desjardins J.A., order dated 8/10/92, 3 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### Citizens

Naturalization—Knowledge requirements—Appeal from Citizenship Judge's decision rejecting application for Canadian citizenship for lack of adequate knowledge of one of official languages of Canada, and of responsibilities and privileges of citizenship under Citizenship Act, s. 5(1)(d),(e)—Appellant able to name Prime Minister, several provinces and capital of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

country—Not having adequate knowledge of one of official languages of Canada—Act, s. 5(1)(d) not complied with—No compelling reason to interfere with decision of Citizenship Judge—Appellant should not benefit from exercise of Minister's discretion on compassionate grounds under Act, s. 5(3)(a),(4)—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(d),(e).

ABBOUD (RE) (T-1064-91, McGillis J., judgment dated 9/9/92, 2 pp.)

Naturalization—Residency requirements—Appeal from refusal to grant citizenship—Appellant came to Canada from Egypt in 1983—Married Canadian citizen—Attended college and started family—In 1985, when advised employment would be terminated due to staff reductions, husband accepted employment with division of same employer in South Africa for minimum two years—Upon departure from Canada no guarantee husband would be offered employment in Canada again—Family returned to Canada in 1990 and husband resumed employment—During absence appellant maintained bank savings account, RRSP, Alberta driver's licence and health care insurance coverage—Corresponded with limited number of Canadian friends—Throughout stay in South Africa intended to return to Canada, circumstances permitting—Appeal dismissed—Cases where citizenship granted despite absences from Canada during good part of statutory period distinguished—Insufficient ties to Canada to find appellant continued to reside in Canada during lengthy absence—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1).

WASFI V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (T-2415-91, Noël J., judgment dated 17/9/92, 4 pp.)

Naturalization—Residency requirements—Appellant, citizen of People's Republic of China, arriving in Canada in 1980—Attending university, married Canadian citizen in 1985—In 1986 becoming permanent resident and leaving for Hong Kong to care for husband's mother—Between departure from Canada and application for citizenship, appellant physically present in Canada during three visits lasting one month—Maintained returning resident permit—Appeal allowed—Where physical absence during statutory period, proof of continued residence requiring evidence as to temporary nature of absence, clear intent to return, and existence of sufficient factual ties with Canada to assert residence in fact during period—Where absent during quasi-totality of statutory period, must also show clear evidence as to reason for continued absence, which reason must not be inconsistent with intent to retain Canada as country of residence, and demonstrate continued absence not resulting in adoption of another country as country of residence—Absence to care for husband's mother, thus allowing mother-in-law to remain in country of origin, not inconsistent with desire to maintain Canada as country of residence—Factual ties with Canada remaining as strong as when left—Both appellant and husband clearly interweaving selves in Canadian fabric prior to departure, socially and professionally—*Pied-à-terre* maintained in sister-in-law's residence at Pierrefonds, Quebec—Husband maintaining membership in Canadian Institute of Chartered Accountants—Family savings held in Canadian currency in Canadian banks—Husband

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

repeatedly requesting transfer to Canada—Court accepting statement of intention never to return to China and evidence stay in Hong Kong temporary—Appellant's family will have left Hong Kong well before political sovereignty reverting back to China—Staying in Hong Kong only until husband finding employment in Canada and able to make alternative arrangements for care of mother-in-law—Facts herein exceptional—Result different had Court not been satisfied appellant firmly established as Canadian resident prior to departure, and prolonged stay in Hong Kong not resulting in adoption of that country as country of residence—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(b).

SUN (RE) (T-2755-91, Noël J., order dated 12/11/92, 7 pp.)

Naturalization—Knowledge requirements—Appeal from refusal of citizenship for inadequate knowledge of Canada, responsibilities and privileges of citizenship—Appellant understanding neither English nor French—Speaking only few words of English and no French—Although in Canada 10 years, making no effort to learn either official language—Unable to answer questions relating to Canada, except name of Prime Minister—Applicant for citizenship must make some effort to deserve privilege of Canadian citizenship—Appeal dismissed.

CHOI (RE) (T-513-92, Teitelbaum J., judgment dated 8/10/92, 2 pp.)

### *Convention Refugees*

Appeal from Immigration and Refugee Board's decision appellant not Convention refugee—Board basing conclusion appellant's fear of persecution not having objective basis on excerpts from Amnesty International Report dealing with human rights record of Uganda from 1986 to 1989 and from U.S. Department of State Country Reports on Human Rights Practices for 1988—Board's conclusions reasonably open to it based on totality of evidence adduced—That some documentary evidence not mentioned in reasons not fatal to decision—Immigration Act, s. 2(2) and (3) speaking of loss of Convention refugee status because of change in material circumstance in refugee's home nation—Not altering test used to initially determine claimant's status—S. 2(2) and (3) not applicable unless first fall within statutory definition of Convention refugee in s. 2(1)—To establish Convention refugee status must meet both subjective and objective threshold—In finding situation in Uganda changed, Board concluding fear of persecution not having objective element necessary to make it well-founded—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2.

HASSAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-831-90, Heald J.A., judgment dated 22/10/92, 5 pp.)

Application to impeach Board's finding appellant's testimony not credible—Appellant's answers to own counsel and to Refugee Hearing Officer unambiguous and consistent—Ellam People's Revolutionary Liberation Front (EPRLF) detaining appellant at army camp—Demanded 15,000 rupees for his release—Accepted 5,000 rupees for his return home on

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

condition would pay balance—EPRLF returning to collect balance after appellant fleeing—EPRLF mistreated family and abducted daughter—Appellant afraid would be killed if did not have money, and of view EPRLF would not stop harassing him—Based on uncontradicted evidence, Board erred in holding no indication still demanding money at time of release—Appeal allowed.

ANTHONY PILLAI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-925-90, Heald J.A., judgment dated 22/10/92, 6 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board's decision rejecting applicant's claim for refugee status—Whether matter should be remitted to Board or claim determined by Court under Federal Court Act, s. 52(c)(i)—Applicant likely to be persecuted in homeland of Kenya because of physical appearance—Appeal allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(c)(i).

ALI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-236-91, Stone J.A., judgment dated 30/9/92, 2 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board's decision rejecting appellant's claim for refugee status—Decision based on two findings of fact, neither relating to appellant's credibility—Neither finding justifiable on evidence before Board—Board's conclusion not supported by documentary evidence, appellant's oral testimony and testimony of expert witness—Appeal allowed.

LAI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-484-91, MacGuigan J.A., judgment dated 6/10/92, 3 pp.)

Application to set aside decision of Immigration Refugee Board—No inconsistencies and implausibilities as described by panel—Panel failing to deal with documentary evidence and to apply very low threshold test applicable at first level hearing—Application allowed.

SIKDER V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-718-91, Hugessen J.A., judgment dated 8/10/92, 2 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

Responsible government—Executive branch—Delegation of Minister's powers—Appeal from Trial Division's decision ([1991] 1 F.C. 191) order of Deputy Minister amending Order in Council on Indian band council elections valid and Minister's power lawfully delegated—No error by Trial Judge entitling Court to set aside decision *a quo*—Appeal dismissed.

BADGER V. CANADA (A-1019-90, Heald J.A., judgment dated 3/11/92, 1 p.)

## CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

### CHARTER OF RIGHTS

#### Enforcement

Appeal and cross appeal from Trial Division's order ([1993] 1 F.C. 171) striking out claims for injunctions as disclosing no reasonable cause of action, abuse of process—Charlottetown Accord and related accords now dead letter—Some criteria laid down in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, for exercise of Court's discretion not met—Appeal dismissed—Certain paragraphs of statement of claim irrelevant to remaining claim for damages, should have been struck—No law of Canada supporting claim for damages against individual respondents herein—Cross appeal allowed in part.

NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA V. CANADA (A-1386-92, Isaac C.J., Hugessen J.A., judgment dated 13/11/92, 4 pp.)

## CROWN

### CONTRACTS

Action for breach of contract for tailoring and seamstress services to be provided for Department of National Defence on which plaintiffs successful bidder—Plaintiffs alleging demands placed on them by DND so much more than unexceptional tailoring and alteration work reasonably anticipated that constituted breach of contract, compelling plaintiffs to quit job site and withdraw services—Alleging breach of expressed terms of written agreement and breach of verbal representations by DND prior to completion of contract and subsequently in relation to proposed amendment to terms—Action dismissed—Request for Standing Offer constituting offer for contract—In completing bid, plaintiffs promising to render certain services on certain conditions and for certain prices—Offer accepted by DND requesting plaintiffs' services—Request for Standing Offer and Standing Offer including clause specifying General Conditions, DSS 9076 forming part of contract—General Conditions providing contract containing entire agreement, but DSS not establishing copy of General Conditions sent to plaintiffs—Standing Offer also containing clause contract conditions not to be altered without written instructions from Minister—Most, if not all, of plaintiffs' expressed concerns at time relating to increased work due to unanticipated difficulties in fitting, defects in particular supplier's garments, difficulties in sewing service badges to headgear, dealt with by amendments or agreement to make formal amendments to Standing Offer—No breach of any undertaking given by person authorized by Minister to pay added price for service of tailor—Only persons with such authority refusing to change terms of Standing Offer to include such payment—As no evidence of bad faith, no basis for exemplary or punitive damages—Claim for payment of work completed but not paid for, not established as offset by overpayments on other work—In event finding on liability reversed on appeal, Court fixing general damages or profits lost by loss of balance of work at \$112,000—If damages lie, plaintiffs entitled to pre-judgment interest—Department of Supply and Services Act, R.S.C., 1985, c. S-25, ss. 17, 18—Financial Administration Act, R.S.C., 1985,

**CROWN—Concluded**

c. F-11—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 31 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31).

D'ARCY V. CANADA (MINISTER OF SUPPLY AND SERVICES) (T-1360-87, MacKay J., judgment dated 30/9/92, 45 pp.)

Application for relief under Federal Court Act, s. 18—Motions not as satisfactory as trials in resolving disputes of fact—Remedy sought herein unsuitable—Proper avenue of relief damages—Public works liable in damages for error, unfairness—No order in favour of applicant without directing contract be struck down as contract already awarded—Tenders already considered by Public Works, contract awarded to successful bidder—Relief asked for herein could not be granted without adversely affecting contractual rights of other parties—Application dismissed.

34661 ALBERTA LTD. V. CANADA (T-77-92, Jerome A.C.J., order dated 24/4/92, 6 pp.)

**TORTS**

Negligence—Action for damages resulting from false allegation made by officer of RCMP Security Service—Plaintiff alleged refusal of security clearance by defendant's employees led to loss of employment with Department of External Affairs—RCMP security officer indicated in letter to Department of External Affairs plaintiff convicted of offence under Criminal Code, s. 185(2)—Weight of evidence showed allegation false—Simple negligence by officer in question—Cause-and-effect relationship between fault and damage claimed not shown—Decision not to grant plaintiff necessary security clearance based on several factors—Doubts concerning plaintiff's reliability and value of work history—Plaintiff did not lose employment because of allegation in question—Six-month temporary employment which ceased when time period expired—Damages of \$500 allowed for inconvenience caused by travel—Though plaintiff lived in Quebec, reputation only harmed in Ontario—\$4,500 allowed for injury to reputation—Award of punitive damages not justified—Action allowed in part in amount of \$5,000.

ROY V. CANADA (T-1604-85, Pinard J., judgment dated 28/9/92, 7 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Application for return of seized jewellery—Plaintiff entering Canada as landed immigrant on January 20, 1988—Declaring, in writing, \$10,000 worth of jewellery acquired prior to arrival in Canada which would bring to Canada at later date—On July 11, 1989 returning to Canada from Pakistan—Jewellery seized for failure to declare it—Expert valued jewellery at \$15,890 for insurance purposes, or \$13,506.50 retail, compared to plaintiff's \$5,000 valuation—Also stating each piece new, never or rarely worn, never polished—As uncontradicted and no interest in outcome, expert's evidence accepted in totality—Plaintiff lacking credibility—Contradictions in plaintiff's evidence as to origin of jewellery—Invoices produced to prove seized jewellery previously declared when first coming to

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

Canada as immigrant not accepted as genuine—Customs officer conducting search reporting plaintiff declared \$10,000 originally in event wanted to bring jewellery into Canada at future date—Plaintiff not meeting burden of proof imposed by Customs Act, s. 152(3)—Action dismissed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 12(1), 32(1), 152(3).

LAKHIA V. CANADA (T-595-90, Teitelbaum J., judgment dated 30/9/92, 15 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION****TRIAL DIVISION**

Appeal from Senior Prothonotary's order denying defendant's motion to dismiss plaintiff's action on ground Court lacks jurisdiction—Action brought by plaintiff to quash agreement and promissory note signed by him in return for release from Canadian Forces—As Crown under no contractual obligation to member of Armed Forces their relations cannot give rise to any remedy in civil courts—Mere application for relief based on Charter, s. 24(1) cannot by itself confer jurisdiction on Court—Prothonotary erred by making jurisdiction of Court depend solely on examination of accessory, promissory note, without taking into account agreements signed by plaintiff and fact basis for agreement was release of member of Canadian Forces—Appeal allowed—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. 24(1).

BEAUREGARD V. CANADA (T-1597-89, Pinard J., order dated 9/10/92, 3 pp.)

Application for order or declaration sentence illegal or that Correctional Service obliged to calculate and apply sentence according to law and treat sentence as running consecutive to unexpired portion of term of imprisonment outstanding at time of escape—Plaintiff sentenced to two months to run consecutive to any existing sentence for being unlawfully at large contrary to Criminal Code—Application dismissed—Court lacking jurisdiction to declare sentence passed by provincial court of criminal jurisdiction illegal—Also outside Court's jurisdiction to order computation of sentence in manner inconsistent with sentence imposed on basis sentence not according to law, as also requires declaration sentence illegal—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 133(1)(b).

WAYE V. CANADA (T-2063-91, Noël J., order dated 29/10/92, 3 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for *mandamus* requiring Canadian Human Rights Commission to investigate complaint of discrimination by students against National Capital Commission on basis of race—Applicants arguing "race" in Canadian Human Rights Act, s. 3(1) includes student status—Commission responding student status not ground of discrimination under Act—

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

Mandatory obligation imposed on Commission by Act, s. 42(1) complied with—Applicants fully informed of reason for decision complaint not based on proscribed ground of discrimination under Act and therefore beyond jurisdiction of Commission—Request for oral hearing before Commission without foundation—Commission not required to act on judicial or quasi-judicial basis nor to comply with formal rules of natural justice—Only required to comply with rules of procedural fairness—"Race" not ambiguous term, consistently referred to in context of inheritable, physical attributes—Student status not inheritable, physical attribute, but transient, non-physical state, not to be included in definition of "race"—Commission exercising discretion properly in not dealing with complaint—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1), 41(c), 42(1).

ALLEN v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)  
(T-738-92, McGillis J., order dated 16/10/92, 7 pp.)

S. 28 application to set aside decision of Canadian Human Rights Tribunal—Whether factual foundation for conclusions drawn by Tribunal under Canadian Human Rights Act—Airline found not to have discharged onus of proving minimum visual acuity standards *bona fide* occupational requirement under Act, s. 15(a)—Whether Tribunal's finding failed to take account of "down time" for contact lens wearers—Testimony of respondent's witness ambiguous on question at issue—Tribunal rightly relying on decision of Supreme Court of Canada in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297 to establish *bona fide* occupational requirement (BFOR) under Act, s. 15(a)—Whether absolute rule requiring standard of uncorrected vision can be sustained as BFOR if individual testing satisfactory alternative—Duty termed "accommodation" by Tribunal having more limited meaning—As "accommodate" meaning "individually test", Tribunal correctly concluding individual testing available to employer as practical alternative to adoption of discriminatory rule—Factual determination by Tribunal meaning only no reviewable error in finding particular airline standard 20/80, higher than regulatory standard 20/200 established by TC for pilots in Canada not qualifying as BFOR—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(a).

WARDAIR CANADA INC. v. CREMONA (A-748-91,  
MacGuigan J.A., judgment dated 9/10/92, 8 pp.)

**INCOME TAX****CORPORATIONS**

Appeal from Tax Court of Canada's decision under Income Tax Act, s. 172—MNR disallowing scientific research tax credit (SRTC) claimed for plaintiff's 1984 taxation year and carryback of portion of SRTC for 1983—Debenture of \$114,000 issued by Company in consideration of payment of \$200,000 by plaintiff—Company's solicitor failing to file documents required to permit designation of SRTC within prescribed times—Letter dated November 18, 1985 sent to Company by Revenue Canada concerning provisions for late filing of designation—Interpretation of Act, s. 194(7) at issue

**INCOME TAX—Continued**

—Whether timely filing of information returns condition precedent to late filing of designation and whether letter of November 18 constituting notice by Minister under s. 194(7)—Corporation filing late entitled to have designation filed and deemed to have been made if conditions of s. 194(7)(a) and (b) met—Exception clause relating to entire first part of subsection, providing alternative to designating company's right to file late—Subsection concerned with late filing of designation, not with late filing of information forms, matter dealt with by regulation—Construction of s. 194(7) consistent with general purposes of legislation relating to SRTCs to encourage investment for research and development by corporations having no, or limited, tax liability and no incentive under taxing statutes—Incentives created by Act both for investor and corporation designating amount of SRTC—Late filing of designation and payment of penalty intended to overcome defect of failure to file designation on time—Revenue Canada's administrative policies inconsistent with Crown's position timely filing of information returns condition precedent to late filing—No "reading in" necessary in s. 194(7) whose purpose to provide for late filing of designation form—Factual ambiguity in taxing statute should be resolved in favour of taxpayer even where interpretation decided upon results in extraordinary benefit to taxpayer—Timely filing of information returns not condition precedent to late filing of designation where notice mailed by Minister under s. 194(7)—Letter of November 18, 1985 notice mailed by Minister under exception clause of s. 194(7)—Form of notice irrelevant provided taxpayer aware of assessment made by Minister—Under exception clause of s. 194(7), taxpayer corporation deemed to have made designation on appropriate day—Action allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 194(4) (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95(1)), (7) (as enacted *idem*).

UNITED EQUITIES LTD. v. M.N.R. (T-1850-89, MacKay J.,  
judgment dated 8/10/92, 23 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court judgment vacating reassessments for 1978 to 1982 inclusive—Taxpayer engaged in fur business—Income derived from sales' commissions, sales of raw skins and of manufactured fur coats—Under Income Tax Act, s. 125 business income enjoying preferred tax rate as against straight investment income—Whether income earned by defendant from accumulation of certificates of deposit constituting business or investment income or income from property—Crown submitting income earned on invested capital investment income based on assumptions no business purpose in holding investments; amounts of investments not substantially risked in defendant's business; income therefrom not related directly to defendant's income earned in carrying on active business; investment amounts vastly superior to needs of business—Defendant justifying reserves as necessary to regain credibility in fur trading business after prior bankruptcy; as auction terms and conditions making "purchaser" responsible for payment, certificates of deposit necessary to participate in fur auctions and part of company's working capital—Income from "active business" in s. 125 including "income pertaining to or incident to that business"—Case law indicating question of fact,



## INCOME TAX—Continued

depending upon all surrounding circumstances, as to whether income derived from property or business—In providing for preferential tax treatment for business income in s. 125, Parliament imposing more artificial distinction between kinds of income business may earn—Appeal allowed in part—Must determine whether income from, not by, business—Although Hudson's Bay Company (fur vendor) looking to defendant for payment, defendant not losing possession or control of furs if customer defaulting—Question why astute fur trader would risk \$400,000 for three percent return—As large and widely dispersed list of customers, inconceivable all would default in same year—Given relatively low accounts receivable, high level of working capital not required for operations—Good debt collection rate—Reference to *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509—Business purpose for use of property insufficient—If not employed or risked in business, not property used or held in course of carrying on business—Defendant's income-producing certificates which grew from \$285,000 in 1978 to \$623,000 in 1982 not necessary to defendant's operations, nor part of its working capital, nor incidental or pertaining to active business—No correlation between total amount of purchase contracts executed over several auctions for account of several customers and total amount of reserves required to cover risk—No evidence Hudson's Bay requiring audit of books for acceptance as purchaser—Evidence as to significant exposure to risk either through auction purchases or other business activities relating to sales of fur garments not convincing—On other hand, certificates of deposit only asset giving defendant continuity, stability and ability to meet shorter or longer term liabilities—Defendant choosing not to operate through fat current bank account, preferring to keep low, fluctuating margin of credit balances, investing surplus into liquid short-term income-producing certificates—Some funds must be available to meet unexpected downturns—Although reserves claimed by defendant excessive, reasonable reserve necessary as operational requirement as defendant always open to some degree of contingent liability under terms of auction bids; prior bankruptcy required establishment and maintenance of financial stability; banking accommodation from time to time made available by reason of reserves; no tangible assets available to pledge as security for such accommodation; some individual purchases at auctions substantial; although risks in fur auctions not cumulative, evidence defendant having to extend some lines of credit to some customers with concomitant financial risk—Sufficient oral and documentary evidence to fix reasonable amount for reserve at \$200,000—Assessments varied to include in business income for each year income earned on \$200,000—Balance of income earned from investments—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125(1)(a), (6) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 38; 1980-81-82-83, c. 140, s. 86), 129(4) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 86; 1979, c. 5, s. 41).

CANADA v. IRVING GARBER SALES CANADA LTD.  
(T-2315-87, Joyal J., judgment dated 21/9/92, 26 pp.)

Appeal from MNR assessments disallowing expenditures claimed by plaintiff (Imapro) for taxation years 1987 and 1988—Imapro entering into obligation in writing on June 10, 1987 to construct building for research and development, manufacturing and sales operations—Activities being scientific research and experimental development (SR & ED) within

## INCOME TAX—Continued

meaning of Income Tax Act, allowing claim for deduction of expenditures in certain circumstances—Amendments to ITA in 1988 excluding capital expenditures for acquisition of building—Transitional provision still permitting deduction of SR & ED expenditures in relation to buildings acquired before 1990 under obligation in writing before June 18, 1987 or construction of which commenced before June 18, 1987—Construction of building by Imapro begun in September 1987, completed in early 1988—Strict rule of interpretation previously applicable in construction of tax legislation abandoned in favour of plain meaning approach—Whether transitional provision in issue allows taxpayer to deduct capital expenditures of building—Transitional provisions enacted to alleviate hardship caused by imposition of retroactive legislation—Transitional provision herein should be interpreted as including buildings acquired before 1990 under obligation entered into in writing before June 18, 1987—Word "expenditures" in Act, s. 37(7)(c)(ii)(A) including both current and capital expenditures—Current expenditures may be apportioned to some degree between SR & ED and other uses in building—"All or substantially all" in Act, s. 37(7)(c)(ii) meaning substantial portion, at least 90%—47.3% portion of current expenditures for maintenance and upkeep of common areas not meaning "all or substantially all", not directly attributable to SR & ED—Reasonable apportionment of construction costs for purpose of claiming capital expenditure on SR & ED permissible—Common and administrative areas of building integral to functioning of research and development sector and used routinely and regularly by employees—47.3% construction costs claimed by Imapro as capital expenditure for SR & ED in relation to common and administrative areas reasonable, must be allowed as deduction—Appeal allowed in part—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 37(1) (as am. by 1974-75-76, c. 26, s. 14; 1977-78, c. 1, s. 15; 1977-78, c. 4, s. 3; 1980-81-82-83, c. 48, s. 15; 1980-81-82-83, c. 140, s. 17; 1983-84, c. 1, s. 10; 1986, c. 6, s. 15; 1986, c. 55, s. 6; 1987, c. 46, s. 11; 1988, c. 55, s. 18), (7)(c) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 15), (f) (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 18).

IMAPRO CORP. v. CANADA (T-3233-90, T-3234-90,  
McGillis J., judgment dated 25/9/92, 25 pp.)

Appeal from dismissal of assessment whereby Minister disallowed deductions for business expenses—Expenses "advance royalty payments" in respect of two licence areas for marketing and sale in U.S.A. of speed reading courses—Although licences calling for payment of \$20,000 in advance as royalties, appellant not required to put up any cash—Related companies providing loans, repayable only when income tax refund received—No actual investment in marketing scheme—Trial Judge finding appellant neither intending to carry on business of marketing speed reading course himself, nor having means or ability to do so, and sole purpose of scheme to obtain tax refunds—Appeal dismissed—Findings solidly based in evidence—Deduction not in respect of business—To qualify as business, expenses of which deductible under s. 18(1)(a), must be engaged in with reasonable expectation of profit and profit must be anticipated to flow from activity itself rather than exclusively from provisions of taxing statute—Unnecessary to also disallow deduction as unreasonable under s. 67 and as artificial reduction of income under s. 245 given finding no busi-

**INCOME TAX—Concluded**

ness in first place—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), 67, 245(1).

MOLONEY V. CANADA (A-73-89, Hugessen J.A., judgment dated 5/10/92, 4 pp.)

**PAROLE**

Application to quash warrant suspending parole—Applicant declared dangerous sexual offender in 1966—Serving sentence of preventive detention—Conditions of day parole including prohibition against contacting Millie Smalldon and entering Peel Region, located south of Highway 401—In course of duties as courier, went south of Highway 401 thereby offending parole condition—Parole suspended—At National Parole Board hearing becoming apparent allegations related to following of Ms Smalldon—As first applicant hearing of this allegation, hearing adjourned—Within few days applicant's counsel given copy of Smalldon's statement alleging being followed—Application dismissed—In prisoner's rights cases, Court frequently looking to determine whether prisoner advised of gist of allegations sufficient to defend against them, without endangering source of information—Parole officer stating advised applicant of Smalldon's complaint when parole suspended, four weeks prior to Board hearing—No denial of fairness—Board could not force hearing to proceed in face of suggestion first notice applicant having of Smalldon's complaint—Information provided within few days—No merit to argument five-week delay before resumption of hearing causing loss of jurisdiction, particularly as no complaint of four-week delay between conversation with parole officer when allegations made known to applicant, and hearing.

LAKE V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-564-92, Jerome A.C.J., order dated 17/8/92, 10 pp.)

**PATENTS**

Appeal from Trial Division decision ((1989), 28 C.P.R. (3d) 397) declaring claims 1, 2, 7 and 8 of Canadian Patent No. 1,029,084 invalid as claim 1 found to be vague and lacking in specificity—Invention in issue Line protector for communication circuit to prevent damage of overvoltage—Conditional findings by Trial Judge as to obviousness and infringement so unclear as to require matter be referred back to Trial Judge for resumption of trial if finding of invalidity erroneous—Principal attack on judgment: interchangeability advantage of invention, not invention—Absence of reference to advantage in claim 1 no basis for declaring claim invalid for vagueness—Other ground of vagueness should be revisited by Trial Judge upon proper analysis—Appeal allowed.

RELiance ELECTRIC INDUSTRIAL CO. V. NORTHERN TELECOM LTD. (A-534-89, Mahoney J.A., judgment dated 21/10/92, 4 pp.)

Appeal from decision relating to royalty award regarding drug "Triazolam"—Decision based on evidence and within discretionary powers under Patent Act, s. 39(5) to fix amount

**PATENTS—Concluded**

of royalty at lowest possible price consistent with "maintenance of research incentive and the importance of both process and substance"—Misleading statement as to respondent's obligation to pay royalties on four years of past sales, whereas only for two years since began marketing drug, not vitiating decision royalty to commence from date of decision—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39(5).

UPJOHN CO. V. NOVOPHARM LTD. (A-272-91, MacGuigan J.A., judgment dated 19/10/92, 2 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Appeal from Senior Prothonotary's order directing payment of solicitor-client costs by plaintiff and *mise en cause* on joint and several basis—Senior Prothonotary correctly ordering costs payable to defendants—Limited to costs of services rendered after February 12, 1992—Solicitor-client costs justified by protracted negotiations leading to institution of motion for order statement of claim lapsed as leverage enjoyed by plaintiff and *mise en cause* by way of liens sufficiently doubtful in law—Lump sum of \$4,500 inclusive of all disbursements and interest of \$500 on escrowed funds held by *mise en cause* awarded.

CANIMAR SHIPPING N.V. V. OWNERS, SHIPPERS, CONSIGNEES ET AL. (T-2055-91, Joyal J., order dated 2/11/92, 3 pp.)

**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Production of documents—Appeal from Prothonotary's decision question posed to defendant should not be answered as irrelevant and documents should not be produced as privileged—Agreement entered into to pack and transport by sea plaintiff's personal effects from Toronto to London, England—Defendant only partially delivering property—Plaintiff seeking to compel defendant to answer question as to previous misdeliveries—Judge hearing appeal from prothonotary on matter involving exercise of discretion not bound by prothonotary's opinion—No evidence showing previous misdeliveries, evidence likely inadmissible—Past similar facts not relevant to issue of fundamental breach of contract—Question should not be answered as irrelevant—Whether documents asked for prepared in contemplation of litigation—Documents in issue prepared for insurance purposes, not substantially for legal reasons or in view of litigation—Documents not privileged, should be produced—Appeal allowed in part.

MACKAY V. SCOTT PACKING AND WAREHOUSING CO. (CANADA) LTD. (T-2015-89, Rouleau J., order dated 14/10/92, 6 pp.)

**EVIDENCE**

Application to adduce new evidence—Appellant not demonstrating 1976 Ruling by American Bureau of Alcohol, Tobacco

**PRACTICE—Continued**

and Firearms not discoverable by due diligence prior to trial—Application dismissed.

IMPERIAL TOBACCO LTD. v. ROTHMANS (A-398-91, Mahoney J.A., order dated 7/10/92, 1 p.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Default Judgment*

Motion under R. 324 for judgment against Crown in default of defence—Statement of claim filed on August 7, 1992—Statement of defence filed on September 24—Submissions filed by Crown on October 14 in response to R. 324 motion—Under R. 402(2), defence may be filed within 30 days of service of statement of claim or after, but before application for default judgment—Defence filed herein before R. 324 motion as permitted by R. 402(2)(b)(i)—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 402(2).

SARRAF v. CANADA (T-1960-92, Giles A.S.P., order dated 5/11/92, 3 pp.)

*Stay of Execution*

Application to stay execution of arbitration award as insufficiently precise and made in excess of respondent's jurisdiction—Grievance filed by union claiming breach of collective agreement by CBC—Arbitrator upholding grievance in part—Decision filed into Federal Court Registry under Canada Labour Code, s. 66—Evocation proceedings brought by applicant to set aside award—Arbitrator retaining jurisdiction for 120 days from date of decision—Decision not final as arbitrator retaining jurisdiction to decide question relating to implementation—Not capable of being legally filed into Federal Court so as to be considered executory—Test as to whether stay should be granted same as for interlocutory injunctions—Arguable case herein—Balance of convenience in favour of CBC—No prejudice caused to union other than union dues not being paid—Irreparable harm and much inconvenience caused to CBC if forced to hire reporter in accordance with collective agreement—Filing of arbitrator's decision nullity as being premature—Execution of decision stayed until evocation issue decided.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. FRUMKIN (T-1731-92, Teitelbaum J., order dated 25/9/92, 9 pp.)

**PARTIES***Third Party Proceedings*

Appeal from refusal to grant motion to strike third party notice—(1) Three requirements for jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 met—Statutory grant of jurisdiction satisfied by either Federal Court Act, s. 17(4) or (5)—Existence of body of federal law essential to disposition of case which is "law of Canada" within Constitution Act, 1867, s. 101 satisfied—Even if third party claim phrased in common law terms, resolution wholly guided by federal law governing relationship between aboriginal peoples/bands and federal administration/Government—(2) Issues raised by Crown's claim in third party proceedings not plain and obvious—Can-

**PRACTICE—Continued**

not presume cause of action advanced by Crown in third party proceedings lies in provincial tort law and engaging pure common law concepts—Special body of law governing relationship between aboriginal people, Indian bands and federal authorities directly implicated—(3) No merit in contention third party claim should not be allowed to stand because in view of relief sought or allegations raised, would constitute departure from previous pleadings—No such departure—Third party proceedings existing to allow defendant to force complete disposition of litigation in centre of which defendant finds himself—Not deemed inconsistency—Appeals dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(4),(5)—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. 101—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

MONTANA BAND v. CANADA (A-118-91, Marceau J.A., judgment dated 8/10/92, 4 pp.)

**PLEADINGS**

Appellants requesting time to provide evidentiary support for statement—Order directing appellants to file and serve upon respondent evidentiary support requested and directing respondent to serve and file response to appellants' submission.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (A-1240-87, Isaac C.J., order dated 30/10/92, 2 pp.)

*Motion to Strike*

Appeal from order denying application to strike out statement of claim—Respondent, former indeterminate Crown employee alleging laid off due to shortage of work, but work previously done by him now contracted out—Later accepted severance package allegedly under protest—Seeking compensation for lost income, pension benefits, royalties, trauma and stress; declaratory and injunctive relief—Trial Judge holding underlying complaint wrongful dismissal, but statement of claim also alleging negligent misrepresentations leading him to adopt course of action before laid off and others relating to post-employment conditions to be imposed—Appeal dismissed—Although Crown servant not having claim in contract for wrongful dismissal in absence of special circumstances (and none herein), not plain and obvious and beyond doubt causes of action based on alleged discrimination, negligent misrepresentation and illegality of government policies should be struck—Pleading not amenable to severance—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 24.

CANADA v. HODSON (A-230-91, Stone J.A., judgment dated 3/11/92, 5 pp.)

Appeal from Trial Division decision striking out statement of claim—MNR receiving request for information and documents concerning plaintiff company from U.S. Secretary of Treasury—Sending plaintiff "Requirement" for production of information and documents purportedly pursuant to Income Tax Act, s. 231.2—Statement of claim alleging Requirement motivated by American request and designed to obtain information for use in connection with U.S. Grand Jury investiga-

**PRACTICE—Continued**

tion—Seeking declaration Requirement of no force or effect—Scope of Canada-United States Tax Convention, 1984 and effect of implementing statute, Canada-United States Tax Convention Act, at issue—Opening words of Requirement stating for purposes related to administration or enforcement of Income Tax Act—Defendants admitting incorrect or misleading—Appeal allowed—Arguable recipient of Requirement entitled to fair notice as to purpose for which Minister purporting to exercise s. 231.2 powers—Not obvious and beyond doubt action claiming false or misleading statement of purpose invalidating Requirement will fail—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.2 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121)—Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Schedule I—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

MONTREAL ALUMINIUM PROCESSING LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-671-91, Hugessen J.A., judgment dated 26/10/92, 7 pp.)

*Particulars*

Application pursuant to R. 336(5) to quash order by Senior Prothonotary allowing plaintiffs' application for particulars—No basis for intervening with respect to paragraph 5 of defendant's defence and counterclaim—As to paragraph 10 of defence and counterclaim and paragraphs 5, 6, 7 and 8 of particulars attached thereto, order cannot be maintained as imposes on defendant duty to disclose legal nature of its argument at trial, rather than essential facts—Appeal allowed in part—Federal Court Rules, C.R.C. c. 663, R. 336(5).

CSI MANUFACTURING AND DISTRIBUTION INC. v. ASTROFLEX INC. (T-1562-91, Noël J., order dated 9/10/92, 3 pp.)

## PRELIMINARY DETERMINATION OF QUESTION OF LAW

Whether Public Service Commission and Department of Secretary of State in breach of Public Service Official Languages Appointment Regulations for failing to appoint plaintiff pursuant to s. 5 following failure to meet language requirements after language training—S. 5 providing for indeterminate appointment to position of similar occupational nature, level and salary as bilingual position when fails to meet language requirements within specified time—Requirements of R. 474 set out in *Berneche v. Canada*, [1991] 3 F.C. 383 (C.A.)—Application dismissed—Disputed questions of fact—Determination not involving pure question of law, but of mixed law and fact—Parties disagreeing as to similarity of positions, whether indeterminate status maintained, when exception period ended, effect of leave of absence—As Court required to hear evidence to determine factual issues, not expedient to proceed by R. 474—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474—Public Service Official Languages Appointment Regulations, SOR/81-787, s. 5—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33.

CAHILL v. CANADA (T-433-92, Dubé J., order dated 27/10/92, 3 pp.)

## STAY OF PROCEEDINGS

Application to set aside Senior Prothonotary's order granting stay of proceedings—Order based on discretion of Court

**PRACTICE—Concluded**

and strict interpretation of Commercial Arbitration Code, art. 8—Contract entered into by parties containing arbitration clause—Clear and precise language necessary in order to incorporate arbitration clause into bill of lading—Art. 8 imposing mandatory duty upon Court to stay proceedings and refer parties to arbitration where arbitration agreement existing between parties—Art. 8 to be given strict interpretation—Federal Court Act, s. 50(1)(b) giving Court jurisdiction to grant stay of proceedings when interest of justice so dictates—Parties bound to have claim proceed by arbitration—Application dismissed—Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, Schedule, art. 8.

MIRAMICHI PULP & PAPER INC. v. CANADIAN PACIFIC BULK SHIP SERVICES LTD. (T-2831-89, Joyal J., order dated 9/10/92, 7 pp.)

Matter should proceed to arbitration—Further proceedings stayed in order to protect plaintiff—Application granted.

ENERCHEM TRANSPORT INC. v. AVANTI MINERALOELHANDELS GESELLSCHAFT M.B.H. & Co. (T-1925-92, Rouleau J., order dated 13/10/92, 3 pp.)

## VARIATION OF TIME

Application for extension of time to file affidavits in support of application for leave to commence proceedings for judicial review—Applicant's claim for Convention refugee status found to have no credible basis—Applicant could be prejudiced by internal Court procedures in not forwarding application earlier—Application granted.

RUBILAR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-487, Reed J., order dated 17/8/92, 2 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

## SELECTION PROCESS

*Competitions*

Application to review and set aside Public Service Appeal Board's dismissal of appeals from appointments—Job description and statement of qualifications for CR-05 position containing significant knowledge requirements—In closed competition therefor, Selection Board's report stating knowledge factor not considered in promotion process—Appeal Board holding knowledge factor not warranting formal method of assessment since many tasks require knowledge already possessed by CR-04s, and as all candidates CR-04s for long time, superfluous to assess factor—Application allowed—Given duties and statement of qualifications, clear duty of Selection Board to assess knowledge and in manner permitting assessment of candidates' relative merit—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21.

TIEFENBRUNNER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-915-91, Hugessen J.A., judgment dated 10/11/92, 3 pp.)

## TRADE MARKS

## EXPUNGEMENT

Motion for order expunging "Sunrez" for use in association with "resins, paper coating insolubilizers" from register on ground entry not accurately expressing existing rights of registered owner at date of application—Alleging United not entitled to registration as Sequa Chemicals and predecessor in title using "Sunrez" prior to United's first use; "Sunrez" trade mark belonging to Sequa; not distinctive of United's wares—From 1981 to 1984, United distributor of "Sunrez" to paper mills in Canada for Sun Chemical Corp. (later renamed Sequa Corp.), U.S. parent company of Sequa Chemicals—Applied for registration of "Sunrez" in 1985 based on first use in April 1984—Sequa Corp. registered "Sunrez" trade mark in U.S. in 1970—Registration assigned to Sequa Chemicals in 1987—Applied to register "Sunrez" in Canada, but refused based on United's prior registration—Applicant "person interested" according to definition in *Wilhelm Layher GmbH v. Anthes Industries Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 187 (F.C.T.D.)—Application allowed—Trade-marks Act, s. 16 requiring trade mark not be "confusing" with trade mark "previously used" or "made known" in Canada by another to secure registration—Marks not only confusing, but identical—Use by distributor constituting "use" by manufacturer: *Manhattan Industries Inc. v. Princeton Manufacturing Ltd.* (1971), 4 C.P.R. (2d) 6 (F.C.T.D.)—"Sunrez" previously used in Canada by applicant within meaning of s. 16—S. 18 stipulating trade mark may be invalid if owner of mark not entitled to secure its registration, subject to s. 17—S. 17 stipulating registration of trade mark not invalid based on first use of confusing trade mark if previous user subsequently abandoned mark—Applicant never abandoned "Sunrez" mark since continued to use mark in U.S.—No evidence of intention to abandon mark—Sequa Chemicals entitled to registration of "Sunrez" in Canada—S. 17 not barrier to expungement—United, as distributor, not entitled to registration in Canada of "Sunrez"—Applicant also discharging onus of proving trade mark "Sunrez" not adapted to distinguish United's product made known in Canada by applicant—Evidence establishing mark made known in Canada coupled with use in U.S. sufficient to show trade mark non-distinctive of another party: *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 F.C. 3 (C.A.)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 4, 16, 17, 18.

SEQUA CHEMICALS, INC. v. UNITED COLOUR AND CHEMICALS LTD. (T-1478-91, Teitelbaum J., order dated 5/8/92, 10 pp.)

## INFRINGEMENT

Appeal from permanent injunction preventing appellant from selling furniture in association with trade marks "Paolo Gucci" and "Paolo designed by Paolo Gucci"—Respondent designs, manufactures watches, handbags, footwear, clothing in association with trade name and mark "Gucci"—Respondent's goods of high quality craftsmanship and style—Appellant sells furniture—Paolo Gucci related to founding family of respondent—Went out on own as designer primarily of furniture, in 1984 after association of over 30 years—Trial Judge holding as furniture not included in description of wares in registration of either of respondent's trade marks no infringement under Trade-marks Act, s. 19—S. 20 deeming infringement by sale of wares in association with confusing trade mark

## TRADE MARKS—Continued

unless use: (1) *bona fide*; (2) other than as trade mark; (3) of accurate description of character of wares or services; (4) in such manner as is not likely to have effect of depreciating value of goodwill attaching to trade mark—Trial Judge finding use by appellant as trade mark confusingly similar to respondent's mark and appellant not saved by s. 20(b)(ii), in part because furniture not designed by individual Paolo Gucci—Appeal dismissed—Appellant failed to fulfil three of four conditions to come within exception in s. 20(b)(ii)—(1) Insufficient evidence to find lack of *bona fides* on appellant's part—(2) "Paolo designed by Paolo Gucci" used as trade mark—Trade mark used to distinguish wares from those of others—Intention of user and recognition by public relevant to show trade mark use—Adoption by trader for purpose of distinguishing own goods governing factor—By own evidence Paolo Gucci intended to identify origin of products by using labels and insignia in question—Appellant also used labels and insignia to distinguish wares, if not to mislead public into thinking they were respondent's creations—(3) Use of "Paolo Gucci" and "Paolo designed by Paolo Gucci" not accurate description of character or quality of appellant's wares—Appellant failed to establish palpable and overriding error in Trial Judge's finding furniture not designed by Paolo Gucci—(4) Appellant not impeaching Trial Judge's finding appellant's use had likely effect of depreciating value of goodwill attached to trade marks—Injunction not too broad—Judgment only affects use of trade marks in association with furniture—Not applying to Paolo Gucci who is not party to action—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 6, 7(b), 19, 20, 22.

MEUBLES DOMANI'S v. GUCCIO GUCCI S.P.A. (A-571-91, MacGuigan J.A., judgment dated 19/6/92, 12 pp.)

## PRACTICE

Appeal from Senior Hearing Officer's decision trade mark "Cordon Bleu" not be amended or expunged from register under Trade-marks Act, s. 45—Notice sent by Officer to respondent at appellants' request, although trade mark not yet registered for three years—Notice given on behalf of Registrar only, not on behalf of appellants—Appellants not parties to notice given to respondent on behalf of Registrar as acting prematurely before expiration of three years from date of registration of respondent's trade mark—Under s. 45(1), three years must pass from time of registration before anyone but Registrar may request notice be given to trade mark's registered owner—Appellants not entitled by Act, s. 45(4) to receive notice of Registrar's decision and reasons, therefore having no standing to appeal—Right of appeal exceptional—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45, 56.

RENAUD COINTREAU & CIE v. CORDON BLEU INTERNATIONAL LTD. (T-2314-90, Pinard J., judgment dated 5/11/92, 6 pp.)

Application for default judgment for failure to file statement of defence within time prescribed by R. 402—Defendant filed statement of opposition against plaintiff's application to register "Saint Anna Bakery Ltd. & Design" trade mark—Sending letter to plaintiff demanding it cease and desist using "Saint Anna Bakery Ltd" on basis infringes defendant's registered trade marks—Plaintiff commencing action for declaration of non-infringement, invalidity of defendant's trade marks—

**TRADE MARKS—Continued**

Defendant commencing own action for trade mark infringement—Application dismissed—In light of extensive discussions and communications between parties as to how actions should proceed, order would be entirely inappropriate—Although plausible argument plaintiff's action improperly commenced by statement of claim given Trade-marks Act, s. 57, Court reluctant to deprive party of right to go on to Court on procedural grounds—Circumstances requiring Court to direct strategy of competing lawsuits—Federal Court Act, s. 50 permitting Court to stay proceedings where in interest of justice—Strong submission in favour of party first commencing action, but greater burden of proof and more comprehensive litigation also important factors—Although this action commenced first, as defendant (plaintiff in T-1165-92) has onus of proving validity of trade marks, establishing property right in marks, infringement and damages, interests of justice better served by staying action and allowing defendant to proceed with action in T-1165-92—Plaintiff herein can obtain relief by way of defence and counterclaim—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 402—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7, 57.

**SAINT ANNA BAKERY LTD. v. CHEUNG'S BAKERY PRODUCTS LTD.** (T-572-92, Jerome A.C.J., order dated 9/10/92, 6 pp.)

Application for interlocutory injunction restraining respondents from selling vacuum cleaners—Applicant Fortune 500 company with annual sales of \$1.24 billion—One division manufacturing, distributing Tri Star vacuum cleaners, having Canadian sales of \$2.5 million—Machine consisting of egg-shaped canister and extensions—Sold door-to-door through network of distributors—"Tri Star" registered trade mark—Respondent Puri, president of respondent Citywide, distributor for British Columbia, Saskatchewan, Manitoba 1978-1990—Contract not renewed in 1990 in circumstances giving rise to action in British Columbia Supreme Court—Other respondents former distributors having terminated agreements in 1992—Respondent Puri ascertaining patent on "Tri Star" expired—Developing, manufacturing, distributing vacuum cleaner under registered trade mark "Miracle-Star", making considerable investment—Evidence mechanical design substantially similar to "Tri Star"—Appearance similar in having egg-shaped canister, decorative wings, name in gold script—Former "Tri Star" distributors joining sales force—Whether infringing trade mark and distinguishing guise—Whether copying applicant's sales technique—Respondent changing trade mark to "Miracle Mate", altering exterior appearance of machine by lengthening canister, removing wings, undertaking to keep accounting of all sales—Serious issue to be tried whether ovoid canister distinguishing guise, whether passing-off—Balance of convenience—Vacuum cleaners minor part of applicant's business, loss of sales not putting business in jeopardy—Recruiting distributors not undermining distribution network, as little allegiance by sales agents in the sector—Injunction would interfere with respondent Puri's young business in which life savings

**TRADE MARKS—Concluded**

invested, result in bankruptcy, determine ultimate issue—Application dismissed.

**FIGGIE INTERNATIONAL INC. v. CITYWIDE MACHINE WHOLESALE INC.** (T-1200-92, Rouleau J., order dated 23/7/92, 10 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application to set aside Tax Court decision certain work of casual nature and not insurable employment under Unemployment Insurance Act—Employer instrument mechanic at pulp mill who hired employee to assist in building of personal residence—Employee worked under direction of employer's agent 5 days per week, 8-9 hours per day at \$8 per hour—Job lasted two months—Unemployment Insurance Act, s. 3(1) providing "insurable employment" employment not included in excepted employment and "excepted employment" employment of casual nature other than for purposes of employer's trade or business—Cases holding excepted employment must be both "casual" and "other than for the purpose of the employee's trade or business"—Latter requirement met—Determination of "casual" involving consideration of all circumstances surrounding establishment, continuation and termination of contractual relationship—Employment must be something stable which can continue to exist or be renewed at regular intervals and on which employee can rely—Regularity of work schedule important—Employment need not be long term, as long as regular during period of subsistence—Duration of time worked considered, but not conclusive—Whether employment unpredictable and unreliable more important—Casual if impossible to predict regularity—Application allowed—Employment temporary, not casual—Although for relatively short period, definite, specific and precise—Work schedule followed fixed pattern—Presence on job relied upon mutually by employer and employee—Tax Court erred in focusing exclusively on "built-in expiration known to both at commencement" and on need to provide "ongoing employment"—Employment not required to be open-ended to be stable, continuous and relied upon—Had Parliament wished to exclude short-term employment could have enacted temporary employment excepted—Thought it could protect integrity of Unemployment Insurance Act by requiring minimum number of qualifying weeks to be worked in order to be eligible for unemployment insurance benefits—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3(1),(2).

**Roussy v. M.N.R.** (A-123-91, Linden J.A., judgment dated 8/10/92, 5 pp.)

S. 28 application to set aside Chief Umpire's conclusion Board of Referees not correctly applying test of "good cause for the delay" in Unemployment Insurance Act, s. 9(4)—Claimant found to have sufficiently reasonable explanation to justify delay in filing renewal claim—Conclusion reasonably open to Chief Umpire—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 9(4) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 7).

**CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. RICHARDSON** (A-596-91, Heald J.A., judgment dated 7/10/92, 3 pp.)

## UNEMPLOYMENT INSURANCE— Continued

S. 28 application to set aside Umpire's decision—Latter erred in law in making two exceptions to general rule full-time student not available for work within meaning of Unemployment Insurance Act—Rebuttable presumption of fact—Availability for work question of fact—Though made error in law, Umpire right to dismiss applicant's appeal—Application dismissed.

LANDRY v. CANADA (DEPUTY ATTORNEY GENERAL)  
(A-719-91, Hugessen J.A., judgment dated 28/10/92,  
2 pp.)

S. 28 application to set aside Umpire's decision matter governed by Unemployment Insurance Act, s. 38(2) rather than by s. 37—Whether benefits received by claimant must be repaid under Act, ss. 35, 37, 38 because of lump-sum out-of-court settlement with employer for wrongful dismissal—S. 38(2) taking precedence over general imposition of joint liability provided by ss. 35, 37, in accordance with traditional rule of statutory interpretation—Reading of s. 37 by applicant going against Act's scheme of repayment, patently unfair to employees like claimant—Application dismissed—Case moot as recovery of debt out-of-time under Act, s. 35(4)—Unemployment Insur-

## UNEMPLOYMENT INSURANCE— Concluded

ance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 35 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 26), 37 (as. am. *idem*, s. 27), 38 (as am. *idem*).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ELLIS (A-1023-91,  
MacGuigan J.A., judgment dated 20/10/92, 3 pp.)

Application to set aside Umpire's decision application out of time—Board of Referees rendering decision November 29, 1990—Unemployment Insurance Act, s. 87(2)(b) permitting payment of benefits unless appeal brought within twenty-one days after day Board's decision rendered—Unemployment Insurance Commission's notice of appeal filed with office of Umpire December 20, 1990, last day of twenty-one-day period—Umpire concluding time limit not met since respondent only receiving notice of appeal January 3, 1991—Application allowed—Neither s. 87(2)(b) nor Unemployment Insurance Regulations, s. 53 contemplating day of receipt of notice of appeal by respondent as relevant consideration—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 87(2)(b)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 53—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 27(5).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PRINCE (A-1026-91,  
Desjardins J.A., judgment dated 20/10/92, 3 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande d'annulation de la décision de la Cour de l'impôt portant qu'un emploi particulier était de nature occasionnelle et ne constituait pas un emploi assurable au sens de la Loi sur l'assurance-chômage—L'employeur était mécanicien d'instruments, dans une usine de pâte à papier; il avait embauché un employé pour aider à construire sa résidence personnelle—L'employé travaillait sous la direction du représentant de l'employeur cinq jours par semaine, de huit à neuf heures par jour, au tarif de huit dollars l'heure—Le travail a duré deux mois—L'art. 3(1) de la Loi sur l'assurance-chômage prévoit qu'un «emploi assurable» est un emploi non compris dans les emplois exclus et que les «emplois exclus» comprennent un emploi occasionnel à des fins autres que celles de l'activité professionnelle ou de l'entreprise de l'employeur—Selon les arrêts, l'emploi exclu doit être à la fois «occasionnel» et «autre qu'aux fins de l'activité professionnelle ou de l'entreprise de l'employé»—Cette dernière exigence est satisfaite—Pour déterminer si un emploi est «occasionnel», il importe de tenir compte de l'ensemble des circonstances qui ont entouré l'établissement, la continuation et la cessation de la relation contractuelle—L'emploi doit être quelque chose de stable, susceptible de demeurer ou à tout le moins de se répéter à intervalles réguliers et sur lequel l'employé peut compter—La régularité de l'horaire de travail est importante—L'emploi n'a pas à être de longue durée, pour autant qu'il est régulier pendant qu'il dure—Le temps pendant lequel une personne travaille entre en ligne de compte, mais n'est pas concluant—La question de savoir si l'emploi est imprévisible et peu sûr est plus importante—L'emploi est occasionnel s'il est impossible d'en déterminer la régularité—Demande accueillie—Il s'agit d'un emploi temporaire, non occasionnel—La période d'emploi était relativement courte, mais elle était déterminée et précise—L'horaire de travail était fixe—L'employeur et l'employé comptaient tous deux sur la présence au travail—La Cour de l'impôt a commis une erreur en s'attachant exclusivement à [TRADUCTION] «l'expiration inhérente, connue des deux parties au début» ainsi qu'à la nécessité de procurer un [TRADUCTION] «emploi continu»—Il n'est pas nécessaire que l'emploi soit d'une durée indéterminée pour être quelque chose de stable, de continu et sur lequel on peut compter—Si le législateur avait voulu exclure les emplois à court terme, il aurait pu préciser que les emplois temporaires sont exclus—Il a pensé qu'il pouvait protéger l'intégrité de l'économie de la Loi sur l'assurance-chômage en exigeant un nombre minimal de

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

semaines de référence pour que l'employé ait droit à des prestations d'assurance-chômage—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(1),(2).

ROUSSY C. M.R.N. (A-123-91, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 8-10-92, 6 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de l'annulation de la conclusion du juge-arbitre en chef que le conseil arbitral n'avait pas appliqué correctement le critère fondé sur «un motif justifiant [le] retard» énoncé à l'art. 9(4) de la Loi sur l'assurance-chômage—Il avait été conclu que le prestataire avait une explication suffisamment raisonnable justifiant le dépôt tardif de sa demande renouvelée—Le juge-arbitre en chef pouvait raisonnablement tirer cette conclusion—Demande rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 9(4) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 7).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. RICHARDSON (A-596-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 7-10-92, 2 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire annuler une décision du juge-arbitre—Celui-ci a commis une erreur de droit en établissant deux exceptions au principe général selon lequel un étudiant à temps plein n'est pas disponible au travail au sens de la Loi sur l'assurance-chômage—Il s'agit là d'une présomption de fait qui n'est pas irréfragable—La disponibilité au travail est une question de fait—Même s'il a commis une erreur de droit, le juge-arbitre a eu raison de rejeter l'appel du requérant—Demande rejetée.

LANDRY C. CANADA (SOUS-PROCURER GÉNÉRAL) (A-719-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 28-10-92, 2 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision du juge-arbitre portant que l'affaire est régie par l'art. 38(2) de la Loi sur l'assurance-chômage, plutôt que par l'art. 37—Question de savoir si les prestations touchées par la prestataire doivent être remboursées en vertu des art. 35, 37 et 38 de la Loi en raison du versement d'une somme forfaitaire résultant d'un règlement conclu avec l'employeur par suite d'un congédiement injuste—L'art. 38(2) a priorité sur l'imposition générale d'une responsabilité conjointe prévue aux art. 35 et 37, conformément à la règle habituelle d'interprétation de la loi—L'interprétation donnée à l'art. 37 par le requérant va à l'encontre du mode de remboursement prévu par la

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

Loi, et est manifestement injuste à l'égard des employés comme la prestataire—Demande rejetée—L'affaire n'a plus d'intérêt pratique puisque le remboursement de la dette est prescrit en vertu de l'art. 35(4) de la Loi—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 35 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 26), 37 (mod., idem, art. 27), 38 (mod., idem).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ELLIS (A-1023-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 20-10-92, 5 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle le juge-arbitre en chef a conclu que la demande avait été présentée en dehors des délais—Le conseil arbitral avait rendu sa décision le 29 novembre 1990—L'art. 87(2)b) de la Loi sur l'assurance-chômage permet le paiement de prestations si aucun appel n'a été interjeté dans les vingt et un jours suivant le jour où la décision du conseil a été rendue—L'avis d'appel de la Commission d'assurance-chômage a été déposé au bureau du juge-arbitre le 20 décembre 1990, soit le dernier jour du délai de vingt et un jours—Le juge-arbitre a conclu que le délai n'avait pas été respecté puisque l'intimé n'avait reçu l'avis d'appel que le 3 janvier 1991—Demande accueillie—Ni l'art. 87(2)b) de la Loi ni l'art. 53 du Règlement sur l'assurance-chômage ne considèrent le jour de la réception de l'avis d'appel par l'intimé comme étant pertinent—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 87(2)b)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 53—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 27(5).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PRINCE (A-1026-91, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 20-10-92, 4 p.)

**BREVETS**

Appel de la décision de la Section de première instance ((1989), 28 C.P.R. (3d) 397) déclarant invalides les revendications 1, 2, 7 et 8 du brevet canadien n° 1 029 084 au motif que la revendication 1 était vague et imprécise—L'invention en cause consiste en un protecteur de ligne pour circuits de communication servant à prévenir l'endommagement par surtension—Le juge de première instance a tiré, au sujet de l'évidence et de la contrefaçon, des conclusions conditionnelles qui sont tellement nébuleuses qu'il faudra lui renvoyer l'affaire en vue de la réouverture du procès si sa conclusion au sujet de l'invalidité est erronée—Le reproche principal fait au jugement est que l'interchangeabilité représente un avantage de l'invention, et n'est pas l'invention—Le fait que cet avantage n'est pas mentionné dans la revendication 1 ne permet pas de déclarer celle-ci invalide à cause de son imprécision—Le juge de première instance devrait réexaminer l'autre moyen fondé sur l'imprécision en effectuant l'analyse qui convient—Appel accueilli.

RELIANCE ELECTRIC INDUSTRIAL CO. C. NORTHERN TELECOM LTD. (A-534-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 21-10-92, 6 p.)

Appel d'une décision concernant une redevance accordée relativement au médicament connu sous le nom de «Triazolam»—Décision fondée sur la preuve et relevant des pouvoirs discrétionnaires conférés à l'art. 39(5) de la Loi sur les brevets,

**BREVETS—Fin**

de fixer le montant de la redevance au plus bas prix possible qui soit compatible avec [TRADUCTION] «le maintien de l'incitation à la recherche et avec l'importance aussi bien du procédé que de la substance»—La déclaration trompeuse qui a été faite au sujet de l'obligation qui incombe à l'intimée de verser des redevances sur les ventes effectuées pendant les quatre années précédentes, alors qu'en réalité elle n'y aurait été tenue que pour les deux années pendant lesquelles elle avait commercialisé le médicament, ne vicie pas la décision selon laquelle la redevance devait commencer à être versée à partir de la date de la décision—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39(5).

UPOHON CO. C. NOVOPHARM LTD. (A-272-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 19-10-92, 3 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE***Compétence de la Cour fédérale*

Sursis d'exclusion—Requête en vue du sursis à l'exécution de mesures d'exclusion—Les requérants sont citoyens de la Trinité et Tobago—Le mari est arrivé au Canada en 1974—Depuis 1974, il travaille légalement, sur une base saisonnière, pour soutenir sa famille—La femme du requérant et ses cinq enfants sont arrivés au Canada en 1988, lorsque leur maison, à la Trinité, a été brûlée—Il a été conclu que la revendication du statut de réfugié n'avait pas de minimum de fondement et des mesures d'exclusion ont été prises—La permission de demander la résidence permanente depuis le Canada, compte tenu de l'existence de raisons d'ordre humanitaire, a été refusée—Une demande d'autorisation d'exercer un recours en contrôle judiciaire contestant le refus est en instance—Requête rejetée—Il n'y a pas de question sérieuse à trancher—Les requérants n'ont pas établi que l'agente d'immigration avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière inéquitable ou qu'elle avait commis une erreur révisable—Les requérants ne subiraient pas de préjudice irréparable s'ils étaient renvoyés à la Trinité—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

MAHADEO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-998, juge Collier, ordonnance en date du 22-7-92, 4 p.)

Sursis d'exclusion—Requête en vue du sursis à l'exécution de la mesure d'exclusion—En 1987, le requérant, qui est citoyen du Ghana, est entré au Canada—En 1990, il a été décidé que la revendication du statut de réfugié n'avait pas de minimum de fondement et une mesure d'exclusion a été prise—On a refusé la permission de dispenser le requérant, pour des raisons d'ordre humanitaire, de l'exigence selon laquelle la demande de résidence permanente devait être présentée à l'extérieur du Canada—Demande pendante en vue de l'autorisation d'exercer un recours en contrôle judiciaire attaquant ce refus—Le mariage du requérant au Canada était authentique—Le recours en contrôle judiciaire qui est en instance soulève une question sérieuse, mais le requérant n'a pas établi qu'il subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé au Ghana—La preuve présentée sous serment est celle d'une associée du

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

cabinet de l'avocat du requérant, et elle est en partie inadmissible—Le requérant n'a fourni aucune preuve par affidavit—Compte tenu de la prépondérance des inconvénients, il est préférable d'exécuter la mesure d'exclusion—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 114(2).

BEMPAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1006, juge Collier, ordonnance en date du 22-7-92, 4 p.)

Sursis d'exclusion—Demande de sursis à l'exécution de la mesure d'exclusion prise par l'arbitre le 25 mars 1992—Il a été conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant n'avait pas de minimum de fondement—La Cour a compétence pour connaître de la demande de sursis puisque l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale l'autorise à rendre une ordonnance provisoire—La présente demande fait partie intégrante de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire—Question de savoir si le requérant a soulevé une question sérieuse à trancher étant donné qu'il craint que sa vie soit en danger s'il retourne au Ghana—Absence de preuve de question sérieuse à trancher—Aucun affidavit ou autre élément de preuve versé au dossier permettant d'attaquer la décision de l'arbitre—Absence de preuve que le requérant subirait un préjudice irréparable si le sursis demandé n'était pas accordé—Les agents responsables ont conclu que les craintes du requérant ne justifiaient pas son admission au Canada à titre de réfugié ou la possibilité, pour des raisons d'ordre humanitaire, de demander le droit d'établissement depuis le Canada—Demande rejetée.

ESSEL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1724, juge MacKay, ordonnance en date du 5-11-92, 6 p.)

### *Conditions d'autorisation*

Requête en vue du sursis à l'exécution de la mesure d'exclusion—Le requérant, qui vient du Nigéria, est arrivé au Canada en 1992—Il est le fils d'un pasteur chrétien—Il travaillait à convertir les gens au christianisme—Il croit que ses parents ont été tués par des émeutiers musulmans et que sa vie était en danger par suite des émeutes musulmanes—Le tribunal a conclu que la revendication du statut de réfugié n'avait pas de minimum de fondement—Il n'était pas convaincu que les autorités nigériennes ne pourraient pas ou ne voudraient pas protéger le requérant—Une demande d'autorisation d'exercer un recours en contrôle judiciaire contre la mesure d'exclusion et contre la décision selon laquelle la revendication du statut de réfugié du requérant n'avait pas de minimum de fondement est en instance—Requête rejetée—Le requérant n'a pas établi qu'il y a une question sérieuse à trancher—Compte tenu des documents mis à la disposition de la Cour, aucune erreur révisable n'a été commise—Le requérant ne subirait pas de préjudice irréparable s'il était renvoyé au Nigéria—Il ne serait pas plus en danger que de nombreux concitoyens—De plus, la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Cour n'est pas convaincue que les autorités nigériennes ne protégeront pas le requérant—La prépondérance des inconvénients favorise l'exécution de la mesure d'exclusion.

SORAE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-785, juge Collier, ordonnance en date du 22-7-92, 3 p.)

Demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision rendue par la Section du statut de réfugié—Le greffe a avisé la Commission de l'immigration et du statut de réfugié que le requérant demandait au tribunal de faire parvenir son dossier au greffe, conformément à l'art. 20 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration—La Règle 21 exige que le tribunal qui reçoit signification de la demande visée à la Règle 20 remette le dossier sans délai—La Commission a refusé de se conformer à la demande car elle n'avait pas reçu la demande d'autorisation ou une demande écrite en vue de la transmission du dossier, conformément aux exigences de la Règle 20—*Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 27 (C.A.), suivi—Demande d'autorisation suspendue en attendant que la Commission se conforme à la demande de transmission du dossier ou qu'un jugement soit prononcé dans la demande d'autorisation présentée dans *Singh*, la première des deux éventualités prévalant—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, Règles 20 (mod. par DORS/91-698, art. 15), 21 (mod., idem).

CHILUMULA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-4547, juge Desjardins, J.C.A., ordonnance en date du 8-10-92, 3 p.)

### EXCLUSION ET RENVOI

Demande de sursis à l'exécution d'une ordonnance d'exclusion en attendant le règlement définitif de la demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire—Le tribunal a conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas de minimum de fondement—Question sérieuse à trancher—Le requérant craint qu'un préjudice irréparable lui soit causé par les électeurs de chefs et par les autorités policières s'il est renvoyé au Ghana—Les conclusions du tribunal sont des questions que le requérant a soulevées dans sa demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire—Rien ne permet de douter du caractère raisonnable de la conviction du requérant—Le requérant subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé au Ghana avant que sa demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire ne soit tranchée par la Cour—Aucun préjudice sérieux ne serait causé à l'intimé—Demande accueillie.

THOMPSON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1296, juge MacKay, ordonnance en date du 13-11-92, 6 p.)

Demande de sursis à l'exécution provisoire d'une mesure d'exclusion et au renvoi du requérant du Canada à Delhi jusqu'à ce qu'il soit statué sur une demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire de la mesure d'exclusion et de la décision négative du tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement—Le requérant est citoyen de l'Inde—C'est un Hindou qui résidait au Pendjab et y exploitait une

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

petite entreprise—Le requérant prétend que des extrémistes sikh ont dévalisé son magasin, que la police ne lui a pas fourni de protection, mais l'a plutôt détenu et forcé à donner un faux témoignage—Lorsqu'il a quitté le Pendjab pour gagner Delhi, des extrémistes ont mis le feu à sa maison—Demande rejetée—Des questions soutenables ont été soulevées relativement à la décision du tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement, mais le requérant ne subirait pas de préjudice irréparable s'il était renvoyé à Delhi à partir du Canada—La preuve par affidavit se rapporte aux craintes pour la sécurité du requérant s'il est renvoyé au Pendjab, mais non s'il est renvoyé à Delhi—Aucune preuve par affidavit n'établit que la crainte du requérant serait fondée si on le renvoyait en Inde, en dehors du Pendjab—Si l'autorisation est accordée et si la décision selon laquelle la revendication du statut de réfugié n'a pas de minimum de fondement est annulée, l'intimé sera responsable du coût qu'entraîneraient les dispositions prises pour le retour du requérant au Canada—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (mod. par L.C. (1990), ch. 8, art. 5), 18.2 (mod., idem)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19).

DUGGAL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1409, juge MacKay, ordonnance en date du 6-11-92, 8 p.)

### *Personnes non admissibles*

Appel du refus d'accorder une ordonnance exigeant que la demande du droit d'établissement soit traitée sans autre évaluation de l'état mental—La demande de droit d'établissement avait été refusée compte tenu d'une opinion médicale selon laquelle la personne à charge qui accompagnait l'appelant, qui était atteinte du syndrome de Down, était prédisposée à la maladie d'Alzheimer—Le témoignage d'experts médicaux réfutant cette prédisposition a abouti à une ordonnance de consentement annulant le refus et enjoignant aux intimés d'examiner et de traiter la demande conformément à la Loi et au Règlement, et de déterminer si l'octroi du droit d'établissement va à l'encontre de la Loi—L'agent des visas a refusé de donner suite au dossier à moins que l'enfant ne passe un test psychométrique—L'appelant soutient que l'ordonnance rendue au sujet de la question de l'inadmissibilité en vertu de l'art. 19(1)a)(i), fondée sur l'état mental de l'enfant, n'est plus en litige; le seul motif pour lequel l'enfant avait été déclaré inadmissible en raison de son état a été jugé invalide, et l'ordonnance a autorité de chose jugée—Appel rejeté—L'ordonnance n'a pas dispensé les appelants de prouver que leur admission n'était pas contraire à l'art. 19(1)a)(ii)—Seul le lien entre le syndrome de Down et la maladie d'Alzheimer a autorité de la chose jugée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a)(ii).

WONG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-195-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 24-9-92, 2 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

### *Renvoi de visiteurs*

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance accordant un sursis à l'exécution de mesures d'exclusion—Le requérant est entré au Canada en qualité de visiteur—La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée par le tribunal d'accès initial et en appel—Au cours des 20 mois antérieurs, le requérant avait touché des prestations d'assistance sociale s'élevant à 30 000 \$—L'ordonnance d'expulsion est fondée sur le fait que le requérant fait partie d'une catégorie non admissible (soit une personne dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elle n'a pas la capacité future de subvenir à ses besoins sans aide)—Une personne qui revendique le statut de réfugié au sens de la Convention n'appartient pas à une catégorie privilégiée, statut qu'elle conserverait après le rejet de la demande—En vertu de l'art. 2 de la Loi sur l'immigration, l'expression «visiteur» s'entend d'une personne qui, à titre temporaire, se trouve légalement au Canada ou cherche à y entrer—À l'expiration de son séjour, elle perd cette qualité et ne se trouve plus légalement au Canada—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1).

DAW C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1427, juge Dubé, ordonnance en date du 16-9-92, 4 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Naturalisation—Connaissances requises—Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté canadienne pour le motif que l'appelant ne possédait pas une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté en vertu de l'art. 5(1)d) et e) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelant a pu nommer le premier ministre, plusieurs provinces et la capitale du pays—Il n'avait pas une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada—Les conditions énoncées à l'art. 5(1)d) de la Loi ne sont pas remplies—Absence de motif impérieux de modifier la décision rendue par le juge de la citoyenneté—L'appelant ne devrait pas bénéficier de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède le ministre, pour des raisons d'ordre humanitaire, en vertu de l'art. 5(3)a) et (4) de la Loi—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)d), e).

ABBOUD (RE) (T-1064-91, juge McGillis, jugement en date du 9-9-92, 2 p.)

Naturalisation—Conditions de résidence—Appel du refus d'accorder la citoyenneté—L'appelante, qui vient de l'Égypte, est arrivée au Canada en 1983—Elle a épousé un citoyen canadien—Elle a fréquenté le collège et a commencé sa famille—En 1985, lorsqu'il a été informé que son emploi prendrait fin

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

par suite de réductions du personnel, le mari a accepté un emploi en Afrique du Sud, au sein d'une division du même employeur, l'emploi devant durer deux ans—Au moment du départ du Canada, il n'était pas certain que le mari se verrait de nouveau offrir un emploi au Canada—La famille est revenue au Canada en 1990 et le mari a repris son emploi—Pendant son absence, l'appelante a conservé un compte d'épargne bancaire, un REER, son permis de conduire de l'Alberta et une assurance médicale—Elle communiquait par la poste avec un nombre restreint d'amis canadiens—Pendant toute la durée de son séjour en Afrique du Sud, elle avait l'intention de revenir au Canada, si les circonstances le permettaient—Appel rejeté—Distinction faite avec les arrêts dans lesquels la citoyenneté avait été accordée malgré des absences du Canada pendant une bonne partie de la période prévue par la Loi—L'appelante n'a pas conservé suffisamment de liens avec le Canada pour qu'on puisse conclure qu'elle a continué à résider au Canada pendant sa longue absence—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1).

WASFI C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (T-2415-91, juge Noël, jugement en date du 17-9-92, 4 p.)

Naturalisation—Conditions de résidence—L'appelante, qui était citoyenne de la République populaire de Chine, est arrivée au Canada en 1980—Elle a fréquenté l'université et a épousé un citoyen canadien en 1985—En 1986, elle est devenue résidente permanente et est partie à Hong Kong pour s'occuper de la mère de son mari—Entre le moment de son départ du Canada et celui où elle a demandé la citoyenneté, l'appelante a été physiquement présente au Canada à trois reprises, séjours qui ont chacun duré un mois—Elle a conservé son permis de résidente de retour—Appel accueilli—En cas d'absence physique au cours de la période prévue par la Loi, la preuve d'une résidence continue exige la preuve du caractère temporaire de l'absence, d'une intention manifeste de retour et de l'existence de liens de faits suffisants avec le Canada pour établir en fait l'existence d'une résidence au cours de la période—Lorsque le requérant s'est absenté pendant la quasi-totalité de la période légale, il doit également y avoir une preuve claire du motif de l'absence continue, lequel ne doit pas être incompatible avec l'intention de faire du Canada un pays de résidence, ainsi que la preuve que l'absence continue n'entraîne pas l'adoption d'un autre pays comme pays de résidence—Le fait que l'appelante s'est absentée pour s'occuper de sa belle-mère, de façon à permettre à celle-ci de demeurer dans son pays d'origine, n'est pas incompatible avec le désir de conserver le Canada comme pays de résidence—Les liens factuels de l'appelante avec le Canada demeurent aussi solides qu'ils l'étaient au moment où l'appelante est partie—L'appelante et son mari s'étaient clairement intégrés dans l'édifice social canadien avant leur départ, socialement et professionnellement—Ils ont maintenu un pied-à-terre chez leur belle-sœur, à Pierrefonds (Québec)—Le mari a continué à être membre de l'Institut canadien des comptables agréés—Les économies familiales sont conservées en devises canadiennes dans des banques canadiennes—Le mari ne cesse de demander à être muté au Canada—La Cour retient la déclaration selon laquelle l'appelante n'a nullement l'intention de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

retourner en Chine et la preuve selon laquelle son séjour à Hong Kong est temporaire—La famille de l'appelante aura quitté Hong Kong bien avant que la souveraineté politique revienne à la Chine—L'appelante demeure à Hong Kong uniquement jusqu'à ce que son mari trouve un emploi au Canada et soit en mesure de prendre d'autres mesures pour les soins de sa mère—Les faits de l'espèce sont exceptionnels—Le résultat aurait été différent si la Cour n'avait pas été convaincue que l'appelante s'était fermement établie comme résidente canadienne avant son départ, et que son séjour prolongé à Hong Kong n'avait pas entraîné l'adoption de ce pays comme pays de résidence—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)b).

SUN (RE) (T-2755-91, juge Noël, ordonnance en date du 12-11-92, 7 p.)

Naturalisation—Connaissances requises—Appel du refus d'attribuer la citoyenneté fondé sur la connaissance insuffisante du Canada et des responsabilités et privilèges conférés par la citoyenneté—L'appelante ne comprend ni l'anglais ni le français—Elle est uniquement en mesure de dire quelques mots d'anglais et ne parle par le français—Bien qu'elle soit au Canada depuis dix ans, elle n'a fait aucun effort pour apprendre l'une ou l'autre des langues officielles—Elle a été incapable de répondre aux questions sur le Canada, si ce n'est qu'elle a pu nommer le premier ministre—La personne qui sollicite la citoyenneté doit faire des efforts pour avoir le privilège de se voir attribuer la citoyenneté canadienne—Appel rejeté.

CHOI (RE) (T-513-92, juge Teitelbaum, jugement en date du 8-10-92, 3 p.)

### *Réfugiés au sens de la Convention*

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié a conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La Commission a fondé sa conclusion selon laquelle la crainte de persécution de l'appelant n'avait pas de fondement objectif sur des extraits du rapport d'Amnistie internationale traitant de la réputation de l'Ouganda en matière de droits de la personne entre 1986 et 1989 et des U.S. Department of State Country Reports on Human Rights Practices for 1988—La Commission pouvait raisonnablement tirer les conclusions auxquelles elle est parvenue, compte tenu de l'ensemble de la preuve soumise—Le fait que, dans ses motifs, la Commission n'a pas mentionné une partie de la preuve documentaire n'entache pas sa décision de nullité—L'art. 2(2) et (3) de la Loi sur l'immigration traite de la perte du statut de réfugié au sens de la Convention en raison du changement des circonstances pertinentes survenu dans le pays où résidait le réfugié—Il ne change en rien le critère utilisé pour déterminer initialement le statut du demandeur—L'art. 2(2) et (3) ne s'applique que si le demandeur est d'abord visé par la définition donnée par la Convention à l'art. 2(1)—Pour établir le statut de réfugié au sens de la Convention, il faut satisfaire au critère préliminaire tant subjectif qu'objectif—En concluant que la situation en Ouganda avait changé, la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Commission a conclu que la crainte de persécution n'avait pas l'élément objectif nécessaire pour la rendre raisonnable—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2.

HASSAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-831-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-10-92, 5 p.)

Demande d'annulation de la conclusion de la Commission selon laquelle le témoignage de l'appelant n'était pas vraisemblable—Les réponses données par l'appelant à sa propre avocate et à l'agent d'audience sont uniformes et non équivoques—L'Ellam People's Revolutionary Liberation Front (l'EPRLF) a détenu l'appelant à son camp militaire—On a exigé 15 000 roupies pour sa libération—L'EPRLF a accepté 5 000 roupies et l'a ramené chez lui à condition qu'il verse le solde—Les gens de l'EPRLF sont revenus pour prendre l'argent après que l'appelant se fût enfui—Ils ont maltraité la famille de l'appelant et ont enlevé sa fille—L'appelant craignait d'être tué s'il n'avait pas l'argent, et croyait que l'EPRLF ne mettrait jamais fin au harcèlement—Compte tenu de la preuve non contredite, la Commission a commis une erreur en concluant que rien n'indiquait qu'on exigeait encore de l'argent au moment de la libération de l'appelant—Appel accueilli.

ANTHONY PILLAI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-925-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-10-92, 5 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la revendication du statut de réfugié présentée par le requérant—Question de savoir si l'affaire doit être renvoyée à la Commission ou si la Cour doit statuer sur la revendication conformément à l'art. 52c)(i) de la Loi sur la Cour fédérale—Le requérant risque d'être persécuté dans son pays d'origine, le Kenya, en raison de son apparence physique—Appel accueilli—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52c)(i).

ALI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-236-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 30-9-92, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la revendication du statut de réfugié présentée par l'appelant—La décision est fondée sur deux conclusions de fait, qui ne sont ni l'une ni l'autre liées à la crédibilité de l'appelant—Ni l'une ni l'autre des conclusions n'est justifiable, compte tenu de la preuve dont disposait la Commission—La conclusion de la Commission n'est pas étayée par la preuve documentaire, par la déposition orale de l'appelante et par la déposition de l'expert—Appel accueilli.

LAI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-484-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 6-10-92, 3 p.)

Demande d'annulation de la décision rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Absence d'inco-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

hérences et de points peu plausibles sur lesquels le tribunal se serait fondé—Le tribunal n'a pas examiné la preuve documentaire et n'a pas appliqué le critère préliminaire très modéré qui s'applique au premier palier d'audience—Demande accueillie.

SIKDER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-718-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 8-10-92, 2 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

### SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Appel d'une ordonnance du protonotaire en chef qui avait refusé la requête de la défenderesse visant à faire rejeter l'action du demandeur au motif que cette Cour n'a pas juridiction—Action intentée par le demandeur en vue d'obtenir l'annulation de la convention et du billet à ordre qu'il a signés en retour de sa libération des Forces canadiennes—La Couronne n'étant pas engagée contractuellement avec les membres des Forces Armées, leurs rapports ne sauraient donner lieu à quelque recours devant les tribunaux civils—Une simple demande de redressement fondée sur l'art. 24(1) de la Charte ne saurait en soi conférer quelque compétence à la Cour—Le protonotaire a erré en assujettissant la juridiction de cette Cour au seul examen de l'accessoire, le billet à ordre, sans prendre en compte la convention signée par le demandeur et le fait que l'action de ce dernier a pour fondement la libération d'un membre des Forces canadiennes—Appel accueilli—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. 24(1).

BEAUREGARD C. CANADA (T-1597-89, juge Pinard, ordonnance en date du 9-10-92, 3 p.)

Demande d'ordonnance ou de jugement déclaratoire portant que la peine imposée est illégale ou que le Service correctionnel est tenu de calculer et d'appliquer la peine selon la loi et de considérer que la peine doit être purgée consécutivement à la partie non expirée de la peine d'emprisonnement non purgée au moment de l'évasion—Le demandeur avait été condamné à une peine de deux mois devant être purgée consécutivement à toute peine existante pour avoir été en liberté sans excuse légitime contrairement au Code criminel—Demande rejetée—La Cour n'a pas compétence pour déclarer que la peine imposée par une cour provinciale de juridiction criminelle est illégale—Elle n'a pas non plus compétence pour ordonner que la peine soit calculée d'une façon incompatible avec la peine imposée au motif que celle-ci n'est pas conforme à la loi, car cela exigerait également un jugement déclaratoire portant que la peine est illégale—Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 133(1)(b).

WAYE C. CANADA (T-2063-91, juge Noël, ordonnance en date du 29-10-92, 3 p.)

## COURONNE

## CONTRATS

Action fondée sur la rupture d'un contrat portant sur des services de tailleurs et de couturières devant être fournis au ministère de la Défense nationale, contrat que les demandeurs avaient obtenu par voie de soumission—Les demandeurs allèguent que les exigences du MDN étaient tellement plus considérables que les retouches et ajustements courants raisonnablement prévisibles, que cela constituait une rupture de contrat, les ayant obligés à quitter le lieu de travail et à retirer leurs services—Ils allèguent l'inexécution des dispositions expresses d'une entente écrite ainsi que le non-respect de déclarations verbales faites par le MDN avant la conclusion du contrat et par la suite, relativement à la modification prévue des dispositions du contrat—Action rejetée—L'appel d'offres permanentes constitue une offre de contrat—En présentant sa soumission, le demandeur promet de fournir certains services à certaines conditions et à certains prix—Le MDN accepte l'offre en demandant les services du demandeur—L'appel d'offres permanentes et l'offre permanente prévoient expressément que les conditions générales MAS 9076 font partie du contrat—L'une des conditions générales prévoit que le contrat renferme tous les éléments de l'entente, mais le MDN n'a pas établi qu'un exemplaire des conditions générales avait été transmis aux demandeurs—L'offre permanente renferme également une clause prévoyant que les conditions du contrat ne peuvent pas être modifiées sans que des directives écrites aient été données par le ministre—La plupart, sinon la totalité, des préoccupations exprimées par les demandeurs au sujet de l'ampleur des travaux, par suite de difficultés imprévues dans l'essayage, de défauts dans des vêtements particuliers du fournisseur, de la difficulté à coudre les insignes sur les couvre-chefs, ont donné lieu à des modifications ou à une entente de modification officielle de l'offre permanente—Il n'y a pas eu de manquement à quelque engagement pris par une personne autorisée par le ministre à payer une somme supplémentaire pour les services d'un tailleur—Les seules personnes ainsi habilitées ont refusé de modifier les conditions de l'offre permanente pour y prévoir pareil paiement—Étant donné l'absence de preuve de mauvaise foi, l'octroi de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs n'est pas justifié—L'exigibilité de quelque somme pour des travaux terminés mais non payés n'est pas établie, car elle est compensée par l'excédent versé pour d'autres travaux—Advenant que la conclusion tirée au sujet de la responsabilité soit annulée en appel, la Cour fixe à 112 000 \$ les dommages-intérêts généraux ou le manque à gagner par suite de la perte du reste des travaux—Si des dommages-intérêts sont accordés, les demandeurs auront droit à l'intérêt avant jugement—Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services, L.R.C. (1985), ch. S-25, art. 17, 18—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 31 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31).

D'ARCY C. CANADA (MINISTRE DES APPROVISIONNEMENTS ET SERVICES) (T-1360-87, juge MacKay, jugement en date du 30-9-92, 60 p.)

Demande de réparation fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—Les requêtes ne sont pas aussi satisfaisantes que les procès lorsqu'il s'agit de trancher les litiges portant sur des faits—La réparation demandée en l'espèce n'est pas appro-

## COURONNE—Fin

priée—La réparation devrait consister en des dommages-intérêts—Le ministère des Travaux publics est tenu de payer des dommages-intérêts en cas d'erreur ou d'injustice—Il est impossible de rendre une ordonnance en faveur de la requérante sans ordonner l'annulation du marché étant donné que ce dernier a déjà été accordé—Le ministère des Travaux publics a déjà examiné les soumissions et le marché a été adjugé au soumissionnaire retenu—Il serait impossible d'accorder la réparation demandée sans porter atteinte aux droits contractuels des autres parties—Demande rejetée.

34661 ALBERTA LTD. C. CANADA (T-77-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 24-4-92, 8 p.)

## RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence—Action en dommages-intérêts résultant d'une fausse allégation faite par un agent du Service de sécurité de la GRC—Le demandeur allègue que le refus d'une autorisation de sécurité par des préposés de la défenderesse aurait entraîné la perte de son emploi au ministère des Affaires extérieures—Un agent de sécurité de la GRC a indiqué dans une lettre adressée au ministère des Affaires extérieures que le demandeur a été déclaré coupable d'une infraction prévue à l'art. 185(2) du Code criminel—Prépondérance de preuve établissant la fausseté de cette allégation—Il s'agit d'une simple négligence de l'agent en question—La relation de cause à effet entre cette faute et les dommages-intérêts réclamés n'a pas été établie—La décision de ne pas accorder au demandeur l'autorisation de sécurité requise avait été prise en considération de plusieurs facteurs—Doutes entretenus sur la fiabilité du demandeur et sur la valeur de ses antécédents de travail—Le demandeur n'a pas perdu son emploi à cause de l'allégation en question—Il s'agissait d'un emploi temporaire de six mois qui a pris fin à l'expiration de ce délai—Dommages-intérêts alloués au montant de 500 \$ au titre des inconvénients causés par les déplacements du demandeur—Même si le demandeur réside au Québec, c'est en Ontario seulement que sa réputation a été atteinte—Un montant de 4 500 \$ lui est alloué pour atteinte à sa réputation—L'octroi de dommages-intérêts punitifs n'est pas justifié—Action accueillie en partie pour le montant de 5 000 \$.

ROY C. CANADA (T-1604-85, juge Pinard, jugement en date du 28-9-92, 7 p.)

## DOUANES ET ACCISE

## LOI SUR LES DOUANES

Demande de remise de bijoux saisis—Le 20 janvier 1988, la demanderesse est entrée au Canada à titre d'immigrante ayant reçu le droit d'établissement—Elle a déclaré par écrit qu'elle avait des bijoux d'une valeur de 10 000 \$, acquis avant son arrivée au Canada, et qu'elle les apporterait au Canada par la suite—Le 11 juillet 1989, la demanderesse est rentrée au Canada après un séjour au Pakistan—Les bijoux ont été saisis pour le motif qu'ils n'avaient pas été déclarés—L'expert a évalué les bijoux à 15 890 \$ aux fins de l'assurance, ou à 13 506,50 \$ au détail, alors que la demanderesse les avait évalués à 5 000 \$—Il a également affirmé que les bijoux étaient

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

neufs, n'avaient jamais été portés ou l'avaient rarement été, et n'avaient jamais été polis—Étant donné que l'expert n'a pas été contredit et qu'il n'est pas intéressé dans l'issue du litige, son témoignage est retenu dans sa totalité—La demanderesse n'est pas digne de foi—Il existe des contradictions dans son témoignage au sujet de l'origine des bijoux—Les factures produites pour prouver que la demanderesse avait déjà déclaré les bijoux saisis la première fois qu'elle était entrée au Canada à titre d'immigrante ne sont pas considérées comme authentiques—L'agent des douanes qui avait effectué la fouille a affirmé que la demanderesse avait initialement déclaré des bijoux d'une valeur de 10 000 \$ au cas où elle voudrait apporter les bijoux au Canada par la suite—La demanderesse n'a pas satisfait à la charge de la preuve imposée par l'art. 152(3) de la Loi sur les douanes—Action rejetée—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 12(1), 32(1), 152(3).

LAKHIA C. CANADA (T-595-90, juge Teitelbaum, jugement en date du 30-9-92, 18 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

Gouvernement responsable—Pouvoir exécutif—Délégation des pouvoirs du ministre—Appel de la décision de la Section de première instance ([1991] 1 C.F. 191) portant que l'ordonnance du sous-ministre modifiant le décret concernant les élections de conseils de bandes était valide et que le pouvoir du ministre avait licitement été délégué—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur justifiant l'annulation de la décision *a quo* par cette Cour—Appel rejeté.

BADGER C. CANADA (A-1019-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 3-11-92, 1 p.)

**CHARTRE DES DROITS***Recours*

Appel et appel incident d'une ordonnance de la Section de première instance ([1993] 1 C.F. 171) qui a radié les demandes d'injonctions parce qu'elles ne révélaient aucune cause raisonnable d'action et constituaient un usage abusif des procédures de la Cour—L'Accord de Charlottetown et les accords connexes sont maintenant lettre morte—Certains critères énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour ne sont pas remplis—Appel rejeté—Certains paragraphes de la déclaration n'ont rien à voir avec le recours en dommages-intérêts qui demeure et ils auraient dû être radiés—Aucune règle de droit canadienne ne justifie le recours en dommages-intérêts contre les particuliers intimés—Appel incident accueilli en partie.

NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA C. CANADA (A-1386-92, juge en chef Isaac, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-11-92, 4 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande de bref de *mandamus* obligeant la Commission canadienne des droits de la personne à enquêter sur une plainte de discrimination fondée sur la race déposée par des étudiants contre la Commission de la capitale nationale—Les requérants soutiennent que le mot «race» figurant à l'art. 3(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne inclut la condition d'étudiant—La Commission répond que la condition d'étudiant ne constitue pas un motif de discrimination en vertu de la Loi—La Commission s'est conformée à l'obligation qui lui était imposée par l'art. 42(1) de la Loi—Les requérants ont été pleinement informés des motifs de la décision, à savoir que la plainte n'était pas fondée sur un motif de discrimination prévu par la Loi et qu'elle ne relevait donc pas de la compétence de la Commission—La demande d'audience devant la Commission est sans fondement—La Commission n'est pas tenue de rendre une décision judiciaire ou quasi judiciaire ni de se conformer aux règles formelles de justice naturelle—Elle est uniquement tenue de se conformer aux règles de l'équité procédurale—Le mot «race» n'est pas ambigu, mais il est uniformément employé en rapport avec des attributs physiques héréditaires—La condition d'étudiant n'est pas un attribut physique héréditaire, mais c'est un état temporaire et non physique, ne pouvant pas être inclus dans la définition du mot «race»—La Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire à bon droit en décidant de ne pas examiner la plainte—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1), 41c), 42(1).

ALLEN C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-738-92, juge McGillis, ordonnance en date du 16-10-92, 8 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision rendue par le tribunal des droits de la personne—Question de savoir s'il existait des faits justifiant les conclusions tirées par le tribunal en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Il a été conclu que la compagnie aérienne ne s'était pas acquittée de l'obligation qui lui incombait de prouver que les normes minimales d'acuité visuelle constituaient une exigence professionnelle justifiée au sens de l'art. 15a) de la Loi—Question de savoir si la conclusion du tribunal omet de tenir compte du «temps d'inactivité» des porteurs de verres de contact—La déposition du témoin de l'intimé est ambiguë, en ce qui concerne la question en litige—Le tribunal a eu raison de s'appuyer sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297 pour déterminer s'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) en vertu de l'art. 15a) de la Loi—Question de savoir si une règle absolue imposant une norme d'acuité visuelle non corrigée peut être maintenue à titre d'EPJ si l'administration de tests individuels constitue une solution de rechange satisfaisante—L'obligation d'«adaptation», comme le tribunal l'a appelée, a un sens plus étroit—Étant donné que le mot «composé» a le sens d'«administrer des tests individuels», le tribunal a conclu à bon droit que l'employeur aurait pu recourir à des tests individuels comme solution pratique pouvant se substituer à l'adoption d'une règle discriminatoire—La conclusion de fait tirée par le tribunal veut simplement dire que ce dernier



## DROITS DE LA PERSONNE—Fin

n'a commis aucune erreur révisable en concluant que la norme de 20/80 de la compagnie aérienne en cause, norme supérieure à celle de 20/200 fixée par Transports Canada pour les pilotes au Canada, ne constituait pas une EPJ—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15a).

WARDAIR CANADA INC. C. CREMONA (A-748-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 9-10-92, 8 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

### PROCÉDURE DE SÉLECTION

#### *Concours*

Demande de contrôle et d'annulation de la décision d'un comité d'appel de la fonction publique rejetant les appels interjetés contre les nominations—La description de poste et l'énoncé de qualités concernant un poste de CR-05 contenaient des exigences importantes en matière de connaissances—À la suite d'un concours interne, le jury de sélection a déclaré, dans son rapport, que le facteur des connaissances n'avait pas été considéré au cours de la procédure de promotion—Le comité d'appel a jugé que le facteur des connaissances ne justifiait pas une méthode formelle d'évaluation puisqu'une grande partie des tâches exigeaient des connaissances que les candidats CR-04 possédaient déjà, et qu'étant donné que tous les candidats occupaient des postes de CR-04 depuis longtemps, il était superflu d'apprécier ce facteur—Demande accueillie—Compte tenu des fonctions et de l'énoncé de qualités, il incombait clairement au jury d'évaluer les connaissances de façon à permettre l'appréciation du mérite relatif des candidats—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21.

TIEFENBRUNNER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-915-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10-11-92, 3 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

### CALCUL DU REVENU

#### *Déductions*

Appel d'un jugement de la Cour de l'impôt portant annulation des nouvelles cotisations relatives aux années 1978 à 1982 inclusivement—La contribuable fait le commerce des fourrures—Revenu provenant de commissions sur les ventes, de la vente de peaux brutes et de la vente de manteaux de fourrure tout faits—Aux termes de l'art. 125 de la Loi de l'impôt sur le revenu, le revenu d'entreprise est imposé à un taux inférieur à celui applicable à un pur et simple revenu de placements—Question de savoir si le revenu que la défenderesse a tiré d'un certain nombre de certificats de dépôt constitue un revenu d'entreprise, ou bien un revenu de placements ou un revenu provenant de biens—Sa Majesté soutient que le revenu tiré du

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

capital placé constitue un revenu de placements, en se fondant sur les suppositions suivantes: la défenderesse ne détenait pas ces placements dans un but commercial; les sommes placées n'ont pas été risquées d'une manière appréciable dans l'entreprise de la défenderesse; le revenu en provenant ne se rapportait pas directement au revenu tiré par la défenderesse de l'exploitation active de son entreprise; le montant des placements dépassait très largement les besoins de l'entreprise—La défenderesse soutient que les réserves étaient nécessaires pour rétablir son crédit auprès des commerçants de fourrures après sa faillite; étant donné que selon les conditions relatives aux enchères, l'«acheteur» est responsable du paiement, les certificats de dépôt étaient nécessaires pour permettre à la compagnie de participer aux ventes de fourrures aux enchères et faisaient partie du fonds de roulement de celle-ci—Le revenu tiré d'une «entreprise exploitée activement» au sens de l'art. 125 comprend [TRADUCTION] «le revenu qui se rapporte directement ou accessoirement à cette entreprise»—Selon le droit jurisprudentiel, la question de savoir si le revenu est tiré d'un bien ou d'une entreprise est une question de fait, dépendant des circonstances dans leur ensemble—En prévoyant, à l'art. 125, un traitement fiscal préférentiel pour le revenu d'entreprise, le législateur a établi une distinction plus artificielle entre les différents types de revenus que peut gagner une entreprise—Appel accueilli en partie—Il faut déterminer si le revenu provient d'une entreprise et non s'il a été réalisé par une entreprise—La Compagnie de la Baie d'Hudson (le vendeur de fourrures) tenait à se faire payer par la défenderesse, mais cette dernière ne perdait pas la possession ou la garde des fourrures dans le cas où un client manquait à son engagement de payer—On peut se demander pourquoi un commerçant aussi astucieux risquerait 400 000 \$ pour un rendement de trois pour cent—Étant donné que les clients étaient nombreux et fort dispersés, il est inconcevable que les clients manqueraient tous à leur engagement dans la même année—Étant donné que les comptes clients étaient relativement peu élevés, les activités de la défenderesse ne nécessitaient pas un fonds de roulement élevé—Le taux de recouvrement des dettes était bon—Mention d'*Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509—Il ne suffit pas que le bien soit utilisé à des fins commerciales—S'il n'est pas employé ou risqué dans l'entreprise, il ne s'agit pas d'un bien dont le contribuable a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise—Les certificats producteurs de revenus de la défenderesse, dont la valeur est passée de 285 000 \$ en 1978 à 623 000 \$ en 1982, ne sont pas nécessaires pour les activités de la défenderesse, ne font pas partie de son fonds de roulement et ne se rapportent pas directement ou d'une manière accessoire à l'entreprise en activité—Absence de rapport entre le montant total des contrats d'achat passés lors de plusieurs ventes aux enchères pour le compte de plusieurs clients et le montant total de la réserve requise pour couvrir le risque—Absence de preuve que la Compagnie de la Baie d'Hudson exigeait la vérification des livres pour admettre la défenderesse à titre d'acheteur—La preuve présentée relativement à la gravité des risques courus, soit par suite des achats aux ventes aux enchères, soit en raison d'autres activités commerciales liées à la vente de vêtements de fourrure, n'est pas convaincante—D'autre part, les certificats de dépôt constituaient le seul élément d'actif assurant à la défenderesse la continuité et la stabilité et lui permettant de faire face à des dettes à court ou à long terme—La défenderesse a décidé de ne pas fonctionner au moyen d'un

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

gros compte de banque courant, mais a préféré une marge de crédit fluctuante aux soldes peu élevés, tout excédent étant placé dans des certificats liquides à court terme producteurs de revenus—Des fonds doivent être disponibles pour faire face aux ralentissements imprévus—Malgré le caractère excessif des réserves déclarées par la défenderesse, une réserve raisonnable était nécessaire dans le cadre des activités de cette dernière puisque les conditions auxquelles étaient soumises ses enchères l'exposaient à l'éventualité de voir engagée sa responsabilité jusqu'à un certain point; la faillite antérieure nécessitait l'établissement et le maintien de la stabilité financière; les avances bancaires consenties de temps à autre étaient rendues possibles par l'existence des réserves; aucun actif corporel n'était disponible à titre de garantie de ces avances; certains achats isolés faits aux ventes aux enchères étaient importants; en dépit du caractère non cumulatif des risques attachés aux ventes de fourrures aux enchères, il se dégage de la preuve que la défenderesse a dû consentir des marges de crédit à certains clients, ce qui entraînait un risque financier—Il existe une preuve orale et documentaire suffisante pour fixer à 200 000 \$ le montant d'une réserve raisonnable—Cotisations modifiées de manière à inclure dans le revenu d'entreprise pour chaque année le revenu produit par la somme de 200 000 \$—Le solde du revenu est tiré de placements—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 125(1a),(6) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 38; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 86), 129(4) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 86; 1979, ch. 5, art. 41).

CANADA C. IRVING GARBER SALES CANADA LTD.  
(T-2315-87, juge Joyal, jugement en date du 21-9-92,  
30 p.)

Appel des cotisations par lesquelles le MRN a refusé les dépenses réclamées par la demanderesse (Imapro) pour les années d'imposition 1987 et 1988—Le 10 juin 1987, Imapro a contracté l'obligation écrite de construire un immeuble pour ses activités de recherche et de développement, de fabrication et de vente—Les activités d'Imapro constituent des recherches scientifiques et du développement expérimental (RS et DE) au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu, ce qui lui permet, dans certaines circonstances, de réclamer une déduction pour des dépenses—Les modifications apportées à la LIR en 1988 excluent les dépenses en immobilisations faites relativement à l'acquisition d'un bâtiment—La disposition transitoire permettait encore la déduction des dépenses afférentes à des RS et DE relativement aux bâtiments acquis avant 1990 conformément à une obligation écrite contractée avant le 18 juin 1987 ou dont la construction avait commencé avant le 18 juin 1987—La construction du bâtiment par Imapro a commencé en septembre 1987 et a pris fin au début de 1988—La règle d'interprétation stricte auparavant applicable dans l'interprétation de la loi fiscale a été abandonnée en faveur d'une interprétation fondée sur le sens ordinaire—Question de savoir si la disposition transitoire en litige permet à la contribuable de déduire les dépenses en immobilisations pour la construction du bâtiment—Les dispositions transitoires sont adaptées pour alléger les difficultés causées par l'imposition d'une loi rétroactive—En l'espèce, la disposition transitoire devrait être interprétée de manière à inclure les bâtiments acquis avant 1990 conformément à une obligation écrite contractée avant le 18 juin 1987—L'expression «dépenses» figurant à l'art. 37(7c)(ii)(A) de la Loi englobe tant les dépenses courantes que les dépenses en

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

immobilisations—Les dépenses courantes peuvent être réparties dans une certaine mesure entre les RS et DE et d'autres usages afférents au bâtiment—L'expression «en totalité ou presque» figurant à l'art. 37(7c)(ii) de la Loi signifie une partie importante, soit au moins 90 %—La proportion de 47,3 % des dépenses courantes engagées pour l'entretien des parties communes du bâtiment ne correspond pas au sens de l'expression «en totalité ou presque», de sorte qu'elle n'est pas directement attribuable à des RS et DE—La répartition raisonnable des coûts de construction en vue de la réclamation d'une dépense en immobilisations pour RS et DE est permise—Les parties communes et administratives du bâtiment font partie intégrante du fonctionnement du secteur de recherche et de développement et sont utilisées habituellement et régulièrement par les employés—Les coûts de construction de 47,3 % réclamés par Imapro à titre de dépense en immobilisations pour RS et DE relativement aux parties communes et administratives sont raisonnables et doivent être admis à titre de déduction—Appel accueilli en partie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 37(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 14(1),(2); 1977-78, ch. 1, art. 15(1); 1977-78, ch. 4, art. 3; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 15(1),(2); 1980-81-82-83, ch. 140, art. 17(1); 1983-84, ch. 1, art. 10(1); 1986, ch. 6, art. 15(1),(3); 1986, ch. 55, art. 6(1); 1987, ch. 46, art. 11(1); 1988, ch. 55, art. 18(1),(3),(4),(5)), (7c) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 15(2),(3), (édicte par L.C. 1988, ch. 55, art. 18(14)).

IMAPRO CORP. C. CANADA (T-3233-90, T-3234-90, juge  
McGillis, jugement en date du 25-9-92, 21 p.)

Appel du rejet d'une cotisation par laquelle le ministre avait refusé la déduction de dépenses d'entreprise—Les dépenses étaient des «paiements de redevances par anticipation», concernant deux territoires de licence pour la mise en marché et la vente aux É.-U. de cours de lecture rapide—Il fallait payer par anticipation la somme de 20 000 \$ à titre de redevances pour chaque licence, mais l'appelant n'était pas tenu de payer de l'argent de sa poche—Des compagnies liées consentaient des prêts, payables uniquement au moment où les remboursements d'impôt sur le revenu étaient reçus—Absence d'investissement réel dans le projet de mise en marché—Le juge de première instance a conclu que l'appelant n'avait pas l'intention d'exploiter lui-même une entreprise de mise en marché de cours de lecture rapide, qu'il n'avait pas les moyens ou la capacité de le faire, et que le projet avait pour seul et unique but d'obtenir des remboursements d'impôt—Appel rejeté—Ces conclusions s'appuyaient solidement sur la preuve—La déduction ne concerne pas l'entreprise—Pour qu'une activité soit reconnue comme une entreprise, dont les dépenses sont déductibles en vertu de l'art. 18(1)a), il doit y avoir expectative raisonnable de profit et il faut s'attendre à ce que le profit découle de l'activité elle-même et non pas exclusivement des dispositions de la loi fiscale—Il est inutile de rejeter également la déduction parce qu'elle est déraisonnable aux termes de l'art. 67, et qu'il s'agit d'une réduction factice du revenu aux termes de l'art. 245, puisqu'il n'existait au départ aucune entreprise—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)a), 67, 245(1).

MOLONEY C. CANADA (A-73-89, juge Hugessen, J.C.A.,  
jugement en date du 5-10-92, 5 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

## CORPORATIONS

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt conformément à l'art. 172 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le MRN avait refusé un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) pour l'année d'imposition 1984 de la demanderesse ainsi que le report rétroactif d'une fraction du CIRS pour 1983—Une débenture de 114 000 \$ avait été émise par une compagnie en contrepartie du paiement par la demanderesse d'une somme de 200 000 \$—L'avocat de la compagnie n'a pas produit les documents nécessaires à la désignation du CIRS dans les délais prévus—Le 18 novembre 1985, Revenu Canada a envoyé une lettre à la compagnie au sujet des dispositions concernant le dépôt tardif de la désignation—Art. 194(7) de la Loi d'interprétation en litige—Question de savoir si la production en temps voulu des déclarations de renseignements constitue une condition préalable à la production tardive d'une désignation et si la lettre du 18 novembre constitue un avis donné par le ministre au sens de l'art. 194(7)—La corporation qui produit sa désignation en retard a le droit de la produire et celle-ci est réputée avoir été faite si les conditions énoncées à l'art. 194(7)a) et b) sont remplies—La disposition d'exception se rapporte à l'ensemble de la première partie du paragraphe et fournit une solution de rechange au droit que possède la compagnie de déposer la désignation en retard—Le paragraphe porte sur la production tardive de la désignation, et non sur la production tardive des formules de renseignements, qui est une question traitée par règlement—Cette interprétation de l'art. 194(7) est conforme aux objets généraux de la législation en matière de CIRS, soit d'encourager les investissements dans la recherche et le développement effectués par des corporations qui ont une obligation fiscale limitée, ou inexistante, les lois fiscales ne leur fournissant aucune incitation—Des incitations sont créées par la Loi, à la fois pour l'investisseur et pour la corporation qui désigne le montant du CIRS—La production tardive de la désignation et le paiement de la pénalité sont censés corriger l'omission de produire la désignation en temps voulu—Les politiques administratives de Revenu Canada sont incompatibles avec la thèse du ministère public, que la production des déclarations de renseignements en temps voulu constitue une condition préalable à toute production tardive—Il n'est pas nécessaire de donner un sens implicite à l'art. 194(7), dont l'objet est de régir la production tardive de la formule de désignation—L'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté d'une loi fiscale doit jouer en faveur du contribuable, même si l'interprétation confère à celui-ci un avantage extraordinaire—La production en temps voulu des déclarations de renseignements ne constitue pas une condition préalable à la production tardive d'une désignation lorsque le ministre envoie par la poste un avis conformément à l'art. 194(7)—La lettre du 18 novembre 1985 constitue un avis mis à la poste par le ministre en application de la disposition d'exception prévue à l'art. 194(7)—La forme de l'avis est sans importance pourvu que le contribuable soit au courant de la cotisation établie par le ministre—En vertu de la disposition d'exception de l'art. 194(7), la corporation contribuable est réputée avoir fait une désignation à la date appropriée—Action accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 194(4) (édicé par S.C. 1984, ch. 1, art. 95(1)), (7) (édicé, idem).

UNITED EQUITIES LTD. C. M.R.N. (T-1850-89, juge MacKay, jugement en date du 8-10-92, 24 p.)

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande d'annulation du mandat suspendant la libération conditionnelle—En 1966, le requérant a été déclaré contrevenant sexuel dangereux—Il purgeait une peine de détention préventive—L'une des conditions de la libération conditionnelle de jour était de ne pas entrer en communication avec Millie Smalldon et de ne pas pénétrer dans la région de Peel située au sud de l'autoroute 401—Dans l'exercice de ses fonctions de messenger, le requérant s'est rendu au sud de l'autoroute 401, violant ainsi l'une des conditions de sa libération conditionnelle—Libération conditionnelle suspendue—Au cours de l'audience tenue par la Commission nationale des libérations conditionnelles, il est devenu évident que les allégations avaient rapport avec le fait que le requérant avait suivi M<sup>me</sup> Smalldon—Étant donné que c'était la première fois que le requérant entendait parler de cette allégation, l'audience a été ajournée—Quelques jours plus tard, l'avocat du requérant a reçu une copie de la déclaration de M<sup>me</sup> Smalldon, alléguant que celle-ci avait été suivie—Demande rejetée—Dans les affaires relatives aux droits des détenus, la Cour essaie fréquemment de déterminer si le détenu a été suffisamment informé de l'essentiel des allégations pour pouvoir se défendre sans pour autant compromettre la source de renseignements—L'agente de libération conditionnelle a déclaré avoir informé le requérant de la plainte portée par M<sup>me</sup> Smalldon au moment de la suspension de la libération conditionnelle, quatre semaines avant l'audience tenue par la Commission—Absence de déni de justice—La Commission ne pouvait plus obliger l'audience à se poursuivre quand on a laissé entendre que c'était la première fois que le requérant entendait parler de la plainte portée par M<sup>me</sup> Smalldon—Les renseignements ont été communiqués dans les quelques jours qui ont suivi—L'argument selon lequel le délai de cinq semaines qui s'est écoulé avant la reprise de l'audience a fait perdre à la Commission sa compétence n'est pas fondé, étant donné en particulier que le requérant ne s'était pas plaint du délai de quatre semaines qui s'était écoulé entre la conversation au cours de laquelle l'agente de libération conditionnelle l'avait informé des allégations et la date de l'audience.

LAKE C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-564-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-8-92, 11 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

## CONTREFAÇON

Appel d'une injonction permanente empêchant l'appelante de vendre des meubles en liaison avec les marques de commerce «Paolo Gucci» et «Paolo designed by Paolo Gucci»—L'intimé conçoit et fabrique des montres, des sacs à main, des chaussures et des vêtements en liaison avec le nom commercial et la marque de commerce «Gucci»—Les biens de l'intimé sont des produits supérieurs par leur qualité, leur conception et leur style—L'appelante vend des meubles—Paolo Gucci est apparenté à la famille qui a fondé la société intimée—En 1984, il s'est établi à son compte en tant que concepteur de meubles principalement, après avoir été associé à la société intimée pendant plus de 30 ans—Le juge de première instance a statué qu'étant donné que les meubles n'étaient pas inclus dans la conception des marchandises figurant dans l'enregistrement de l'une ou l'autre des marques de commerce de l'intimée,

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

l'art. 19 de la Loi sur les marques de commerce n'avait pas été violé—Selon l'art. 20, la vente de marchandises en liaison avec la marque de commerce créant de la confusion est réputée constituer une contrefaçon à moins que l'emploi ne soit 1) de bonne foi, 2) autrement qu'à titre de marque de commerce, 3) une description exacte du genre de marchandises ou services, 4) non susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce—Le juge de première instance a conclu que l'emploi du nom «Gucci» par l'appelante à titre de marque de commerce était similaire à la marque de l'intimée au point de créer de la confusion et que l'art. 20b(ii) ne protégeait pas l'appelante, notamment parce que les meubles n'étaient pas conçus par Paolo Gucci en tant que personne physique—Appel rejeté—L'appelante ne satisfait pas à trois des quatre conditions qui doivent être remplies pour qu'elle puisse se prévaloir de l'art. 20b(ii)—(1) La preuve fournie ne permet pas de conclure à l'absence de bonne foi de la part de l'appelante—(2) Les mots «Paolo designed by Paolo Gucci» ont été utilisés en tant que marque de commerce—Une marque de commerce sert à distinguer des marchandises de celles des autres—L'intention de l'usager et la reconnaissance par le public sont des faits pertinents lorsqu'il s'agit d'établir l'emploi de la marque de commerce—Le choix de la marque par un commerçant dans le but de distinguer ses marchandises est le facteur dominant—Paolo Gucci a lui-même témoigné qu'en utilisant les étiquettes et l'emblème en question, il avait l'intention de préciser l'origine des produits—L'appelante a également utilisé les étiquettes et l'emblème pour distinguer ses marchandises, sinon pour amener le public à croire à tort qu'elles étaient les créations de l'intimée—(3) L'emploi des mots «Paolo Gucci» et «Paolo designed by Paolo Gucci» n'était pas une description exacte du genre ou de la qualité des marchandises de l'appelante—L'appelante n'a pas établi que le juge de première instance avait commis une erreur évidente et prépondérante en concluant que les meubles n'avaient pas été conçus par Paolo Gucci—(4) L'appelante n'a pas repoussé la conclusion tirée par le juge de première instance, à savoir que l'emploi par l'appelante avait probablement pour effet de diminuer la valeur de l'achalandage attaché aux marques de commerce—L'injonction n'est pas trop générale—Le jugement porte uniquement sur l'emploi des marques de commerce en liaison avec les meubles—Elle ne s'applique pas à Paolo Gucci, qui n'est pas partie à l'action—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 6, 7b), 19, 20, 22.

MEUBLES DOMANI'S C. GUCCIO GUCCI S.P.A. (A-571-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 19-6-92, 13 p.)

## PRATIQUE

Appel d'une décision de l'agent d'audition supérieur portant qu'il n'y avait pas lieu de modifier ou de radier l'enregistrement de la marque de commerce «Cordon Bleu» sous le régime de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce—Un avis a été envoyé à l'intimée par l'agent à la demande des appelantes, même s'il ne s'était pas encore écoulé trois ans à compter de l'enregistrement—Avis donné au nom du registraire seulement, et non au nom des appelantes—Les appelantes n'étaient pas parties à l'avis donné à l'intimée au nom du registraire car elles avaient agi prématurément avant l'expiration des trois années suivant la date de l'enregistrement de la marque de commerce de l'intimée—Aux termes de l'art. 45(1),

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

trois années doivent s'écouler depuis l'enregistrement avant que quiconque, à l'exception du registraire, ne puisse demander qu'un avis soit donné au propriétaire inscrit de la marque de commerce—Les appelantes n'avaient pas le droit, en vertu de l'art. 45(4) de la Loi, de recevoir notification de la décision et des motifs du registraire, de sorte qu'elles n'avaient pas qualité pour interjeter appel—Le droit d'appel est exceptionnel—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45, 56.

RENAUD COINTREAU & CIE C. CORDON BLEU INTERNATIONAL LTD. (T-2314-90, juge Pinard, jugement en date du 5-11-92, 7 p.)

Demande de jugement par défaut fondée sur l'omission par la défenderesse de déposer la défense dans le délai fixé par la Règle 402—La défenderesse a déposé une déclaration d'opposition à la demande faite par la demanderesse en vue de l'enregistrement de la marque de commerce «Saint Anna Bakery Ltd.» et du dessin y afférent—Elle a envoyé à la demanderesse une lettre lui demandant de mettre fin à l'utilisation des mots «Saint Anna Bakery Ltd.» pour le motif que cette utilisation constituait une usurpation de ses marques de commerce déposées—La demanderesse a intenté une action en vue de l'obtention d'un jugement déclarant qu'il n'y avait pas usurpation de marque de commerce et que les marques de commerce de la défenderesse étaient invalides—La défenderesse a intenté sa propre action en usurpation de marque de commerce—Demande rejetée—Vu les nombreuses discussions et communications entre les parties au sujet de la façon de poursuivre les actions, une ordonnance serait tout à fait inopportune—Il est plausible, comme l'allègue la défenderesse, que l'action de la demanderesse ait été irrégulièrement intentée par voie de déclaration, étant donné l'art. 57 de la Loi sur les marques de commerce, mais la Cour hésite à priver une partie du droit de se faire entendre en justice par suite d'un vice de procédure—Les circonstances exigent que la Cour dirige la stratégie des actions concurrentes—L'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale permet à la Cour de suspendre une procédure lorsque l'intérêt de la justice l'exige—Il existe un fort argument en faveur de la partie qui a intenté l'action la première, mais une charge de la preuve plus importante et une contestation plus complète sont également des facteurs importants—Bien que cette action ait été intentée la première, puisqu'il incombe à la défenderesse (qui est demanderesse dans l'action T-1165-92) de prouver la validité des marques de commerce, d'établir son droit de propriété sur ces marques et de prouver qu'il y a eu usurpation donnant lieu à des dommages-intérêts, il est conforme à l'intérêt de la justice de suspendre l'action et de permettre à la défenderesse de poursuivre son action T-1165-92—La demanderesse en l'espèce peut obtenir un redressement par voie de défense et de demande reconventionnelle—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 402—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7, 57.

SAINT ANNA BAKERY LTD. C. CHEUNG'S BAKERY PRODUCTS LTD. (T-572-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 9-10-92, 6 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant aux intimés de vendre des aspirateurs—La requérante est une société qui figure parmi les 500 entreprises

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

de la revue *Fortune* et dont le chiffre d'affaires annuel s'élève à 1,24 milliards de dollars—Une division fabrique et distribue des aspirateurs *Tri Star*, son chiffre d'affaires au Canada s'élevant à 2,5 millions \$—L'appareil consiste dans un traîneau en forme d'œuf avec des accessoires—Il est vendu de porte-à-porte au moyen d'un réseau de distributeurs—«*Tri Star*» est une marque de commerce déposée—L'intimé *Puri*, président de l'intimée *Citywide*, a distribué l'appareil en Colombie-Britannique, en Saskatchewan et au Manitoba de 1978 à 1990—En 1990, le contrat n'a pas été renouvelé, les circonstances de la résiliation ayant donné lieu à une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique—Les autres intimés sont d'anciens distributeurs qui ont résilié leurs contrats en 1992—L'intimé *Puri* soutient que le brevet concernant «*Tri Star*» est expiré—Il a mis au point, fabriqué et distribué un aspirateur sous la marque de commerce déposée «*Miracle-Star*», et a investi des sommes considérables à cet égard—Selon la preuve, la conception mécanique est fort semblable à celle de «*Tri Star*»—L'apparence est similaire puisque le traîneau a la forme d'un œuf et des rebords décoratifs et que son nom est inscrit en lettres dorées—Les anciens distributeurs de «*Tri Star*» se sont joints à la force de vente—Question de savoir si la marque de commerce et le signe distinctif ont été violés—Question de savoir si la technique de vente de la requérante a été copiée—L'intimé a changé la marque de commerce pour «*Miracle Mate*», a modifié l'apparence extérieure de l'appareil en allongeant le traîneau et en ôtant les rebords, et s'est engagé à rendre compte de toutes les ventes—Question sérieuse à trancher, à savoir si le traîneau ovoïde constitue un signe distinctif et si l'on a fait passer les marchandises pour celles de la requérante—Prépondérance des inconvénients—Les aspirateurs constituent une faible part de l'entreprise de la requérante et la perte des ventes ne mettra pas l'entreprise en danger—Le recrutement des distributeurs ne nuit pas au réseau de distribution, car les agents de ventes ont peu d'allégeance dans ce secteur—La délivrance d'une injonction gênerait la jeune entreprise de l'intimé *Puri*, dans laquelle ce dernier a engagé toutes ses économies, ce qui entraînerait la faillite et trancherait la question finale—Demande rejetée.

FIGGIE INTERNATIONAL INC. C. CITYWIDE MACHINE WHOLESALE INC. (T-1200-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 23-7-92, 9 p.)

## RADIATION

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant l'enregistrement de la marque de commerce «*Sunrez*» destinée à être employée en liaison avec des «résines et des agents insolubilisants pour couchage de papier» pour le motif que l'inscription n'exprime pas fidèlement quels étaient les droits du propriétaire inscrit à la date de la demande—Il est allégué que *United* n'avait pas le droit d'obtenir l'enregistrement de la marque de commerce «*Sunrez*» puisque *Sequa Chemicals* et son prédécesseur en titre utilisaient la marque avant que *United* l'ait employée pour la première fois, que la marque de commerce «*Sunrez*» appartenait à *Sequa* et qu'elle n'était pas distinctive en ce qui a trait aux marchandises de *United*—De 1981 à 1984, *United* a distribué le produit «*Sunrez*» aux usines de pâte à papier, au Canada, pour *Sun Chemical Corp.* (dont le nom a subséquemment été remplacé par celui de *Sequa Corp.*), qui était la société mère américaine de *Sequa Chemicals*—En

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

1985, elle a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «*Sunrez*» qu'elle prétendait avoir commencé à employer en avril 1984—*Sequa Corp.* avait enregistré la marque de commerce «*Sunrez*» aux É.-U. en 1970—L'enregistrement a été cédé à *Sequa Chemicals* en 1987—*Sequa Corp.* a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «*Sunrez*» au Canada, mais la demande a été refusée en raison de l'enregistrement antérieur obtenu par *United*—Selon la définition donnée dans *Wilhelm Layher GmbH c. Anthes Industries Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 187 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la requérante est une «personne intéressée»—Demande accueillie—Selon l'art. 16 de la Loi sur les marques de commerce, le droit d'obtenir l'enregistrement d'une marque de commerce est assujéti à la condition qu'elle «ne crée pas de confusion» avec une marque de commerce «antérieurement employée» ou «révélée» au Canada par une autre personne—Les marques créent non seulement de la confusion, mais elles sont en outre identiques—L'emploi par un distributeur constitue un «emploi» par le fabricant: *Manhattan Industries Inc. c. Princeton Manufacturing Ltd.* (1971), 4 C.P.R. (2d) 6 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La marque de commerce «*Sunrez*» était antérieurement employée au Canada par la requérante au sens de l'art. 16—L'art. 18 prévoit que la marque de commerce peut être invalide si le propriétaire de la marque n'a pas le droit d'obtenir son enregistrement, sous réserve de l'art. 17—L'art. 17 prévoit que l'enregistrement d'une marque de commerce ne sera pas tenu pour invalide du fait de l'utilisation antérieure d'une marque de commerce créant de la confusion si l'utilisateur antérieur a par la suite abandonné cette marque—La requérante n'a jamais abandonné la marque de commerce «*Sunrez*» puisqu'elle a continué à l'employer aux É.-U.—Aucun élément de preuve ne montre qu'elle ait eu l'intention d'abandonner la marque—*Sequa Chemicals* a le droit d'obtenir l'enregistrement de la marque de commerce «*Sunrez*» au Canada—L'art. 17 ne peut être invoqué pour empêcher la radiation—*United*, en sa qualité de distributeur, n'a pas le droit d'obtenir l'enregistrement de la marque de commerce «*Sunrez*» au Canada—La requérante s'est également acquittée du fardeau d'établir que la marque de commerce «*Sunrez*» n'est pas adaptée à distinguer le produit de *United* révélé au Canada par la requérante—Une preuve établissant que la marque est connue au Canada et qu'elle a été employée aux États-Unis suffit à montrer qu'une marque de commerce n'est pas distinctive pour une autre partie: *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 C.F. 3 (C.A.)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 4, 16, 17, 18.

SEQUA CHEMICALS, INC. C. UNITED COLOR AND CHEMICALS LTD. (T-1478-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 5-8-92, 14 p.)

## PRATIQUE

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable*

Production de documents—Appel de la décision par laquelle le protonotaire a conclu qu'il ne fallait pas répondre à une question posée à la défenderesse parce qu'elle n'était pas perti-

## PRATIQUE—Suite

nente et que certains documents n'avaient pas à être produits parce qu'ils étaient protégés—Un contrat avait été passé en vue de l'emballage et du transport par mer des effets personnels du demandeur de Toronto à Londres, en Angleterre—La défenderesse n'a livré que partiellement les biens—Le demandeur a essayé de forcer la défenderesse à répondre à la question au sujet d'erreurs de livraison déjà commises—Le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas lié par l'opinion du protonotaire—Absence de preuve montrant qu'il y a déjà eu des erreurs de livraison, et pareille preuve serait probablement irrecevable—Les faits similaires antérieurs n'ont rien à voir avec la question de la violation fondamentale du contrat—Il ne faut pas répondre à la question car elle n'est pas pertinente—Question de savoir si les documents ont été préparés en prévision d'un procès—Les documents en cause ont été préparés pour l'assurance, et non en substance pour des raisons d'ordre juridique ou en vue d'un litige—Les documents ne sont pas protégés et ils devraient être produits—Appel accueilli en partie.

MACKAY C. SCOTT PACKING AND WAREHOUSING CO. (CANADA) LTD. (T-2015-89, juge Rouleau, ordonnance en date du 14-10-92, 7 p.)

## DÉCISION PRÉLIMINAIRE SUR UN POINT DE DROIT

Question de savoir si la Commission de la fonction publique et le Secrétaire d'État du Canada ont violé le Règlement sur les langues officielles lors des nominations dans la Fonction publique en ne nommant pas le demandeur conformément à l'art. 5 alors qu'il ne satisfaisait pas aux exigences linguistiques après avoir suivi un cours de langue—L'art. 5 prévoit que la personne qui ne satisfait pas aux exigences linguistiques dans la période spécifiée est nommée pour une période indéterminée à un poste dont la nature des fonctions, le niveau et le traitement sont semblables à ceux du poste bilingue—Exigences de la Règle 474 énoncées dans *Berneche c. Canada*, [1991] 3 C.F. (C.A.)—Demande rejetée—Questions de fait en litige—La détermination ne met pas en cause une pure question de droit, mais plutôt une question mixte de droit et de fait—Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si les postes sont similaires et si le statut d'employé nommé pour une période indéterminée est maintenu, sur la question de savoir quand la période d'exemption a pris fin et sur l'effet du congé autorisé—Étant donné que la Cour est tenue d'entendre la preuve pour trancher les questions de fait, il n'est pas opportun de recourir à la Règle 474—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 474—Règlement sur les langues officielles lors de nominations dans la Fonction publique, DORS/81-787, art. 5—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33.

CAHILL C. CANADA (T-433-92, juge Dubé, ordonnance en date du 27-10-92, 4 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Appel de l'ordonnance du protonotaire en chef enjoignant à la demanderesse et à la mise en cause de payer les frais entre procureur et client sur une base solidaire—Le protonotaire en chef a eu raison d'ordonner que les frais soient payables aux défendeurs—Les frais devraient être limités aux frais relatifs aux services rendus après le 12 février 1992—L'adjudication

## PRATIQUE—Suite

des frais entre procureur et client est justifiée, compte tenu des négociations prolongées qui ont mené à la présentation de la requête en vue de l'obtention d'une ordonnance déclarant la déchéance de la déclaration, étant donné que l'influence dont la demanderesse et la mise en cause ont joui en raison de leurs privilèges est suffisamment douteuse en droit—La somme globale de 4 500 \$, comprenant tous les débours et un montant de 500 \$ à titre d'intérêt sur les fonds en mains tierces détenus par la mise en cause sont accordés.

CANIMAR SHIPPING N.V. C. PROPRIÉTAIRES, EXPÉDITEURS, DESTINATAIRES ET AUTRES (T-2055-91, juge Joyal, ordonnance en date du 2-11-92, 3 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Jugement par défaut*

Requête fondée sur la Règle 324 en vue de l'obtention d'un jugement contre la Couronne pour défaut de plaider—Déclaration déposée le 7 août 1992—Défense déposée le 24 septembre—Observations déposées par la Couronne le 14 octobre en réponse à la requête fondée sur la Règle 324—Aux termes de la Règle 402(2), la défense peut être déposée dans les 30 jours de la signification de la déclaration ou par la suite, mais avant qu'une demande de jugement par défaut ne soit faite—En l'espèce, la défense a été déposée avant le dépôt de la requête fondée sur la Règle 324, conformément à la Règle 402(2)b(i)—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 402(2).

SARRAF C. CANADA (T-1960-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 5-11-92, 2 p.)

*Suspension d'exécution*

Demande de suspension de l'exécution d'une décision arbitrale pour le motif qu'elle n'est pas suffisamment précise et qu'elle outrepassa la compétence de l'intimé—Le syndicat avait déposé un grief dans lequel il alléguait que Radio-Canada avait violé la convention collective—L'arbitre a confirmé le grief en partie—Décision déposée au greffe de la Cour fédérale sous le régime de l'art. 66 du Code canadien du travail—La requérante a présenté une requête en évocation afin d'obtenir l'annulation de la décision arbitrale—L'arbitre conserve sa compétence pendant 120 jours à compter de la date de la décision—La décision n'est pas définitive étant donné que l'arbitre conserve sa compétence pour trancher toute question portant sur l'application—La décision ne peut pas être légalement déposée à la Cour fédérale pour être considérée comme exécutoire—Le critère qui permet de déterminer si la suspension doit être accordée est le même que celui qui s'applique aux injonctions interlocutoires—Il existe une cause défendable en l'espèce—La prépondérance des inconvénients penche du côté de Radio-Canada—Le syndicat ne subira aucun préjudice si ce n'est le non-paiement de cotisations syndicales—Un préjudice irréparable et beaucoup d'ennuis seraient causés à Radio-Canada si elle était contrainte à embaucher un journaliste conformément à la convention collective—Le dépôt de la décision de l'arbitre est nul parce que prématuré—L'exécution de la décision est suspendue tant que la requête en évocation n'aura pas été tranchée.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. FRUMKIN (T-1731-92, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 25-9-92, 11 p.)

## PRATIQUE—Suite

## MODIFICATION DES DÉLAIS

Demande de prorogation du délai fixé en vue du dépôt d'affidavits à l'appui d'une demande d'autorisation de solliciter le contrôle judiciaire—Il a été conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le requérant n'avait pas de minimum de fondement—Le requérant pourrait subir un préjudice du fait que, en raison des procédures internes de la Cour, sa demande ne soit pas transmise à temps—Demande accueillie.

RUBILAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-487, juge Reed, ordonnance en date du 17-8-92, 2 p.)

## PARTIES

*Procédure de mise en cause*

Appel du refus d'accueillir la requête en radiation de l'avis de mise en cause—(1) Les trois conditions relatives à la compétence exposées dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, sont remplies—La condition de l'attribution de compétence par une loi est remplie par l'art. 17(4) ou (5) de la Loi sur la Cour fédérale—Les conditions relatives à l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige, qui est «la loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, sont remplies—Même si le libellé de la mise en cause suit la common law, son issue se fondera entièrement sur le droit fédéral régissant les rapports entre les peuples autochtones et leurs bandes d'une part et l'administration et le gouvernement fédéraux d'autre part—(2) Les questions soulevées par les prétentions de la Couronne dans la mise en cause ne sont pas évidentes—On ne peut présumer que la cause d'action invoquée par la Couronne dans la mise en cause relève du droit des délits provincial et met en cause de purs concepts de common law—L'ensemble particulier de règles de droit régissant les rapports entre les peuples autochtones, les bandes indiennes et les autorités fédérales est directement en cause—(3) Il n'existe aucun fondement à la prétention que la mise en cause ne devrait pas être maintenue parce que, étant donné la réparation recherchée ou les allégations qui ont été faites, cela constituerait une dérogation aux plaidoiries antérieures—Il n'y a aucune dérogation—La mise en cause vise à permettre au défendeur de contraindre le règlement complet du litige au centre duquel celui-ci se trouve—Cela ne saurait être considéré comme un manque de cohérence—Appels rejetés—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(4),(5)—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

BANDE MONTANA C. CANADA (A-118-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 8-10-92, 4 p.)

## PLAIDOIRIES

Les appelants demandent un sursis afin de pouvoir produire la preuve à l'appui de leur affirmation—L'ordonnance enjoint aux appelants de déposer les preuves demandées et de les

## PRATIQUE—Suite

signifier à l'intimée et enjoint en outre à l'intimée de déposer et de signifier sa réponse à l'argument invoqué par les appelants.

BANDE INDIENNE DE BLUEBERRY RIVER C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (A-1240-87, juge en chef Isaac, ordonnance en date du 30-10-92, 2 p.)

*Détails*

Requête présentée en vertu de la Règle 336(5) en vue d'annuler l'ordonnance du protonotaire en chef accordant la requête en détails des demanderesse—En ce qui a trait au paragraphe 5 de la défense et demande reconventionnelle de la défenderesse, il n'y a pas lieu d'intervenir—Quant au paragraphe 10 de la défense et demande reconventionnelle et aux paragraphes 5, 6, 7 et 8 des détails joints à celle-ci, l'ordonnance ne saurait être maintenue car elle imposerait à la défenderesse l'obligation de révéler la nature légale de son argumentation plutôt que des faits essentiels lors du procès—Appel accueilli en partie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 336(5).

CSI MANUFACTURING AND DISTRIBUTION INC. C. ASTROFLEX INC. (T-1562-91, juge Noël, ordonnance en date du 9-10-92, 3 p.)

*Requête en radiation*

Appel de l'ordonnance rejetant la demande de radiation de la déclaration—L'intimé, qui est un ancien préposé de l'État occupant un poste pour une période indéterminée, allègue avoir été mis en disponibilité par suite du manque de travail, mais le travail qu'il faisait antérieurement est maintenant donné à contrat—L'intimé a par la suite accepté une indemnité de départ, mais apparemment sous protêt—Il demande à être indemnisé de la perte de revenus, de prestations de pension de retraite, et de redevances ainsi qu'en raison du traumatisme et du stress qu'il a subis; il sollicite également un jugement déclaratoire et une injonction—La juge de première instance a conclu que la demande sous-jacente était fondée sur le congédiement injuste, mais la déclaration faisait également état d'affirmations inexactes faites avec négligence qui auraient poussé le demandeur à adopter une ligne de conduite avant d'être mis en disponibilité ainsi que d'autres affirmations portant sur les conditions imposées après la cessation de l'emploi—Appel rejeté—Un préposé de l'État ne peut se prévaloir de l'action contractuelle pour congédiement injuste en l'absence de circonstances spéciales (et il n'en existe aucune en l'espèce), mais il n'est pas clair et évident, ni même hors de tout doute que les causes d'actions fondées sur une présumée discrimination, sur des affirmations inexactes faites avec négligence et sur l'illégalité des politiques du gouvernement devraient être radiées—La plaidoirie ne se prête pas au retranchement de certaines parties—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 24.

CANADA C. HODSON (A-230-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 3-11-92, 6 p.)

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a radié la déclaration—Le MRN avait reçu du Secrétaire

**PRACTIQUE—Suite**

au Trésor américain une demande de renseignements et de documents concernant la société demanderesse—Il a envoyé au demandeur particulier une «Demande» en vue de la production des renseignements et documents, laquelle était censée être faite en vertu de l'art. 231.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu—La déclaration allègue que la Demande avait été motivée par la demande américaine et visait à l'obtention de renseignements devant être utilisés dans le cadre d'une enquête devant un grand jury aux É.-U.—Elle vise à l'obtention d'un jugement déclarant que la Demande est nulle et non avenue—La portée de la Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts et l'effet de la loi d'application, qui est la Loi sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, sont en litige—Les premiers mots de la Demande disent que celle-ci est faite pour l'application et l'exécution de la Loi de l'impôt sur le revenu—Les défendeurs ont reconnu que ces motifs étaient inexacts ou de nature à induire en erreur—Appel accueilli—On peut soutenir que le destinataire d'une Demande a droit à un avis équitable sur la raison pour laquelle le ministre entend exercer les pouvoirs qu'il tient de l'art. 231.2—Il n'est pas évident et incontestable qu'il ne sera pas fait droit à une action fondée sur un énoncé de but faux ou trompeur invalidant la Demande—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.2 (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121)—Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, annexe I—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

MONTREAL ALUMINIUM PROCESSING LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-671-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 26-10-92, 7 p.)

**PREUVE**

Demande de production de nouveaux éléments de preuve—L'appelante n'a pas établi que même en faisant preuve de dili-

**PRACTIQUE—Fin**

gence, elle n'aurait pas pu prendre connaissance de la décision rendue en 1976 par l'American Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms avant l'instruction—Demande rejetée.

IMPERIAL TOBACCO LTD. C. ROTHMANS (A-398-91, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 7-10-92, 1 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Demande d'annulation de l'ordonnance par laquelle le protonotaire en chef a suspendu l'instance—Ordonnance fondée sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour et sur l'interprétation stricte de l'art. 8 du Code d'arbitrage commercial—Les parties ont conclu un contrat contenant une clause d'arbitrage—Il faut utiliser un langage clair et précis pour inclure une clause d'arbitrage dans un connaissance—L'art. 8 impose à la Cour l'obligation de suspendre l'instance et de renvoyer les parties à l'arbitrage lorsqu'une convention d'arbitrage lie ces dernières—L'art. 8 doit recevoir une interprétation stricte—L'art. 50(1)b) de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour la compétence pour ordonner la suspension de l'instance lorsque l'intérêt de la justice le requiert—Les parties doivent soumettre leur demande à l'arbitrage—Demande rejetée—Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, annexe, art. 8.

MIRAMICHI PULP & PAPER INC. C. CANADIAN PACIFIC BULK SHIP SERVICES LTD. (T-2831-89, juge Joyal, ordonnance en date du 9-10-92, 6 p.)

La question devrait être renvoyée à l'arbitrage—Toute autre procédure est suspendue afin de protéger la demanderesse—Demande accueillie.

ENERCIEM TRANSPORT INC. C. AVANTI MINERALOELHANDELS GESELLSCHAFT M.B.H. & Co. (T-1925-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 13-10-92, 2 p.)







*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9