



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1993, Vol. 2, Part 1

1993, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [1993] 2 F.C., 3-178

Renvoi [1993] 2 C.F., 3-178

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.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

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

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Digests D-1

Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) 3

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Deportation order against Convention refugee convicted and sentenced to seven years' imprisonment for rape, gross indecency, assault causing bodily harm — Appeal Division of Immigration and Refugee Board refusing to exercise humanitarian or compassionate discretion as circumstances of offence so contrary to norms of human decency — Considered work record, family, possibility of deportation to home country — Whether deportation of Convention refugee to homeland cruel and unusual treatment not determined as premature — Under Immigration Act, s. 53 only Minister can decide to return Con-

Continued on next page

Bureau des arrêtistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Arrêtiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Arrêtistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

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

Services techniques

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

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

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-1

Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) 3

Citoyenneté et immigration — Exclusion et renvoi — Mesure d'expulsion prise contre un réfugié au sens de la Convention condamné à sept ans d'emprisonnement pour viol, grossière indécence et voies de fait ayant causé un préjudice corporel — La section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire fondé sur des considérations humanitaires puisque les circonstances qui avaient entouré l'infraction allaient tellement à l'encontre de la décence humaine — La Commission a tenu compte des états de service de l'appelant, de sa famille et de la possibilité qu'il soit expulsé vers son pays d'origine — La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

vention refugee to homeland — Must consider person danger to Canadian public — No such ministerial decision yet made — Determining constitutionality of s. 53 also premature.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Deportation order against Convention refugee convicted of rape, gross indecency, assault causing bodily harm — Deportation not punishment — Review of S.C.C. cases indicating issues of whether (1) “cruel and unusual” (2) “treatment” to deport Convention refugee to homeland still open — Premature to decide issue as no ministerial decision yet to deport to country where appellant’s life or freedom threatened.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Deportation of Convention refugee convicted of serious offences not contrary to Charter, s. 7 — Deportation not deprivation of liberty.

CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board) (C.A.) 115

Copyright — Appeal from Trial Division decision prohibiting Copyright Board from proceeding with adoption of tariff covering royalties to be paid to performing rights societies — Jurisdiction of Board at issue — Whether proposed tariff applicable to CTV’s distribution network under Copyright Act, s. 3(1)(f) as amended — Meaning of “musical work” — Amendments to Copyright Act not intended to overcome case law and subject entertainment programming networks to payment of royalties — CTV communicating performance of musical works, not musical works — Not performing musical works in public under s. 3(1)(f) — No legal basis for appellants to file statement of royalties.

Telecommunications — Copyright Act, s. 3(1)(f) amended to replace “by radio communication” with “by telecommunication” — Whether CTV communicates musical works to public by telecommunication within meaning of s. 3(1)(f) — “Musical work” not including “composition with or without words” — Meaning of “musical work” established by case law unchanged by amendments to legislation — CTV communicating “performance of musical works”, not “musical works” — Not performing musical works in public when transmitting entertainment programming to affiliated stations.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

question de savoir si l’expulsion d’un réfugié au sens de la Convention vers son pays d’origine constitue un traitement cruel et inusité n’a pas été tranchée puisqu’elle était prématurée — En vertu de l’art. 53 de la Loi sur l’immigration, seul le ministre peut décider de renvoyer un réfugié au sens de la Convention vers son pays d’origine — Il doit être d’avis que l’intéressé constitue un danger pour le public canadien — Une telle décision ministérielle n’a pas encore été prise — Il était également prématuré de statuer sur la constitutionnalité de l’art. 53.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Mesure d’expulsion prise contre un réfugié au sens de la Convention déclaré coupable de viol, de grossière indécence et de voies de fait ayant causé un préjudice corporel — L’expulsion n’est pas une peine — Un examen de la jurisprudence de la C.S.C. indique que les questions de savoir si l’expulsion d’un réfugié au sens de la Convention vers son pays d’origine constitue (1) un «traitement» (2) «cruel et inusité» ne sont toujours pas résolues — Il est prématuré de trancher cette question puisqu’aucune décision ministérielle n’a encore été prise d’expulser l’appellant vers un pays où sa vie ou sa liberté étaient menacées.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L’expulsion d’un réfugié au sens de la Convention déclaré coupable d’infractions graves n’est pas contraire à l’art. 7 de la Charte — L’expulsion n’est pas une privation de liberté.

Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d’auteur) (C.A.) 115

Droit d’auteur — Appel interjeté d’une décision de la Section de première instance interdisant à la Commission du droit d’auteur de faire toute autre démarche à l’égard de l’adoption d’un tarif prévoyant le versement de droits à des sociétés de droits d’exécution — La compétence de la Commission est en cause — Le projet de tarif est-il applicable au réseau de distribution de CTV en vertu de l’art. 3(1)(f) de la Loi sur le droit d’auteur, modifié? — Sens d’«œuvre musicale» — Les modifications apportées à la Loi sur le droit d’auteur ne visaient pas à contourner la jurisprudence ni à assujettir les réseaux de programmation de divertissement au versement de droits — CTV communique l’exécution d’œuvres musicales et non des œuvres musicales — Elle n’exécute pas des œuvres musicales en public au sens de l’art. 3(1)(f) — Les appelantes n’ont aucun fondement juridique pour déposer un projet de tarif.

Télécommunications — L’art. 3(1)(f) de la Loi sur le droit d’auteur a été modifié de façon à substituer à l’expression «au moyen de la radiophonie» celle de «par télécommunication» — CTV communique-t-elle au public, par télécommunication, une œuvre musicale au sens de l’art. 3(1)(f)? — «Œuvre musicale» ne comprend pas «composition musicale avec ou sans paroles» — Le sens de l’expression «œuvre musicale» établi par la jurisprudence n’a pas été modifié par les modifications apportées à la Loi — CTV communique «l’exécution d’œuvres musicales» et non des «œuvres musicales» — Elle n’exécute

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chung (C.A.)..... 42

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — S. 28 application to set aside adjudicator's decision to reopen inquiry under Immigration Act, s. 35(1) — Respondent denied fair opportunity at first inquiry to indicate intention to claim refugee status — Reopening permitted under Charter, s. 7 — Adjudicator having jurisdiction under s. 35(1) to reopen hearing to cure Charter violation — Respondent not required to notify Crown of request to reopen inquiry — Adjudicator's refusal to grant Crown substantial adjournment to challenge jurisdiction not violating natural justice principles — Recommencement of hearing not causing prejudice to either party.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Adjudicator's jurisdiction to reopen hearing under Immigration Act, s. 35(1) — Reopening permitted under Charter, s. 7 — S. 35(1) should be interpreted to embody Charter values — Evidence of Charter violation within "additional evidence or testimony" for s. 35(1) purposes.

Practice — *Res judicata* — Whether requirements for issue estoppel met — Proceedings involving same parties — Proceedings said to give rise to estoppel final — Whether same question decided — Judgment under R. 495(1)(b) for failure to appear similar to judgment for want of prosecution — Court having dismissed respondent's application under R. 1733 without addressing merits — Respondent not estopped from alleging Charter infringement before adjudicator in application to reopen immigration inquiry.

Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board) (C.A.)..... 138

Copyright — Appeal from Trial Division decision dismissing application to prohibit Copyright Board from proceeding with adoption of tariff under Copyright Act, s. 67 — Appellant transmitting "non-broadcast services" to subscribers — Not communicating musical works to public by telecommunication under Act, s. 3(1)(f) as amended — "Copyright" including sole right to communicate musical, literary, dramatic or artistic work to public by telecommunication under s. 3(1)(f) — Appellant performing musical works in public under s. 3(1) — Definition of "performance" in s. 2 including any acoustic representation — Meaning of "in public" — Appellant authorizing performance of musical works.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pas des œuvres musicales en public lorsqu'elle transmet sa programmation de divertissement à ses stations affiliées.

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chung (C.A.)..... 42

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Procédus d'enquête en matière d'immigration — Demande fondée sur l'art. 28 visant l'annulation de la décision par laquelle l'arbitre décidait de rouvrir l'enquête prévue à l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration — L'intimé n'a pas eu la juste possibilité à l'enquête initiale d'exprimer son intention de revendiquer le statut de réfugié — La réouverture est permise en vertu de l'art. 7 de la Charte — L'art. 35(1) donne le droit à l'arbitre de reprendre l'audience pour remédier à une violation de la Charte — L'intimé n'est pas tenu d'aviser la Couronne de la demande de réouverture de l'enquête — Le refus de l'arbitre d'accorder à la Couronne un ajournement prolongé pour contester sa compétence ne viole pas les principes de justice naturelle — Le recommencement de l'enquête ne cause de préjudice à aucune des parties.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Compétence de l'arbitre pour rouvrir l'enquête en vertu de l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration — L'art. 7 de la Charte permet la réouverture — L'art. 35(1) doit être interprété d'une manière qui incorpore les valeurs de la Charte — Les éléments de preuve concernant une violation de la Charte devraient être assimilés à de «nouveaux témoignages et autres éléments de preuve» pour l'application de l'art. 35(1).

Pratique — *Res judicata* — Les conditions de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige sont-elles remplies? — Les instances mettent en cause les mêmes parties — L'acte de procédure qui est censé créer l'irrecevabilité est définitif — La même question a-t-elle été décidée? — Le jugement rendu en vertu de la Règle 495(1)(b) pour défaut de comparaître est semblable au jugement pour défaut de poursuivre — La Cour a rejeté la demande présentée par l'intimé en vertu de la Règle 1733 sans statuer au fond sur la requête — Rien n'empêchait l'intimé d'alléguer la violation de la Charte devant l'arbitre dans le cadre de sa demande de réouverture de l'enquête.

Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur) (C.A.)..... 138

Droit d'auteur — Appel d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande visant à interdire à la Commission du droit d'auteur d'adopter un tarif en application de l'art. 67 de la Loi sur le droit d'auteur — L'appelante transmet des «services autres que de radiodiffusion» aux abonnés — Elle ne communique pas au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de l'art. 3(1)(f) de la Loi, modifié — «Droit d'auteur» désigne le droit exclusif de communiquer au public une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique par télécommunication suivant l'art. 3(1)(f) — L'appelante exécute en public des œuvres musicales en vertu de l'art. 3(1) — La définition des mots «représentation», «exécu-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Telecommunications — Appellant transmitting “non-broadcast” specialty services to subscribers — Not communication of musical works to public by telecommunication under Act, s. 3(1)(f) as amended — Transmission of non-broadcast services, in relation to musical works, performance in public — SCC decision in CAPAC case distinguished — Performance of musical works authorized by appellant.

Distribution Canada Inc. v. M.N.R. (C.A.) 26

Customs and Excise — Customs Tariff — Independent grocers organization seeking *mandamus* to compel enforcement of Customs Tariff — Members losing trade due to cross-border shopping — Departmental policy not to collect duty of \$1 or less — Even larger amounts waived to avoid delays when traffic heavy or interdiction activities in progress — Whether all reasonable means to enforce Act taken outside Court’s domain as requiring policy considerations assessment — M.N.R. limited by budget constraints — Only one charged with public duty can decide how best to utilize resources — M.N.R. having established difficulties in implementation where discretion enjoyed.

Judicial review — Prerogative writs — *Mandamus* — Appeal by independent grocers organization from denial of *mandamus* as no enforceable duty to appellant — Customs Tariff, s. 4 (now s. 19) providing duties “shall” be collected on imported goods — Ministerial policy giving customs officers discretion not to collect duties depending upon extraneous considerations — Appellant’s members hurt by cross-border shopping — Appeal dismissed — Minister owing public legal duty to enforce law — Implies must take reasonable means to enforce Act — Reasonableness of measures requiring assessment of policy considerations, outside Court’s domain — Minister having discretion as to how best to fulfil duty — Only person charged with public duty can determine how to utilize resources.

Practice — Parties — Standing — Appeal from trial judgment dismissing application for *mandamus* to compel Minister to collect import duties on basis appellant lacking standing —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tion» ou «audition» à l’art. 2 comprend toute reproduction sonore — Sens de l’expression «en public» — L’appelante autorise l’exécution d’œuvres musicales.

Télécommunications — L’appelante transmet aux abonnés des services «autres que de radiodiffusion» — Il n’y a pas communication au public d’œuvres musicales par télécommunication au sens de l’art. 3(1)(f) de la Loi, tel que modifié — La transmission de services autres que de radiodiffusion, pour ce qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public — Distinction faite avec la décision de la CSC dans l’affaire CAPAC — L’exécution d’œuvres musicales est autorisée par l’appelante.

Distribution Canada Inc. c. M.R.N. (C.A.) 26

Douanes et accise — Tarif des douanes — Organisation d’épiciers indépendants concluant à ordonnance de *mandamus* pour forcer l’application du Tarif des douanes — Les membres de l’organisation ont souffert d’un manque à gagner parce que les gens font leurs achats de l’autre côté de la frontière — Le Ministère a pour politique de ne pas percevoir les droits d’un dollar ou moins — Il renonce à percevoir même des montants plus élevés en cas de congestion du trafic routier ou d’activités d’interdiction en cours — Il échet d’examiner si toutes les mesures raisonnables requises pour l’application de la Loi signifient qu’il faut prendre en considération des facteurs politiques qui échappent à la compétence des tribunaux judiciaires — Le M.R.N. est assujéti aux contraintes budgétaires — Seul celui qui est tenu à une obligation publique peut décider de la façon dont il utilise les ressources à cette fin — Le M.R.N. a fait la preuve des difficultés d’application de la loi dans les cas où il a exercé le pouvoir discrétionnaire en la matière.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Mandamus* — Appel formé par une organisation d’épiciers indépendants contre la décision de première instance de ne pas accorder le bref de *mandamus* par ce motif que l’appelante ne pouvait prétendre à aucune obligation susceptible d’exécution forcée — L’art. 4 (l’art. 9 actuel) du Tarif des douanes prévoit la perception des droits sur les marchandises importées — Le Ministère a pour politique de permettre aux douaniers de renoncer à percevoir les droits par suite de considérations externes — Les membres de l’organisation appelante ont souffert d’un manque à gagner parce que les gens font leurs achats de l’autre côté de la frontière — Appel rejeté — Le Ministère est tenu envers le public à l’obligation légale d’appliquer la loi — Cela signifie qu’il doit prendre les mesures raisonnables à cet effet — Les mesures raisonnables requises signifient qu’il faut prendre en considération des facteurs politiques qui échappent à la compétence des tribunaux judiciaires — Le ministre est investi du pouvoir discrétionnaire de décider des moyens à prendre pour remplir son obligation — Seul celui qui est tenu à une obligation publique peut décider de la façon dont il utilise les ressources à cette fin.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Appel formé contre la décision de première instance selon laquelle l’appelante n’avait pas qualité pour agir en bref de *mandamus* afin de con-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Appellant representing independent grocers in border communities — Losing business due to cross-border shopping — Review of S.C.C. cases on standing — Important considerations: economic loss suffered as result of non-enforcement making appellant aggrieved person; who Customs Tariff intended to protect; matter of strong public interest; may be no other way to bring matter to Court's attention — Unnecessary to decide issue in view of decision on *mandamus*.

Mayrhofer v. Canada (T.D.)..... 157

Crown — Torts — Action for damages arising out of German's internment during World War II — Statement of claim struck — No cause of action — Crown immune from tort liability prior to 1953.

Criminal justice — Crime against humanity — Internment of German during World War II — Crime against humanity requiring individual responsibility — Plaintiff alleging arrest by RCMP — Not naming individuals who allegedly committed crimes — Criminal Code, s. 7(3.71) referring to individuals and crimes committed outside of Canada — Arrest in Canada not within s. 7(3.71).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — German alleging discrimination based on arrest, detention during World War II because of race — Charter not applicable to events occurring prior to enactment — *Ex gratia* payment to Japanese interned during War not discrimination pursuant to s. 15 — Order authorizing payment specifically precluding construction as admission of liability.

Human rights — *Mandamus* sought to compel CHRC to investigate complaint German interned during World War II and give compensation — Plaintiff not proving complaint within CHRC jurisdiction — Even if complaint within jurisdiction, CHRC having discretion whether to entertain.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Statement of claim — German allegedly arrested by RCMP, detained during World War II, deported — Seeking damages in tort, for crime against humanity, or compensation equivalent to that paid by Government to Japanese interned during War — Motion allowed — No cause of action — According to common law and Criminal Code no crime against humanity — Action based in tort — Crown immune from tort liability prior to 1953 — As arrest, internment prior to 1953, no action against Crown.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

traindre le ministre à percevoir des droits de douane — L'appelante représente des épiciers indépendants établis dans des localités frontalières et qui souffrent d'un manque à gagner parce que les gens font leurs achats de l'autre côté de la frontière — Jurisprudence de la C.S.C. en matière de qualité pour agir — Facteurs à prendre en considération: l'appelante est une personne lésée dans ses intérêts en raison du manque à gagner tenant à la non-application de la loi; les personnes que le Tarif des douanes vise à protéger; question sérieuse d'intérêt général; absence probable de tout autre moyen de saisir la justice — Il n'est pas nécessaire de prononcer sur ce point vu la décision relative au recours en *mandamus*.

Mayrhofer c. Canada (1^{re} inst.)..... 157

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action en dommages-intérêts fondée sur l'internement d'un Allemand durant la Seconde guerre mondiale — Déclaration radiée — Absence de cause d'action — Immunité de l'État vis-à-vis de la responsabilité délictuelle avant 1953.

Justice criminelle et pénale — Crime contre l'humanité — Internement d'un Allemand durant la Seconde guerre mondiale — Un crime contre l'humanité requiert une responsabilité individuelle — Le demandeur aurait été arrêté par la GRC — Il n'a pas nommé les personnes censément responsables des actes criminels commis — L'art. 7(3.71) du Code criminel fait référence aux individus et aux crimes commis à l'étranger — Une arrestation au Canada ne tombe pas sous le coup de l'art. 7(3.71).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits d'égalité — Un Allemand allègue avoir été victime de discrimination parce qu'il a été arrêté et gardé en détention durant la Seconde guerre mondiale du fait de sa race — La Charte ne s'applique pas aux faits survenus avant sa promulgation — L'octroi d'un paiement à titre gracieux à des Japonais internés durant la Guerre ne constitue pas de la discrimination aux termes de l'art. 15 — Le décret autorisant l'octroi du paiement spécifiait qu'il ne s'agissait pas d'une reconnaissance de responsabilité.

Droits de la personne — Bref de *mandamus* sollicité pour contraindre la CCDP à étudier une plainte concernant l'internement d'un Allemand durant la Seconde guerre mondiale et à accorder un dédommagement — Le demandeur n'a pas prouvé que la plainte relevait de la compétence de la CCDP — Même si c'était le cas, la CCDP est compétente pour décider si elle entendra la plainte ou non.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Déclaration — Allemand censément arrêté par la GRC, gardé en détention durant la Seconde guerre mondiale, expulsé — Sollicite des dommages-intérêts délictuels pour crime contre l'humanité, ou un dédommagement équivalent à celui payé par le gouvernement à des Japonais internés durant la Guerre — Requête accueillie — Pas de cause d'action — Selon la common law et le Code criminel, il ne s'agit pas d'un crime contre l'humanité — Action en responsabilité délictuelle — Immunité de l'État vis-à-vis de la responsabilité délictuelle avant 1953 — L'arres-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — Parties — Standing — Class action — German interned during World War II seeking to bring class action on behalf of those who suffered discrimination based on race as result of internment during War — R. 1711 requiring numerous persons with same interest, identification of persons for whom class action taken, demonstration of interests — Insufficient identification of members of class — Each class member would be affected differently and entitled to different awards of damages if action successful.

Practice — Preliminary determination of question of law — German arrested by RCMP, interned during World War II, seeking damages for tort, crime against humanity — Crown raising preliminary question whether action can proceed when limitation period expired prior to filing statement of claim — Prescription period must be pleaded in statement of defence for R. 474 application to succeed — Claim statute-barred as more than two years since end of War, when plaintiff could have commenced action.

Parrish (Re) (T.D.) 60

Judicial review — References — Whether Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board can require individual to attend and testify before it concerning marine accident without right to counsel being present — Duty to act fairly implying presence of counsel where, *inter alia*: a) individual subpoenaed, required to attend and testify under oath with threat of penalty; b) absolute privacy not assured and attendance of others not prohibited; c) reports made public; d) individual can be deprived of rights or livelihood; e) other irreparable harm can ensue.

Transportation — Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board inquiring into marine occurrence — Collision involving freighter, ferry — Denying witness counsel when testifying — Board's function not to determine civil, criminal liability — Board may restrict number, role of counsel — Procedural fairness requiring witness not deprived of right to counsel for sake of administrative expediency.

Professional Institute of the Public Service v. Canada (T.D.) 90

Official languages — Application to set aside decision to staff Revenue Canada position at Halifax on bilingual imperative basis — Decision said to contravene Official Languages Act, s.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tation et l'internement ayant eu lieu avant 1953, aucune action ne peut être intentée contre l'État.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Action collective — Un Allemand interné durant la Seconde guerre mondiale cherche à introduire une action collective au nom des personnes victimes de discrimination fondée sur la race pour avoir été internées durant la Guerre — La Règle 1711 exige que plusieurs personnes aient le même intérêt, que les personnes visées par l'action collective soient identifiées et que l'on démontre leurs intérêts — Identification insuffisante des membres de la catégorie — Chaque membre serait touché différemment et aurait droit à des montants de dommages différents si l'issue de l'action était positive.

Pratique — Décision préliminaire sur un point de droit — Un Allemand arrêté par la GRC, interné durant la Seconde guerre mondiale, sollicite des dommages-intérêts pour délit civil, crime contre l'humanité — L'État soulève la question préliminaire de savoir s'il est possible d'instruire une action lorsque le délai de prescription a expiré avant le dépôt de la déclaration — La question du délai de prescription doit être invoquée dans la déclaration pour qu'une demande présentée en vertu de la Règle 474 soit accueillie — La demande est frappée de prescription car il s'est écoulé plus de deux ans depuis la fin de la Guerre, moment où le demandeur aurait pu engager l'action.

Parrish (Re) (1^{re} inst.) 60

Contrôle judiciaire — Renvois — Le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports peut-il contraindre ou non une personne à comparaître et à témoigner devant lui au sujet d'un accident maritime sans être accompagné d'un avocat? — L'obligation d'agir équitablement exige qu'un avocat soit présent lorsque, notamment: a) un individu est cité à comparaître, est tenu de comparaître et de rendre témoignage sous serment sous peine d'une sanction; b) une confidentialité absolue n'est pas garantie et il n'est pas interdit à d'autres personnes d'être présentes; c) des rapports sont rendus publics; d) l'individu peut se voir privé de ses droits ou de ses moyens d'existence; e) il peut s'ensuivre un préjudice irréparable d'une autre nature.

Transports — Enquête du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports sur un accident maritime — Collision entre un vracquier et un traversier — Refus signifié à un témoin d'être accompagné par un avocat — Le Bureau n'a pas pour fonction de déterminer la responsabilité civile ou pénale — Le Bureau peut limiter le nombre d'avocats et leur rôle — L'équité procédurale exige qu'un témoin ne soit pas privé du droit d'être accompagné d'un avocat pour des questions de célérité administrative.

Institut professionnel de la fonction publique c. Canada (1^{re} inst.) 90

Langues officielles — Demande en vue d'annuler la décision de doter un poste bilingue à nomination impérative au bureau de Revenu Canada à Halifax — La décision ne s'imposant pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

91 as not objectively required — Bilingual requirement justified by demographics, proactive component of bilingual policy — Meaning of “objectively” under s. 91 — Object of Act analyzed — Duties of federal institutions with respect to official languages reviewed — Minority language service used if available and made known to public — Commissioner of Official Languages, in annual reports to Parliament, indicating lack of bilingual audit services in Atlantic Region — Designation neither frivolously nor arbitrarily imposed — Objectivity test under s. 91 met.

Public Service — Selection process — Merit principle — Whether bilingual imperative designation for Senior Business Auditor position at Halifax District Office of Revenue Canada in conformity with Public Service Employment Act and Regulations — Duties on federal institutions with respect to minority language rights — Institutional policies and commitments carried out by public servants under Official Languages Act — Bilingual proficiency more common among Francophones than Anglophones — Attention to merit principle required in circumstances — Imperative staffing normal practice, non-imperative exception under Public Service Employment Act.

SOMMAIRE (Fin)

objectivement, elle contreviendrait à l’art. 91 de la Loi sur les langues officielles — Les exigences en matière de bilinguisme étaient justifiées par les données démographiques et le volet proactif de la politique du bilinguisme — Sens de «objectivement» dans le cadre de l’art. 91 — Analyse de l’objet de la Loi — Examen des obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles — La minorité linguistique a recours au service qui lui est offert et dont l’existence est portée à sa connaissance — Dans son rapport annuel au Parlement, le commissaire aux langues officielles indiquait une lacune en matière de services bilingues de vérification dans la région de l’Atlantique — La désignation n’est ni capricieuse ni arbitraire — Le critère d’objectivité sous le régime de l’art. 91 est respecté.

Fonction publique — Processus de sélection — Principe du mérite — La désignation bilingue à nomination impérative du poste de vérificateur supérieur des dossiers d’entreprises au bureau de district de Revenu Canada à Halifax est-elle conforme à la Loi sur l’emploi dans la fonction publique et à son règlement d’application? — Obligations des institutions fédérales à l’égard des droits linguistiques des minorités — Dans le contexte de la Loi sur les langues officielles, les politiques et les engagements institutionnels sont exécutés par les fonctionnaires — La compétence dans les deux langues est plus fréquente chez les francophones que chez les anglophones — Dans certaines circonstances, le principe du mérite demande une attention particulière — Sous le régime de la Loi sur l’emploi dans la fonction publique, la dotation impérative constitue la norme alors que la dotation non impérative est l’exception.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1993, Vol. 2, Part 1

1993, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Restaurado Barrera (Applicant)

A-449-90

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)*INDEXED AS: BARRERA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, MacGuigan, Linden and Robertson JJ.A.—Toronto, November 26; Ottawa, December 14, 1992.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Deportation order against Convention refugee convicted and sentenced to seven years' imprisonment for rape, gross indecency, assault causing bodily harm — Appeal Division of Immigration and Refugee Board refusing to exercise humanitarian or compassionate discretion as circumstances of offence so contrary to norms of human decency — Considered work record, family, possibility of deportation to home country — Whether deportation of Convention refugee to homeland cruel and unusual treatment not determined as premature — Under Immigration Act, s. 53 only Minister can decide to return Convention refugee to homeland — Must consider person danger to Canadian public — No such ministerial decision yet made — Determining constitutionality of s. 53 also premature.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Deportation order against Convention refugee convicted of rape, gross indecency, assault causing bodily harm — Deportation not punishment — Review of S.C.C. cases indicating issues of whether (1) "cruel and unusual" (2) "treatment" to deport Convention refugee to homeland still open — Premature to decide issue as no ministerial decision yet to deport to country where appellant's life or freedom threatened.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Deportation of Convention refugee convicted of serious offences not contrary to Charter, s. 7 — Deportation not deprivation of liberty.

This was an appeal from a deportation order. The appellant was recognized as a Convention refugee in 1985. He is married to a Canadian citizen and has three children. He was convicted

Restaurado Barrera (requérant)

A-449-90

c.

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)*RÉPERTORIÉ: BARRERA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges MacGuigan, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 26 novembre; Ottawa, 14 décembre 1992.

Citoyenneté et immigration — Exclusion et renvoi — Mesure d'expulsion prise contre un réfugié au sens de la Convention condamné à sept ans d'emprisonnement pour viol, grossière indécence et voies de fait ayant causé un préjudice corporel — La section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire fondé sur des considérations humanitaires puisque les circonstances qui avaient entouré l'infraction allaient tellement à l'encontre de la décence humaine — La Commission a tenu compte des états de service de l'appelant, de sa famille et de la possibilité qu'il soit expulsé vers son pays d'origine — La question de savoir si l'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention vers son pays d'origine constitue un traitement cruel et inusité n'a pas été tranchée puisqu'elle était prématurée — En vertu de l'art. 53 de la Loi sur l'immigration, seul le ministre peut décider de renvoyer un réfugié au sens de la Convention vers son pays d'origine — Il doit être d'avis que l'intéressé constitue un danger pour le public canadien — Une telle décision ministérielle n'a pas encore été prise — Il était également prématuré de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 53.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Mesure d'expulsion prise contre un réfugié au sens de la Convention déclaré coupable de viol, de grossière indécence et de voies de fait ayant causé un préjudice corporel — L'expulsion n'est pas une peine — Un examen de la jurisprudence de la C.S.C. indique que les questions de savoir si l'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention vers son pays d'origine constitue (1) un «traitement» (2) «cruel et inusité» ne sont toujours pas résolues — Il est prématuré de trancher cette question puisqu'aucune décision ministérielle n'a encore été prise d'expulser l'appelant vers un pays où sa vie ou sa liberté étaient menacées.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention déclaré coupable d'infractions graves n'est pas contraire à l'art. 7 de la Charte — L'expulsion n'est pas une privation de liberté.

Il s'agit d'un appel contre une mesure d'expulsion. L'appelant s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention en 1985. Il est marié à une citoyenne canadienne et il a

and sentenced to seven years' imprisonment for having beaten a sixteen-year-old boy unconscious, sodomized him and raped his thirteen-year-old girlfriend. He was ordered deported, despite his Convention refugee status, because he fell within the exception in the former *Immigration Act, 1976*, subparagraph 4(2)(b)(i) as a person convicted of an offence for which a term of imprisonment of more than six months had been imposed. The Immigration and Refugee Board refused to exercise its compassionate or humanitarian discretion, because the circumstances of the offence were so contrary to the norms of human decency. It considered the appellant's work record and his family. The Board did not consider the constitutionality of paragraph 53(1)(b) (permitting the deportation of Convention refugees to a country where his life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion where he is a member of an inadmissible class or has been convicted of an offence for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed, and the Minister is of the opinion that he constitutes a danger to the Canadian public) because there was no certainty that the appellant would be deported to Chile as the Minister had not yet decided whether he posed a danger to the Canadian public.

The issues were whether Charter, sections 7 (right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice) and 12 (right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment) had been violated, and if so whether the effect of section 12 on the repatriation of the appellant should be dealt with at this time.

Held, the appeal should be dismissed.

Deportation is not a deprivation of liberty. Therefore, Charter, section 7 was not violated. Neither is it a punishment.

A Convention refugee has already established a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion. Therefore there is a serious possibility that such a person, if returned, will be subject to unjust imprisonment, and possibly even to torture and death. Since corporal punishment has been held to violate our standards of decency even when imposed in the course of lawful imprisonment, potential torture or death inflicted during imprisonment contrary to the rule of law and even the risk of imprisonment unlawful according to our standards of decency, must also raise questions relating to section 12. It has been held that the test for review under section 12 is one of gross disproportionality. None of the Supreme Court of Canada cases dealing with whether deportation contravened section 12 has concerned a Convention refugee. The issue as to both "treatment" and "cruel and unusual" is still open.

trois enfants. Il a été condamné à sept ans d'emprisonnement pour avoir battu un jeune homme de seize ans au point de lui faire perdre connaissance, l'avoir sodomisé et avoir violé son amie de treize ans. Son expulsion a été ordonnée, en dépit de son statut de réfugié au sens de la Convention, parce qu'il était visé par l'exception prévue au sous-alinéa 4(2)b)(i) de la *Loi sur l'immigration de 1976* alors en vigueur, à titre de personne déclarée coupable d'une infraction pour laquelle elle a été condamnée à plus de six mois de prison. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire fondé sur des considérations humanitaires parce que les circonstances qui entouraient l'infraction allaient tellement à l'encontre des normes de la décence humaine. La Commission a examiné les états de service de l'appelant et sa famille. La Commission n'a pas examiné la constitutionnalité de l'alinéa 53(1)b) (qui permet l'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention vers un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques lorsqu'il appartient à la catégorie non admissible ou qu'il a été déclaré coupable d'une infraction passible d'une peine d'au moins dix ans d'emprisonnement et lorsque le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour le public canadien) parce qu'il n'était pas sûr que l'appelant serait renvoyé au Chili du fait que le ministre n'avait pas encore rendu sa décision quant à savoir s'il posait un danger pour le public canadien.

Il s'agissait de savoir si les articles 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, droit auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale) et 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels ou inusités) de la Charte avaient été violés, et, dans l'affirmative, s'il y avait lieu d'examiner, à cette étape, l'effet de l'article 12 sur le rapatriement de l'appelant.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

L'expulsion n'est pas une privation de liberté. Par conséquent, l'article 7 de la Charte n'a pas été violé. L'expulsion n'est pas non plus une peine.

Un réfugié au sens de la Convention a déjà établi qu'il craignait avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques. Par conséquent, il y a une possibilité sérieuse que cette personne, si elle est renvoyée, soit injustement emprisonnée et même qu'elle soit torturée et tuée. Puisqu'il a été jugé que les châtiments corporels violaient la dignité humaine, même lorsqu'ils étaient imposés pendant un emprisonnement légitime, la torture ou la mort potentielle infligée pendant l'emprisonnement, contrairement aux règles de droit, et même le risque d'emprisonnement qui serait, d'après la dignité humaine, illégal doivent également soulever des questions liées à l'article 12. Il a été jugé que le critère de contrôle en application de l'article 12 consiste à se demander si la mesure est exagérément disproportionnée. Aucun des arrêts de la Cour suprême du Canada sur la question de savoir si l'expulsion violait l'article 12 n'intéressait un réfugié au sens de la

The effect of section 12 on the deportation of Convention refugees to their homeland should not be dealt with on this appeal as premature. The appellant's argument had been brought against the wrong decision maker at the wrong stage. Only a return to Chile could put the appellant in any section 12 danger, and only the Minister has the statutory power under section 53 to subject him to that danger. The Minister could not make a decision as to the country of removal until the issue of deportation is settled by the Board. In order to conclude that a person poses a danger to the Canadian public, the Minister must be satisfied that the crime committed was "particularly serious". This involves a consideration of proportionality of the offence *vis-à-vis* the nature of the consequences likely to befall the returned refugee. Section 12 requires a concrete consideration of the treatment the appellant claims awaits him in Chile, of what the conditions in the country are at this time, and of whether the change of regime in that country might affect his reasonable fear of persecution, all measured against the callous crimes he committed in this country.

Appellant's case could only rest on a challenge to section 53 —the only provision whereunder he could be returned to Chile. But that Charter issue was not ripe for adjudication as there had been no ministerial decision to deport and in the absence of full oral argument on the subject.

The appellant argued that the Board placed too great an emphasis on the nature of the offence when exercising its discretion. While the Board could have been more specific about the factors it considered, it did refer to the appellant's family, work history, and that it had considered anything favourable shown on the appellant's behalf. There could be no quarrel with the Board's refusal to exercise its discretion given the circumstances of the offence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(h), 12, 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 4(2.1)(a) (as am. *idem*, s. 3), 19(1)(c), 27(2)(d), (3),(4), 32(6) (as am. *idem*, s. 11), (7) (as am. *idem*), 46.06(1) (as am. *idem*, s. 14), 53(1)(b) (as am. *idem*, s. 17), 70 (as am. *idem*, s. 18).

Convention. La question concernant le «traitement» et «cruel ou inusité» n'est toujours pas réglée.

Il n'y a pas lieu, dans le présent appel, de traiter l'effet de l'article 12 sur l'expulsion de réfugiés au sens de la Convention vers leurs pays d'origine puisqu'il est prématuré de le faire. Le plaidoyer de l'appellant a été présenté au mauvais décideur à la mauvaise étape. Seulement son retour au Chili pourrait mettre l'appellant en danger aux termes de l'article 12 et seul le ministre est doté du pouvoir légal, en vertu de l'article 53, de le mettre ainsi en danger. Le ministre ne pouvait pas prendre une décision en ce qui concernait le pays de renvoi tant que la question de l'expulsion n'était pas réglée par la Commission. Pour pouvoir conclure qu'une personne pose un danger au public canadien, le ministre doit être convaincu que le crime commis était «particulièrement grave». Ce critère doit conduire à examiner le caractère proportionnel de l'infraction par rapport à la nature des conséquences qui pourraient vraisemblablement en résulter pour le réfugié renvoyé. L'article 12 exige un examen concret du traitement qui, selon l'appellant, l'attendrait au Chili, des conditions du pays à ce moment-là, et la question de savoir si le changement de régime dans ce pays pourrait influencer sur sa crainte raisonnable de persécution, le tout évalué eu égard au crime répugnant qu'il a commis dans ce pays.

La cause de l'appellant ne pouvait dépendre que d'une contestation de l'article 53, qui est la seule disposition en vertu de laquelle il pouvait être renvoyé au Chili. Cependant, cette question liée à la Charte n'était pas prête à être tranchée puisqu'aucune décision ministérielle d'expulser l'intéressé n'avait été rendue et puisqu'il n'y avait pas eu de débat oral approfondi sur le sujet.

L'appellant a soutenu que la Commission avait trop mis l'accent sur la nature de l'infraction lorsqu'elle avait exercé son pouvoir discrétionnaire. Bien que la Commission eût pu préciser davantage les facteurs dont elle avait tenu compte, elle a fait mention de la famille de l'appellant, ses états de service et le fait qu'elle avait examiné tout ce qui était favorable mis de l'avant au nom de l'appellant. L'on ne pouvait contester le refus de la Commission d'exercer son pouvoir discrétionnaire vu les circonstances de l'infraction.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11(h), 12, 24.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 33.
- 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. 52.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 4(2.1)a) (mod., *idem*, art. 3), 19(1)c), 27(2)d),(3),(4),

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 4(2)(b)(i), (ii), 19(1)(c),(2)(d),(3),(4), 27(2)(d), 32(6)(a),(b), 47(3), 55(a),(c), 72(1) (as am. by S.C. 1984, c. 21, s. 81), (b), (2)(a),(b),(d).

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 33. a

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (F.C.A.) (as to deportation for serious offences not affecting ss. 7, 12 rights). b

NOT FOLLOWED:

Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (F.C.A.) (as to adjudicating Charter issues absent ministerial decision to deport refugee to home country). c d

DISTINGUISHED:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161. e

CONSIDERED:

Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 594; (1988), 90 N.R. 31 (C.A.); *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270; (1992), 10 C.R.R. (2d) 248 (C.A.); *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; (1991), 11 W.A.C. 161; 61 B.C.L.R. (2d) 145; 5 B.C.A.C. 161; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82; 7 C.R.R. (2d) 1; 31 M.V.R. (2d) 137; 131 N.R. 1; *Gagliardi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1142-87, Heald J.A., judgment dated 9/1/90, F.C.A., not reported; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; (1987), 80 A.R. 1; 40 D.L.R. (4th) 74; [1987] 4 W.W.R. 289; 52 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 334; 28 C.R.R. 262; 76 N.R. 51. f g h

REFERRED TO:

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1. i

AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983. j

32(6), (mod., *idem* art. 11), (7) (mod., *idem*), 46.06(1) (mod., *idem*, art. 14), 53(1)b) (mod., *idem*, art. 17), 70 (mod., *idem*, art. 18).

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 4(2)b)(i),(ii), 19(1)c),(2)d),(3),(4), 27(2)(d), 32(6)a),b), 47(3), 55a),c), 72(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 21, art. 81) b), (2)a),b),d).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (C.A.F.) (sur l'expulsion pour avoir commis des infractions graves ne viole pas les droits prévus aux art. 7 et 12).

DÉCISION NON SUIVIE:

Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (C.A.F.) (sur l'opportunité de trancher des questions liées à la Charte en l'absence d'une décision ministérielle d'expulser le réfugié vers son pays d'origine).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 594; (1988), 90 N.R. 31 (C.A.); *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270; (1992), 10 C.R.R. (2d) 248 (C.A.); *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; (1991), 11 W.A.C. 161; 61 B.C.L.R. (2d) 145; 5 B.C.A.C. 161; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82; 7 C.R.R. (2d) 1; 31 M.V.R. (2d) 137; 131 N.R. 1; *Gagliardi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-1142-87, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 9-1-90, C.A.F., non publié; *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; (1987), 80 A.R. 1; 40 D.L.R. (4th) 74; [1987] 4 W.W.R. 289; 52 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 334; 28 C.R.R. 262; 76 N.R. 51.

DÉCISION CITÉE:

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1.

DOCTRINE

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths Co., 1991.

APPEAL by Convention refugee against decision of Appeal Division of Immigration and Refugee Board denying appeal of a deportation order. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Lorne Waldman and Marissa Bielski for applicant.
Robert F. Goldstein for respondent.

SOLICITORS:

Lorne Waldman, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This appeal raises a question as to the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] rights of already-determined refugees not to be deported to the country from which they fled.

In the case at bar the order of deportation was made by an immigration adjudicator on October 8, 1985, under subsection 32(6) of the then-in-force *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] ("the former Act") as a person described in paragraph 27(2)(d), other than a Canadian citizen or permanent resident, who has been convicted of an offence under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. Subsection 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] and paragraph 27(2)(d) of the present *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ("the present Act") are for all practical purposes identical. The present Act was in force at the time of the Board's decision, the former Act when the adjudicator made the order of deportation.

The appellant is married to a Canadian citizen, has three children, and was recognized as a Convention

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths Co., 1991.

APPEL d'un réfugié au sens de la Convention contre une décision de la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant l'appel d'une mesure d'expulsion. Appel rejeté.

AVOCATS:

Lorne Waldman et Marissa Bielski pour le requérant.
Robert F. Goldstein pour l'intimé.

PROCUREURS:

Lorne Waldman, Toronto, pour le requérant.
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.: Le présent appel soulève une question sur le droit conféré par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] aux réfugiés reconnus de ne pas être renvoyés dans le pays qu'ils avaient fui.

En l'espèce, l'ordonnance d'expulsion a été prise par un arbitre de l'immigration le 8 octobre 1985, conformément au paragraphe 32(6) de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] alors en vigueur (la «Loi antérieure»), du fait que l'intéressé était une personne décrite à l'alinéa 27(2)d), autre qu'un citoyen canadien ou résident permanent, et qu'il avait été condamné pour une infraction conformément au *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34]. Le paragraphe 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11] et l'alinéa 27(2)d) de la *Loi sur l'immigration* actuelle, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la «Loi actuelle») sont identiques à toutes fins utiles. La Loi actuelle était en vigueur au moment de la décision de la Commission; la Loi antérieure était en vigueur lorsque l'arbitre a prononcé l'ordonnance d'expulsion.

L'appellant est marié à une citoyenne canadienne, il a trois enfants, et il a été reconnu comme un réfugié

refugee from Chile on May 15, 1985. He was ordered deported despite his Convention refugee status because he was held to fall within the exception in subparagraph 4(2)(b)(i) of the former Act (for all practical purposes identical with paragraph 4(2.1)(a) [as am. *idem*, s. 3] of the present Act) as a person convicted of an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed.

His conviction in Canada in 1983 was for having beaten a sixteen-year-old boy unconscious, sodomizing him, and raping his thirteen-year-old girlfriend. His sentence was increased by the Ontario Court of Appeal to five years for rape, with consecutive penalties of one year for gross indecency and assault causing bodily harm, for a total term of seven years.

The appellant's appeal to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board ("the Board") was heard after his release from imprisonment. The Board found the deportation order valid and dismissed the appeal on April 4, 1990.

The relevant part of the Board's reasons for decision is as follows (Appeal Book, Vol. III, at pages 333-335):

The appellant appeals from the deportation order both in law and in equity.

While the appellant has clearly established family roots in Canada, the circumstances of this offence are so contrary to the norms of human decency as to render it extremely difficult to see what compassionate or humanitarian factors can possibly be brought to bear in this matter. Despite this, it is the Appeal Division's duty to consider anything favourable that might be shown on the appellant's behalf and it has done so: we have considered the appellant's work record, his family, and the possibility that the appellant might be deported to Chile where his fear of persecution has been accepted as well-founded. The Appeal Division has not been persuaded to allow this appeal under its special powers.

Counsel for the appellant has argued that, by reason of section 15 of the *Charter*, the Appeal Division should use the test set out in paragraph 70(1)(b) of the *Immigration Act*, [as enacted by R.S.C. 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] that is: "having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.", rather than the test set out in paragraph 70(3)(b) of the *Immigration Act* limited to "the existence of compassionate or humanitarian considerations." While the Board disagrees with counsel in this respect,

du Chili au sens de la Convention, le 15 mai 1985. Son expulsion a été ordonnée, en dépit de son statut de réfugié au sens de la Convention, parce qu'il a été jugé visé par l'exception prévue au sous-alinéa 4(2)(b)(i) de la Loi antérieure (à toutes fins utiles, identique à l'alinéa 4(2.1)a) [mod., *idem*, art. 3] de la Loi actuelle) à titre de personne déclarée coupable d'une infraction pour laquelle elle a été condamnée à plus de six mois de prison.

Il avait été condamné au Canada, en 1983, pour avoir battu un jeune homme de 16 ans au point de lui faire perdre connaissance, l'avoir sodomisé et avoir violé son amie de treize ans. La Cour d'appel de l'Ontario avait porté sa sentence pour le viol à cinq ans, avec des peines consécutives d'un an pour grossière indécence et voies de fait ayant causé un préjudice corporel, pour une durée totale de sept ans.

L'appel interjeté par l'appellant devant la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «Commission») a été entendu après sa libération de prison. La Commission a jugé que l'ordonnance d'expulsion était valide et a rejeté l'appel le 4 avril 1990.

La partie pertinente des motifs de la décision de la Commission est la suivante (Dossier d'appel, vol. III, aux pages 333 à 335):

[TRADUCTION] L'appellant interjette appel de l'ordonnance d'expulsion, tant en common law qu'en equity.

Bien que l'appellant ait clairement établi des racines familiales au Canada, les circonstances qui entourent l'infraction vont tellement à l'encontre des normes de la décence humaine qu'il est très difficile de voir quelles considérations humanitaires ou de compassion pourraient éventuellement être invoquées à cet égard. Malgré tout, il incombait à la Section d'appel de tenir compte de tout élément favorable qui pouvait être utilisé au nom de l'appellant, et elle l'a fait: nous avons examiné les états de service de l'appellant, sa famille et la possibilité que l'appellant soit expulsé au Chili lorsque sa crainte d'être persécuté avait été jugée fondée. La Section d'appel n'a pas été persuadée de faire droit à cet appel en vertu de ses pouvoirs spéciaux.

L'avocat de l'appellant a soutenu que, du fait de l'article 15 de la *Charte*, la Section d'appel devrait appliquer le critère énoncé à l'alinéa 70(1)(b) de la *Loi sur l'immigration* [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18]: «le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada», au lieu du critère énoncé à l'alinéa 70(3)(b) de la *Loi sur l'immigration* limité à «des raisons d'ordre humanitaire». Bien que la Commission ne soit pas de l'avis de l'avocat à cet égard, il est toutefois possi-

the faint possibility that the appellant may be correct exists, and, using the test requested by counsel, we do not believe that the circumstances of this case warrant any kind of stay of the appellant's removal from Canada.

The appellant advanced several arguments attacking the constitutional validity of subparagraph 53(1)(b) of the Act. It is not my intention to submit these arguments to detailed examination since, in my view, they are premature. There is no certainty that the appellant will be removed to Chile, since before such an order can be made, the Minister must find that the appellant "constitutes a danger to the public in Canada".

This is what the Associate Chief Justice of the Federal Court of Canada had to say in the case of *Donosco and Panz* [T-2301-88, July 13, 1989]:

In my opinion, when Mr. Donosco would in fact be facing the possibility of a return to Chile he would be entitled to rely on s. 7 of the *Charter*. . . . Here there is no such certainty that Mr. Donosco will be returned to Chile.

Secondly, the Appeal Division's powers in law under section 70 of the *Immigration Act* are limited to consideration of an appeal from a removal order. There is no express or implied power either in this section or anywhere else in the *Immigration Act* which permits the Appeal Division to sit in judicial review of a provision outlining a duty imposed by Parliament upon the Minister to form an opinion as to whether an appellant "constitutes a danger to the public in Canada". Even if the Appeal Division had such a power, the Minister's power has not yet been invoked nor exercised. As was stated by La Forest, J. [*Republic of Argentina v. Mellino* (1987), 40 D.L.R. (4th) 74 at p. 93] in an extradition case, but equally applicable in this matter:

Finally, in exercising jurisdiction over executive action, a Court must firmly keep in mind that it is in the Executive that the discretion to surrender a fugitive is vested. Consequently, barring obvious or urgent circumstances, the Executive should not be preempted.

Thirdly, the Board is unable to comprehend the appellant's fear of the Minister's discretion in respect to section 53 of the Act. After all, the Minister was required to make an earlier determination as to whether the appellant was a Convention refugee and it can hardly be said that this decision was made unfairly against him. What reason has been given to assume that the duty thrust upon the Minister by law will, in respect to the selection of the country to which the appellant is to be deported, be exercised unfairly or capriciously? Neither the Minister nor the appellant need be reminded that the duty set out in section 53 of the Act must be exercised in accordance with these words of Rouleau, J. [*Kindler v. Canada* (1987) 2 F.C. 145 at p. 152]:

The basic objective of the duty to act fairly is to ensure that an individual is provided with a sufficient degree of participation necessary to bring to the attention of the decision-

ble, même si ce n'est qu'une mince possibilité, que l'appellant ait raison et, avec le critère requis par l'avocat, nous ne croyons pas que les circonstances de l'espèce justifient une suspension, quelle qu'elle soit, du renvoi de l'appellant du Canada.

L'appellant a avancé plusieurs arguments à l'encontre de la validité constitutionnelle de l'alinéa 53(1)(b) de la Loi. Je n'ai pas l'intention de soumettre ces arguments à un examen détaillé puisqu'à mon avis, ils sont prématurés. Il n'est pas sûr que l'appellant sera renvoyé au Chili puisqu'avant qu'il ne puisse être rendu d'ordonnance, le ministre doit conclure que l'appellant «constitue un danger pour le public au Canada».

C'est ce que le juge en chef adjoint de la Cour fédérale du Canada a affirmé dans l'affaire *Donosco et Panz* [T-2301-88, 13 juillet 1989]:

À mon avis, dans l'éventualité où il risquerait réellement d'être renvoyé au Chili, M. Donosco aurait le droit d'invoquer l'article 7 de la *Charte*. . . . En l'espèce, cette certitude que M. Donosco sera renvoyé au Chili est absente.

Deuxièmement, les pouvoirs conférés à la Section d'appel par l'article 70 de la *Loi sur l'immigration* sont limités à l'examen d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance de renvoi. Il n'existe pas de pouvoir exprès ou implicite, ni dans cet article, ni ailleurs dans toute la *Loi sur l'immigration*, qui permette à la Section d'appel d'exercer le contrôle judiciaire d'une disposition qui prévoit une obligation imposée au ministre par le Parlement de décider si un appellant «constitue un danger pour le public au Canada». Même si la Section d'appel avait un tel pouvoir, le pouvoir du ministre n'a pas encore été invoqué ou exercé. Comme l'a déclaré le juge La Forest [*République d'Argentine c. Mellino* (1987), 40 D.L.R. (4th) 74 à la p. 93] dans une affaire d'extradition, mais tout aussi applicable en l'espèce:

Finalement, lorsqu'un tribunal exerce sa compétence relative aux actes du pouvoir exécutif, il doit bien garder à l'esprit que c'est l'exécutif qui se trouve investi du pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif. Par conséquent, à moins de circonstances criantes ou urgentes, il ne faut pas empêcher l'exécutif d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

Troisièmement, la Commission ne comprend pas pourquoi l'appellant craint le pouvoir discrétionnaire du ministre à l'égard de l'article 53 de la Loi. Après tout, le ministre était tenu de décider antérieurement si l'appellant était ou non un réfugié au sens de la Convention, et il est difficile de prétendre que cette décision a été prise contre lui de façon inéquitable. Quel motif a été donné pour présumer que l'obligation imposée au ministre par la loi sera exercée de façon inéquitable ou arbitraire en ce qui concerne le choix du pays dans lequel l'appellant doit être renvoyé? Ni le ministre, ni l'appellant n'ont besoin de se voir rappeler que l'obligation énoncée à l'article 53 de la Loi doit être exercée conformément aux propos du juge Rouleau [*Kindler c. Canada* (1987) 2 C.F. 145 à la p. 152]:

L'obligation d'agir équitablement a pour objectif fondamental d'assurer la participation d'un individu de manière à ce qu'il puisse porter à l'attention d'un décideur impartial

maker any fact or argument of which a fair minded decision-maker would need to be informed in order to reach a rational conclusion.

tout fait ou argument dont celui-ci devrait être informé pour arriver à une conclusion logique.

The relevant provisions of the two Immigration Acts are as follows:

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* sont les suivantes:

1976 Act

Loi de 1976

[Ss. 4(2)(b)(i),(ii), 19(1)(c), 27(2)(d),(3),(4), 32(6)(a),(b), 47(3), 55(a),(c), 72(1) (as am. by S.C. 1984, c. 21, s. 81), (b), (2)(a),(b),(d)]

[Art. 4(2)b(i),(ii), 19(1)c, 27(2)d(3),(4), 32(6)a,b), 47(3), 55a,c), 72(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 21, art. 81), b), (2)a,b),d)]

4. . . .

4. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, a Canadian citizen, a permanent resident and a Convention refugee while lawfully in Canada have a right to remain in Canada except where

(2) Sous réserve des lois du Parlement, le citoyen canadien, le résident permanent ainsi que le réfugié au sens de la Convention qui se trouve légalement au Canada, ont le droit d'y demeurer à l'exception

. . . .

. . . .

(b) in the case of a Convention refugee, it is established that that person is a person described in paragraph 19(1)(c) . . . or a person who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of

b) du réfugié au sens de la Convention qui tombe sous le coup des alinéas 19(1)c) . . . ou qui, déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi du Parlement,

- (i) more than six months has been imposed, or
- (ii) five years or more may be imposed.

- (i) a été condamné à plus de six mois de prison, ou
- (ii) est passible d'au moins cinq ans de prison.

. . . .

. . . .

19. (1) No person shall be granted admission if he is a member of any of the following classes:

19. (1) Ne sont pas admissibles:

. . . .

. . . .

(c) persons who have been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes or, if committed outside Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament and for which a maximum term of imprisonment of ten years or more may be imposed, except persons who have satisfied the Governor in Council that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the termination of the sentence imposed for the offence;

c) les personnes qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui constitue, qu'elle ait été commise au Canada ou à l'étranger, une infraction qui peut être punissable en vertu d'une loi du Parlement, d'une peine maximale d'au moins dix ans d'emprisonnement, à l'exception de celles qui établissent à la satisfaction du gouverneur en conseil qu'elle se sont réhabilitées et que cinq ans au moins se sont écoulés depuis l'expiration de leur peine;

. . . .

. . . .

27. . . .

27. . . .

(2) Where an immigration officer or peace officer has in his possession information indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or a permanent resident, is a person who

(2) Tout agent d'immigration ou agent de la paix, en possession de renseignements indiquant qu'une personne se trouvant au Canada, autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent,

. . . .

. . . .

(d) has been convicted of an offence under the *Criminal Code* or of an offence that may be punishable by way of indictment under any Act of Parliament other than the *Criminal Code* or this Act,

d) a été déclarée coupable d'une infraction en vertu du *Code criminel* ou d'une infraction qui peut être punissable par voie de mise en accusation en vertu d'une loi du Parlement autre que le *Code criminel* ou la présente loi

. . . .

. . . .

he shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information unless that person has been arrested without warrant and held in detention pursuant to section 104.

(3) Subject to any order or direction of the Minister, the Deputy Minister shall, on receiving a report pursuant to subsection . . . (2), and where he considers that an inquiry is warranted, forward a copy of that report and a direction that an inquiry be held to a senior immigration officer.

(4) Where a senior immigration officer receives a copy of a report and a direction pursuant to subsection (3), he shall, as soon as reasonably practicable, cause an inquiry to be held concerning the person with respect to whom the report was made.

32. . . .

(6) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), he shall, subject to subsections 45(1) [adjournment of inquiry if subject makes a refugee claim] and 47(3), make a deportation order against the person unless, in the case of a person other than a person described in paragraph 19(1)(c) . . . he is satisfied that

(a) having regard to all the circumstances of the case, a deportation order ought not to be made against the person, and

(b) the person will leave Canada on or before a date specified by the adjudicator,

in which case he shall issue a departure notice to the person specifying therein the date on or before which the person is required to leave Canada.

47. . . .

(3) Where an adjudicator determines that a Convention refugee is a Convention refugee described in subsection 4(2), he shall, notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, allow that person to remain in Canada.

55. Notwithstanding subsections 54(2) and (3), a Convention refugee shall not be removed from Canada to a country where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless he is

(a) a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c) . . .

(c) a person who has been convicted in Canada of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed,

and the Minister is of the opinion that the person should not be allowed to remain in Canada.

doit adresser à ce sujet un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre, à moins que la personne concernée n'ait été arrêtée sans mandat et détenue en vertu de l'article 104.

(3) Sous réserve des instructions ou directives du Ministre, le sous-ministre saisi d'un rapport visé aux paragraphes . . . (2), doit, au cas où il estime que la tenue d'une enquête s'impose, adresser à un agent d'immigration supérieur une copie de ce rapport et une directive prévoyant la tenue d'une enquête.

(4) L'agent d'immigration supérieur qui reçoit le rapport et la directive visés au paragraphe (3), doit, dès que les circonstances le permettent, faire tenir une enquête sur la personne en question.

32. . . .

(6) L'arbitre, après avoir conclu que la personne faisant l'objet d'une enquête est visée par le paragraphe 27(2), doit, sous réserve des paragraphes 45(1) [ajournement de l'enquête si l'intéressé fait une demande de statut de réfugié] et 47(3), en prononcer l'expulsion; cependant, dans le cas d'une personne non visée aux alinéas 19(1)(c) . . . l'arbitre doit émettre un avis d'interdiction de séjour fixant à ladite personne un délai pour quitter le Canada, s'il est convaincu

a) qu'une ordonnance d'expulsion ne devrait pas être rendue eu égard aux circonstances de l'espèce; et

b) que ladite personne quittera le Canada dans le délai imparti.

47. . . .

(3) Par dérogation à la présente loi et aux règlements, l'arbitre doit autoriser le réfugié au sens de la Convention qui, selon lui, remplit les conditions prévues au paragraphe 4(2), à demeurer au Canada.

55. Par dérogation aux paragraphes 54(2) et (3), un réfugié au sens de la Convention ne peut être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées, du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques à moins

a) qu'il ne fasse partie des personnes non admissibles visées aux alinéas 19(1)(c) . . .

c) qu'il n'ait été déclaré coupable au Canada d'une infraction prévue par une loi du Parlement et punissable d'une peine d'au moins dix ans d'emprisonnement,

et que le Ministre ne soit d'avis qu'il ne devrait pas être autorisé à demeurer au Canada.

72. (1) Subject to subsection (3), where a removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to him pursuant to the regulations, that person may appeal to the Board on either or both of the following grounds, namely,

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

(2) Where a removal order is made against a person who

(a) has been determined by the Minister or the Board to be a Convention refugee but is not a permanent resident, or

(b) seeks admission and at the time that a report with respect to him was made by an immigration officer pursuant to subsection 20(1) was in possession of a valid visa,

that person may, subject to subsection (3), appeal to the Board on either or both of the following grounds, namely,

(d) on the ground that, having regard to the existence of compassionate or humanitarian considerations, the person should not be removed from Canada.

1985 Act

[Ss. 4(2.1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3), 19(1)(c), 27(2)(d),(3),(4), 32(6) (as am. *idem*, s. 11), (7) 46.06(1) (as am. *idem*, s. 14), 53(1)(b) (as am. *idem*, s. 17), (as am. *idem*), 70 (as am. *idem*, s. 18)]

4. . . .

(2.1) Subject to any other Act of Parliament, a person who is finally determined under this Act, or determined under the regulations, to be a Convention refugee has, while lawfully in Canada, a right to remain in Canada except where it is established that that person is a person described in paragraph 19(1)(c) . . . or a person who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of

(a) more than six months has been imposed; or

(b) five years or more may be imposed.

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(c) persons who have been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes or, if committed outside Canada, would constitute an offence that may be punishable

72. (1) Sous réserve du paragraphe (3), toute personne frappée d'une ordonnance de renvoi qui est soit un résident permanent, soit un titulaire de permis de retour valable et délivré conformément aux règlements, peut interjeter appel devant la Commission en invoquant l'un des deux motifs suivants, ou les deux:

b) le fait que, compte tenu des circonstances de l'espèce, elle ne devrait pas être renvoyée du Canada.

(2) Toute personne frappée par une ordonnance de renvoi, qui

a) n'est pas un résident permanent mais dont le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu par le Ministre ou par la Commission, ou

b) demande l'admission et était titulaire d'un visa en cours de validité lorsqu'elle a fait l'objet du rapport visé au paragraphe 20(1),

peut, sous réserve du paragraphe (3), interjeter appel à la Commission en invoquant l'un ou les deux motifs suivants:

d) le fait que, compte tenu de considérations humanitaires ou de compassion, elle ne devrait pas être renvoyée du Canada.

Loi de 1985

[Art. 4(2.1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 3), 19(1)c), 27(2)d),(3),(4), 32(6) (mod., *idem*, art. 11), (7) 46.06(1) (mod., *idem*, art. 14), 53(1)b) (mod., *idem*, art. 17), (mod., *idem*), 70 (mod., *idem*, art. 18)]

4. . . .

(2.1) Sous réserve des autres lois fédérales, la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été définitivement reconnu ou à qui ce statut est reconnu dans le cadre des règlements et qui se trouve légalement au Canada à le droit d'y demeurer, sauf si elle tombe sous le coup des alinéas 19(1)c) . . . ou a été déclarée coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale:

a) soit pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été infligée;

b) soit qui peut être punissable d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

c) celles qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle a été commise au Canada, peut être, ou, si elle a été commise à l'étranger, pourrait être punissable, aux

under any Act of Parliament and for which a maximum term of imprisonment of ten years or more may be imposed, except persons who have satisfied the Governor in Council that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the termination of the sentence imposed for the offence;

27. . . .

(2) Where an immigration officer or peace officer is in possession of information indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

(d) has been convicted of an offence under the *Criminal Code* or of an offence that may be punishable by way of indictment under any Act of Parliament other than the *Criminal Code* or this Act,

the immigration officer or the peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information unless that person has been arrested without warrant and held in detention pursuant to section 103.

(3) Subject to any order or direction of the Minister, the Deputy Minister shall, on receiving a report pursuant to subsection . . . (2), and where the Deputy Minister considers that an inquiry is warranted, forward a copy of that report and a direction that an inquiry be held to a senior immigration officer.

(4) Where a senior immigration officer receives a copy of a report and a direction pursuant to subsection (3), the officer shall, as soon as reasonably practicable, cause an inquiry to be held concerning the person with respect to whom the report was made.

32. . . .

(6) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), the adjudicator shall, subject to subsections 7 and 32.1(5), make a deportation order against that person.

(7) Where the person referred to in subsection (6) is a person other than a person described in paragraph 19(1)(c) . . . the adjudicator shall, subject to subsection 32.1(5), issue to that person a departure notice specifying the date on or before which that person is required to leave Canada, if the adjudicator is satisfied that

(a) having regard to all the circumstances of the case, a deportation order ought not to be made against the person; and

(b) that person will leave Canada on or before the date specified in the notice.

termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal de dix ans et plus et qui ne peuvent justifier auprès du gouverneur en conseil ni de leur réadaptation ni du fait qu'au moins cinq se sont écoulés depuis l'expiration de leur peine;

27. . . .

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause, arrêtée sans mandat, est détenue en vertu de l'article 103, faire un rapport circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

d) a été déclarée coupable d'une infraction prévue au *Code criminel* ou d'une infraction qui peut être punissable par mise en accusation en vertu d'une loi fédérale autre que le *Code criminel* ou la présente loi;

(3) Sous réserve des arrêtés ou instructions du ministre, le sous-ministre, s'il estime qu'une enquête s'impose, transmet à un agent principal un exemplaire du rapport visé au paragraphe . . . (2) et ordonne la tenue d'une enquête.

(4) L'agent principal auquel est adressé le rapport et l'ordre de faire tenir une enquête fait procéder à celle-ci dès que les circonstances le permettent.

32. . . .

(6) S'il conclut que l'intéressé relève d'un des cas visés par le paragraphe 27(2), l'arbitre, sous réserve des paragraphes (7) et 32.1(5), prend une mesure d'expulsion à son endroit.

(7) Dans les cas visés au paragraphe (6) et où l'intéressé n'appartient pas à l'une des catégories visées aux alinéas 19(1)(c) . . . l'arbitre, sous réserve du paragraphe 32.1(5), délivre un avis d'interdiction de séjour précisant le délai pour quitter le Canada, s'il est convaincu:

a) d'une part, qu'une mesure d'expulsion ne devrait pas être prise en l'occurrence;

b) d'autre part, que l'intéressé quittera le Canada dans le délai imparti.

46.06 (1) Where, pursuant to subsection 46.05(6), an adjudicator determines that a person does not have a right under subsection 4(2.1) to remain in Canada, the adjudicator shall

- (a) confirm the order made against that person; or
- (b) quash the order made against that person and take the appropriate action under section 32 with respect to that person.

. . . .

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is finally determined under this Act, or determined under the regulations, to be a Convention refugee nor any person who has been determined not to be eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)(a) shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

- (b) the person is
 - (i) a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c), or
 - (ii) a person who has been convicted in Canada of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed,

and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada.

. . . .

70. (1) Subject to subsection (4), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds, namely,

- (b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.
- (2) Subject to subsections (3) and (4), an appeal lies to the Appeal Division from a removal order or conditional removal order made against a person who
 - (a) has been determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee but is not a permanent resident;

. . . .

(3) An appeal to the Appeal Division under subsection (2) may be based on either or both of the following grounds:

- (b) on the ground that, having regard to the existence of compassionate or humanitarian considerations, the person should not be removed from Canada.

46.06 (1) S'il conclut dans les cas visés au paragraphe 46.05(6) que la personne en cause n'a pas le droit de demeurer au Canada, l'arbitre:

- a) soit confirme l'ordonnance rendue contre elle;
- b) soit annule l'ordonnance rendue contre elle et prend les mesures qui s'imposent aux termes de l'article 32.

. . . .

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été définitivement reconnu aux termes de la présente loi ou a été reconnu aux termes des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)a), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si:

- b) le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour le public au Canada, outre le fait qu'elle:
 - (i) soit appartient à la catégorie non admissible visée à l'alinéa 19(1)c),
 - (ii) soit a été déclarée coupable au Canada d'une infraction prévue par une loi fédérale et passible d'une peine d'au moins dix ans d'emprisonnement.

. . . .

70. (1) Sous réserve du paragraphe (4), les résidents permanents et les titulaires de permis de retour en cours de validité et conformes aux règlements peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi conditionnel en invoquant les moyens suivants:

- b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.
- (2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4), peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel:
 - a) les non-résidents permanents qui se sont vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention aux termes de la présente loi ou de ses règlements;

. . . .

(3) Les moyens que peuvent invoquer les appelants visés au paragraphe (2) sont les suivants:

- b) le fait que, pour des raisons d'ordre humanitaire, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

At the hearing before us, the parties were requested to submit further written arguments as to the exact disposition to be made in the event of a finding of unconstitutionality, under subsection 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] or section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I

The most strongly raised issues were whether the actions of the Board and the text of the Act violate the requirements of sections 7 and 12 of the Charter. These sections read as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

. . .

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The appellant's argument was particularly directed to section 12 and to the prohibition of cruel and unusual treatment, which may be broken down into separate questions concerning "cruel and unusual" and "treatment." The appellant conceded in argument that it was no longer open to this Court to hold that deporting Convention refugees to their homelands constitutes cruel and unusual punishment.

The earliest of the relevant Court of Appeal decisions is *Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 594, where it was held that the deportation of a permanent resident with a serious criminal record did not violate paragraph 11(h) of the Charter, which proscribes double punishment for the same offence, for the reason that deportation is not a punishment.

Hurd did not involve a Convention refugee, but *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35 (F.C.A.), did. In that case I wrote for the Court (at page 41) that "deportation for serious offences affects neither s. 7 nor s. 12 rights, since it is not to be conceptualized as either a deprivation of liberty or a punishment." In

À l'audience tenue devant nous, les parties ont été priées de présenter d'autres plaidoiries écrites sur la décision à prendre s'il était conclu à l'inconstitutionnalité, conformément à l'article 52 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]] ou à l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

b

I

Les points en litige qui ont été soulevés avec le plus de vigueur consistaient à savoir si les actes de la Commission et le texte de la Loi contrevenaient aux exigences des articles 7 et 12 de la Charte. Ces articles se lisent comme suit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

d

. . .

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels ou inusités.

Le plaidoyer de l'appelant visait particulièrement l'article 12 et l'interdiction du traitement cruel et inusité, qui peut être subdivisée en deux questions distinctes, savoir ce que signifient les mots «cruel et inusité» et «traitement». L'appelant a convenu dans son plaidoyer qu'il n'était plus possible à la Cour de juger que l'expulsion de réfugiés au sens de la Convention dans leur pays d'origine constituait une peine cruelle et inusitée.

La première des décisions pertinentes de la Cour d'appel est celle de l'affaire *Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 594, dans laquelle il a été jugé que l'expulsion d'un résident permanent ayant un casier judiciaire chargé ne contrevenait pas à l'alinéa 11h) de la Charte, lequel interdit de punir deux fois pour la même infraction, au motif que l'expulsion n'est pas une punition.

L'affaire *Hurd* ne portait pas sur un réfugié au sens de la Convention, à la différence de l'affaire *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35 (C.A.F.). Dans cet arrêt, j'ai écrit, au nom de la Cour (à la page 41) que «l'expulsion pour avoir commis des infractions graves n'enfreint pas les droits garantis par l'art. 7 ou

my view, this pronouncement that deportation is not a deprivation of liberty entirely disposes of the appellant's contention in the case at bar of a violation of section 7, and in fact the appellant did not press this contention in oral argument.

The respondent argued that *Hoang* should also be taken as precluding any section 12-based contention, but in my view the principal clause in the sentence from the decision quoted above is restricted by the subordinate one. It seems clear that no argument was made in *Hoang* on cruel and unusual treatment, and that the dictum above should not be interpreted as going beyond disposing of argument based on cruel and unusual punishment.

In fact, that was the purport of the following statement in my reasons for this Court in *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270 when I wrote (at page 279), "As far as this Court is concerned, the issue appears to be still open as to cruel and unusual treatment" [Emphasis added.] I went on to assume for the sake of argument that the issue was also left open to us by higher authority (at pages 281-282). The time has now come to consider this latter question.

The principal Supreme Court decisions in this area are *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485 and *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711.

In *Smith* the Court struck down a seven-year minimum sentencing provision. Lamer J. (as he then was) speaking for two of the five judges in the majority held (at page 1072 that "test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive."

The approach of Lamer C.J.C. in *Smith* was expressly approved by Gonthier J., speaking for six of the nine judges, in *Goltz*, where the battle lines

par l'art. 12, puisqu'elle ne doit pas être assimilée à une atteinte au droit à la liberté ni à une peine». À mon avis, le fait de déclarer ainsi que l'expulsion n'est pas une privation de liberté règle intégralement la prétention de l'appelant en l'espèce, savoir que l'article 7 a été violé et, en fait, l'appelant n'a pas soulevé cet argument dans son plaidoyer oral.

L'intimé a soutenu que l'arrêt *Hoang* devrait aussi être interprété comme interdisant tout moyen fondé sur l'article 12 mais, à mon avis, dans la phrase précitée de l'arrêt, la proposition principale est limitée par la proposition subordonnée. Il semble évident qu'aucun plaidoyer n'a été fait dans l'affaire *Hoang* en ce qui concerne le traitement cruel et inusité et que le commentaire ci-dessus ne devrait pas être interprété comme autre chose qu'une réponse à l'argument fondé sur la peine cruelle et inusitée.

En fait, tel était le sens de la déclaration suivante dans les motifs que j'ai rendus au nom de cette Cour dans l'affaire *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270, lorsque j'ai écrit (à la page 279) «En ce qui concerne notre Cour cependant, la question paraît demeurer pendante quant au traitement cruel et inusité» [c'est moi qui souligne]. J'ai poursuivi en présumant, pour les besoins de la discussion, que le point en litige avait aussi été laissé en suspens pour nous par la Cour suprême (aux pages 281 et 282). Le moment est venu maintenant d'examiner cette dernière question.

Les principales décisions de la Cour suprême dans ce domaine sont *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485 et *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711.

Dans l'arrêt *Smith*, la Cour a annulé une disposition sur la sentence minimale de sept ans. Le juge Lamer (tel était alors son titre), s'exprimant au nom de deux des cinq juges de la majorité, a déclaré (à la page 1072 que «Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives».

L'approche suivie par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Smith* a été expressément approuvée par le juge Gonthier qui s'est exprimé au nom de six des

were drawn over a seven-day minimum term of imprisonment. Gonthier J. said (at pages 505-506):

There are two aspects to the analysis of invalidity under s. 12. One aspect involves the assessment of the challenged penalty or sanction from the perspective of the person actually subjected to it, balancing the gravity of the offence in itself with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender. If it is concluded that the challenged provision provides for and would actually impose on the offender a sanction so excessive or grossly disproportionate as to outrage decency in those real and particular circumstances, then it will amount to a *prima facie* violation of s. 12 and will be examined for justifiability under s. 1 of the *Charter*. There may be no need to examine hypothetical situations or imaginary offenders. This was not the case in *Smith*, and for that reason the Court was obliged to examine other reasonably imaginable circumstances in which the challenged law might violate s. 12.

If the particular facts of the case do not warrant a finding of gross disproportionality, there may remain another aspect to be examined, namely, a *Charter* challenge or constitutional question as to the validity of a statutory provision on grounds of gross disproportionality as evidenced in reasonable hypothetical circumstances, as opposed to far-fetched or marginally imaginable cases.

The Court came to a different conclusion in *Goltz* from that in *Smith*, both because the seven-day minimum was lighter than it first appeared (it could be served on weekends as well as limited by earned remission) and because the hypothetical situations or imaginary offenders were not reasonably imaginable. The three judges in the minority disagreed with the majority, and would have followed even more closely the approach of Lamer C.J.C. in *Smith*. For them [at page 523] “Gonthier J. holds that one particular application . . . does not violate the *Charter*, while admitting that other applications . . . might infringe the *Charter*.”

In *Chiarelli* the permanent resident whose deportation was sought by the Government for the commission of serious offences was not a Convention refugee but was being returned to Italy. Sopinka J.,

neuf juges dans l'arrêt *Goltz*, lorsque le litige portait sur la peine d'emprisonnement minimale de sept jours. Le juge Gonthier a déclaré (aux pages 505 et 506):

L'analyse de l'invalidité faite en vertu de l'art. 12 comporte deux aspects. L'un d'eux concerne l'appréciation de la peine ou de la sanction contestée dans l'optique de la personne à qui elle a en fait été infligée, en s'opposant la gravité de l'infraction elle-même d'une part et les circonstances particulières de cette infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d'autre part. Si l'on décide que la disposition contestée prévoit, et infligerait en réalité au contrevenant, une sanction à ce point excessive ou exagérément disproportionnée qu'elle irait à l'encontre de ce qui est acceptable dans ces circonstances réelles et particulières, elle constituera alors à première vue une violation de l'art. 12 et fera l'objet d'un examen visant à déterminer si elle peut se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il peut ne pas s'avérer nécessaire d'étudier des situations hypothétiques ou des contrevenants imaginaires. Tel n'a pas été le cas dans l'affaire *Smith*. C'est pourquoi la Cour s'est trouvée dans l'obligation d'examiner d'autres circonstances raisonnablement imaginables dans lesquelles la disposition contestée pourrait violer l'art. 12.

Si les faits particuliers de l'espèce ne justifient pas une conclusion de disproportion exagérée, il peut y avoir un autre aspect à examiner, savoir, une contestation fondée sur la *Charte* ou une question constitutionnelle concernant la validité d'une disposition législative fondée sur la disproportion exagérée démontrée par des circonstances hypothétiques raisonnables, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables.

Dans l'affaire *Goltz*, la Cour est arrivée à une conclusion différente de celle de l'arrêt *Smith*, à la fois parce que le minimum de sept jours était moins sévère qu'il ne semblait à l'origine (la peine pouvait être purgée les fins de semaine et était limitée par une réduction de peine méritée) et parce que les situations hypothétiques ou les contrevenants imaginaires n'étaient pas raisonnablement imaginables. Les trois juges de la minorité n'ont pas été d'accord avec la majorité, et ils auraient suivi d'une façon encore plus étroite l'approche du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Smith*. Pour eux [à la page 523], «[l]e juge Gonthier dit en réalité que, dans une application en particulier, . . . [l'alinéa] . . . ne viole pas la *Charte*, tout en reconnaissant que dans d'autres applications il pourrait être contraire à la *Charte*».

Dans l'arrêt *Chiarelli*, le résident permanent dont l'expulsion a été demandée par le gouvernement du fait qu'il avait commis des infractions graves n'était pas un réfugié au sens de la Convention, mais il était

speaking for a unanimous Court, deals with the section 12 argument, including the treatment aspect, in apparently unequivocal terms (at pages 735-736):

(b) Section 12

The respondent alleges a violation of s. 12 for essentially the same reasons that he claims s. 7 is infringed. He submits that the combination of s. 27(1)(d)(ii) and 32(2) constitutes cruel and unusual punishment because they require that deportation be ordered without regard to the circumstances of the offence or the offender. He submits that in the case at bar, the deportation order is grossly disproportionate to all the circumstances and further, that the legislation in general is grossly disproportionate, having regard to the many "relatively less serious offences" which are covered by s. 27(1)(d)(ii).

I agree with Pratte J.A. that deportation is not imposed as a punishment. In *Reference as to the effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, Duff C.J. observed at p. 278 that deportation provisions were "not concerned with the penal consequences of the acts of individuals". See also *Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 594 (C.A.), at pp. 606-07, and *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, *supra*. Deportation may, however, come within the scope of a "treatment" in s. 12. The *(Concise) Oxford Dictionary* (1990) defines "treatment" as "a process or manner of behaving towards or dealing with a person or thing . . ." It is unnecessary, for the purposes of this appeal, to decide this point since I am of the view that the deportation authorized by ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) is not cruel and unusual.

The general standard for determining an infringement of s. 12 was set out by Lamer J., as he then was, in the following passage in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072:

The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 668, "whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency". In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

The deportation of a permanent resident who has deliberately violated an essential condition of his or her being permitted to remain in Canada by committing a criminal offence punishable by imprisonment of five years or more, cannot be said to outrage standards of decency. On the contrary it would tend to outrage such standards if individuals granted conditional

renvoyé en Italie. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour unanime, traite de l'argument de l'article 12, y compris l'aspect du traitement, dans des termes en apparence dénués d'équivoque (aux pages 735 et 736):

b) L'article 12

Invoquant essentiellement les mêmes raisons qu'il a avancées pour fonder son allégation d'une infraction à l'art. 7, l'intimé prétend que l'art. 12 a été violé. Selon lui, le sous-al. 27(1)(d)(ii) et le par. 32(2), pris ensemble, constituent une peine cruelle et inusitée en ce qu'ils exigent que l'expulsion soit ordonnée indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant. Il soutient que l'expulsion prononcée en l'espèce est exagérément disproportionnée aux circonstances et que, en outre, la loi en général est exagérément disproportionnée eu égard aux nombreuses [TRADUCTION] «infractions relativement moins graves» visées au sous-al. 27(1)(d)(ii).

Comme le juge Pratte, j'estime que l'expulsion n'est pas prononcée à titre de peine. Dans *Reference as to the effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, le juge en chef Duff fait remarquer à la p. 278, que les dispositions en matière d'expulsion [TRADUCTION] «ne portent pas sur les conséquences pénales des actes de particuliers». Voir aussi l'arrêt *Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 594 (C.A.), aux pp. 606 et 607 et *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité. Il se peut toutefois que l'expulsion constitue un «traitement» au sens de l'art. 12. En effet, selon la définition qu'en donne le *Petit Robert 1* (1990), le terme «traitement» désigne un «[c]omportement à l'égard de [quelqu'un]; actes traduisant ce comportement». C'est toutefois là un point qu'il n'est pas nécessaire de trancher aux fins du présent pourvoi puisque, à mon avis, l'expulsion autorisée par le sous-al. 27(1)(d)(ii) et le par. 32(2) n'est ni cruelle ni inusitée.

La norme générale à appliquer pour déterminer s'il y a violation de l'art. 12 est énoncée par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans le passage suivant tiré de l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1072:

Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 668 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

L'expulsion d'un résident permanent qui, en commettant une infraction criminelle punissable de au moins cinq ans de prison, a délibérément violé une condition essentielle pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, ne saurait être considérée comme incompatible avec la dignité humaine. Au contraire, c'est précisément le fait de permettre que les per-

entry into Canada were permitted, without consequence, to violate those conditions deliberately.

Sopinka J. here specifically left open the issue as to what constitutes “treatment” under section 12, and on the issue of “cruel and unusual,” relying on Lamer C.J.C. in *Smith*, he took the view that deportation for serious offences is not cruel and unusual since it does not outrage our standards of decency.

Nevertheless, on the basis of *Smith*, I must believe that what Sopinka J. had in mind was only the deportation of permanent residents for serious offences, and respectfully distinguish from that the deportation of Convention refugees to their homeland (*refoulement*). I come to this conclusion on the basis of what Lamer C.J.C. said in *Smith* (at pages 1073-1074):

One must also measure the effect of the sentence actually imposed. If it is grossly disproportionate to what would have been appropriate, then it infringes s. 12. The effect of the sentence is often a composite of many factors and is not limited to the quantum or duration of the sentence but includes its nature and the conditions under which it is applied. Sometimes by its length alone or by its very nature will the sentence be grossly disproportionate to the purpose sought. Sometimes it will be the result of the combination of factors which, when considered in isolation, would not in and of themselves amount to gross disproportionality. For example, twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate, but so would three months of imprisonment if the prison authorities decide it should be served in solitary confinement. Finally, I should add that some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards of decency: for example, the infliction of corporal punishment, such as the lash, irrespective of the number of lashes imposed, or, to give examples of treatment, the lobotomisation of certain dangerous offenders or the castration of sexual offenders. [Emphasis added.]

Now, in order to recognize a person as a Convention refugee, the Government of Canada has already had to make the decision that that person is subject to “a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion” (subsection 2(1) of the present Act [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.) c. 28, s. 1]). As a consequence, there is a serious possi-

sonnes ayant pu entrer au Canada sous condition violent délibérément et impunément ces conditions qui tendrait vers l’incompatibilité avec la dignité humaine.

Dans ce passage, le juge Sopinka a expressément laissé en suspens la question de savoir ce qui constitue un «traitement» au sens de l’article 12 et, quant aux termes «cruel et inusité», s’appuyant sur l’arrêt du juge en chef Lamer dans l’affaire *Smith*, il a jugé que l’expulsion pour des infractions graves n’était pas cruelle et inusitée puisqu’elle ne portait pas atteinte à nos normes de décence.

Toutefois, si je m’appuie sur l’arrêt *Smith*, je dois admettre que ce que le juge Sopinka visait n’était que l’expulsion de résidents permanents pour des infractions graves, et je dois faire, en toute déférence, une distinction entre cette expulsion et l’expulsion de réfugiés au sens de la Convention à destination de leur pays d’origine (refoulement). Je formule cette conclusion d’après les propos du juge en chef Lamer dans l’arrêt *Smith* (aux pages 1073 et 1074):

Il faut également évaluer l’effet de la peine qui est effectivement infligée. Si cet effet est exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié, alors elle viole l’art. 12. L’effet de la peine est souvent le produit de plusieurs facteurs et ne se limite pas à l’importance ou à la durée de cette peine, mais comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. C’est parfois en raison de sa seule longueur ou de sa nature même que la peine est exagérément disproportionnée à l’objectif poursuivi. Dans d’autres cas, c’est le résultat d’une combinaison de facteurs qui pris isolément n’engendreraient pas en soi une disproportion exagérée. À titre d’exemple, une peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée, mais il en serait de même d’une peine de trois mois d’emprisonnement dans le cas où les autorités pénitentiaires décideraient qu’elle doit être purgée dans une cellule d’isolement. Enfin, je dois ajouter que certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine: par exemple, l’imposition d’un châtiment corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de fouet imposé ou, à titre d’exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d’auteurs de crimes sexuels. [C’est moi qui souligne.]

Maintenant, pour reconnaître à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention, le gouvernement du Canada a déjà eu à décider si la personne «cra[nt] avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques» (paragraphe 2(1) de la Loi actuelle [mod. par L.R.C. (1985), ch. 28, art. 1]). En conséquence, il y a

bility that such a person, if returned, will be subject to unjust imprisonment, and possibly even to torture and death. In fact, the very language of subsection 53(1) of the present Act is a legislative admission of this: “removed from Canada to a country where the person’s life or freedom would be threatened” But Lamer C.J.C. in *Smith* has found corporal punishment to violate our standards of decency even when imposed in the course of lawful imprisonment. How could potential torture, or potential death, inflicted during imprisonment contrary to the rule of law, not also raise questions relating to section 12? How could even the risk of mere imprisonment which is by our standards of decency unlawful not do the same? There is a real question, it seems to me, whether section 12 can countenance extra-legal treatment to a refugee’s detriment.

In the words of Gonthier J. in *Goltz* (at page 513), “*Smith* states that the effect of the [statute] must . . . be measured for gross disproportionality.” He had already spoken [at page 505] of the necessity of “balancing the gravity of the offence in itself with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender.” The whole of this measuring for gross disproportionality, I think, might reasonably be characterized as a balancing requirement, and that may be the constitutional standard imposed by the “cruel and unusual treatment” prohibition in section 12, unless justified by section 1 of the Charter. I can conclude only that the issue as to both “treatment” and “cruel and unusual” is still open after *Chiarelli*.

II

The issue as to the effect of section 12 on the *refoulement* of Convention refugees being still open, the next question is whether it ought to be dealt with on this appeal. My view is that it should not, since I agree with the Board that the appellant’s argument is brought prematurely, against the wrong decision maker at the wrong stage.

une possibilité sérieuse que cette personne, si elle est renvoyée, soit injustement emprisonnée et même qu’elle soit torturée et tuée. En fait, vu son libellé, le paragraphe 53(1) de la Loi est une admission législative de ce fait: «être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées». Mais, dans l’arrêt *Smith*, le juge en chef Lamer a jugé que les châtiements corporels violaient la dignité humaine, même lorsqu’ils étaient imposés pendant un emprisonnement légitime. Pour quelle raison la torture ou la mort potentielle infligées pendant l’emprisonnement, contrairement aux règles de droit, ne soulèveraient-elles pas de questions liées à l’article 12? Pour quelle raison le risque d’un simple emprisonnement, qui est, d’après la dignité humaine, illégal, ne ferait-il pas la même chose? Il me semble important de déterminer si l’article 12 peut sanctionner un traitement extrajudiciaire au détriment d’un réfugié.

Comme l’a affirmé le juge Gonthier dans l’arrêt *Goltz* (à la page 513), «Suivant l’arrêt *Smith*, il faut . . . examiner l’effet de la [loi] afin de déterminer si [la mesure] est exagérément disproportionnée». Il avait déjà parlé [à la page 505] de la nécessité d’équilibrer «la gravité de l’infraction» elle-même avec «les circonstances particulières» de l’infraction et «les caractéristiques personnelles du contrevenant». Le critère qui consiste à déterminer si la mesure est exagérément disproportionnée, je pense, pourrait raisonnablement être défini comme une exigence d’équilibre et qu’il pourrait être une norme constitutionnelle imposée par l’interdiction d’un «traitement cruel ou inusité» énoncé à l’article 12, à moins qu’il ne soit justifié par l’article 1 de la Charte. Je ne peux que conclure que la question concernant le «traitement» et «cruel ou inusité» n’est toujours pas réglée après *Chiarelli*.

II

La question de l’effet de l’article 12 sur le *refoulement* des réfugiés au sens de la Convention étant encore irrésolue, il s’agit ensuite de savoir si elle doit être traitée dans le présent appel. À mon avis, elle ne doit pas l’être car je partage l’avis de la Commission pour dire que le plaidoyer de l’appelant est présenté de façon prématurée, au mauvais décideur et à la mauvaise étape.

In its reasons for decision as set out above, the Board pointed to the Minister's sole power under section 53 of the present Act to remove a Convention refugee "to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion". The Minister's power was the same under section 55 of the previous Act. But there is a significant difference between the two versions of the Act with regard to the character of the Minister's opinion:

1976 Act

55. . . .

and the Minister is of the opinion that the person should not be allowed to remain in Canada.

1985 Act

53. . . .

and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada.

The later version responds to the requirements of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 which provides as follows in Article 33:

Article 33

PROHIBITION OF EXPULSION OR RETURN ("REFOULEMENT")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particular serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

Hathaway, *The Law of Refugee Status*, points out (at page 226) that "it is not enough that the crime committed have been 'serious', but it must rather be 'particularly serious' and sustain the conclusion that the offender 'constitutes a danger to the community'". Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* urges (at page 96) that the categorizing of an

Dans ses motifs de décision énoncés ci-dessus, la Commission a fait référence au pouvoir exclusif du ministre, conformément à l'article 53 de la Loi actuelle, de renvoyer un réfugié au sens de la Convention «dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques». Le pouvoir du ministre était le même aux termes de l'article 55 de la Loi antérieure mais il existe une différence importante entre les deux versions de la Loi en ce qui concerne l'avis du ministre:

Loi de 1976

55. . . .

et que le Ministre ne soit d'avis qu'il ne devrait pas être autorisé à demeurer au Canada.

Loi de 1985

53. . . .

le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour le public au Canada . . .

La dernière version répond aux exigences de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, qui stipule comme suit à l'article 33:

Article 33

DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT

1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Dans son ouvrage *The Law of Refugee Status*, Hathaway déclare (à la page 226) qu'[TRADUCTION] «il ne suffit pas que le crime commis ait été "grave", mais il doit plutôt être particulièrement grave et permettre de conclure que le contrevenant "constitue un danger pour la communauté"». Dans l'ouvrage *The Refugee in International Law* (à la page 96), Good-

offence as a particular serious crime must involve a consideration of proportionality of the offence *vis-à-vis* the nature of the consequences likely to befall the returned refugee:

It is unclear to what extent, if at all, one convicted of a particularly serious crime must also be shown to constitute a danger to the community. The jurisprudence is sparse, and the notion of "particularly serious crime" is not a term of art, but principles of natural justice and due process of law require something more than mere mechanical application of the exception. An approach in terms of the penalty imposed alone will always be somewhat arbitrary, and the application of Article 33(2) ought always to involve the question of proportionality, with account taken of the nature of the consequences likely to befall the refugee on return. The offence in question and the perceived threat to the community would need to be extremely grave if danger to the life of the refugee were to be disregarded, although a less serious offence and a lesser threat might justify the return of an individual likely to face only some harassment or discrimination.

Whether or not such a balancing would be forced on the Minister by the U.N. Convention, he may well have to reflect on the exigencies of section 12 of the Charter, in the light of *Smith* and *Goltz*.

There was a difference of opinion between the parties as to whether the Board might be considered to have already engaged in the required balancing on the basis of its words: "we have considered . . . the possibility that the appellant might be deported to Chile where his fear of persecution has been accepted as well-founded."¹

This is perhaps an indication that the Board had the appellant's fate in Chile generally in mind, but what is required by section 12, if anything is required, would certainly be more specific: for example, a con-

¹ In *Gagliardi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1142-87, decided January 9, 1990, *per* Heald J.A., not reported, this Court found in analogous circumstances that the Board had weighed the question of cruel and unusual treatment in the light of the facts in that case. There is no indication in the short oral reasons for judgment that any issue had been raised on to prematurity, and the Court exercised its option to deal with the substantive issue.

win-Gill soutient que la classification d'une infraction comme un crime particulièrement grave doit conduire à examiner le caractère proportionnel de l'infraction par rapport à la nature des conséquences
a qui pourraient vraisemblablement en résulter pour le réfugié renvoyé:

[TRADUCTION] Il n'est pas facile de voir dans quelle mesure, le cas échéant, celui qui est condamné pour un crime particulièrement grave doit aussi être classé comme un danger pour la communauté. La jurisprudence est rare et la notion de «crime particulièrement grave» n'est pas un terme technique, mais les principes de justice naturelle et l'application régulière de la loi imposent davantage qu'une simple application mécanique de l'exception. Une approche fondée sur les conditions de la pénalité imposée seulement sera toujours quelque peu arbitraire, et l'application de l'article 33(2) devrait toujours faire intervenir la question du caractère proportionnel, compte tenu de la nature des conséquences qui peuvent en résulter pour le réfugié à son retour. L'infraction en cause et la menace perçue pour la communauté devraient être extrêmement graves si le danger pour la vie du réfugié devait être laissé de côté, bien qu'une infraction moins grave et une menace moindre puissent justifier le retour d'une personne qui ne s'expose vraisemblablement qu'à un certain harcèlement ou à une certaine discrimination.

Que cet équilibre soit ou non imposé au ministre par la Convention des Nations Unies, celui-ci devra peut-être réfléchir sur les exigences de l'article 12 de la Charte, à la lumière des arrêts *Smith* et *Goltz*.

Les parties ne s'entendaient pas sur la question de savoir si la Commission aurait pu être considérée comme s'étant déjà engagée dans cette opération d'équilibre requise, d'après ses termes mêmes: [TRADUCTION] «[N]ous avons envisagé la possibilité que l'appelant soit expulsé au Chili quand bien même sa crainte de persécution a été acceptée comme fondée»¹.

La Commission songeait donc peut-être, en général, au destin de l'appelant au Chili. Toutefois, si l'article 12 imposait quoi que ce soit, ce serait certainement plus spécifique: par exemple, un examen

¹ Dans l'arrêt *Gagliardi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, n° du greffe A-1142-87, rendu le 9 janvier 1990, le juge Heald, J.C.A., non publié, cette Cour a conclu dans des circonstances analogues que la Commission avait évalué la question du traitement cruel et inusité à la lumière des faits en l'espèce. Rien n'indique dans les brefs motifs oraux du jugement qu'un point en litige avait été soulevé de façon prématurée, et la Cour a exercé son choix, savoir traiter de la question de fond.

crete consideration of the treatment the appellant claims would await him in Chile, of what the country conditions are at this time, and of whether the change of regime in that country might affect his reasonable fear of persecution, all measured against the callous crimes he committed in this country.

But, in any event, it is only a return to Chile which could conceivably put the appellant in any section 12 danger, and it is only the Minister who has the statutory power to subject him to that danger. The Minister cannot even make a decision as to the country of removal until the issue of deportation is settled by the Board.

For this reason I take the view that the appellant cannot succeed in overturning subsection 27(2) or section 32. His case must therefore rest on a challenge to section 53, which is the only provision that can put the appellant's section 12 rights in jeopardy, because it is the only provision that allows him to be returned to Chile. In coming to the same conclusion, the Board relied upon the authority of *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, where La Forest J. said (at pages 558-559):

Finally, in exercising jurisdiction over executive action, a court must firmly keep in mind that it is in the executive that the discretion to surrender a fugitive is vested. Consequently, barring obvious or urgent circumstances, the executive should not be pre-empted. In cases where the feared wrong may be avoided by interstate arrangements, it may be doubted that the courts should ordinarily intervene before the executive has made an order of surrender. As already mentioned, the primary responsibility for the conduct of external relations must lie with the executive. The executive may well be able to obtain sufficient assurances from the foreign country to ensure compliance with the requirements of fundamental justice. It would, of course, be open to the courts to review any such arrangements to ensure compliance with *Charter* requirements.

Whether such assurances from the foreign country would in a given case satisfy *Charter* exigencies is a matter for decision in a proper factual context.

However, I cannot agree with the appellant's contention that a judicial review of the Minister's exer-

concret du traitement qui, selon l'appelant, l'attendrait au Chili, des conditions du pays à ce moment-là, et la question de savoir si le changement de régime dans ce pays pourrait raisonnablement influencer sur sa crainte raisonnable de persécution, le tout évalué eu égard aux crimes répugnants qu'il a commis dans ce pays.

Mais, quoi qu'il en soit, c'est seulement son retour au Chili qui mettrait présumément l'appelant en danger aux termes de l'article 12, et c'est seulement le ministre qui est doté du pouvoir légal de le mettre ainsi en danger. Le ministre ne peut même pas prendre une décision en ce qui concerne le pays de renvoi tant que la question de l'expulsion n'est pas réglée par la Commission.

Pour ce motif, j'estime que l'appelant ne peut pas réussir à renverser le paragraphe 27(1) ou l'article 32. Par conséquent, sa cause dépend d'une contestation de l'article 53, qui est la seule disposition susceptible de menacer les droits conférés à l'appelant par l'article 12, vu que c'est la seule qui permette de le renvoyer au Chili. Lorsque la Commission a formulé la même conclusion, elle s'est appuyée sur l'arrêt *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, dans lequel le juge La Forest avait déclaré (aux pages 558 et 559):

Finalement, lorsqu'un tribunal exerce sa compétence relative aux actes du pouvoir exécutif, il doit bien garder à l'esprit que c'est l'exécutif qui se trouve investi du pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif. Par conséquent, à moins de circonstances criantes ou urgentes, il ne faut pas empêcher l'exécutif d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Dans des cas où le tort appréhendé peut être évité au moyen d'accords internationaux, il est douteux que les tribunaux doivent normalement intervenir avant que l'exécutif n'ait ordonné l'extradition. Comme je l'ai déjà mentionné, c'est le pouvoir exécutif qui est responsable au premier chef de la conduite des relations extérieures. Il se peut bien que l'exécutif puisse obtenir des assurances suffisantes du pays étranger pour garantir la conformité avec les exigences de la justice fondamentale. Bien entendu, il serait loisible aux tribunaux de contrôler tout accord de ce genre afin d'assurer le respect des exigences de la *Charte*.

Quant à savoir si les assurances données par le pays étranger satisfieraient, dans un cas donné, aux exigences de la *Charte*, c'est là une question à trancher dans un contexte factuel adéquat.

Toutefois, je ne puis admettre la prétention de l'appelant selon laquelle un contrôle judiciaire de l'exer-

cise of discretion would unduly circumscribe the appellant's case, since as I see it, it is the constitutionality of section 53 which is at the heart of his case, and it may be supposed that his counsel will put this issue before a Court in relation to the ministerial decision. The *ex post facto* nature of the review (as far as the ministerial decision is concerned) could also be relevant, as urged by the appellant, to the question of whether the Minister provided an opportunity for a hearing, as well as to the psychological trauma which, it was said, accompanies an order of *refoulement*.

It is true that, in response to the same consideration that the Charter issues were not ripe for adjudication absent a ministerial decision to deport the refugee to his home country, this Court nevertheless proceeded in *Hoang* to deal with the ultimate issue, saying (at page 39):

Without deciding that issue [as to the prematurity of the challenge], we prefer to assume for purposes of argument that that decision has been made, so as to avoid a multiplicity of proceedings in an area where there is already a sufficiency of uncertainty.

However, in *Hoang* the Court was able to decide the issue rather straight-forwardly in the light of the law as it then was. The law is now complicated by *Goltz* and *Chiarelli*. Moreover, the disposition to be made, if a finding of unconstitutionality occurs, is a formidable task in the light of the recent Supreme Court decision in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, decided on July 9, 1992, and one which, I venture to think, should be argued directly. Although we have received written submissions subsequent to the oral argument as to disposition, that is less satisfactory than full oral argument on the subject. The practical considerations, it seems to me, militate against deciding more than is strictly necessary in the case at bar.

III

Apart from the constitutional issues, the appellant also argued that the Board placed too great an emphasis on the nature of the offence when exercising its humanitarian discretion. It was said that the appellant had already served a lengthy period of incarceration

cice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire limiterait indûment la cause de l'appellant, puisqu'à mon avis, c'est la constitutionnalité de l'article 53 qui est au cœur de l'affaire, et il peut être présumé que son avocat saisira un tribunal de cette question relativement à la décision ministérielle. La nature *ex post facto* du contrôle (dans la mesure où la décision ministérielle est visée) pourrait aussi être pertinente, comme l'appellant le soutient, à la question de savoir si le ministre lui a fourni l'occasion d'être entendu, et au traumatisme psychologique qui, a-t-on dit, accompagne une ordonnance de *refoulement*.

Il est vrai qu'en réponse à la même considération voulant que les questions en litige liées à la Charte ne soient pas prêtes à être tranchées, en l'absence d'une décision ministérielle d'expulser le réfugié vers son pays d'origine, cette Cour a toutefois, dans l'arrêt *Hoang*, traité de la question ultime, en affirmant (à la page 39):

Sans trancher cette question [quant au caractère prématuré de la contestation], nous préférons tenir pour avéré, aux fins de l'instance, que cette décision a déjà été prise, et ce, pour éviter une multiplicité de procédures dans un domaine où il existe déjà passablement d'incertitude.

Toutefois, dans l'affaire *Hoang*, la Cour a pu trancher la question de manière assez directe à la lumière du droit de l'époque. Le droit est maintenant compliqué par les arrêts *Goltz* et *Chiarelli*. En outre, le dispositif à rendre, s'il est conclu à l'inconstitutionnalité, constitue une tâche de très grande envergure à la lumière de la récente décision de la Cour suprême dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, prononcé le 9 juillet 1992, et j'irai même jusqu'à dire, qu'il devrait faire l'objet d'un débat en bonne et due forme. Bien que nous ayons reçu des observations écrites après le débat oral sur le dispositif, ceci est moins satisfaisant qu'un débat oral approfondi sur le sujet. Les considérations pratiques, me semble-t-il, militent à l'encontre d'une décision qui dépasserait ce qui est strictement nécessaire en l'espèce.

III

Mises à part les questions constitutionnelles, l'appellant a aussi soutenu que la Commission avait trop mis l'accent sur la nature de l'infraction lorsqu'elle avait exercé son pouvoir discrétionnaire humanitaire. Ses avocats ont fait valoir qu'il avait déjà purgé une

as a result of the offence, that there was no evidence before the Board to indicate that he posed a danger to society and that there was a likelihood of further occurrences, that there was evidence that he was making efforts to deal with the offence and to successfully integrate into society, and that the Board failed to take into account the impact of the deportation on the appellant's wife and three children.

It would certainly have been desirable for the Board to have spelled out more fully the factors it weighed in exercising its compassionate or humanitarian discretion. Nevertheless, it did specify that it had considered the appellant's work record and his family, and it observed that it was its "duty to consider anything favourable that might be shown on the appellant's behalf and it has done so" [Emphasis added.] Moreover, humanly speaking, I find it hard to quarrel with the Board's final judgment that "the circumstances of this offence are so contrary to the norms of known decency as to render it extremely difficult to see what humanitarian or compassionate factors can possibly be brought to bear in this matter."

The appeal must therefore be dismissed.

LINDEN J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

longue période d'incarcération à la suite de l'infraction, que la Commission n'avait connaissance d'aucune preuve selon laquelle il présentait un danger pour la société et allait probablement récidiver, qu'il y avait une preuve selon laquelle il faisait des efforts pour comprendre l'infraction et s'intégrer avec succès dans la société, et que la Commission n'avait pas pris en considération l'incidence de l'expulsion sur l'épouse et les trois enfants de l'appelant.

Il aurait certainement été souhaitable que la Commission énonce plus clairement les facteurs qu'elle avait soupesés dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou humanitaire. Néanmoins, elle a précisé qu'elle avait étudié les états de service de l'appelant et sa famille, et elle a fait remarquer qu'il était de son [TRADUCTION] «devoir d'examiner tout ce qui était favorable et qui pouvait être mis de l'avant au nom de l'appelant et elle l'a fait» [c'est moi qui souligne.] En outre, sur le plan humain, il m'est difficile de contester le jugement final de la Commission selon lequel [TRADUCTION] «les circonstances de l'infraction vont tellement à l'encontre des normes de la décence humaine qu'il est très difficile de voir quelles considérations humanitaires ou de compassion pourraient éventuellement être invoquées à cet égard».

L'appel doit donc être rejeté.

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

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

A-1085-90

A-1085-90

Distribution Canada Inc. (Appellant)**Distribution Canada Inc. (appelante)**

v.

c.

Minister of National Revenue (Respondent)**a Le ministre du Revenu national (intimé)***INDEXED AS: DISTRIBUTION CANADA INC. v. M.N.R. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: DISTRIBUTION CANADA INC. c. M.R.N. (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Stone and Desjardins JJ.A.—
Vancouver, November 18 and 19, 1992; Ottawa,
January 8, 1993.

b Cour d'appel, juges Pratte, Stone et Desjardins,
J.C.A.—Vancouver, 18 et 19 novembre 1992;
Ottawa, 8 janvier 1993.

*Customs and Excise — Customs Tariff — Independent gro-
cers organization seeking mandamus to compel enforcement of
Customs Tariff — Members losing trade due to cross-border
shopping — Departmental policy not to collect duty of \$1 or
less — Even larger amounts waived to avoid delays when traf-
fic heavy or interdiction activities in progress — Whether all
reasonable means to enforce Act taken outside Court's domain
as requiring policy considerations assessment — M.N.R. lim-
ited by budget constraints — Only one charged with public
duty can decide how best to utilize resources — M.N.R. having
established difficulties in implementation where discretion
enjoyed.*

*Douanes et accise — Tarif des douanes — Organisation
d'épiciers indépendants concluant à ordonnance de mandamus
pour forcer l'application du Tarif des douanes — Les membres
de l'organisation ont souffert d'un manque à gagner parce que
les gens font leurs achats de l'autre côté de la frontière — Le
Ministère a pour politique de ne pas percevoir les droits d'un
dollar ou moins — Il renonce à percevoir même des montants
plus élevés en cas de congestion du trafic routier ou d'activités
d'interdiction en cours — Il échet d'examiner si toutes les
mesures raisonnables requises pour l'application de la Loi
signifient qu'il faut prendre en considération des facteurs poli-
tiques qui échappent à la compétence des tribunaux judiciaires
— Le M.R.N. est assujéti aux contraintes budgétaires — Seul
celui qui est tenu à une obligation publique peut décider de la
façon dont il utilise les ressources à cette fin — Le M.R.N. a
fait la preuve des difficultés d'application de la loi dans les cas
où il a exercé le pouvoir discrétionnaire en la matière.*

*Judicial review — Prerogative writs — Mandamus —
Appeal by independent grocers organization from denial of
mandamus as no enforceable duty to appellant — Customs
Tariff, s. 4 (now s. 19) providing duties "shall" be collected on
imported goods — Ministerial policy giving customs officers
discretion not to collect duties depending upon extraneous con-
siderations — Appellant's members hurt by cross-border shop-
ping — Appeal dismissed — Minister owing public legal duty
to enforce law — Implies must take reasonable means to
enforce Act — Reasonableness of measures requiring assess-
ment of policy considerations, outside Court's domain — Min-
ister having discretion as to how best to fulfil duty — Only per-
son charged with public duty can determine how to utilize
resources.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Mandamus —
Appel formé par une organisation d'épiciers indépendants
contre la décision de première instance de ne pas accorder le
bref de mandamus par ce motif que l'appelante ne pouvait pré-
tendre à aucune obligation susceptible d'exécution forcée —
L'art. 4 (l'art. 9 actuel) du Tarif des douanes prévoit la percep-
tion des droits sur les marchandises importées — Le Ministère
a pour politique de permettre aux douaniers de renoncer à per-
cevoir les droits par suite de considérations externes — Les
membres de l'organisation appelante ont souffert d'un manque
à gagner parce que les gens font leurs achats de l'autre côté de
la frontière — Appel rejeté — Le Ministère est tenu envers le
public à l'obligation légale d'appliquer la loi — Cela signifie
qu'il doit prendre les mesures raisonnables à cet effet — Les
mesures raisonnables requises signifient qu'il faut prendre en
considération des facteurs politiques qui échappent à la com-
pétence des tribunaux judiciaires — Le ministre est investi du
pouvoir discrétionnaire de décider des moyens à prendre pour
remplir son obligation — Seul celui qui est tenu à une obliga-
tion publique peut décider de la façon dont il utilise les res-
sources à cette fin.*

*Practice — Parties — Standing — Appeal from trial judg-
ment dismissing application for mandamus to compel Minister
to collect import duties on basis appellant lacking standing —
Appellant representing independent grocers in border commu-
nities — Losing business due to cross-border shopping —*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Appel formé
contre la décision de première instance selon laquelle l'appe-
lante n'avait pas qualité pour agir en bref de mandamus afin
de contraindre le ministre à percevoir des droits de douane —
L'appelante représente des épiciers indépendants établis dans*

Review of S.C.C. cases on standing — Important considerations: economic loss suffered as result of non-enforcement making appellant aggrieved person; who Customs Tariff intended to protect; matter of strong public interest; may be no other way to bring matter to Court's attention — Unnecessary to decide issue in view of decision on mandamus.

This was an appeal from the trial judgment dismissing a motion for *mandamus* requiring the respondent to comply with *Customs Tariff*, section 4 (now section 19), which provided that customs duties "shall" be collected on imported goods. The action was brought on behalf of independent grocers carrying on business in border communities which have suffered significant business losses as a result of the Minister's policy not to collect duty on certain non-exempt groceries and other purchases made by Canadians in the United States, particularly those who have been in that country for less than twenty-four hours. It is the department's policy not to collect duty of \$1 or less and higher amounts may be waived when other priorities, such as traffic volumes, or other concurrent enforcement activities, dictate. The appellant complained that the Minister was not enforcing the *Customs tariff* strictly as he is required to do under section 19. The Trial Judge held that the appellant had no standing to seek *mandamus*, and there was no duty enforceable by the Court which was owed to the appellant. Although *Customs Tariff*, section 4 uses "shall", he believed that the Minister had a discretion as to the means to enforce the law. He found that the duty to enforce the legislation was owed to the Crown only.

The issues were whether the appellant had standing to bring an application for *mandamus*, and the meaning to be attributed to "shall" in section 19.

Held, the appeal should be dismissed.

The Minister enjoys a discretion with which the law will not interfere. He owes a legal duty to the public to enforce the law. This implies that he must take all reasonable means to enforce the provisions of the *Customs Tariff*, but the reasonableness of those measures requires the assessment of policy considerations which are outside the domain of the courts since they deal with the manner in which the law ought to be enforced. The appellant suggested that the Minister was not doing all that he could. One of the purposes of the *Customs Act* is the collection of revenue. If the Minister finds that the cost of collecting duty and taxes from persons returning to Canada exceeds the amount collected, he ought to have the discretion so as to appropriately tailor the means to the end. If the enforcement of the Act leads to a depletion of revenues, the respondent cannot be said to be acting in conformity with the

des localités frontalières et qui souffrent d'un manque à gagner parce que les gens font leurs achats de l'autre côté de la frontière — Jurisprudence de la C.S.C. en matière de qualité pour agir — Facteurs à prendre en considération: l'appelante est une personne lésée dans ses intérêts en raison du manque à gagner tenant à la non-application de la loi; les personnes que le Tarif des douanes vise à protéger; question sérieuse d'intérêt général; absence probable de tout autre moyen de saisir la justice — Il n'est pas nécessaire de prononcer sur ce point vu la décision relative au recours en mandamus.

a Appel contre la décision de première instance qui a rejeté une requête en bref de *mandamus* pour contraindre l'intimé à se conformer à l'article 4 (l'article 19 actuel) du *Tarif des douanes*, qui prévoit la perception des droits de douane sur les marchandises importées. L'action a été intentée pour le compte d'épiciers indépendants exerçant leur commerce dans des localités frontalières et qui ont souffert d'un manque à gagner considérable en raison de la politique du ministre qui consiste à ne pas percevoir des droits de douane sur certains produits alimentaires et autres, non exemptés, que des Canadiens achètent aux États-Unis, en particulier ceux qui n'ont séjourné dans ce dernier pays que moins de 24 heures. Le Ministère a pour politique de ne pas percevoir les droits de douane lorsque le montant exigible est d'un dollar ou moins, et les douaniers peuvent renoncer à percevoir des montants plus élevés lorsque d'autres priorités l'exigent, par exemple en cas de congestion du trafic routier ou d'activités d'interdiction en cours. L'appelante reproche au ministre de ne pas avoir appliqué le *Tarif des douanes* aussi strictement qu'il y est tenu par l'article 19. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait pas qualité pour conclure à bref de *mandamus* et qu'elle ne pouvait prétendre à aucune obligation dont elle pourrait demander l'exécution en justice. Bien que l'auxiliaire «*shall*» (doit) soit employé à l'article 4 du *Tarif des douanes*, il conclut que le ministre est investi du pouvoir discrétionnaire de décider des moyens à prendre pour appliquer la loi. Il conclut aussi que l'application de la loi est une obligation envers la Couronne seulement.

g Il échet d'examiner si l'appelante a qualité pour conclure à bref de *mandamus* et quel sens il faut attribuer à l'auxiliaire «*shall*» (doit) employé à l'article 19.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

h Le ministre est investi d'un pouvoir discrétionnaire auquel la justice ne portera pas atteinte. Il est tenu envers le public à l'obligation légale d'appliquer la loi. Il s'ensuit qu'il doit prendre toutes les mesures raisonnables pour appliquer les dispositions du *Tarif des douanes*. Que ces mesures soient raisonnables signifie qu'il faut prendre en considération des facteurs politiques qui échappent à la compétence des tribunaux judiciaires, puisqu'ils portent sur la manière dont la loi doit être appliquée. L'appelante reproche au ministre de ne pas avoir fait tout ce qu'il peut faire. La *Loi sur les douanes* a pour objet entre autres de réaliser des recettes. Si le ministre juge que le coût de la perception des droits et taxes auprès des gens qui rentrent au Canada dépasse le montant des droits perçus, il faut qu'il jouisse du pouvoir discrétionnaire d'adapter les moyens à la fin poursuivie. Si l'application du Tarif se traduit par un

Act. In such cases, no more can reasonably be expected of him. The respondent showed that he was conscious of his responsibilities under the *Customs Act*. He is considering means to enable his officials to collect small amounts of duties without causing unreasonable border delays. The respondent's operations are subject to budget constraints, limited facilities and personnel considerations. To compel him to proceed would be to enter into an area where the respondent must be the only one to manoeuvre. A voluntary assessment, as proposed by the appellant, with no reasonable means of checking its accuracy, might belittle the assessment process. It might provide little encouragement to the taxpayer who would be given no receipt as evidence of duty paid. Only he who is charged with a public duty can determine how to utilize his resources. The Minister has not ignored his duties. Neither negligence nor bad faith was demonstrated.

Although it was unnecessary to decide the issue of standing in light of the finding concerning *mandamus*, the following observations might be made. The law on standing has developed through several Supreme Court of Canada cases. The notion of public interest was enlarged in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)* so that the Court would have discretion to recognize public interest standing to bring an action for a declaration when there was no other reasonable way the matter could be brought to Court. With the addition of *Finlay*, the case law does not clearly exclude the possibility of extending standing to a proceeding in *mandamus* where there is a public interest to be expressed. Otherwise, a court could declare the law, but could not make the order under it. The appellant was aggrieved in the sense that it suffered an economic loss as a consequence of the non-enforcement of the Act, but the *Customs Tariff* is intended for the protection of Canadian producers, not distributors. The matter raised by the appellant is one of strong public interest and there may be no other way such an issue could be brought to the attention of the Court, were it not for the efforts of the appellant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.
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].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.
Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. C-54, s. 4.
Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, s. 19.
Excise Act, R.S.C. 1970, c. E-12, s. 6 (as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 15, s. 3).

déficit, on ne peut dire que l'intimé a agi conformément au texte de loi. Dans ce contexte, on ne peut raisonnablement lui demander rien de plus. L'intimé a prouvé qu'il est conscient des responsabilités qu'il tient de la *Loi sur les douanes*. Il étudie les moyens propres à permettre aux douaniers de percevoir des droits représentant de petites sommes sans pour autant causer un embouteillage à la frontière. Les opérations de l'intimé sont subordonnées aux limitations en matière de budget, d'installations et de personnel. L'obliger à faire ce que demande l'appelante revient à pénétrer dans un domaine où il doit être le seul à manoeuvrer. Un système de calcul des droits par les contribuables, tel que le suggère l'appelante, sans moyen raisonnable d'en vérifier l'exactitude, pourrait diminuer le processus de perception. Il ne serait guère un encouragement pour le contribuable qui ne recevrait aucun reçu pour les droits qu'il paie. Seul celui qui est tenu à une obligation publique peut décider de la façon dont il utilise les ressources à cette fin. Le ministre n'a pas manqué à ses obligations, ni n'a fait preuve de négligence ou de mauvaise foi.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire de prononcer sur la question de la qualité pour agir vu la conclusion tirée au sujet de la requête en bref de *mandamus*, les observations suivantes sont indiquées en l'espèce. La jurisprudence en matière de qualité pour agir a été élaborée au fil des arrêts de la Cour suprême du Canada. Le concept d'intérêt général a été élargi dans *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)* de façon que la Cour jouisse du pouvoir discrétionnaire de reconnaître à quelqu'un la qualité pour intenter, dans l'intérêt général, une action en jugement déclaratoire faute de tout autre moyen raisonnable de saisir la justice. Avec l'addition du précédent *Finlay*, la jurisprudence n'exclut pas clairement la possibilité d'étendre la qualité pour agir au recours en *mandamus* lorsque l'intérêt général est en jeu. S'il n'en est pas ainsi, une cour pourrait établir une règle de droit sans pouvoir rendre une ordonnance sous son régime. L'appelante est une personne lésée dans ses intérêts en ce sens qu'elle subit une perte financière par suite de la non-application de la Loi. Cependant, le *Tarif des douanes* vise à protéger les producteurs canadiens, non les distributeurs. La question posée par l'appelante est une sérieuse question d'intérêt général et, n'eût été ses efforts, il se peut qu'il n'existe aucun autre moyen d'en saisir la Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, appendice III.
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].
Loi sur l'accise, S.R.C. 1970, ch. E-12, art. 6 (mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 15, art. 3).
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. C-54, art. 4.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, art. 19.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1), [1976] 2 F.C. 500; (1976), 67 D.L.R. (3d) 505; [1976] C.T.C. 339; 10 N.R. 153 (C.A.). *a*

CONSIDERED:

Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Re North Vancouver (District of) et al. and National Harbours Board et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 704; 10 C.E.L.R. 31; 7 M.P.L.R. 151 (F.C.T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.); *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; (1975), 12 N.S.R. (2d) 85; 55 D.L.R. (3d) 632; 32 C.R.N.S. 376; 5 N.R. 43; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.); *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*, [1973] 1 Q.B. 241 (C.A.). *b*
c
d
e

APPEAL from trial judgment ([1991] 1 F.C. 716; (1990), 46 Admin. L.R. 34; 39 F.T.R. 127) dismissing application for *mandamus* to compel Minister to collect duties under *Customs Tariff*, section 19. *f*
Appeal dismissed.

COUNSEL:

H. Shapray for appellant. *g*
Gunnar O. Eggertson for respondent.

SOLICITORS:

Freeman & Company, Vancouver, for appellant. *h*
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

DESJARDINS J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [[1991] 1 F.C. 716] which dismissed a motion for a writ of *mandamus* or other relief in the same nature so as to oblige the respondent to comply with the provisions of section 4 of the *j*

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national (N° 1), [1976] 2 C.F. 500; (1976), 67 D.L.R. (3d) 505; [1976] C.T.C. 339; 10 N.R. 153 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Re North Vancouver (district de) et autres et Conseil des ports nationaux et autres* (1978), 89 D.L.R. (3d) 704; 10 C.E.L.R. 31; 7 M.P.L.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.); *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; (1975), 12 N.S.R. (2d) 85; 55 D.L.R. (3d) 632; 32 C.R.N.S. 376; 5 N.R. 43; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.); *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*, [1973] 1 Q.B. 241 (C.A.).

APPEL contre la décision de première instance ([1991] 1 C.F. 716; (1990), 46 Admin. L.R. 34; 39 F.T.R. 127) rejetant la requête en *mandamus* pour contraindre le ministre à percevoir des droits de douane conformément à l'article 19 du *Tarif des douanes*. Appel rejeté.

AVOCATS:

H. Shapray pour l'appelante.
Gunnar O. Eggertson pour l'intimé.

PROCUREURS:

Freeman & Company, Vancouver, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Il y a en l'espèce appel contre la décision [[1991] 1 C.F. 716] par laquelle la Section de première instance a rejeté une requête en bref de *mandamus* ou autre mesure de réparation de même nature pour contraindre l'intimé à se confor-

Customs Tariff [R.S.C., 1985, c. C-54] (the Act).¹ At issue is the meaning to be given to the word "shall" found in that provision.

The appellant is a non-profit organization whose members are independent merchants, primarily grocers, operating some 1,300 stores located in Nova Scotia, Quebec, Ontario, Manitoba and British Columbia. It bargains on behalf of its members with grocery suppliers in order to make its members more competitive with the larger grocery chains. It also lobbies governments on behalf of its members and handles various legal problems for them.

The appellant is pursuing this proceeding on behalf of those members carrying on business in border communities which have suffered significant business losses as a direct result of the Minister's policy not to collect duty on certain non-exempt groceries and other purchases made by Canadians in the United States, particularly those who have been in that country for less than twenty-four hours. Fourteen of the members' stores are in close proximity to the Canada/United States border and claim they are seriously affected by Canadians shopping in the United States. Those which are not so close to the border claim they are also affected since many Canadian shoppers come from communities which are at substantial distances from the border.²

¹ Although section 4 is mentioned in the proceeding, the section of the Act in force at the time was section 19 of the R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41 which reads:

19.(1) Subject to this Act and the *Customs Act* and any regulation or order made thereunder, there shall be levied and collected on all goods enumerated or referred to in Schedule I, when such goods are imported, and paid in accordance with the *Customs Act*, customs duties at the rates set out in Schedule I or section 46 that are applicable to those goods. [Emphasis added.]

² A.B., at p. 466.

mer aux dispositions de l'article 4 du *Tarif des douanes* [L.R.C. (1985), ch. C-54] (la Loi)¹. Ce qui est en cause, c'est le sens à donner à l'auxiliaire «shall» (doit) employé dans le texte de loi*.

L'appelante est une organisation à but non lucratif dont les membres sont des commerçants indépendants, surtout des épiciers, qui exploitent quelque 1 300 magasins en Nouvelle-Écosse, au Québec, en Ontario, au Manitoba et en Colombie-Britannique. Elle négocie avec les fournisseurs en alimentation les prix qui permettent à ses membres de soutenir la concurrence des grosses chaînes de magasins d'alimentation. Elle fait aussi des démarches auprès des gouvernements et s'occupe de divers problèmes juridiques pour le compte de ses membres.

L'appelante représente dans cette instance ses membres qui exercent leur commerce dans les localités frontalières et qui ont souffert d'un manque à gagner considérable en raison de la politique du ministre qui consiste à ne pas percevoir des droits de douane sur certains produits alimentaires et autres, non exemptés, que des Canadiens achètent aux États-Unis, en particulier ceux qui n'ont séjourné dans ce dernier pays que moins de 24 heures. Quatorze de ses membres ont leur commerce à proximité de la frontière entre le Canada et les États-Unis et prétendent qu'ils ont gravement souffert du fait que des Canadiens achètent leurs provisions aux États-Unis. Ceux qui ne se trouvent pas si près de la frontière se disent aussi affectés puisqu'un grand nombre de Canadiens qui font leurs emplettes aux États-Unis viennent de localités qui se trouvent à une distance respectable de la frontière².

¹ Bien que les actes de procédure mentionnent l'article 4, la disposition de la Loi en vigueur à l'époque était l'article 19, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41, qui porte:

19. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de la *Loi sur les douanes* ainsi que de leurs textes d'application, il est imposé et perçu sur les marchandises dénommées ou visées à l'annexe I, lors de leur importation, les droits de douane applicables à ces marchandises en vertu de cette annexe ou de l'article 46 et exigibles conformément à la *Loi sur les douanes*. [Mots non soulignés dans le texte.]

² Dossier d'appel, à la p. 466.

* Note de l'arrêstiste: Le texte français dit simplement: «il est imposé et perçu».

The appellant complains that the respondent is not enforcing the *Customs Tariff* strictly as he is required to do under the wording of section 19 of the Act.

The policy of the respondent is set out in a letter of August 3, 1989, from the Minister of National Revenue, the Honourable Otto Jelinek, to Mr. Gerry Prins, the President of the appellant. The key paragraph reads as follows:³

At the outset, I should explain that it is my department's policy that Customs inspectors not refer travellers for duty payment on their goods when the amount owing is \$1.00 or less. In addition, higher amounts may be waived when other priorities dictate. In cases where the volume of traffic results in unacceptable delays, for example, or when interdiction activities are under way, it is recognized that Customs inspectors might waive assessments of \$2.00, \$3.00 and \$4.00 or more, depending upon conditions at the time and their ability to efficiently process traffic.⁴

The policy of the respondent is well known; it has been publicized and deliberately disseminated on television, on open-line shows, on radio, and in newspapers.⁵

The decision under appeal

The Motions Judge concluded that the appellant had no standing to seek *mandamus* and that there was no duty enforceable by the Court which was owed to the appellant.

The Motions Judge gave great weight to the decision of our Court in *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)*⁶ in support of his finding that the applicant had no standing to seek *mandamus*. He quoted [at page 723] in

³ [1991] 1 F.C. 716 (T.D.), at pp. 720-721.

⁴ "Interdiction activities", as that term is used in the policy, have been explained as including: a) search and seizure of vehicles and goods, b) inspection and seizure of contraband, c) search and seizure of narcotics and illegal drugs, d) detection of illegal immigrants and the other persons who are attempting to enter Canada illegally, e) detection and apprehension of terrorists, f) detection and detention of pornography, all of which activities demand considerable staff and time to deal with and process. [A.B., at p. 13].

⁵ A.B., at p. 754.

⁶ [1976] 2 F.C. 500 (C.A.), at p. 510.

L'appelante se plaint de ce que l'intimé n'applique pas le *Tarif des douanes* aussi strictement qu'il y est tenu par les termes mêmes de l'article 19 de la Loi.

La politique de l'intimé est exposée dans une lettre en date du 3 août 1989, qu'envoyait M. Otto Jelinek, ministre du Revenu national, à M. Gerry Prins, le président de l'appelante. Voici le paragraphe le plus important de cette lettre³:

Pour commencer, je tiens à préciser que mon Ministère a pour politique de ne pas demander aux inspecteurs des douanes d'exiger des voyageurs le paiement des droits sur leurs marchandises lorsque le montant exigible est d'un dollar ou moins. De plus, ils peuvent renoncer à percevoir des montants plus élevés lorsque d'autres priorités l'exigent. Lorsque, par exemple, le volume de la circulation cause des retards inacceptables, ou que des activités d'interdiction sont en cours, il est reconnu que les inspecteurs des douanes peuvent renoncer à réclamer des montants de deux, trois, quatre dollars ou plus, selon les circonstances et leur aptitude à écouler efficacement la circulation⁴.

La politique de l'intimé est bien connue; elle a été rendue publique et diffusée à la télévision, dans les émissions-téléphone, à la radio et dans les journaux⁵.

La décision dont appel

Le juge des requêtes a conclu que l'appelante n'avait pas qualité pour conclure à bref de *mandamus* et qu'elle ne pouvait prétendre à aucune obligation dont elle pourrait demander l'exécution en justice.

Il a surtout cité l'arrêt *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national (N° 1)*⁶ de notre Cour à l'appui de sa conclusion que l'appelante n'avait pas qualité pour conclure à bref de *mandamus*, et en particulier [à la page 723]

³ [1991] 1 C.F. 716 (1^{re} inst.), aux p. 720 et 721.

⁴ Selon les explications données, les termes «activités d'interdiction» employés dans la politique s'entendent de ce qui suit: a) fouille ou recherche et saisie de véhicules et de marchandises, b) inspection et saisie de marchandises de contrebande, c) recherche et saisie de stupéfiants et de drogues illégales, d) détection d'immigrants illégaux et de personnes cherchant à entrer illégalement au Canada, e) détection et appréhension de terroristes, f) détection et détention d'articles pornographiques, autant d'activités qui exigent un personnel important et beaucoup de temps. [Dossier d'appel, à la p. 13]

⁵ Dossier d'appel, à la p. 754.

⁶ [1976] 2 C.F. 500 (C.A.), à la p. 510.

particular the following passage from the decision of Le Dain J.:

... In so far as *mandamus* is concerned, there is no public duty of any kind that the appellants have a right to enforce. The duty of the respondent officials under section 202 of the *Excise Act* is one owing to the Crown rather than the appellants.

He found that the decisions of the Supreme Court of Canada in *Minister of Justice of Canada et al v. Borowski*⁷ and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*⁸ had not extended standing in respect of *mandamus*, although they had extended standing to seek declarations in non-constitutional cases where the issue was alleged conflict between a statute and the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] or alleged failure of a Minister to comply with a federal statute. There was a tendency in *mandamus* cases, he said, for the issues of standing and the existence of a judicially enforceable duty to be intermixed. He explained that even if a more generous view of standing were taken in light of the widening of that concept in respect of other public law remedies, there still remained the core need for a judicially enforceable duty to be identified.⁹ If a public officer was obliged by statute to do a particular thing in particular circumstances for the benefit of particular persons, such persons could seek judicial enforcement of that duty. But if a public officer had been left a discretion as to what he does, how he does it, or when he does it, there was no judicially enforceable duty on his part to do that thing at a particular time or in favour of a particular person. Although section 4 of the *Customs Tariff* used the verb "shall", he believed the Minister had a discretion as to the means to enforce the law. When the Minister established in good faith some credible system of collection, even if the system was not "leak-proof" or if he acquiesced in some failures to pay customs duties, this did not entitle the Court to assume control as to how duties were to be collected. He distinguished on that basis the decisions of the Federal Court, Trial Division, in *Re North Vancouver (District of) et al. and*

le passage suivant des motifs prononcés par le juge Le Dain:

... Pour ce qui est du *mandamus*, il n'existe pas d'obligation publique dont les appelantes auraient le droit de demander l'exécution. L'obligation qui pèse sur les fonctionnaires intimés en vertu de l'article 202 de la *Loi sur l'accise* est due à la Couronne plutôt qu'aux appelantes.

À son avis, les arrêts *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*⁷ et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*⁸ de la Cour suprême du Canada n'ont pas étendu la qualité pour agir en *mandamus*, mais la qualité pour agir en jugement déclaratoire dans les affaires ne touchant pas au droit constitutionnel et où le litige portait sur un conflit entre une loi et la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, appendice III] ou sur l'inobservation d'une loi fédérale par un ministre. Il conclut que dans les recours en *mandamus*, la question de la qualité d'agir du requérant et celle de l'existence d'une obligation dont on peut demander l'exécution en justice ont tendance à s'entremêler. Que même si on devait retenir une conception plus généreuse de la qualité pour agir vu la portée donnée à ce concept dans les autres recours de droit public, il y a toujours la nécessité fondamentale de mettre le doigt sur une obligation dont on peut demander l'exécution forcée en justice⁹. Si un fonctionnaire est tenu par la loi d'accomplir un acte déterminé dans des circonstances déterminées au profit de personnes déterminées, ces dernières peuvent se pourvoir en justice pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation. Si, par contre, le fonctionnaire s'est vu attribuer un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les actes qu'il accomplit, ou la manière ou le moment de les exécuter, il n'y a alors aucune obligation susceptible d'exécution forcée, en vertu de laquelle il soit tenu d'accomplir un acte déterminé à un moment déterminé ou au profit d'une personne déterminée. Bien que l'auxiliaire «*shall*» (doit) soit employé à l'article 4 du *Tarif des douanes*, le juge des requêtes conclut que le ministre est investi du pouvoir discrétionnaire pour décider des moyens à prendre pour appliquer la loi. Du moment que le ministre a institué de bonne foi un système crédible de perception, même si son système n'est pas «étanche» ou même s'il ferme les yeux sur certains cas

⁷ [1981] 2 S.C.R. 575.

⁸ [1986] 2 S.C.R. 607.

⁹ At pp. 723-724.

⁷ [1981] 2 R.C.S. 575.

⁸ [1986] 2 R.C.S. 607.

⁹ Aux p. 723 et 724.

*National Harbours Board et al.*¹⁰ and that of the Federal Court of Appeal in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*.¹¹ He stated that the case at bar was not one where the respondent had totally refused or failed to enforce the *Customs Tariff*.¹²

Instead, it is his policy and practice to enforce that Act through collections to the extent that it is feasible to do so, given the resources made available to him by Parliament through the funding of staff and facilities. He has also obviously taken into account the impact of different levels of enforcement on U.S. tourist traffic into Canada and the impact on U.S. border areas in respect of lineups for entry into Canada. The law is clear that, if these considerations were completely irrelevant to the proper administration of the Act or if they involved bad faith or improper motives on the part of the Minister and his Department, they might invite some sort of judicial review. But I can see nothing of the sort in the explanations given by the Minister for his policy of not collecting every possible dollar in duty from those visiting the United States for less than twenty-four hours.

He concluded that the Court could not direct the Minister with regard to the means to enforce the law.

The appellant's contention

The appellant contends that this Court is not being asked to decide how duty and taxes are to be collected but, rather, whether the Minister has a duty to collect them. The purpose of the *Customs Tariff* is to protect distributors and the respondent Minister has an obligation to collect the duty and taxes at issue.

The most frequent purchases in the United States by day-tripping Canadians are gasoline and groceries.¹³

With regard to gasoline, the evidence shows that the Department of National Revenue does not collect

¹⁰ (1978), 89 D.L.R. (3d) 704 (F.C.T.D.).

¹¹ [1990] 2 F.C. 18.

¹² At p. 729.

¹³ A.B., at p. 829.

d'omission de payer les droits de douane, pareil manquement n'habilite pas la Cour à contrôler la façon dont les droits doivent être perçus. Le juge des requêtes distingue les points litigieux en l'espèce de ceux des décisions *Re North Vancouver (district de) et autres et Conseil des ports nationaux et autres*¹⁰ de la Section de première instance de la Cour fédérale, et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*¹¹ de la Cour d'appel fédérale. Il fait observer qu'en l'espèce, l'intimé n'a pas totalement refusé ou négligé d'appliquer le *Tarif des douanes*¹².

Il a plutôt comme politique et comme habitude d'appliquer cette Loi en procédant à des recouvrements dans la mesure où cela est faisable, compte tenu des ressources que le Parlement met à sa disposition par le financement de son personnel et de ses installations. Il a aussi manifestement tenu compte des répercussions que les différents degrés d'application de la loi auraient sur les mouvements de touristes américains venant au Canada et sur les files d'attente aux points d'entrée au Canada. Il est de droit constant que si ces considérations n'ont rien à voir avec l'application régulière de la Loi ou si elles dénotent de la mauvaise foi ou des motifs illégitimes de la part du ministre et de son Ministère, elles peuvent donner ouverture à un quelconque contrôle judiciaire. Mais je ne décèle rien de tel dans les explications fournies par le ministre au sujet de la politique consistant à ne pas réclamer systématiquement le paiement de tous les droits des personnes qui séjournent aux États-Unis pour une période de moins de vingt-quatre heures.

Il conclut que la Cour ne peut dicter au ministre les moyens d'appliquer la loi.

L'argumentation de l'appelante

L'appelante soutient qu'en l'espèce, il ne s'agit pas pour la Cour de décider de quelle manière des droits et taxes doivent être perçus, mais si le ministre est tenu à l'obligation de les percevoir. Le *Tarif des douanes* a pour objet de protéger les distributeurs, et le ministre intimé est tenu de percevoir les droits et taxes en question.

Les achats les plus fréquents aux États-Unis sont les achats d'essence et de provisions alimentaires par les gens qui y vont et reviennent dans la journée¹³.

En ce qui concerne l'essence, il est constant que le ministère du Revenu national ne perçoit pas des

¹⁰ (1978), 89 D.L.R. (3d) 704 (C.F. 1^{re} inst.).

¹¹ [1990] 2 C.F. 18.

¹² À la p. 729.

¹³ Dossier d'appel, à la p. 829.

duty and taxes on gasoline purchased in the United States and brought into Canada in the normal tank of private passenger vehicles. Safety considerations are involved. The respondent has explained that, in order to collect duty and taxes on gasoline, it would be necessary to determine the amount of gasoline in the tank upon leaving Canada and upon returning to Canada. Since gasoline fumes are extremely flammable and the ignition of the gasoline or the fumes would endanger Customs officials, occupants of the vehicle and neighbouring vehicles and their occupants, Customs officials do not engage in such measurements.¹⁴ Moreover, the evidence suggests that strict enforcement of the *Customs Tariff* at border points would create unreasonable delays to Canadian vehicles entering the United States from Canada, as well as to all vehicles entering Canada from the United States with both resident and non-resident passengers, and would place a tremendous stress on inspection resources available at these points¹⁵ which are deployed not only to administer the *Customs Tariff* but also some fifty-nine additional federal statutes¹⁶ depending on their application in given circumstances.

The appellant claims, however, that voluntary assessment, which is the basis of our income tax system,¹⁷ would be a consistent and practical method to determine whether gasoline was acquired in the United States. It claims, on the basis of its observations that, at the Tsawwassen, British Columbia/Point Roberts, Washington crossing, virtually all of the Canadian cars crossing the border at one time travelled straight to either the grocery store, gas station or liquor store, and immediately returned to the border crossing; most of these cars had groceries in them. Approximately 99% of the Canadian cars returning to Canada via the crossing were waived

droits de douane et taxes sur l'essence achetée aux États-Unis et rapportée au Canada dans le réservoir normal des voitures privées. Cet état de choses s'explique par des considérations de sécurité. L'intimé explique que pour percevoir les droits de douane et taxes sur l'essence, il faudrait connaître la quantité d'essence contenue dans le réservoir au départ du Canada et au retour. Étant donné que les vapeurs d'essence sont extrêmement inflammables et que l'inflammation de l'essence ou des vapeurs pourrait mettre en danger les agents des douanes, les occupants du véhicule, les véhicules avoisinants et leurs occupants, les agents des douanes ne se livrent pas aux mesures de ce genre¹⁴. Il ressort en outre des preuves et témoignages produits que la stricte application du *Tarif des douanes* aux passages de frontière causerait des retards excessifs dans le trafic routier entre le Canada et les États-Unis, que les passagers soient résidents des deux pays ou non, et serait une charge énorme sur les inspecteurs qui y sont postés¹⁵, pour appliquer non seulement le *Tarif des douanes* mais encore 59 autres lois fédérales¹⁶, le cas échéant.

L'appelante soutient cependant que le système du calcul de l'impôt par le contribuable, qui est à la base de notre régime d'impôt sur le revenu¹⁷, représenterait une méthode logique et pratique de déterminer s'il y a eu achat d'essence aux États-Unis. Elle fait savoir, d'après ses propres observations, qu'au point de passage Tsawwassen (Colombie-Britannique)-Point Roberts (Washington), presque toutes les voitures canadiennes passant la frontière à un moment donné allaient directement soit à un magasin d'alimentation soit à une station d'essence soit à un débit de boissons, et en revenaient immédiatement au point de passage; dans la majorité des cas, ces voitures

¹⁴ A.B., at p. 298.

¹⁵ A.B., at p. 301.

¹⁶ A.B., at p. 201.

¹⁷ The appellant referred us to a publication of the respondent's department entitled «Customs 2000: A Blueprint for the Future» which stresses that the concept of voluntary compliance is fundamental and that it is believed that the vast majority of Canadians are honest individuals who willingly comply with the laws of Parliament [A.B., at p. 263 and particularly at p. 283]. The paper predicts, therefore, that a system of pre-approved travellers' clearance at the border will be installed for the year 2000.

¹⁴ Dossier d'appel, à la p. 298.

¹⁵ Dossier d'appel, à la p. 301.

¹⁶ Dossier d'appel, à la p. 201.

¹⁷ L'appelante cite une publication du ministère de l'intimé, intitulée «Les Douanes en l'an 2000: Un schéma directeur pour l'avenir», qui souligne que le concept d'observation volontaire de la loi est fondamental et que la grande majorité des Canadiens sont des gens honnêtes qui se conforment volontiers aux lois fédérales [dossier d'appel, à la p. 263 et en particulier, à la p. 283]. Ce document en conclut qu'un système de laissez-passer à la frontière sera en place en l'an 2000.

through even though most of them presented receipts for their purchases to the Customs officers.¹⁸ In accordance with specific and explicit ministerial policy, therefore, duties at the Canada-United States border are deliberately not collected, at the discretion of officers on duty, depending on a variety of extraneous considerations such as the amount payable, traffic volumes, or other concurrent enforcement activities, etc. The more traffic there is, the less any attempt is made to collect these amounts of duty on declared dutiable goods.

With regard to groceries, the respondent has explained that it has prepared what is called a "Grocery List" which sets out for the travelling public, in a general way, the rates of duty, quantity restrictions, prohibited goods, federal sales tax and exemptions therefrom, and other information applicable to groceries imported by returning residents. The use of the "Grocery List" and its update have significantly cut down the time spent by officials in responding to requests since it would take up to twenty minutes if the tariff classification and duty had to be ascertained for each separate commodity from the *Customs Tariff* itself. As a result, many travellers segregate the purchases of goods shown on the List and mark up their cash register receipts to indicate whether the goods are free of duty or carry the duty or other charges set out in the List. Some items attract no duty at all. Others do but, because they represent a few cents a kilogram, it is sometimes uneconomic for the respondent to collect them. On purchases presented by travellers in quantities which a Customs inspector thinks are beyond the personal weekly needs of a family, Customs inspectors are instructed to disregard the "Grocery List" in assessing the duty owed.¹⁹

avaient des provisions alimentaires à bord. Les douaniers laissent passer à peu près 99 p. 100 de ces conducteurs canadiens rentrant au Canada, bien que la plupart de ces derniers leurs présentent les reçus de leurs achats¹⁸. C'est donc conformément à une politique ministérielle expresse et explicite que les douaniers en service aux passages de frontière entre le Canada et les États-Unis usent de leur pouvoir discrétionnaire pour omettre délibérément de percevoir les droits de douane, compte tenu d'une variété de considérations indépendantes de la loi comme le montant exigible, le volume du trafic, ou d'autres fonctions concurrentes de police, etc. Plus il y a de voitures, moins ils essaient de percevoir les droits sur des marchandises déclarées et imposables.

En ce qui concerne les provisions alimentaires, l'intimé explique qu'il a établi une «Liste de provisions» qui donne au voyageur des explications générales sur les quotités de droit, les limites quantitatives, les marchandises interdites, la taxe de vente fédérale et les exemptions, ainsi que d'autres détails applicables aux aliments importés par les résidents qui rentrent de l'étranger. L'emploi de la «Liste de provisions» et de ses mises à jour a considérablement réduit le temps que les douaniers doivent passer à donner des explications demandées par les voyageurs, car cela prendrait jusqu'à vingt minutes s'ils devaient vérifier la classification tarifaire et la quotité de droits applicable à chaque marchandise figurant au Tarif des douanes. Par suite, un grand nombre de voyageurs mettent à part les achats d'articles figurant sur la Liste, et marquent sur leurs reçus les articles en franchise et ceux qui sont assujettis aux droits ou autres taxes prévus sur la Liste. Certains articles sont totalement exemptés de droits. D'autres sont assujettis aux droits, mais comme ceux-ci ne s'élèvent qu'à quelques cents par kilogramme, l'intimé perd à les percevoir dans certains cas. À l'égard des articles achetés en quantités qui, de l'avis de l'agent des douanes responsable, dépassent les besoins personnels hebdomadaires de la famille, il a pour instructions de ne plus tenir compte de la Liste des provisions et de percevoir les droits exigibles¹⁹.

¹⁸ A.B., at p. 469.

¹⁹ A.B., at pp. 201 ff.

¹⁸ Dossier d'appel, à la p. 469.

¹⁹ Dossier d'appel, aux p. 201 et s.

The policy applied, with regard to groceries, is also contained in the Minister's letter to the President of the appellant, dated August 3, 1989:²⁰

With regard to grocery items in particular, there are a number of factors which make their importation somewhat unique. As you are no doubt aware, the vast majority of everyday food items are exempt from the payment of the 13.5% federal sales tax. In addition, many items are either free of duty, such as bread, citrus fruit and vegetables (depending upon the season), or are subject to a very low rate of duty based upon their weight (i.e. pennies per pound), such as beef, chicken, coffee, butter, peanut butter and cheese. In view of this, you will appreciate that if the traveller insists on having the Customs inspector treat each grocery commodity separately in determining the amount of duty payable, it is possible, if the shopper is prudent, to import a high value of groceries without exceeding the \$1.00 cut-off mark. In practice, however, most travellers do not insist on using the regular provisions of the Tariff, and Customs inspectors apply the general grocery tariff item which provides for a rate of duty of 15.3%. Using this method, a value of \$6.50 in groceries would yield \$1.00 in revenue. Of course, in addition to the collection of revenue, Customs inspectors also enforce the quota restrictions which apply to certain commodities such as dairy products and poultry, and travellers are limited to the amounts specified in each case regardless of the revenues involved.

There again, the appellant claims that the Motions Judge erred in interpreting section 19 of the *Customs Tariff* in such a manner as to confer ministerial discretion on the respondent as to whether or not to collect the duty. It claims that a voluntary system of assessment should also be established for those grocery products which are taxable and that duty ought to be collected.

With regard to standing, the appellant argues that the Motions Judge erred in finding that the duty to enforce the Act is owed to the Crown only. The appellant has a competitive interest recognized in the case of *Rothmans of Pall Mall Canada Limited*. Moreover, the position taken by the Motions Judge in refusing to extend standing in respect of *mandamus* was too rigid in light of *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*.²¹

La politique applicable aux provisions alimentaires est également expliquée dans la lettre en date du 3 août 1989²⁰ du ministre au président de l'appelante, comme suit:

^a [TRADUCTION] En ce qui concerne les provisions alimentaires en particulier, leur importation est quelque chose d'unique en raison de divers facteurs. Comme vous devez sans doute le savoir, la grande majorité des aliments courants sont exemptés de la taxe de vente fédérale de 13,5 %. En outre, un grand nombre sont exemptés des droits de douane, comme le pain, les agrumes, les légumes (selon la saison), ou sont taxés au poids à une quotité très basse (c'est-à-dire à tant de cents par livre), comme du bœuf, du poulet, du café, du beurre, du beurre d'arachide et du fromage. Vous comprendrez donc que si le voyageur insiste pour que l'inspecteur des douanes traite chaque article séparément et si ce voyageur est prudent, il lui est possible d'importer des provisions alimentaires d'une valeur considérable sans dépasser pour chacune d'elles la limite de 1,00 \$. Dans les faits cependant, la plupart des voyageurs n'insistent pas pour se prévaloir des dispositions normales du Tarif, et les inspecteurs des douanes appliquent le numéro tarifaire général pour les provisions alimentaires qui correspond à la quotité de droits de 15,3 %. Si on applique cette méthode, des provisions alimentaires d'une valeur de 6,50 \$ correspondent à une rentrée de 1,00 \$. Il ne faut pas oublier qu'outre la réalisation des recettes, les inspecteurs des douanes appliquent aussi les mesures de contingentement à l'égard de certains articles comme les produits laitiers et la volaille, et les voyageurs sont limités à la quantité spécifiée dans chaque cas, peu importe les recettes éventuelles.

^f Sur ce point encore, l'appelante soutient que le juge des requêtes a commis une erreur en interprétant l'article 19 du *Tarif des douanes* de façon à conférer à l'intimé le pouvoir ministériel discrétionnaire de décider s'il faut percevoir les droits ou non. Elle fait valoir qu'il faut instituer un système de calcul volontaire des droits pour les provisions alimentaires taxables, et que ces droits doivent être perçus.

^h En ce qui concerne la qualité pour agir, l'appelante soutient que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l'application du Tarif est une obligation envers la Couronne seule. En raison de sa position concurrentielle, l'appelante y a intérêt, et cet intérêt est reconnu par le précédent *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée*. En outre, les motifs que le juge des requêtes invoquait pour refuser de lui reconnaître la qualité pour agir en *mandamus* sont trop rigides à la lumière de la décision *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*.²¹

²⁰ A.B., at pp. 17-18.

²¹ [1986] 2 S.C.R. 607.

²⁰ Dossier d'appel, aux p. 17 et 18.

²¹ [1986] 2 R.C.S. 607.

Analysis

The first question to be dealt with is whether the Motions Judge was correct in refusing to grant standing in respect of *mandamus*.

In *Rothmans*, the issue was whether the filter tip portion of a cigarette should be included in determining its length for purposes of the definition of "cigarette" in the *Excise Act* [R.S.C. 1970, c. E-12, s. 6 (am. R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 15, s. 3)]. The appellants sought to require the Minister to include the filter tip portion of a cigarette in determining its length for purposes of the definition. Although the appellants themselves did not have any interest in marketing the longer cigarettes, their complaint was that the departmental policy had the effect of conferring a competitive advantage on the respondent companies by permitting them to market a longer cigarette for the same amount of excise duty as was paid by the appellants. *Le Dain J.*, for the Court, rejected the proposition that the appellants were persons aggrieved for purposes of the remedies sought, particularly since they were free to take advantage themselves of the existing possibility. He rejected the argument that the cases of *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*²² and *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*²³ indicated a relaxation of the requirement of standing, at least with regards to the circumstances of that case, since there was no constitutional issue raised and duty was not owed to the appellants, but to the Crown.

The law on standing was further developed with *Borowski and Finlay*.

In *Borowski*, the substantive question raised by the action for a declaration was whether the abortion provisions of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] were rendered inoperative by reason of conflict with the *Canadian Bill of Rights*. The majority and the minority were in agreement that no distinctions were to be drawn, for purposes of the issue of standing, between a declaratory action to obtain a decision as

²² [1975] 1 S.C.R. 138.

²³ [1976] 2 S.C.R. 265.

Analyse

Il échet en premier lieu d'examiner si le juge des requêtes a eu raison de refuser à l'appelante la qualité pour agir en *mandamus*.

Dans *Rothmans*, le litige portait sur la question de savoir si le bout-filtre d'une cigarette devait compter pour la longueur de cette dernière dans le contexte de la définition de «cigarette» dans la *Loi sur l'accise* [S.R.C. 1970, ch. E-12, art. 6 (mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 15, art. 3)]. Les appelantes cherchaient à forcer le ministre à inclure le bout-filtre dans la mesure de la longueur des cigarettes pour l'application de cette définition. Les appelantes n'envisageaient pas de mettre en vente des cigarettes plus longues, mais elles reprochaient à la politique du Ministère d'avoir pour effet de favoriser la position concurrentielle des compagnies intimées en leur permettant de commercialiser une cigarette plus longue moyennant la même quotité de taxe d'accise que celle payée par les appelantes. Rendant le jugement de la Cour, le juge *Le Dain* a rejeté l'argument que les appelantes étaient lésées au point de pouvoir invoquer les mesures de réparation recherchées, d'autant plus qu'il leur était loisible de mettre elles-mêmes à profit la possibilité offerte. Il a rejeté l'argument que les précédents *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*²² et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*²³ indiquaient un relâchement des conditions nécessaires de la qualité pour agir, du moins à l'égard des faits de la cause dont il était saisi, puisque l'affaire ne portait pas sur la constitutionnalité d'une loi et qu'il n'y avait pas obligation envers les appelantes, mais envers la Couronne.

Les règles relatives à la qualité pour agir ont été encore explicitées par les décisions *Borowski et Finlay*.

Dans *Borowski*, l'action en jugement déclaratoire portait sur la question de fond de savoir si les dispositions du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] relatives à l'avortement étaient devenues inopérantes pour cause de conflit avec la *Déclaration canadienne des droits*. La majorité et la minorité étaient unanimes à conclure qu'en matière de qualité pour agir, rien ne distinguait l'action en jugement déclaratoire

²² [1975] 1 R.C.S. 138.

²³ [1976] 2 R.C.S. 265.

to the validity of a statute under the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and a declaratory action to obtain a decision as to its operative effect in the face of the *Canadian Bill of Rights*. *Finlay* did not raise a constitutional question; it simply had to do with whether a recipient of provincial assistance to persons in need, who claimed to be prejudiced by certain provisions of a provincial legislation respecting such assistance, had standing to seek a declaration that payments made by the federal government to the province were illegal because the provincial Act did not comply with the conditions and undertakings to which the federal cost sharing payments were made subject by the federal legislation. Le Dain J. held that the judgments in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* could not be regarded as providing clear and direct authority for the recognition, as a matter of judicial discretion, of public interest standing so as to bring a non-constitutional challenge by way of declaration to challenge the statutory authority under which some administrative action is performed. These cases did not, however, clearly exclude such recognition.²⁴ He then stated that the matter before him was justiciable according to the known criteria, that the issue raised was a serious one, that the citizen had a genuine interest in it, and that no one with a more direct interest than the plaintiff was in a position to challenge the statutory authority to make the federal cost-sharing payments.²⁵ Standing was recognized not only for the declaratory relief but also for the ancillary injunctive relief that was sought.

The key reason why the notion of public interest was enlarged in *Finlay* stems, in my view, from the fact that the Court was concerned that it should have discretion to recognize public interest standing to bring an action for a declaration when there was no other reasonable way the matter could be brought to Court.²⁶ In *Finlay*, Le Dain J. was satisfied that the

²⁴ *Loc. cit.*, at p. 630.

²⁵ *Loc. cit.*, at p. 634.

²⁶ *Loc. cit.*, at pp. 628-630.

visant à une décision sur la validité d'une loi au regard de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et l'action en jugement déclaratoire visant à une décision sur l'effet de cette loi au regard de la *Déclaration canadienne des droits*. L'affaire *Finlay* ne portait pas sur une question constitutionnelle: il s'agissait de savoir si un bénéficiaire de l'assistance sociale provinciale, qui se disait désavantagé par certaines dispositions d'une loi provinciale en la matière, avait qualité pour agir en jugement déclarant que les paiements faits par le gouvernement fédéral à la province en cause étaient illégaux parce que la loi provinciale n'était pas conforme aux conditions et engagements auxquels la loi fédérale assujettissait les paiements fédéraux au titre du partage des frais. Le juge Le Dain a conclu que les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* «ne sauraient être considérés comme accordant une autorisation claire et directe de reconnaître, en tant qu'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal, la qualité pour intenter dans l'intérêt public une action en jugement déclaratoire, sans contestation de constitutionnalité, à l'égard du pouvoir que confère la loi de faire ... quelque ... action administrative». Ces précédents n'excluent cependant pas catégoriquement cette reconnaissance²⁴. Il en a conclu que le recours dont il était saisi était fondé selon les critères connus, que la question posée était une question sérieuse, que le citoyen y avait un intérêt véritable, et qu'il n'y avait personne d'autre avec un intérêt plus direct que le demandeur pour contester le pouvoir légal d'effectuer les versements fédéraux au titre du partage des frais²⁵. La qualité pour agir a été reconnue non seulement pour l'action en jugement déclaratoire mais aussi pour la requête accessoire en injonction.

La principale raison pour laquelle le concept d'intérêt général a été élargi dans *Finlay* tient, à mon avis, à ce que la Cour estimait qu'elle devait jouir du pouvoir discrétionnaire de reconnaître à quelqu'un la qualité pour intenter, dans l'intérêt général, une action en jugement déclaratoire faute de tout autre moyen raisonnable de saisir la Cour²⁶. Dans *Finlay*,

²⁴ *Loc. cit.*, à la p. 630.

²⁵ *Loc. cit.*, à la p. 634.

²⁶ *Loc. cit.*, aux p. 628 à 630.

three cases of *Thorson*, *McNeil*, and *Borowski* did not exclude a recognition of standing so as to bring a non-constitutional challenge by way of declaratory relief. I am, for my part, inclined to think that with the addition of the *Finlay* case, the jurisprudence does not clearly exclude the possibility of extending standing to a proceeding in *mandamus* where there is a public interest to be expressed and there is no other reasonable way for it to be brought to court. Otherwise, a court could declare the law but could not make the order under it.

Contrary to *Rothmans*, the appellant, in the case at bar, is a person aggrieved in the sense that it suffers an economic loss as a consequence of the non-enforcement of the Act. But, at the same time, the *Customs Tariff* is not intended for the protection of distributors such as the appellant, but for the protection of Canadian producers.²⁷ The strict nature of its interest may therefore be difficult to define. On the other hand, the matter raised by the appellant is one of strong public interest and there may be no other way such an issue could be brought to the attention of the Court, were it not for the efforts of the appellant.

I need not, however, decide the issue of standing in view of the position I take on the second question which is whether it is shown that the Minister has failed in his duty.

The appellant, relying on the cases of *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*²⁸ and *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*,²⁹ claims that the respondent, in waiving collection of duties in the one-dollar to four-dollar range, has not "done what he could under the existing system". The policy adopted by the Minister with respect to the non-collection of such duty amounts, in its view, to a policy of doing nothing which is contrary to the terms of section 19 of the Act.

There is no doubt that, as in the case of the Commissioner of Police, in *R. v. Metropolitan Police*

le juge Le Dain a conclu que les trois arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* n'excluaient pas la reconnaissance de la qualité pour intenter une action en jugement déclaratoire sans contestation de constitutionnalité. Pour ma part, j'incline à penser qu'avec l'addition du précédent *Finlay*, la jurisprudence n'exclut pas clairement la possibilité d'étendre la qualité pour agir au recours en *mandamus* lorsque l'intérêt général est en jeu et qu'il n'existe aucun autre moyen raisonnable d'en saisir la cour. S'il n'en est pas ainsi, une cour pourrait établir une règle de droit sans pouvoir rendre une ordonnance sous son régime.

Contrairement à ce qui se passait dans l'affaire *Rothmans*, l'appelante en l'espèce est une personne lésée dans ses intérêts en ce sens qu'elle subit une perte financière par suite de la non-application de la Loi. Cependant, le *Tarif des douanes* n'a pas pour objet la protection des distributeurs comme l'appelante, mais celle des producteurs canadiens²⁷. La stricte nature de l'intérêt de l'appelante serait donc plus difficile à définir. D'un autre côté, la question qu'elle pose est une sérieuse question d'intérêt général et n'eût été ses efforts, il se peut qu'il n'existe aucun autre moyen d'en saisir la Cour.

Il n'est cependant pas nécessaire que je me prononce sur la question de la qualité pour agir, vu la conclusion que je tire au sujet de la seconde question, savoir s'il est établi que le ministre a failli à son devoir.

Se fondant sur les décisions *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*²⁸ et *Regina v. Comr. of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn (No. 3)*,²⁹ l'appelante soutient qu'en renonçant à percevoir les droits de l'ordre de un à quatre dollars, l'intimé n'a pas «fait ce qu'il pouvait sous le régime en vigueur». À son avis, la politique, adoptée par le ministre, de non-perception des droits de cet ordre revient à ne rien faire, ce qui est contraire aux termes de l'article 19 de la Loi.

Il est hors de doute qu'à l'instar du commissaire de police dans l'affaire *R. v. Metropolitan Police Comr.,*

²⁷ A.B., at p. 272.

²⁸ [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.).

²⁹ [1973] 1 Q.B. 241 (C.A.).

²⁷ Dossier d'appel, à la p. 272.

²⁸ [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.).

²⁹ [1973] 1 Q.B. 241 (C.A.).

*Comr., Ex parte Blackburn*³⁰ the Minister “owe[s] the public a clear legal duty to enforce the law”. This implies that he must take all reasonable means to enforce the provisions of the Act. The reasonableness of those measures requires the assessment of policy considerations which are outside the domain of the courts since they deal with the manner in which the law ought to be enforced. What the appellant claims, however, is that the Minister is not doing all he can. An example of a voluntary measure suggested by the appellant at the hearing, and not used by the Minister, consists in the installation of collection boxes into which monies equivalent to the duty owed would be thrown by shoppers as they cross the border returning home.

It must be said at the outset that one of the purposes of the *Customs Tariff* is the collection of revenue. If the respondent finds that the cost of collecting duty and taxes from persons returning to Canada exceeds the amount collected, the Minister ought to have discretion so as to appropriately tailor the means to the end. If the enforcement of the Act leads to a depletion of revenues, the respondent cannot be said to be acting in conformity with the Act. In such cases, no more can reasonably be expected of him.

With regard to the appellant’s argument that the integrity of the revenue collection must be maintained and that a system of voluntary assessment might be established, there is evidence that the respondent is conscious of his responsibilities under the *Customs Tariff*. The difficulties he faces in the implementation of the Act represent valid considerations to be resolved if the enforcement is to be proceeded with. In a meeting held with the President of the appellant, in December 1989, the respondent indicated he was considering means to enable his officials to collect small amounts of duties without, at the same time, causing unreasonable border delays.³¹ The respondent is limited in his operations by such elements as budget constraints, limited facilities, per-

*Ex parte Blackburn*³⁰, le ministre «est tenu envers le public à l’obligation légale sans équivoque d’appliquer la loi». Il s’ensuit qu’il doit prendre toutes les mesures raisonnables pour appliquer les dispositions de la Loi. Que ces mesures soient raisonnables signifie qu’il faut prendre en considération des facteurs politiques qui échappent à la compétence des tribunaux judiciaires, puisqu’ils portent sur la manière dont la Loi doit être appliquée. Ce que l’appelante reproche au ministre, cependant, c’est que celui-ci ne fait pas tout ce qu’il peut faire. Un exemple de mesure volontaire suggérée par l’appelante à l’audience, et que le ministre n’a pas employée, consiste en l’installation de boîtes de perception dans lesquelles ceux qui ont fait des emplettes jetteraient l’équivalent des droits exigibles, lorsqu’ils passent la frontière pour rentrer chez eux.

Il y a lieu de noter avant tout que le *Tarif des douanes* a pour objet entre autres de réaliser des recettes. Si l’intimé juge que le coût de la perception des droits et taxes auprès des gens qui rentrent au Canada dépasse le montant des droits perçus, il faut qu’il jouisse du pouvoir discrétionnaire d’adapter les moyens à la fin poursuivie. Si l’application du Tarif se traduit par un déficit, on ne peut dire que l’intimé agit conformément au texte de Loi. Dans ce contexte, on ne peut raisonnablement lui demander rien de plus.

En ce qui concerne l’argument de l’appelante qu’il faut préserver l’intégrité de la perception des recettes et qu’il est possible d’instituer à cet effet un système de fixation des droits par les contribuables, il ressort des preuves produites que l’intimé est conscient des responsabilités qu’il tient du *Tarif des douanes*. Les difficultés qu’il rencontre dans l’application de la Loi sont autant de considérations valides dont il faut tenir compte pour mener cette application à bien. Lors d’une rencontre en décembre 1989 avec le président de l’appelante, l’intimé lui a fait savoir qu’il étudiait les moyens propres à permettre aux douaniers de percevoir des droits représentant de petites sommes sans pour autant causer un embouteillage à la frontière³¹. L’intimé est limité dans ses opérations par des fac-

³⁰ [1968] 1 All E.R. 763 at p. 771 per Salmon L.J.

³¹ A.B., at pp. 193 ff.

³⁰ [1968] 1 All E.R. 763, à la p. 771, jugement du lord juge Salmon.

³¹ Dossier d’appel, aux p. 193 et s.

sonnel requirements, etc.³² To compel him to proceed the way the appellant is asking this Court to direct him would be to enter into an area where the respondent, by necessity, must be the only one to manoeuvre. A voluntary assessment, as suggested by the appellant, with no reasonable means of checking its accuracy, might have the contrary effect of belittling the assessment process. It might provide very little encouragement to the taxpayer who would be given no receipt as evidence of duty paid by him. Protective measures may be necessary to ensure the integrity of the monies collected, the costs of which are unknown at present.

The result, in my view, becomes obvious. Only he who is charged with such public duty can determine how to utilize his resources. This is not a case where the Minister has turned his back on his duties, or where negligence or bad faith has been demonstrated. It is a case where the Minister has established difficulties in implementation and where he enjoys a discretion with which the law will not interfere.

I would dismiss this appeal with costs.

PRATTE J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

teurs tels que les limitations en matière de budget, d'installations, de personnel, etc.³². L'obliger à faire ce que l'appelante demande à la Cour de lui ordonner de faire revient à pénétrer dans un domaine où, par la force des choses, l'intimé doit être le seul à manoeuvrer. Un système de calcul des droits par les contribuables, tel que le suggère l'appelante, sans moyen raisonnable d'en vérifier l'exactitude, pourrait produire l'effet contraire, celui de diminuer le processus de perception des droits. Il ne serait guère un encouragement pour le contribuable qui ne recevrait aucun reçu pour les droits qu'il paie. Il faudrait aussi songer à prendre des mesures pour protéger les sommes perçues, mesures dont on ignore encore le coût.

La conclusion va donc de soi. Seul celui qui est tenu à une obligation publique de ce genre peut décider de la façon dont il utilise ses ressources à cette fin. Le ministre n'a pas manqué à ses obligations, ni n'a fait preuve de négligence ou de mauvaise foi. Il a fait la preuve des difficultés qu'il rencontre dans l'application de la loi, et il est investi dans ce contexte d'un pouvoir discrétionnaire auquel la justice ne portera pas atteinte.

Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

³² A.B., at pp. 15, 225.

³² Dossier d'appel, aux p. 15 et 225.

A-535-91

**The Minister of Employment and Immigration
(Applicant)**

v.

Pak Fai Chung (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. CHUNG (C.A.)

Court of Appeal, MacGuigan, Linden and Robertson J.J.A.—Toronto, November 24; Ottawa, December 21, 1992.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — S. 28 application to set aside adjudicator's decision to reopen inquiry under Immigration Act, s. 35(1) — Respondent denied fair opportunity at first inquiry to indicate intention to claim refugee status — Reopening permitted under Charter, s. 7 — Adjudicator having jurisdiction under s. 35(1) to reopen hearing to cure Charter violation — Respondent not required to notify Crown of request to reopen inquiry — Adjudicator's refusal to grant Crown substantial adjournment to challenge jurisdiction not violating natural justice principles — Recommencement of hearing not causing prejudice to either party.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Adjudicator's jurisdiction to reopen hearing under Immigration Act, s. 35(1) — Reopening permitted under Charter, s. 7 — S. 35(1) should be interpreted to embody Charter values — Evidence of Charter violation within "additional evidence or testimony" for s. 35(1) purposes.

Practice — Res judicata — Whether requirements for issue estoppel met — Proceedings involving same parties — Proceedings said to give rise to estoppel final — Whether same question decided — Judgment under R. 495(1)(b) for failure to appear similar to judgment for want of prosecution — Court having dismissed respondent's application under R. 1733 without addressing merits — Respondent not estopped from alleging Charter infringement before adjudicator in application to reopen immigration inquiry.

This was a section 28 application to set aside an adjudicator's decision to reopen the original inquiry which he had conducted under subsection 35(1) of the *Immigration Act*. After his arrival from China in February 1988, the respondent appeared before an adjudicator who had to determine whether he was admissible. Following this initial inquiry, the Adjudica-

A-535-91

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

a c.

Pak Fai Chung (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) c. CHUNG (C.A.)

Cour d'appel, juges MacGuigan, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 24 novembre; Ottawa, 21 décembre 1992.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Demande fondée sur l'art. 28 visant l'annulation de la décision par laquelle l'arbitre décidait de rouvrir l'enquête prévue à l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration — L'intimé n'a pas eu la juste possibilité à l'enquête initiale d'exprimer son intention de revendiquer le statut de réfugié — La réouverture est permise en vertu de l'art. 7 de la Charte — L'art. 35(1) donne le droit à l'arbitre de reprendre l'audience pour remédier à une violation de la Charte — L'intimé n'est pas tenu d'aviser la Couronne de la demande de réouverture de l'enquête — Le refus de l'arbitre d'accorder à la Couronne un ajournement prolongé pour contester sa compétence ne viole pas les principes de justice naturelle — Le recommencement de l'enquête ne cause de préjudice à aucune des parties.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Compétence de l'arbitre pour rouvrir l'enquête en vertu de l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration — L'art. 7 de la Charte permet la réouverture — L'art. 35(1) doit être interprété d'une manière qui incorpore les valeurs de la Charte — Les éléments de preuve concernant une violation de la Charte devraient être assimilés à de «nouveaux témoignages et autres éléments de preuve» pour l'application de l'art. 35(1).

Pratique — Res judicata — Les conditions de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige sont-elles remplies? — Les instances mettent en cause les mêmes parties — L'acte de procédure qui est censé créer l'irrecevabilité est définitif — La même question a-t-elle été décidée? — Le jugement rendu en vertu de la Règle 495(1)(b) pour défaut de comparaître est semblable au jugement pour défaut de poursuivre — La Cour a rejeté la demande présentée par l'intimé en vertu de la Règle 1733 sans statuer au fond sur la requête — Rien n'empêchait l'intimé d'alléguer la violation de la Charte devant l'arbitre dans le cadre de sa demande de réouverture de l'enquête.

Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 28 visant l'annulation de la décision d'un arbitre de rouvrir, en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'enquête initiale à laquelle il avait procédé. Après son arrivée en provenance de Chine en février 1988, l'intimé a comparu devant un arbitre qui devait décider de son admissibilité. À la suite de cette

tor ordered his exclusion from Canada. The respondent's section 28 application to have the exclusion order set aside was dismissed for failure to appear and his motion for an order setting aside that decision was also dismissed. Meanwhile, the respondent wrote the same Adjudicator seeking to have the original inquiry reopened under subsection 35(1) but did not notify the Crown of this application. Having concluded that the respondent had been denied a fair opportunity to claim refugee status, the Adjudicator agreed to reopen the inquiry pursuant to subsection 35(1). He relied on subsection 43(1) of the Act which requires the adjudicator to give a person an opportunity to indicate his intention to claim refugee status. The main issue was whether the Adjudicator had jurisdiction to reopen the original inquiry.

Held, the application should be dismissed.

Adjudicator's jurisdiction to reopen a hearing derives exclusively from subsection 35(1) of the *Immigration Act*; a number of decisions of the F.C.A., in particular *Gray v. Fortier*, have strictly interpreted the scope of that provision. However, since that decision, the Court has permitted adjudicators to reopen inquiries on the basis of section 7 of the Charter. In addition, the Supreme Court of Canada, in two recent judgments, has made it clear that subsection 35(1) of the Act should be interpreted so as to embody Charter values. Accordingly, evidence of a Charter violation should be encompassed within the meaning of "additional evidence or testimony" for the purposes of that subsection. Moreover, the word "decision" in that same subsection should be interpreted such that an adjudicator might cure a Charter violation that has occurred at an inquiry. Therefore, the Adjudicator had jurisdiction, under subsection 35(1), to reopen the inquiry he had himself conducted earlier in order to receive additional evidence to the effect that the applicant had been unable to understand what was taking place at the inquiry and was thus effectively denied a fair opportunity to claim refugee status.

Nothing in the *Immigration Act* or *Immigration Regulations* requires an applicant to give the opposing party notice of his request to reopen the original inquiry. The Crown had an opportunity to seek judicial review of the decision to reopen the hearing or to challenge the respondent's evidence, but failed to do so. As a result, the latter was not required to give notice to the Crown upon submitting an application to have his hearing reopened. In refusing to grant a substantial adjournment at the start of the reopened hearing to enable the Crown to challenge his jurisdiction, the Adjudicator exercised his discretion judicially and was not influenced by irrelevant considerations. That the case presenting officer was given the file only the day before the hearing was not determinative. The Minister had three months' notice to prepare for the reopened hearing. There was no violation of subsection 46(3) of the *Immigration Act* since a "reasonable opportunity" was offered to the Crown to present evidence, cross-examine witnesses and make representations. Although the transitional provisions are silent as to procedure when an inquiry is reopened under sub-

enquête initiale, l'arbitre a ordonné son exclusion du Canada. La demande de l'intimé fondée sur l'article 28, visant l'annulation de la mesure d'exclusion, a été rejetée pour défaut de comparaître, et sa requête visant à obtenir une ordonnance annulant cette décision a aussi été rejetée. Entre-temps, l'intimé a écrit au même arbitre pour demander la réouverture de l'enquête initiale en vertu du paragraphe 35(1), sans toutefois aviser la Couronne de sa demande. Ayant conclu que l'intimé n'avait pas eu la possibilité raisonnable de revendiquer le statut de réfugié, l'arbitre a accepté de rouvrir l'enquête en application du paragraphe 35(1). Il s'est appuyé sur le paragraphe 43(1) de la Loi qui exige que l'arbitre donne à l'intéressé la possibilité de faire savoir s'il revendique le statut de réfugié. La principale question en litige consistait à savoir si l'arbitre avait la compétence nécessaire pour rouvrir l'enquête initiale.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

La compétence de l'arbitre pour rouvrir une enquête découle exclusivement du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*; certaines décisions de la C.A.F., en particulier l'arrêt *Gray c. Fortier*, ont donné une interprétation restrictive à la portée de cette disposition. Toutefois, depuis cette décision, la Cour a autorisé les arbitres à rouvrir les enquêtes sur le fondement de l'article 7 de la Charte. De plus, la Cour suprême du Canada, dans deux récents jugements, a dit clairement que le paragraphe 35(1) de la Loi doit s'interpréter d'une manière qui incorpore la Charte. Conséquemment, les éléments de preuve concernant une violation de la Charte devraient être assimilés à de «nouveaux témoignages et . . . autres éléments de preuve» pour l'application de ce paragraphe. En outre, le mot «décision», au même paragraphe, devrait être interprété de manière à permettre à l'arbitre de remédier à une violation de la Charte survenue au cours de l'enquête. En conséquence, le paragraphe 35(1) habilite l'arbitre à rouvrir l'enquête qu'il avait déjà menée lui-même afin de recevoir d'autres éléments de preuve démontrant que le requérant n'était pas en mesure de comprendre ce qui se passait à l'enquête, et qu'on ne lui avait par conséquent pas donné la possibilité de revendiquer le statut de réfugié.

Rien dans la *Loi sur l'immigration* ni dans le *Règlement sur l'immigration* n'exige que le requérant avise la partie adverse de sa demande de réouverture de l'enquête initiale. La Couronne avait la possibilité de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de rouvrir l'enquête ou de contester le témoignage de l'intimé, mais elle n'en a rien fait. Par conséquent, ce dernier n'était pas tenu d'aviser la Couronne lorsqu'il a présenté sa demande de réouverture de l'enquête. En refusant d'accorder un ajournement prolongé au début de l'enquête rouverte pour permettre à la Couronne de contester sa compétence, l'arbitre a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire, sans être influencé par des considérations non pertinentes. Le fait que l'on ait remis le dossier à l'agent chargé de présenter les cas seulement la veille de l'audience ne saurait être déterminant. Le ministre a été avisé trois mois à l'avance de se préparer pour l'audience rouverte. Il n'y a pas eu violation du paragraphe 46(3) de la *Loi sur l'immigration*, puisqu'on a donné à la Couronne la «possibilité» de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des

section 35(1), they indicate that such inquiries shall be dealt with under the new scheme by having the refugee claims referred to an adjudicator and a member of the Refugee Division. Therefore, the Adjudicator was correct, following the reopening of the inquiry, to convene a credible basis hearing with a representative of the Refugee Division. The recommencement of the hearing cannot be said to have prejudiced the parties in any way; it was the only sensible way to proceed.

As to whether the doctrine of *res judicata* applies against the respondent, two of the requirements for issue estoppel were met in that (1) the proceedings in question involved the same parties and (2) the proceedings in the F.C.A., said to give rise to the estoppel, were final. The remaining question was whether the same question as was addressed in the respondent's application to the Adjudicator to reopen the hearing had been decided in either of the proceedings before the F.C.A. In the first proceeding, the respondent's section 28 application was dismissed under R. 495(1)(b) because he failed to appear for the hearing. Since a judgment based on want of prosecution cannot support issue estoppel and a dismissal under R. 495(1)(b) must be viewed in the same light as a judgment for want of prosecution, the section 28 application dismissed under R. 495(1)(b) cannot give rise to issue estoppel. The Court had dismissed the respondent's application under R. 1733 without addressing the merits and without considering directly the Charter infringement issue. Therefore, the respondent was not estopped from invoking that issue before the Adjudicator in the application to reopen the hearing; the matter was not *res judicata*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof*, Transitional Provisions, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, ss. 42, 43. h
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1). i
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 432, 433 (as am. by SOR/79-57, s. 11), 434 (as am. *idem*, s. 12), 438.1 (as enacted by SOR/90-846, s. 12), 439(4) (as enacted *idem*, s. 13), 440, 495, 1733. j

observations. Bien que les dispositions transitoires soient muettes sur la façon de procéder lorsqu'une enquête est rouverte en vertu du paragraphe 35(1), elles précisent que ce genre d'enquête est régi par le nouveau régime et que les revendications du statut de réfugié sont déferées à un arbitre et à un membre de la section du statut de réfugié. Par conséquent, l'arbitre a eu raison, à la suite de la réouverture de l'enquête, de tenir une audience sur le minimum de fondement avec un représentant de la section du statut. On ne saurait prétendre que les parties ont été lésées parce que l'enquête a recommencé; c'était la seule façon sensée d'agir.

Quant à savoir si le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique à l'intimé, deux des conditions nécessaires à l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (*issue estoppel*) sont remplies: 1) les procédures en question mettent en cause les mêmes parties et 2) l'instance introduite devant la C.A.F., qui est censée créer l'irrecevabilité, est définitive. La question restante consiste à savoir si la même question que celle qui a été abordée dans la requête de l'intimé à l'arbitre, en vue de faire rouvrir l'audience, a été décidée dans l'une ou l'autre des instances introduites devant la C.A.F. Dans la première instance, la requête fondée sur l'article 28, présentée par l'intimé, a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b) parce qu'il n'a pas comparu à l'audience. Puisqu'on ne peut s'appuyer sur un jugement fondé sur un défaut de poursuite pour invoquer une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, et que le rejet ordonné en vertu de la Règle 495(1)(b) doit être considéré sous le même angle qu'un jugement pour défaut de poursuivre, la requête présentée en vertu de l'article 28, qui a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b), ne peut donner lieu à une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige. La Cour a rejeté la demande présentée par l'intimé en vertu de la Règle 1733 sans avoir statué sur le fond et sans avoir étudié directement la question de la violation de la Charte. Par conséquent, rien n'empêchait l'intimé d'alléguer cette question devant l'arbitre dans le cadre de sa demande de réouverture; la question n'était pas chose jugée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, dispositions transitoires, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 42, 43.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 35(1), (2), 43(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14), 46(3) (mod., *idem*), 112e, 114(1).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 35(1),(2), 43(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 46(3) (as am. *idem*), 112(e), 114(1).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 45.

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 35(4) (as am. by SOR/88-180, s. 6), 35(6) (as enacted by SOR/89-38, s. 13), 39.

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 45.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(4) (mod. par DORS/88-180, art. 6), 35(6) (édicte par DORS/89-38, art. 13), 39.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 432, 433 (mod. par DORS/79-57, art. 11), 434 (mod., *idem*, art. 12), 438.1 (édicte par DORS/90-846, art. 12), 439(4) (édicte, *idem*, art. 13), 440, 495, 1733.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.

APPLIED:

Gray v. Fortier, [1985] 2 F.C. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; [1966] 2 All. E.R. 536 (H.L.).

REFERRED TO:

Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Ihunwo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (F.C.A.); *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194; 129 N.R. 229 (C.A.); *Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (T.D.); *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 D.T.C. 6278; 2 N.R. 397; *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760; 56 W.W.R. 260 (B.C.C.A.); *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420; 76 D.L.R. (3d) 152; 64 A.P.R. 420; 3 C.P.C. 172 (Co. Ct.); *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; (1991), 78 D.L.R. (4th) 666; 39 Q.A.C. 81; 123 N.R. 1; *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.); *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J.Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642; [1957] O.W.N. 240 (Ont. H.C.); *Pople v. Evans*, [1968] 2 All E.R. 743 (Ch.D.); *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.); *Rostamian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49; 129 N.R. 394

b JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Gray c. Fortier, [1985] 2 C.F. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; [1966] 2 All. E.R. 536 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Ihunwo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (C.A.F.); *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194; 129 N.R. 229 (C.A.); *Mattia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (1^{re} inst); *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 D.T.C. 6278; 2 N.R. 397; *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760; 56 W.W.R. 260 (C.A.C.-B.); *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420; 76 D.L.R. (3d) 152; 64 A.P.R. 420; 3 C.P.C. 172 (Co. Ct.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; (1991), 78 D.L.R. (4th) 666; 39 C.A.Q. 81; 123 N.R. 1; *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.); *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J.Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642; [1957] O.W.N. 240 (H.C. Ont.); *Pople v. Evans*, [1968] 2 All E.R. 743 (Ch.D.); *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.); *Rostamian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49; 129 N.R. 394

(F.C.A.); *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.).

APPLICATION to set aside the decision of an adjudicator under subsection 35(1) of the *Immigration Act* to reopen an inquiry which he had previously conducted. Application dismissed.

COUNSEL:

Bonnie J. Boucher for applicant.
H. J. Yehuda Levinson for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
H. J. Yehuda Levinson, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: The main issue in this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application is whether an adjudicator had the jurisdiction to reopen an inquiry which he had conducted, pursuant to subsection 35(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. There are other issues raised as well which will be dealt with in due course.

THE FACTS

Pak Fai Chung, a citizen of the People's Republic of China, entered Canada in February, 1988. In accordance with the scheme then in force under the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, Mr. Chung was brought before an adjudicator to determine whether he was admissible to Canada. During the course of that inquiry, the Adjudicator asked Mr. Chung several questions relating to the right to counsel and concerning a possible claim of Convention refugee status. Mr. Chung's answers, given through an interpreter, indicated some confusion as to the nature of the process.

At the beginning of the inquiry, the Adjudicator asked Mr. Chung if he wanted to be represented by counsel. After initially stating that he would like representation, Mr. Chung subsequently indicated that he did not want to be represented by counsel. As a

(C.A.F.); *Attorney General for Trinidad and Tobago c. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.).

DEMANDE d'annulation de la décision par laquelle un arbitre a décidé, en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*, de rouvrir une enquête qu'il avait déjà menée. Demande rejetée.

AVOCATS:

Bonnie J. Boucher pour le requérant.
H. J. Yehuda Levinson pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
H. J. Yehuda Levinson, Toronto, pour l'intimé.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La principale question en litige dans la présente requête fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7] est celle de savoir si un arbitre a, en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], le pouvoir de rouvrir une enquête qu'il a déjà menée. Nous examinerons en temps utile d'autres points litigieux qui ont également été soulevés.

f LES FAITS

Pak Fai Chung, un citoyen de la République populaire de Chine, est entré au Canada en février 1988. Conformément au régime qui était alors en vigueur aux termes de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, M. Chung a comparu devant un arbitre chargé de déterminer s'il pouvait être admis au Canada. Au cours de cette enquête, l'arbitre a posé à M. Chung plusieurs questions portant sur le droit à l'assistance d'un avocat et concernant une éventuelle revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Les réponses que M. Chung a données par le truchement d'un interprète indiquent qu'une certaine confusion régnait dans l'esprit de M. Chung au sujet de la nature de la procédure.

À l'ouverture de l'enquête, l'arbitre a demandé à M. Chung s'il voulait se faire représenter par un avocat. Après avoir d'abord répondu par l'affirmative, M. Chung a par la suite déclaré qu'il ne voulait pas être représenté par un avocat. Par conséquent, l'en-

result, the inquiry proceeded without Mr. Chung's having the benefit of counsel. Next, the Adjudicator asked Mr. Chung specific questions to ascertain whether he feared persecution under one of the prescribed grounds. Mr. Chung's answers indicated that he did not want to return to China for economic reasons and that he did not fear persecution. By way of example, one representative statement offered by Mr. Chung was "It's hard to find a job and hard to make money [in China]". Some answers suggested that he did not understand the purpose of the inquiry and that there were problems with the interpreting. Parts of the exchange indicate that Mr. Chung was confused. At no time did Mr. Chung ask to apply for refugee status. Following this initial inquiry, the Adjudicator ordered Mr. Chung excluded from Canada.

With the help of an immigration consultant, Mr. Chung commenced an application in July, 1988 under section 28 of the *Federal Court Act* to have the exclusion order reviewed and set aside. Mr. Chung believed, apparently erroneously, that this immigration consultant was representing him in these proceedings. Mr. Chung never received notice of the date on which his section 28 application was set down for hearing because he had changed his address. As a result, the application was dismissed by the Federal Court of Appeal *in absentia* on August 22, 1989.

In January, 1990, Mr. Chung consulted a lawyer and found out that his application had been dismissed by this Court. In April of that year, Mr. Chung applied to this Court seeking to set aside that order. In support of his application, Mr. Chung claimed that he entered Canada with the intention of making a claim to Convention refugee status but, on the advice of friends, did not retain counsel to represent him at the inquiry. Without the guidance of counsel, however, he was unable to appreciate the nature of the proceeding. He also contended that he had difficulty explaining to the interpreter the reasons why he did not wish to return to China. On June 15, 1990, this Court dismissed his motion for an order setting aside the August 22, 1989 judgment of this Court dismissing his section 28 application.

quête s'est déroulée sans que M. Chung bénéficie de l'assistance d'un avocat. L'arbitre a ensuite posé à M. Chung des questions précises pour vérifier s'il craignait d'être persécuté pour l'un des motifs prévus. Il ressort des réponses de M. Chung que celui-ci ne voulait pas retourner en Chine pour des raisons d'ordre économique et qu'il ne craignait pas d'y être persécuté. À titre d'exemple, voici l'une des affirmations formulées par M. Chung: [TRADUCTION] «Il est difficile de se trouver du travail et de faire de l'argent [en Chine]». Certaines réponses donnent à penser que M. Chung ne comprenait pas le but de l'enquête et qu'il y avait des problèmes d'interprétation. Certaines parties de l'entretien révèlent que M. Chung était désorienté. Il n'a jamais demandé de revendiquer le statut de réfugié. À la suite de cette enquête initiale, l'arbitre a ordonné l'exclusion de M. Chung du Canada.

Avec l'aide d'un expert-conseil en immigration, M. Chung a présenté en juillet 1988 une requête fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue de faire réviser et annuler l'ordonnance d'exclusion. M. Chung croyait, vraisemblablement à tort, que cet expert-conseil en immigration le représentait dans le cadre de l'instance en question. M. Chung n'a jamais été avisé de la date à laquelle l'audition de sa requête fondée sur l'article 28 avait été fixée parce qu'il avait changé d'adresse. Par conséquent, la requête a été rejetée *in absentia* par la Cour d'appel fédérale le 22 août 1989.

En janvier 1990, M. Chung a consulté un avocat et a découvert que sa requête avait été rejetée par notre Cour. En avril de la même année, M. Chung a présentée une requête devant notre Cour pour faire annuler l'ordonnance en question. Au soutien de sa requête, M. Chung a prétendu qu'il était entré au Canada dans l'intention de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention mais que, sur le conseil d'amis, il n'avait pas retenu les services d'un avocat pour le représenter à l'enquête. Toutefois, ne bénéficiant pas des conseils d'un avocat, il n'était pas en mesure de comprendre la nature de la procédure. Il a également prétendu qu'il avait eu de la difficulté à expliquer à l'interprète les raisons pour lesquelles il ne désirait pas retourner en Chine. Le 15 juin 1990, la Cour a rejeté sa requête en annulation du jugement du 22 août 1989 par lequel la Cour avait rejeté sa requête fondée sur l'article 28.

On June 4, 1990, eleven days before this Court dismissed his motion to set aside, Mr. Chung wrote the same Adjudicator who had heard the original inquiry to request that that inquiry be reopened pursuant to subsection 35(1). Mr. Chung did not notify the Crown of his application to reopen the hearing; nevertheless, the Adjudicator considered Mr. Chung's application. In deciding whether to reopen the inquiry, the Adjudicator relied in part, although not exclusively, on the affidavit evidence of Mr. Chung. The Adjudicator, concerning the inquiry that he had himself conducted earlier, determined that:

Mr. Chung was confused and incompletely informed at his inquiry and was beseeching the adjudicator to say something or ask something to initiate the refugee determination process and this was not done. For this reason and because of the following, I believe Mr. Chung is entitled to a reopening.

The Adjudicator concluded that, during the inquiry he had previously conducted, Mr. Chung was "effectively deprived of the ability to make a free, informed and independent decision requesting a refugee claim". As a result, citing jurisprudence of this Court, the Adjudicator agreed to reopen the inquiry pursuant to subsection 35(1).

To buttress this determination, the Adjudicator referred to subsection 43(1) of the new *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] which provides:

43.(1) Before any substantive evidence is given at an inquiry, the adjudicator shall give the person who is the subject of the inquiry an opportunity to indicate whether or not the person claims to be a Convention refugee.

Although that subsection was not in force at the time of the original inquiry, the Adjudicator relied on subsection 43(1) as an indication of the importance of ensuring that potential claimants are provided with an opportunity to claim Convention refugee status. Under the current *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as amended, the Adjudicator is specifically required by subsection 43(1) to give a person an opportunity to indicate whether or not the person claims to be a Convention refugee. In fact, the routine procedure calls for the Adjudicator to explain the refugee determination process to the claimant and then to explicitly ask the claimant whether he or she is going to make a Convention refugee claim. Under the *Immigration Act, 1976*, which was in force when Mr.

Le 4 juin 1990, onze jours avant que notre Cour ne rejette sa requête en annulation, M. Chung a écrit au même arbitre qui avait mené l'enquête initiale pour lui demander de rouvrir l'enquête en vertu du paragraphe 35(1). M. Chung n'a pas avisé la Couronne de sa demande de réouverture de l'enquête; l'arbitre a quand même examiné la demande de M. Chung. Pour décider s'il y avait lieu de rouvrir l'enquête, l'arbitre s'est fondé en partie—mais pas exclusivement—sur la preuve par affidavit de M. Chung. Au sujet de l'enquête qu'il avait lui-même menée plus tôt, l'arbitre a conclu que:

[TRADUCTION] M. Chung était désorienté et insuffisamment informé lors de son enquête et il suppliait l'arbitre de dire quelque chose ou de lui demander quelque chose pour mettre en branle le processus de reconnaissance du statut de réfugié, ce qui n'a pas été fait. Pour cette raison, et à cause de ce qui suit, j'estime que M. Chung a droit à une réouverture.

L'arbitre a conclu qu'au cours de l'enquête qu'il avait déjà menée, M. Chung avait été [TRADUCTION] «effectivement privé de la possibilité de prendre une décision libre et éclairée relativement à la revendication du statut de réfugié». En conséquence, citant la jurisprudence de notre Cour, l'arbitre a accepté de rouvrir l'enquête en vertu du paragraphe 35(1).

Pour étayer cette décision, l'arbitre a cité le paragraphe 43(1) de la nouvelle *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14], qui dispose:

43.(1) Avant que ne soient présentés des éléments de preuve au fond, l'arbitre donne à la personne qui fait l'objet de l'enquête la possibilité de faire savoir si elle revendique le statut de réfugié au sens de la Convention.

Même s'il n'était pas en vigueur au moment de l'enquête initiale, le paragraphe 43(1) a été invoqué par l'arbitre pour démontrer qu'il est important de s'assurer que l'on donne aux demandeurs éventuels de statut la possibilité de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. Sous le régime de l'actuelle *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. 1-2, modifiée, l'arbitre est expressément tenu, aux termes du paragraphe 43(1), de donner à l'intéressé la possibilité de faire savoir s'il revendique le statut de réfugié au sens de la Convention. En fait, selon la procédure d'usage, l'arbitre doit expliquer le processus de reconnaissance du statut de réfugié à la personne concernée et lui demander ensuite explicitement si elle a l'intention de revendiquer le statut de réfugié au sens

Chung appeared before the Adjudicator, however, the onus was on the person concerned to make a refugee claim without any requirement of being asked by the Adjudicator whether he or she wished to do so. The Adjudicator viewed this amendment to the procedure for receiving a refugee claim as evidence that potential claimants should be afforded a genuine opportunity to claim refugee status.

When the reopened hearing was convened, the case presenting officer, who had been assigned the file by his superiors only the day before the hearing, even though they had received it three months earlier, requested an adjournment in order to prepare a challenge to the Adjudicator's authority to reopen the hearing. The Adjudicator declined to adjourn the proceedings, because there was no adequate explanation for the Crown's inability to proceed. The Adjudicator observed that the Crown had had three months to prepare the matter and that a substantial adjournment would therefore be inappropriate. The Adjudicator offered to adjourn the matter for fifty minutes in order to allow the case presenting officer some time to prepare submissions. That offer was refused by the case presenting officer.

After dealing with the Crown's request for a substantial adjournment, the Adjudicator proceeded with a brief inquiry, after which he determined that Mr. Chung was a person eligible to enter Canada. Following the procedures stipulated in the *Immigration Act*, the Adjudicator then convened a credible basis hearing along with a member of the Convention Refugee Determination Division. At the credible basis hearing, the Adjudicator and the Convention Refugee Determination Division member both ruled that Mr. Chung had a credible basis for a Convention refugee claim. As required under the Act, Mr. Chung's claim was forwarded to the Convention Refugee Determination Division for a second level hearing.

Subsequently, the Minister of Employment and Immigration launched this section 28 application contesting the Adjudicator's decision to reopen the original inquiry as well as other matters.

de la Convention. En revanche, aux termes de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui était en vigueur au moment où M. Chung a comparu devant l'arbitre, c'était à la personne concernée qu'il appartenait de revendiquer le statut de réfugié sans que l'arbitre soit tenu de lui demander si elle désirait ou non le faire. L'arbitre s'est dit d'avis que cette modification de la procédure à suivre pour recevoir une revendication du statut de réfugié démontrait que les demandeurs éventuels de statut devaient se voir accorder une possibilité réelle de revendiquer le statut de réfugié.

Lors de l'enquête rouverte, l'agent chargé de présenter les cas (à qui ses supérieurs avaient confié le dossier seulement la veille de l'audience même s'ils l'avaient reçu trois mois plus tôt) a demandé un ajournement pour pouvoir se préparer à contester le pouvoir de l'arbitre de rouvrir l'enquête. L'arbitre a refusé d'ajourner l'instance, parce qu'aucune explication suffisante n'avait été fournie au sujet de l'incapacité de la Couronne d'agir. L'arbitre a fait remarquer que la Couronne avait eu trois mois pour préparer l'affaire et qu'un ajournement prolongé serait donc inapproprié. L'arbitre a offert d'ajourner l'audience pendant cinquante minutes pour accorder à l'agent chargé de présenter les cas le temps voulu pour préparer des observations. Ce dernier a refusé l'offre.

Après avoir statué sur la demande d'ajournement prolongé présentée par la Couronne, l'arbitre a mené une brève enquête au terme de laquelle il a conclu que M. Chung était admissible à entrer au Canada. Conformément à la procédure prescrite par la *Loi sur l'immigration*, l'arbitre a ensuite tenu une audience sur le minimum de fondement avec un membre de la Section du statut de réfugié. À l'audience sur le minimum de fondement, l'arbitre et le membre de la Section du statut de réfugié ont tous les deux conclu que la revendication du statut de réfugié de M. Chung avait un minimum de fondement. Ainsi que la *Loi* l'exige, la revendication de M. Chung a été déférée à la Section du statut de réfugié pour instruction approfondie.

Par la suite, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a déposé la présente requête fondée sur l'article 28 pour contester la décision de l'arbitre de rouvrir l'enquête initiale ainsi que d'autres questions.

JURISDICTION

The primary issue is whether the Adjudicator had jurisdiction to reopen the hearing. An adjudicator's jurisdiction to reopen a hearing is established exclusively in subsection 35(1) of the *Immigration Act*. No other section in the Act empowers an adjudicator to reopen a hearing. Subsection 35(1) reads:

35.(1) Subject to the regulations, an inquiry by an adjudicator may be reopened at any time by that adjudicator or by any other adjudicator for the hearing and receiving of any additional evidence or testimony and the adjudicator who hears and receives such evidence or testimony may confirm, amend or reverse any decision previously given by an adjudicator.

The jurisprudence of this Court has strictly interpreted the scope of this section in the past. In *Gray v. Fortier*, [1985] 2 F.C. 525 (C.A.), Mr. Justice Pratte [at page 528] explained that section 35 does not give adjudicators "unqualified power to review their decisions and reopen inquiries." Their powers, under subsection 35(1), are more limited than that, to be exercised only where additional evidence would lead to a change or reversal of a decision made previously by the Adjudicator. Later decisions of this Court have reflected this view. (See *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.); *Ihunwo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (F.C.A.); *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194 (C.A.); but see Madam Justice Desjardins, concurring in *Kaur, infra*).

However, since *Gray v. Fortier*, this Court has permitted adjudicators to reopen inquiries on the basis of section 7 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]] which reads:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

In *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.), for example, this Court permitted the reopening of an inquiry by

COMPÉTENCE

La principale question en litige est celle de savoir si l'arbitre avait le pouvoir de rouvrir l'enquête. Le pouvoir de l'arbitre de rouvrir une enquête est prévu exclusivement au paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*. Aucun autre article de la Loi n'autorise l'arbitre à rouvrir une enquête. Voici le libellé du paragraphe 35(1):

35.(1) Sous réserve des règlements, l'arbitre peut, à tout moment, rouvrir une enquête—menée ou non par lui—afin d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres éléments de preuve; le cas échéant, il peut confirmer, modifier ou infirmer la décision antérieure.

Notre Cour a donné par le passé une interprétation restrictive à la portée de cet article. Dans l'arrêt *Gray c. Fortier*, [1985] 2 C.F. 525 (C.A.), le juge Pratte a expliqué [à la page 528] que l'article 35 ne confère pas aux arbitres «un pouvoir illimité en matière de réexamen de leurs décisions et de réouverture d'enquêtes». Les pouvoirs que leur confère le paragraphe 35(1) sont plus limités que cela et ils ne peuvent être exercés que lorsque de nouveaux éléments de preuve pourraient conduire à la modification ou à l'infirimation de la décision déjà rendue par l'arbitre. Notre Cour a confirmé ce point de vue dans des décisions ultérieures (voir les arrêts *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.); *Ihunwo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (C.A.F.); *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194 (C.A.); mais voir les motifs de Madame le juge Desjardins qui s'est ralliée à la majorité dans l'arrêt *Kaur, infra*).

Toutefois, depuis l'arrêt *Gray c. Fortier*, notre Cour a autorisé des arbitres à rouvrir des enquêtes sur le fondement de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui dispose:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ainsi, dans l'arrêt *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.), notre Cour a autorisé un arbitre à rouvrir une

an adjudicator on the basis of duress upon the claimant by her husband, rendering it a nullity because this violated fundamental justice. While recognizing the authority of *Gray v. Fortier*, Mr. Justice Heald held that section 7, along with subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B. *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] gave the Adjudicator the power to reopen inquiries in the circumstances of constitutional violations. He explained as follows [at page 222]:

Based on the jurisprudence discussed *supra*, I have no difficulty in concluding that the Adjudicator had jurisdiction to reopen this inquiry pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and a duty not to apply the limitations inherent in subsection 35(1) and in subsection 45(1) to the extent that this legislation contravened the applicant's section 7 rights.

The *Kaur* decision was presaged in *Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 492 (T.D.) where the claimant was shown to have suffered from a mental disability at the time of the inquiry. It was also followed in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581 (C.A.), although, on the facts, the application was dismissed.

In addition, courts and tribunals must keep in mind the exhortation of Mr. Justice Gonthier in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 as follows:

It must be remembered that if there are two possible interpretations of a statutory provision, one of which embodies the *Charter* values and the other does not, that which embodies the *Charter* values should be adopted. (at page 660).

Similar advice was offered by Madam Justice L'Heureux-Dubé in *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, writing for the majority, when she explained:

Appellant, while not relying on any specific provision of the *Charter*, nevertheless urged that preference be given to *Charter* values in interpretation of a statute . . . I agree that the values embodied in the *Charter* must be given preference over an interpretation which would run contrary to them . . . (at page 558).

audience en raison de la contrainte que la revendicatrice avait subie de la part de son mari, ce qui avait entaché l'enquête de nullité parce que cette contrainte violait la justice fondamentale. Tout en reconnaissant l'autorité de l'arrêt *Gray c. Fortier*, le juge Heald a statué que l'article 7, de même que le paragraphe 52(1) 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]], conféraient à l'arbitre le pouvoir de rouvrir une enquête dans le cas d'une violation de la Constitution. Il a expliqué ce qui suit [à la page 222]:

Compte tenu de la jurisprudence dont il est question plus haut, je conclus sans difficulté que l'arbitre était habilité à rouvrir l'enquête en cause conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et qu'il était tenu de ne pas imposer les restrictions inhérentes aux paragraphes 35(1) et 45(1) dans la mesure où ces dispositions contreviennent aux droits conférés à la requérante par l'article 7.

Le jugement *Mattia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 492 (1^{re} inst.) annonçait l'arrêt *Kaur*. Dans l'affaire *Mattia*, il avait été démontré que le demandeur de statut souffrait d'une déficience intellectuelle à l'époque de l'enquête. L'arrêt *Kaur* a également été suivi dans l'arrêt *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581 (C.A.), même si, dans cette décision, la requête a été rejetée sur les faits.

En outre, les cours de justice et les tribunaux administratifs ne doivent pas oublier l'exhortation suivante formulée par le juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606:

Il faut se rappeler que dans le cas où il y a deux interprétations possibles d'une disposition législative, l'une incorporant les valeurs de la *Charte* et l'autre non, il convient d'adopter la première. (à la page 660).

Madame le juge L'Heureux-Dubé a formulé un avis semblable dans l'arrêt *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, lorsque, s'exprimant au nom de la majorité, elle a expliqué:

Bien qu'il n'invoque aucune disposition précise de la *Charte*, l'appelant a néanmoins soutenu que, dans l'interprétation d'une loi, on doit donner la préférence aux valeurs consacrées dans la *Charte* . . . Je suis d'accord que ces valeurs doivent être préférées à une interprétation qui leur serait contraire . . . (à la page 558).

Following this guidance from the Supreme Court, it is clear that subsection 35(1) of the *Immigration Act* should be interpreted so as to embody the values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

According to the language of subsection 35(1), the reopening of a hearing is permitted to consider "additional evidence or testimony". What constitutes "additional evidence or testimony" must be viewed in light of the Charter. Subsection 35(1) should not, therefore, be interpreted in a manner that would prevent adjudicators from reopening hearings to perfect Charter violations. In other words, reading subsection 35(1) to embody the values of the Charter—particularly the principles of fundamental justice guaranteed by section 7—confirms that evidence of a Charter violation should be encompassed within the meaning of "additional evidence or testimony" for the purposes of subsection 35(1) of the *Immigration Act*. In addition, the word "decision" in subsection 35(1) should be interpreted in a manner that allows an adjudicator to cure a Charter violation that has occurred at an inquiry.

This interpretation of section 35 is true not only to the values of the Charter but also to the decision in *Gray v. Fortier*. In that case [at page 526], the applicant sought a reopening under subsection 35(1) "for the purpose of adducing evidence which would show the illegality of the deportation order but which would not affect in any way the validity of the decision on which that order was based." Where there has been a Charter violation during an inquiry which may lead to an adjudicator's decision on admissibility being set aside, it cannot be said that evidence of that violation "would not affect in any way the validity of the decision on which that order was based." Consequently, section 35 permits an adjudicator to reopen a hearing to perfect a Charter violation where that violation affects the Adjudicator's decision regarding an applicant's admissibility to Canada.

Conformément à ce conseil de la Cour suprême, il est évident que le paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration* devrait être interprété d'une manière qui incorpore les valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Suivant le libellé du paragraphe 35(1), la réouverture d'une enquête est permise afin «d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres éléments de preuve». Ce qui constitue «de nouveaux témoignages et d'autres éléments de preuve» doit être examiné en tenant compte de la Charte. Le paragraphe 35(1) ne devrait donc pas être interprété de manière à empêcher les arbitres de rouvrir une enquête pour remédier à une violation de la Charte. En d'autres termes, donner au paragraphe 35(1) une interprétation qui incorpore les valeurs de la Charte—notamment les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7—confirme le fait que les témoignages et les éléments de preuve concernant une violation de la Charte devraient être assimilés à de «nouveaux témoignages et . . . autres éléments de preuve» aux fins de l'application du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*. En outre, le mot «décision» au paragraphe 35(1) devrait être interprété de manière à permettre à l'arbitre de remédier à une violation de la Charte qui est survenue au cours de l'enquête.

Cette interprétation de l'article 35 vaut non seulement pour les valeurs de la Charte, mais aussi pour l'arrêt *Gray c. Fortier*. Dans cette affaire [à la page 526], le requérant sollicitait la réouverture de l'enquête «afin d'apporter des éléments de preuve qui établiraient le caractère illégal de l'ordonnance d'expulsion, mais n'influeraient d'aucune façon sur la validité de la décision sur laquelle reposait cette ordonnance». Lorsqu'il y a eu, au cours d'une enquête, une violation de la Charte qui pourrait conduire à l'annulation de la décision rendue par l'arbitre au sujet de l'admissibilité, on ne saurait prétendre que les éléments de preuve relatifs à cette violation «n'influeraient d'aucune façon sur la validité de la décision sur laquelle reposait cette ordonnance». En conséquence, l'article 35 habilite l'arbitre à rouvrir l'enquête pour remédier à une violation de la Charte lorsque cette violation influe sur la décision rendue par l'arbitre au sujet de l'admissibilité du requérant au Canada.

It should be noted that the evidence of a Charter violation or other matter which has occurred during an inquiry may be considered not at all persuasive or it may cause an adjudicator to change or set aside a decision. If, upon reopening, the decision regarding admissibility is set aside, subsection 35(2) empowers an adjudicator to quash a deportation order or departure notice which was issued based on the finding of inadmissibility which was set aside.

On the facts of this case, therefore, it was permissible for the Adjudicator to reopen the inquiry that he had himself conducted earlier, pursuant to subsection 35(1), in order to receive the additional evidence to the effect that the applicant was unable to understand what was going on at the inquiry and, hence, was effectively denied a fair opportunity to claim refugee status. The evidence submitted to the Adjudicator in the application for reopening indicated that the applicant's section 7 Charter rights may have been compromised during the initial inquiry. Using Mr. Justice Heald's language in *Kaur* [at page 218], Mr. Chung was "effectively deprived of the ability to make a free, informed and independent decision requesting a claim to refugee status". While subsection 35(1) was thought to be unavailable on the facts in *Kaur*, making it necessary to employ a Charter remedy, the Adjudicator in this case and on these facts had the jurisdiction under subsection 35(1) to reopen the hearing to remedy this situation and, hence, was correct in doing so.

NOTICE

Another issue raised in this case is whether Mr. Chung was required to give the Crown notice of his request to reopen the original inquiry. An adjudicator's power to reopen an inquiry is set out in section 35 of the *Immigration Act*. That section does not indicate what procedures must be followed in applying to have a hearing reopened. Paragraph 114(1)(r) empowers the Governor in Council to make regulations:

Il convient de noter que les témoignages et les éléments de preuve concernant une violation de la Charte ou tout autre fait survenu au cours de l'enquête peuvent être considérés comme n'étant pas du tout convaincants ou comme pouvant amener un arbitre à modifier ou à annuler une décision. Si, après la réouverture, la décision concernant l'admissibilité est annulée, le paragraphe 35(2) habilite l'arbitre à casser, sur le fondement de la conclusion d'inadmissibilité qui a été annulée, la mesure d'expulsion ou d'interdiction de séjour qui a été prise.

Suivant les faits de la présente espèce, l'arbitre était habilité, en vertu du paragraphe 35(1), à rouvrir l'enquête qu'il avait déjà lui-même menée afin d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres éléments de preuve démontrant que le requérant n'était pas en mesure de comprendre ce qui se passait à l'enquête et qu'on ne lui avait par conséquent pas donné la possibilité de revendiquer le statut de réfugié. Il ressort des éléments de preuve soumis à l'arbitre dans le cadre de la demande de réouverture qu'il est possible que les droits garantis au requérant par l'article 7 de la Charte aient été compromis au cours de l'enquête initiale. Pour reprendre les termes employés par le juge Heald dans l'arrêt *Kaur* [à la page 218], M. Chung «a été effectivement privé de la possibilité de prendre une décision libre et éclairée relativement à la revendication du statut de réfugié». Même si l'on a estimé dans l'arrêt *Kaur* que l'on ne pouvait, à cause des faits de cette affaire, invoquer le paragraphe 35(1) et qu'il fallait par conséquent exercer l'un des recours prévus par la Charte, le paragraphe 35(1) donnait en l'espèce à l'arbitre le pouvoir, compte tenu des faits, de rouvrir l'audience pour remédier à cette situation et l'arbitre a donc eu raison d'agir de la sorte.

AVIS

Un autre point litigieux soulevé dans la présente affaire est celui de savoir si M. Chung était tenu d'aviser la Couronne de sa demande de réouverture de l'enquête initiale. Le pouvoir de l'arbitre de rouvrir l'enquête est énoncé à l'article 35 de la *Loi sur l'immigration*. Cet article ne précise pas quelle procédure il faut suivre pour demander la réouverture d'une enquête. L'alinéa 114(1)r) dispose:

114. (1) The Governor in Council may make regulations

(r) establishing the procedures to be followed at an inquiry and prescribing the circumstances in which an inquiry may be reopened pursuant to subsection 35(1) . . .

Pursuant to this paragraph, the Governor in Council enacted section 39 of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172]. That regulation elaborates on subsection 35(1) of the Act but does not comprehensively describe the procedures to be followed in bringing an application to reopen. Section 39 of the Regulations states:

39. An inquiry may be reopened by an adjudicator pursuant to subsection 35(1) of the Act at the written request or with the written permission of the person concerned or where the decision made at the inquiry will be amended to the benefit of the person concerned.

Nothing in this regulation requires or anticipates that an applicant must provide the opposing party with notice of his application for reopening. If the Adjudicator reopens a hearing, the additional evidence can be challenged by means of an application for judicial review or at the reopened hearing. The Crown had an opportunity to seek judicial review of the decision to reopen the hearing, which it did not do. It also had the opportunity to challenge the evidence of Mr. Chung, which it also failed to do. Further, the Crown did not even challenge the lack of notice at the reopened hearing. Such a challenge cannot be successful now. As a result, Mr. Chung's counsel was not required to give notice to the Crown upon submitting an application to have Mr. Chung's hearing reopened.

REFUSAL TO GRANT ADJOURNMENT

An additional issue to be considered is whether the Adjudicator's refusal to grant a substantial adjournment at the start of the reopened hearing to enable the Crown to challenge his jurisdiction violated the principles of natural justice. In our view, the Adjudicator exercised his discretion judicially and was not influenced by irrelevant considerations.

While one must sympathize with the case presenting officer who appeared at the hearing to make rep-

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

r) établir la procédure à suivre en matière d'enquête, fixant les cas donnant lieu à réouverture d'enquête en vertu du paragraphe 35(1) . . .

En vertu de cet alinéa, le gouverneur en conseil a édicté l'article 39 du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172]. Cet alinéa complète le paragraphe 35(1) de la Loi mais n'explique pas de façon détaillée la procédure à suivre pour présenter une demande de réouverture. L'article 39 du Règlement dispose:

39. Selon le paragraphe 35(1) de la Loi, l'enquête peut être réouverte par l'arbitre si la personne en cause en fait la demande ou en donne la permission par écrit ou si la décision prise à l'enquête serait modifiée en faveur de la personne en cause.

Rien dans cette disposition du Règlement n'exige ou ne prévoit que le requérant doit aviser la partie adverse de sa demande de réouverture. Si l'arbitre rouvre l'enquête, les nouveaux témoignages et les autres éléments de preuve peuvent être contestés dans le cadre d'une requête en contrôle judiciaire ou à l'audition de l'enquête rouverte. La Couronne avait la possibilité de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de rouvrir l'enquête, ce qu'elle n'a pas fait. Elle avait aussi la possibilité de contester le témoignage de M. Chung, ce qu'elle n'a également pas fait. Qui plus est, la Couronne n'a même pas contesté l'absence d'avis à l'enquête rouverte. Elle ne peut soulever ce moyen maintenant. Par conséquent, l'avocat de M. Chung n'était pas tenu d'aviser la Couronne lorsqu'il a présenté sa demande de réouverture de l'enquête de M. Chung.

REFUS D'ACCORDER UN AJOURNEMENT

Une autre question litigieuse qu'il nous faut examiner est celle de savoir si le refus de l'arbitre d'accorder un ajournement prolongé à l'ouverture de l'enquête rouverte pour permettre à la Couronne de contester sa compétence portait atteinte aux principes de justice naturelle. À notre avis, l'arbitre a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire et il n'a pas été influencé par des considérations non pertinentes.

Bien qu'on doive sympathiser avec l'agent chargé de présenter les cas qui a comparu à l'audience pour

representations with less than one day to prepare, the fact that he personally was given the file only the day before cannot be determinative in these circumstances. The Minister had three months' notice to prepare for the reopened hearing. The file was handled by several persons in the Department before finally being given to the individual who appeared on the Crown's behalf only the day before the hearing. No satisfactory explanation was offered for this lapse. In spite of this, the Adjudicator offered the case presenting officer fifty minutes to prepare, which offer was rejected. The case presenting officer was present at the hearing but took no part in it, except to repeat his request for an adjournment whenever he was invited to make submissions. We do not see any violation of subsection 46(3) of the *Immigration Act* [as am. *idem*], since a "reasonable opportunity" was offered to the Crown to present evidence, cross-examine witnesses, and to make representations in the circumstances of this case. We have not been persuaded to interfere with the Adjudicator's exercise of discretion.

RECOMMENCEMENT OF A HEARING

Subsection 35(1) of the *Immigration Act* permits an adjudicator to reopen a hearing but is silent on whether the original hearing shall continue or whether the hearing may be recommenced. Two subsections of the *Immigration Regulations, 1978*, namely subsection 35(4) [as am. by SOR/88-180, s. 6] and subsection 35(6) [as enacted by SOR/89-38, s. 13], contemplate the recommencement of a hearing in appropriate circumstances. Those two subsections do not specifically apply to the circumstances of this case, but they do make it clear that a recommencement is not an extraordinary event. In this case, the original inquiry was commenced in 1987 under the former immigration scheme (*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 45); however, by the time Mr. Chung's inquiry was reopened in 1991 the former scheme had been substantially changed. The transitional provisions are silent on the question of how to proceed when an inquiry is reopened under subsection 35(1) after the new scheme comes into effect. In general, though, the transitional provisions indicate

présenter ses observations avec moins d'une journée pour se préparer, le fait qu'on ne lui a remis personnellement le dossier que la veille de l'audience ne saurait être déterminant dans les circonstances. Le ministre a été avisé trois mois à l'avance de se préparer pour l'audience réouverte. Le dossier est passé entre les mains de plusieurs personnes du Ministère, pour être finalement remis seulement la veille de l'audience à la personne qui a comparu au nom de la Couronne. Aucune explication satisfaisante n'a été fournie au sujet de ce retard. Malgré cela, l'arbitre a offert à l'agent chargé de présenter les cas cinquante minutes pour se préparer. Cette offre a été refusée. L'agent chargé de présenter les cas était présent à l'audience mais n'y a pas participé, sauf pour réitérer sa demande d'ajournement chaque fois qu'il était invité à présenter ses observations. Il n'y a pas eu, selon nous, violation du paragraphe 46(3) de la *Loi sur l'immigration* [mod., *idem*], puisqu'on a donné à la Couronne la «possibilité» de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations eu égard aux circonstances de l'espèce. On ne nous a pas persuadés d'intervenir dans l'exercice que l'arbitre a fait de son pouvoir discrétionnaire.

RECOMMENCEMENT DE L'ENQUÊTE

Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration* permet à l'arbitre de rouvrir l'enquête, mais il est muet sur la question de savoir si l'enquête initiale est reprise ou si l'enquête peut être recommencée. Il y a deux paragraphes du *Règlement sur l'immigration de 1978*, à savoir le paragraphe 35(4) [mod. par DORS/88-180, art. 6] et le paragraphe 35(6) [édicte par SOR/89-38, art. 13], qui prévoient qu'une enquête peut être recommencée dans certaines circonstances. Ces deux paragraphes ne s'appliquent pas expressément aux circonstances de la présente affaire, mais ils démontrent bien que le recommencement d'une enquête n'est pas un événement extraordinaire. Dans le cas qui nous occupe, l'enquête initiale a été commencée en 1987 aux termes de l'ancien régime d'immigration (*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 45); toutefois, au moment où l'enquête de M. Chung a été rouverte en 1991, l'ancien régime avait été considérablement modifié. Les dispositions transitoires sont muettes sur la question de savoir comment procéder lorsqu'une

that inquiries resumed after the commencement of the revised scheme shall be dealt with under the new scheme by having the refugee claims referred to an adjudicator and a member of the Refugee Division. (See, for example, sections 42-43 of the Transitional Provisions [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28]). It appears, then, that the Adjudicator was correct, following the reopening of the inquiry, to convene a credible basis hearing with a representative of the Refugee Division.

In addition, it is apparent from section 43 of the revised *Immigration Act* [as am. *idem*, s. 14] that a Convention refugee claim is to be made at the outset of an adjudicator's inquiry "before any substantive evidence is given at an inquiry." Normally, then, a credible basis hearing will proceed without the benefit of any prior evidence on the record. That describes precisely the situation that transpired following the Adjudicator's reopening of the hearing in this case. Consequently, it cannot be said that any prejudice was caused to either party on the basis that the hearing was recommenced rather than continued. The case presenting officer could still have cross-examined Mr. Chung on his earlier answers. There really was no alternative course open in the circumstances. Further legislative authority can be found to support this procedure in subsection 112(e) which permits adjudicators to do all "things necessary to provide a full and proper inquiry". In this unusual situation, this path was followed in order to ensure that there was a "full and proper inquiry."

In Mr. Chung's case, once the inquiry was reopened, the hearing had to start again at the beginning in order to cure the breach of fundamental justice. Accordingly, the recommencement of the hearing in this case cannot be said to have prejudiced the parties in any way. It was the only sensible way to proceed in these circumstances.

enquête est rouverte en vertu du paragraphe 35(1) après l'entrée en vigueur du nouveau régime. Toutefois, de façon générale, les dispositions transitoires précisent qu'aux termes du nouveau régime, les revendications du statut de réfugié formulées dans le cadre des enquêtes reprises après l'entrée en vigueur du régime révisé sont déferées à un arbitre et à un membre de la Section du statut de réfugié (voir, par exemple, les articles 42 et 43 des dispositions transitoires [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28]). Il semble donc que l'arbitre a eu raison, à la suite de la réouverture de l'enquête, de tenir une audience sur le minimum de fondement avec un représentant de la Section du statut de réfugié.

En outre, il ressort à l'évidence de l'article 43 de la *Loi sur l'immigration* [mod., *idem*, art. 14] révisée que la revendication du statut de réfugié doit être faite à l'ouverture de l'enquête menée par l'arbitre «avant que ne soient présentés des éléments de preuve au fond». Ainsi donc, normalement, l'audience sur le minimum de fondement aura lieu sans qu'on puisse bénéficier d'éléments de preuve préalablement versés au dossier. C'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce à la suite de la réouverture de l'enquête par l'arbitre. En conséquence, on ne saurait prétendre que l'une ou l'autre partie a subi un préjudice parce que l'enquête a été recommencée au lieu d'être reprise. L'agent chargé de présenter les cas aurait encore pu contre-interroger M. Chung au sujet des réponses qu'il avait déjà données. Il n'existait en réalité aucune autre solution de rechange dans les circonstances. On trouve un autre texte législatif qui appuie cette procédure à l'alinéa 112e), qui permet aux arbitres de «prendre les autres mesures nécessaires à la tenue d'une enquête approfondie». Dans la présente situation inusitée, c'est la solution qu'on a choisie pour s'assurer qu'il y ait une «enquête approfondie».

Dans le cas de M. Chung, une fois l'enquête réouverte, il fallait recommencer l'audience depuis le début pour remédier à la violation de la justice fondamentale. En conséquence, on ne saurait prétendre que le recommencement de l'enquête a causé en l'espèce un préjudice aux parties de quelque façon que ce soit. C'était la seule façon sensée de procéder dans les circonstances.

RES JUDICATA

The doctrine of *res judicata*, or estoppel *per rem judicatam* as it is also known, exists in two different forms: cause of action estoppel and issue estoppel. Cause of action estoppel was not argued in this case and need not be considered. As regards the other form of *res judicata*, the requirements for issue estoppel were set out by Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.) and approved by the Supreme Court of Canada in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248 (Spence and Laskin JJ. dissenting in the outcome). Those requirements are:

1. The same question must have been decided;
2. The judicial decision which is said to create the estoppel must be final; and,
3. The parties to the judicial decision or their privies must be the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

Approaching these criteria in reverse order, we can dispense with the latter two requirements quickly. There can be no doubt that the proceedings in question involved the same parties, namely Mr. Chung and the Minister of Employment and Immigration. It is equally clear that the proceedings in this Court which are said to give rise to the estoppel are final. Where an application is dismissed for failure to appear on behalf of the plaintiff under Rule 495 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], the judgment is final. Similarly, where an application to set aside a judgment pursuant to Rule 1733 of the *Federal Court Rules* is dismissed, the dismissal constitutes a final judgment.

This leaves us to consider whether the same question as was addressed in the respondent's application to the Adjudicator to reopen the hearing must have been decided in either of the proceedings before this Court. In the first proceeding before this Court, Mr.

LA CHOSE JUGÉE

Le principe de l'autorité de la chose jugée—qui est aussi connu sous le vocable d'*estoppel per rem judicatam*—se présente sous deux formes différentes: l'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action (*cause of action estoppel*) et l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (*issue estoppel*). L'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action n'a pas été invoquée en l'espèce et il n'est pas nécessaire de l'examiner. Quant à l'autre forme d'irrecevabilité résultant de l'autorité de la chose jugée, les conditions requises pour qu'il y ait *issue estoppel* ont été définies par lord Guest dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.) et ont été approuvées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Angle c. M.N.R.*, [1975] 2 R.C.S. 248 (les juges Spence et Laskin étaient dissidents quant au dispositif). Voici les conditions en question:

Il faut que:

1. la même question ait été décidée;
2. que la décision judiciaire qui est censée créer l'irrecevabilité soit définitive;
3. que les parties visées par la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'instance où l'irrecevabilité est soulevée, ou leurs ayants droit.

Si l'on aborde ces critères dans l'ordre inverse, on peut régler assez rapidement le cas des deux derniers. Il n'y a pas de doute que les instances en question mettaient en cause les mêmes parties, à savoir M. Chung et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration. Il est également évident que l'instance introduite devant notre Cour qui est censée créer l'irrecevabilité est définitive. Lorsqu'une requête est rejetée en vertu de la Règle 495 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] pour défaut de comparaître au nom du demandeur, le jugement est définitif. De même, lorsqu'une requête en annulation d'un jugement fondée sur la Règle 1733 des *Règles de la Cour fédérale* est rejetée, le rejet constitue un jugement définitif.

Il nous reste à nous demander si la même question que celle qui a été abordée par l'intimé dans la requête qu'il a présentée à l'arbitre en vue de faire rouvrir l'audience a été décidée dans l'une ou l'autre des instances introduites devant notre Cour. Dans la

Chung's section 28 application was dismissed pursuant to Rule 495(1)(b) because he failed to appear for the hearing. Where Rule 495(1)(b) is invoked because an applicant (as Mr. Chung was in the initial proceeding before this Court) fails to appear, the judgment that is rendered is similar to a judgment issued for want of prosecution under Rule 440. In contrast, if a respondent, rather than an applicant, had failed to appear—attracting Rule 495(1)(a)—the situation would be akin to a default judgment under Rules 432-439 [Rule 433 am. by SOR/79-57, s. 11; Rule 434 as am. *idem*, s. 12; Rule 438.1, enacted by SOR/90-846, s. 12; Rule 439(4) enacted *idem*, s. 13]. In appropriate circumstances, a default judgment may give rise to issue estoppel (See *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760 (B.C.C.A.), at page 767; *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420 (Co. Ct.); *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374). However, a judgment based on want of prosecution cannot support issue estoppel (See *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.) at page 180; *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J. Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642 (Ont. H.C.); *Pople v. Evans*, [1968] 2 All E.R. 743 (Ch.D.)). For the purposes of determining whether issue estoppel operates, a dismissal under Rule 495(1)(b) must be viewed in the same light as a judgment for want of prosecution. It follows that the section 28 application by Mr. Chung, which was dismissed under Rule 495(1)(b), cannot give rise to issue estoppel.

Recognizing the difficulty of claiming issue estoppel based on a judgment in the nature of a dismissal for want of prosecution, the applicant in this case

première instance qui a été introduite devant notre Cour, la requête présentée par M. Chung en vertu de l'article 28 a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b) parce qu'il a fait défaut de comparaître à l'audience. Lorsque la Règle 495(1)(b) est invoquée parce qu'un requérant—comme l'était M. Chung dans l'instance initiale introduite devant notre Cour—fait défaut de comparaître, le jugement qui est rendu est semblable à un jugement prononcé en vertu de la Règle 440 pour défaut de poursuite. En revanche, si c'est l'intimé, plutôt que le requérant, qui a fait défaut de comparaître—donnant ainsi lieu à l'application de la Règle 495(1)(a)—la situation serait semblable à celle d'un jugement par défaut prononcé en vertu des Règles 432 à 439 [Règle 433 mod. par DORS/79-57, art. 11; Règle 434 mod., *idem*, art. 12; Règle 438.1 édictée par DORS/90-846, art. 12; Règle 439(4) édictée, *idem*, art. 13]. Dans certaines circonstances déterminées, le prononcé d'un jugement par défaut peut permettre à une personne d'invoquer l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (voir *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760 (C.A.C.-B.), à la page 767; *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420 (Co. Ct.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374). Cependant, on ne peut s'appuyer sur un jugement fondé sur un défaut de poursuite pour invoquer une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (voir *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.), à la page 180; *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J. Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642 (H.C. Ont.); *Pople v. Evans*, [1968] 3 All E.R. 743 (Ch. D.)). Pour déterminer si l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige s'applique, il faut considérer le rejet ordonné en vertu de la Règle 495(1)(b) sous le même angle qu'un jugement pour défaut de poursuite. Il s'ensuit que la requête que M. Chung a présentée en vertu de l'article 28 et qui a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b) ne peut donner lieu à une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (*issue estoppel*).

Reconnaissant qu'il est difficile de faire valoir un moyen d'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige en invoquant un jugement de la

relied primarily on this Court's dismissal of the respondent's application to set aside under Rule 1733 to ground his claim for issue estoppel. In order to have a judgment set aside under Rule 1733 an applicant must demonstrate that the matter was discovered subsequently and that he has acted with reasonable diligence (See *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.); *Rostamian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49 (F.C.A.)). Normally, in a Rule 1733 application, the Court will consider those two questions before deliberating on the merits of the application. It follows that there is no assurance that the Court will ever consider the merits of an application under Rule 1733 as the application may be dismissed before reaching that point. Indeed, that is what transpired in this case. This Court dismissed Mr. Chung's application under Rule 1733 without addressing the merits of his application. It cannot be said, then, that this Court determined that the respondent's Charter rights were not infringed during the original hearing before the Adjudicator; that issue was not directly considered by this Court (See *Angle v. M.N.R.*, *supra*, quoting [at page 257], with approval, Lord Hobhouse in *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.), at pages 522-523 to the effect that "it is laid down that in order to establish the plea of *res judicata* the Court whose judgment is invoked must have . . . given judgment directly upon the matter in question"). Therefore, the respondent was not estopped from placing the alleged Charter infringement in issue before the Adjudicator in the application to reopen or at the reopened hearing. The matter was not *res judicata*.

CONCLUSION

This section 28 application will, therefore, be dismissed.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

nature d'un rejet pour défaut de poursuite, le requérant s'est, pour appuyer son moyen d'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, fondé surtout sur la décision par laquelle notre Cour a rejeté la requête en annulation présentée par l'intimé en vertu de la Règle 1733. Pour faire annuler un jugement en vertu de la Règle 1733, le requérant doit démontrer que la question a été découverte subseqüemment et qu'il a agi avec une diligence raisonnable (voir *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.); *Rostamian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49 (C.A.F.)). Normalement, dans le cas d'une requête fondée sur la Règle 1733, la Cour examine ces deux questions avant de statuer au fond sur la requête. Il s'ensuit que rien ne garantit que la Cour statuera un jour sur le fond d'une requête présentée en vertu de la Règle 1733, étant donné qu'il se peut que la requête soit rejetée avant qu'on atteigne cette étape. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en l'espèce. Notre Cour a rejeté la requête présentée par M. Chung en vertu de la Règle 1733 sans examiner le fond de sa requête. On ne saurait donc prétendre que notre Cour a statué que les droits garantis à l'intimé par la Charte n'ont pas été violés au cours de l'enquête initiale qui a eu lieu devant l'arbitre; cette question n'a pas été directement examinée par notre Cour (voir l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, précité, dans lequel la Cour suprême a cité [à la page 257] et approuvé les propos formulés par lord Hobhouse dans l'arrêt *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.), aux pages 522 et 523 suivant lesquels [TRADUCTION] «on pose le principe que pour établir le moyen de la chose jugée, le tribunal dont le jugement est invoqué doit avoir . . . rendu jugement directement sur la question en litige»). Par conséquent, rien n'empêchait l'intimé d'alléguer la question de la violation de la Charte devant l'arbitre dans le cadre de sa demande de réouverture ou de le faire au cours de l'enquête rouverte. La question n'était pas chose jugée.

DISPOSITIF

La présente requête fondée sur l'article 28 sera, par conséquent, rejetée.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je suis du même avis.

	T-1774-92		T-1774-92
In the Matter of an Investigation by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board into a Marine Occurrence and Captain Roger Parrish		Affaire intéressant une enquête du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports sur un accident maritime et le capitaine Roger Parrish	
and		et	
Canadian Air Line Pilots Association		Association canadienne des pilotes de lignes aériennes	
and		et	
The Company of Master Mariners of Canada, Vancouver Division		The Company of Master Mariners of Canada, Division de Vancouver	
and		et	
Harold Brown, Frank Dresser, Richard Hyne, Charles Lawlor, Lochlan McQuarrie, Allan Murray and British Columbia Ferry and Marine Workers Union		Harold Brown, Frank Dresser, Richard Hyne, Charles Lawlor, Lochlan McQuarrie, Allan Murray et British Columbia Ferry et Marine Workers Union	
and		et	
Canadian Merchant Service Guild, Western Branch		Guilde de la marine marchande du Canada, section de l'Ouest	
and		et	
The British Columbia Coast Pilots Ltd. (Intervenors)		The British Columbia Coast Pilots Ltd. (Intervenants)	
<i>INDEXED AS: PARRISH (RE) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: PARRISH (RE) (1^{re} INST.)</i>	
Trial Division, Rouleau J.—Vancouver, December 2, 1992; Ottawa, January 14, 1993.		Section de première instance, juge Rouleau—Vancouver, 2 décembre 1992; Ottawa, 14 janvier 1993.	
<i>Judicial review — References — Whether Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board can require individual to attend and testify before it concerning marine accident without right to counsel being present — Duty to act fairly implying presence of counsel where, inter alia: a) individual subpoenaed, required to attend and testify under oath with threat of penalty; b) absolute privacy not assured and attendance of others not prohibited; c) reports made public; d) individual can be deprived of rights or livelihood; e) other irreparable harm can ensue.</i>		<i>Contrôle judiciaire — Renvois — Le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports peut-il contraindre ou non une personne à comparaître et à témoigner devant lui au sujet d'un accident maritime sans être accompagné d'un avocat? — L'obligation d'agir équitablement exige qu'un avocat soit présent lorsque, notamment: a) un individu est cité à comparaître, est tenu de comparaître et de rendre témoignage sous serment sous peine d'une sanction; b) une confidentialité absolue n'est pas garantie et il n'est pas interdit à d'autres personnes d'être présentes; c) des rapports sont rendus publics; d) l'individu peut se voir privé de ses droits ou de ses moyens d'existence; e) il peut s'ensuivre un préjudice irréparable d'une autre nature.</i>	
<i>Transportation — Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board inquiring into marine occurrence —</i>		<i>Transports — Enquête du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports sur un</i>	

Collision involving freighter, ferry — Denying witness counsel when testifying — Board's function not to determine civil, criminal liability — Board may restrict number, role of counsel — Procedural fairness requiring witness not deprived of right to counsel for sake of administrative expediency.

The Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board was inquiring into a collision between a ferry, the *Queen of Alberni*, and a Japanese freighter, the *Shinwa Maru*. Having interviewed crew members of the freighter with counsel present, the Board sought to interview Captain Parrish, of the *Queen of Alberni*, in the absence of counsel. When his counsel was denied standing, he refused to testify. In a typical Board inquiry, the investigator, customarily an expert in the field, summons the witnesses within days and sometimes only hours after the Board has been made aware of the occurrence. The Board seeks to make findings as to causes and contributing factors. The purpose is to identify safety deficiencies and make recommendations designed to eliminate or reduce risks. The results of the investigations are eventually made available to the public. The Act specifies that it is not the function of the Board to assign fault or determine civil or criminal liability, but that the Board shall not refrain from fully reporting causes or contributing factors merely because fault or liability can be inferred from its findings. The Act also provides that a person who fails to comply with a request of an investigator to testify or gives false evidence is liable to a term of imprisonment not exceeding two years. The question of law for determination by the Court under section 18.3 of the *Federal Court Act*, was whether an investigator appointed by the Board could require Captain Parrish to attend and testify concerning the occurrence without the right to counsel being present, pursuant to subparagraph 19(9)(a)(i) of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*.

Held, the question should be answered in the negative.

There is no doubt that a number of inquiries held by administrative tribunals can be conducted without the presence of counsel. Case law suggests, however, that the duty to act fairly requires the presence of counsel when a combination of some or all of the following elements are either found within the enabling legislation or to be implied from a practical application of the statute governing the tribunal: where a witness is subpoenaed, required to attend and testify under oath with a threat of penalty; where absolute privacy is not assured and the attendance of others is not prohibited; where reports are made public; where an individual can be deprived of his rights or his livelihood; or where some other irreparable harm can ensue.

There is no doubt that boards or tribunals are masters of their own procedure and when witnesses appear, as did Captain

accident maritime — Collision entre un vracquier et un traversier — Refus signifié à un témoin d'être accompagné par un avocat — Le Bureau n'a pas pour fonction de déterminer la responsabilité civile ou pénale — Le Bureau peut limiter le nombre d'avocats et leur rôle — L'équité procédurale exige qu'un témoin ne soit pas privé du droit d'être accompagné d'un avocat pour des questions de célérité administrative.

Le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports faisait enquête sur une collision entre un traversier, le *Queen of Alberni*, et un vracquier japonais, le *Shinwa Maru*. Après avoir interrogé l'équipage du vracquier en présence d'un avocat, la Commission a voulu poser des questions au capitaine Parrish, du *Queen of Alberni*, mais sans qu'il soit accompagné d'un avocat. Lorsque le Bureau a déterminé que son avocat n'avait pas qualité pour agir, le capitaine Parrish a refusé de témoigner. Typiquement, lors d'une enquête du Bureau, l'enquêteur, habituellement un expert dans le domaine, convoque les témoins dans les jours, voire dans les heures seulement qui suivent le moment où un accident est porté à la connaissance du Bureau, qui cherchera à tirer des conclusions quant aux causes et aux facteurs de l'accident en question. Le but visé est de relever les manquements à la sécurité et de recommander des moyens d'éliminer ou d'atténuer les risques. À terme, le résultat de l'enquête est rendu public. La Loi précise que le Bureau n'est pas habilité à attribuer ou à déterminer les responsabilités civiles ou pénales, mais que ses conclusions doivent cependant être complètes, quelles que soient les inférences qu'on puisse en tirer à cet égard. La Loi dispose aussi qu'une personne qui, après avoir été convoquée par un enquêteur, ne témoigne pas ou fait un faux témoignage commet un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans. La question de droit soumise à la Cour pour fins de décision, en accord avec l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, consistait à savoir si un enquêteur désigné par le Bureau pouvait contraindre le capitaine Parrish à comparaître et à témoigner au sujet de l'accident maritime sans être accompagné d'un avocat, en exécution du sous-alinéa 19(9)a(i) de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*.

Jugement: la réponse à cette question doit être négative.

Il ne fait aucun doute qu'un certain nombre d'enquêtes menées par des tribunaux administratifs peuvent se dérouler sans la présence d'un avocat. Il ressort cependant de la jurisprudence que l'obligation d'agir équitablement implique la présence d'un avocat lorsque la combinaison d'une partie ou de l'ensemble des éléments suivants figure dans la loi habilitante ou, alors, découlent de l'application pratique de la loi qui régit le tribunal en question: lorsqu'un témoin est cité à comparaître, est tenu de comparaître et de rendre témoignage sous serment sous peine d'une sanction; lorsqu'une confidentialité absolue n'est pas garantie et qu'il n'est pas interdit à d'autres personnes d'être présentes; lorsque des rapports sont rendus public; lorsqu'une personne peut se voir privée de ses droits ou de ses moyens d'existence; ou lorsqu'il peut s'ensuivre un préjudice irréparable de quelque autre nature.

Il est indubitable que les offices ou les tribunaux sont maîtres de leurs propres procédures, et lorsqu'un témoin com-

Parrish, with two or three counsel, it is within the Board's domain to limit not only the number of counsel but also the scope of their participation. But the Board cannot, for the sake of administrative expediency, deprive a witness of the right to counsel. A witness is subpoenaed very shortly after the accident, perhaps still shaken, to attend and give testimony under oath with the threat of penalty over his head. He may not have the knowledge or the presence of mind to best protect his rights or object to inappropriate questions. He runs the risk of being deprived not only of his reputation but of his professional certification and his livelihood. Interim reports are sometimes leaked to the press before the witness has an opportunity to comment.

In the circumstances of the case at bar, procedural fairness requires that the witness be permitted to be accompanied by counsel when at the inquiry. There was no need to address the argument that denial of the right to counsel violated section 7 of the Charter.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5.
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.
Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act, S.C. 1989, c. 3, ss. 7, 9, 10, 14, 19(9), (10), 21, 23(2)(d), 24, 25, 30, 35.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.
Combines Investigation Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19).
Evidence Act, R.S.B.C. 1979, c. 116.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Royal Canadian Mounted Police Act (In re) and in re Husted*, [1981] 2 F.C. 791; (1981), 58 C.C.C. (2d) 156 (T.D.); *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Re Pergamon Press Ltd*, [1970] 3 All E.R. 535 (C.A.); *Ha v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-1426-91, Rouleau J., order dated 14/7/92, F.C.T.D., not yet reported.

paraît, comme l'a fait le capitaine Parrish, en compagnie de deux ou trois avocats, il est certainement loisible au Bureau de limiter non seulement le nombre de ces derniers mais aussi l'étendue de leur participation. Cependant, le Bureau ne peut, pour des questions de célérité administrative, priver un témoin du droit d'être représenté par un avocat. Un témoin est cité peu de temps après l'accident, alors qu'il est peut-être encore sous le choc des événements, pour comparaître et rendre témoignage sous serment sous peine de sanction. Il n'a peut-être pas les connaissances ou la présence d'esprit voulues pour protéger le mieux possible ses droits ou s'opposer à des questions inopportunes. Il s'expose au risque d'être privé non seulement de sa réputation mais aussi de son accréditation professionnelle et de ses moyens d'existence. Il arrive aussi parfois que des rapports provisoires soient mis prématurément entre les mains de journalistes avant que le témoin ait eu l'occasion de faire des commentaires.

Dans les circonstances de l'espèce, l'équité procédurale exige qu'il soit permis au témoin d'être accompagné d'un avocat à l'enquête. Il n'était nul besoin d'analyser l'argument selon lequel la privation du droit d'être représenté par un avocat violait l'article 7 de la Charte.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.
Evidence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 116.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3 [édicte par L.C. (1990), ch. 8, art. 5].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.
Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports, L.C. 1989, ch. 3, art. 7, 9, 10, 14, 19(9),(10), 21, 23(2)d, 24, 25, 30, 35.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (In re) et in re Husted*, [1981] 2 C.F. 791; (1981), 58 C.C.C. (2d) 156 (1^{re} inst.); *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Re Pergamon Press Ltd*, [1970] 3 All E.R. 535 (C.A.); *Ha c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-1426-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 14-7-92, C.F. 1^{re} inst., encore inédite.

CONSIDERED:

Alliances des Professeurs Catholiques de Montreal v. Quebec Labour Relations Board, [1953] 2 S.C.R. 140; [1953] 4 D.L.R. 161; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493; (1988), 84 N.R. 81 (C.A.). ^a

REFERRED TO:

Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *Morena et al. v. The Queen et al.* (1990), 90 DTC 6685 (F.C.T.D.); *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335. ^b
^c
^d

AUTHORS CITED

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1973. ^e

REFERENCE pursuant to section 18.3 of the *Federal Court Act* asking the Federal Court to determine whether an investigator appointed by the Board can require a witness to attend and testify concerning a marine occurrence without the right to counsel being present with him, pursuant to subparagraph 19(9)(a)(i) of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*. The question was answered in the negative. ^f
^g

COUNSEL:

D. Rodney Urquhart for Canadian Transport Accident and Safety Board. ^h

W. G. Wharton for Captain Parrish.

Caroline J. Askew for British Columbia Ferry and Marine Workers Union. ⁱ

J. T. Keenan for Canadian Air Line Pilots Association.

Stephen C. Best for Company of Master Mariners of Canada.

Jack D. Buchan for Canadian Merchant Service Guild. ^j

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Alliances des Professeurs Catholiques de Montreal v. Quebec Labour Relations Board, [1953] 2 R.C.S. 140; [1953] 4 D.L.R. 161; *Lignes Aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493; (1988), 84 N.R. 81 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *Morena et autre c. La Reine et autres* (1990), 90 DTC 6685 (C.F. 1^{re} inst.); *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

DOCTRINE

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1973.

RENVOI soumis en vertu de l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour demander à la Cour fédérale de décider si un enquêteur désigné par le Bureau peut contraindre un témoin à comparaître et à témoigner au sujet d'un accident maritime sans être accompagné d'un avocat, en exécution du sous-alinéa 19(9)a(i) de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*. Réponse négative.

AVOCATS:

D. Rodney Urquhart pour le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports.

W. G. Wharton pour le capitaine Parrish.

Caroline J. Askew pour British Columbia Ferry et Marine Workers Union.

J. T. Keenan pour l'Association canadienne des pilotes de ligne.

Stephen C. Best pour Company of Master Mariners of Canada.

Jack D. Buchan pour la Guilde de la marine marchande du Canada.

Mark Sachs for British Columbia Coast Pilots Ltd.

Mark Sachs pour British Columbia Coast Pilots Ltd.

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Vancouver, for applicant. ^a

McCarthy Tétrault, Vancouver, pour la requérante.

Campney & Murphy, Vancouver, for defendant.

Campney & Murphy, Vancouver, pour la défenderesse.

McGrady, Askew & Fiorillo, Vancouver, for British Columbia Ferry and Marine Workers Union. ^b

McGrady, Askew & Fiorillo, Vancouver, pour British Columbia Ferry et Marine Workers Union.

Gravenor Keenan, Montréal, for Canadian Air Line Pilots Association.

Gravenor Keenan, Montréal, pour l'Association canadienne des pilotes de ligne.

Russell & DuMoulin, Vancouver, for Company of Master Mariners of Canada. ^c

Russell & DuMoulin, Vancouver, pour Company of Master Mariners of Canada.

Cohen, Frost, Buchan, Edwards, Richmond, B.C., for Canadian Merchant Service Guild.

Cohen, Frost, Buchan, Edwards, Richmond (C.-B.), pour la Guilde de la marine marchande du Canada.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for British Columbia Coast Pilots Ltd. ^d

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour British Columbia Coast Pilots Ltd.

The following are the reasons for determination of a question of law rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de la détermination d'une question de droit rendus par

ROULEAU J.: In March 1990, Parliament established a body responsible for investigating marine, air, rail and pipeline occurrences through the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, hereinafter referred to as the Act. Section 14 of the Act provides for investigations being conducted with respect to any transportation occurrence. ^e

LE JUGE ROULEAU: En mars 1990, le Parlement a établi un organisme chargé de faire enquête sur les accidents maritimes, aéronautiques, ferroviaires et de productoduc par l'entremise de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3, ci-après appelée la Loi. L'article 14 de la Loi porte sur les enquêtes menées au sujet de tout accident de transport. ^f

Captain Roger Parrish was required to attend before the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board, hereinafter referred to as the Board, as a result of an occurrence on March 12, 1992. He arrived accompanied by his counsel who was denied standing; he refused to testify. As a result, the Board, pursuant to section 18.3 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], have put the following question to the Federal Court for determination: ^g

Le capitaine Roger Parrish était tenu de comparaître devant le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports, ci-après appelé le Bureau, à la suite d'un accident survenu le 12 mars 1992. Il s'est présenté devant le Bureau en compagnie de son avocat; ce dernier, a-t-il été déterminé, n'avait pas qualité pour agir. Le capitaine Parrish a refusé de témoigner. Par conséquent, conformément à l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. (1990), ch. 8, art. 5], le Bureau a soumis la question suivante à la Cour fédérale pour fins de détermination: ^h

Can an investigator require Captain Parrish to attend before him and give evidence under oath concerning the marine occurrence without the right to counsel being present with him, ⁱ

[TRADUCTION] Un enquêteur peut-il obliger le capitaine Parrish à comparaître devant lui et à témoigner sous la foi du serment sur l'accident maritime sans être accompagné d'un avocat, en ^j

pursuant to section 19(9)(a)(i) of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*.

The particular facts surrounding the occurrence involved a collision between the British Columbia ferry *Queen of Alberni* and the Japanese freighter the *Shinwa Maru*. An investigation was initiated and after conducting interviews of the crew of the *Shinwa Maru* with legal counsel present, the Board sought to conduct interviews of the crew members aboard the *Queen of Alberni* and more particularly Captain Roger Parrish without affording him legal counsel. It is alleged that in the past the Board had always permitted counsel to be present during investigations. Captain Parrish did attend on three separate occasions (March 13, March 23 and April 28, 1992) to assist in the investigation. On these occasions he was accompanied by at least two counsel and was prepared to testify but the Board refused to proceed in the presence of both counsel. It is suggested that the investigator may have proceeded with the witness had he been accompanied by one advisor, but the ultimate question is concerned with whether when an individual is requested to attend before the Board he may be accompanied by a legal representative.

Subsequent to the Court being asked to answer the question, numerous professional associations expressed concern with the outcome in this case since they could be affected during future inquiries. In a motion before the Court on August 20, 1992, these parties were granted intervenor status.

Before analyzing submissions by counsel, it is important to point out that in most cases, immediately following an incident, the Board initiates an inquiry and the Director of Investigation for a designated branch appoints an investigator. The investigator is the Director's representative and is customarily an expert in the field, such as in this case, Captain Grabowski, who undoubtedly is well qualified to probe marine incidents. In order to obtain precise evidence surrounding the circumstances of an occurrence, the investigator summons witnesses within days and sometimes only hours after the Board has been made aware of an occurrence. Evidently this allows for the gathering of accurate information before recollection or memory becomes distorted or

application de l'article 19(9)a)(i) de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports?*

L'accident en question était une collision entre un traversier de la Colombie-Britannique, le *Queen of Alberni*, et un vracquier japonais, le *Shinwa Maru*. Une enquête a été ouverte et, après avoir interrogé l'équipage du *Shinwa Maru* en présence d'un avocat, le Bureau a voulu poser des questions aux membres d'équipage du *Queen of Alberni* et, plus particulièrement, au capitaine Roger Parrish, sans permettre à celui-ci d'être accompagné d'un avocat. Il est allégué que, dans le passé, le Bureau permettait toujours qu'un avocat soit présent lors des enquêtes. Le capitaine Parrish a comparu à trois occasions différentes (13 mars, 23 mars et 28 avril 1992) pour aider au déroulement de l'enquête. À ces occasions, il était accompagné d'au moins deux avocats et était prêt à témoigner; le Bureau a toutefois refusé de l'entendre en présence des deux avocats. On a laissé entendre que l'enquêteur aurait pu entendre le témoin s'il avait été accompagné d'un seul conseiller, mais la question ultime consiste à savoir si une personne à qui l'on demande de comparaître devant le Bureau peut être accompagnée ou non d'un représentant légal.

Après que l'on eut soumis à la Cour la question précitée, de nombreuses associations professionnelles ont fait part de leur inquiétude vis-à-vis de l'issue de cette affaire, qui, dans le cadre d'enquêtes ultérieures, pourrait avoir des répercussions sur elles. Dans une requête présentée à la Cour le 20 août 1992, ces parties ont obtenu le statut d'intervenant.

Avant d'analyser les arguments des avocats, il est important de souligner que, dans la plupart des cas, aussitôt après qu'il survient un incident, le Bureau ouvre une enquête et le directeur des enquêtes d'une direction désignée nomme un enquêteur. Ce dernier, qui représente le directeur, est habituellement un expert dans le domaine; c'est le cas, en l'espèce, du capitaine Grabowski, qui possède sans aucun doute les qualités requises pour faire enquête sur les incidents maritimes. Pour obtenir des éléments de preuve précis sur les circonstances entourant un accident, l'enquêteur convoque des témoins dans les jours et, parfois, dans les heures seulement qui suivent le moment où un accident est porté à la connaissance du Bureau. Cette mesure permet évidemment de recueil-

influenced. The time within which the investigator initiates the procedure to determine causes is important, not only to the Department, but also to satisfy the public's "need to know" and allay fears.

Interpretation as to the content of the Act as submitted by counsel for the Board

The object of the Board is to advance transportation safety and it expects to achieve this objective by conducting independent investigations into transportation occurrences in order to make findings as to causes and contributing factors. The purpose is to identify safety deficiencies and make recommendations designed to eliminate or reduce risks. The result of the investigations are eventually made available to the public.

Both the Board's objective and the means by which it is to achieve that objective are specific in section 7 of the Act.

7. (1) The object of the Board is to advance transportation safety

(a) by conducting independent investigations and, if necessary, public inquiries into transportation occurrences in order to make findings as to their causes and contributing factors.

(b) by reporting publicly on its investigations and public inquiries and on the findings in relation thereto;

(2) In making its findings as to the causes and contributing factors of a transportation occurrence, it is not the function of the Board to assign fault or determine civil or criminal liability, but the Board shall not refrain from fully reporting on the causes and contributing factors merely because fault or liability might be inferred from the Board's findings.

(3) No finding of the Board shall be construed as assigning fault or determining civil or criminal liability.

(4) The findings of the Board are not binding on the parties to any legal, disciplinary or other proceedings.

Sections 9 and 10 provide for the appointment of directors of investigations in various fields as well as investigators.

In accordance with section 14, no department of government other than the Department of National

lir des renseignements exacts avant que les souvenirs ou la mémoire des témoins soient déformés ou influencés. Le délai dans lequel l'enquêteur met en marche la procédure visant à déterminer les causes d'un accident est important, non seulement pour le Ministère, mais aussi pour satisfaire au «besoin de savoir» du public et apaiser les craintes.

Interprétation de la teneur de la Loi, d'après l'avocat du Bureau

Le Bureau a pour mission de promouvoir la sécurité des transports, et il s'attend à accomplir cette mission en procédant à des enquêtes indépendantes sur des accidents de transport afin d'en dégager les causes et les facteurs. Le but visé est de relever les manquements à la sécurité et de recommander des moyens d'éliminer ou de réduire les risques. À terme, le résultat des enquêtes est rendu public.

La mission du Bureau, et les moyens qui lui permettent d'accomplir cette dernière, sont précisés à l'article 7 de la Loi.

7. (1) Le Bureau a pour mission de promouvoir la sécurité des transports:

a) en procédant à des enquêtes indépendantes et, au besoin, publiques sur les accidents de transport, afin d'en dégager les causes et les facteurs;

b) en publiant des rapports rendant compte de ses enquêtes, publiques ou non, et présentant les conclusions qu'il en tire;

(2) Dans ses conclusions, le Bureau n'est pas habilité à attribuer ni à déterminer les responsabilités civiles ou pénales; ses conclusions doivent toutefois être complètes, quelles que soient les inférences qu'on puisse en tirer à cet égard.

(3) Les conclusions du Bureau ne peuvent s'interpréter comme attribuant ou déterminant les responsabilités civiles ou pénales.

(4) Les conclusions du Bureau ne lient pas les parties à une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

Les articles 9 et 10 portent sur la nomination de directeurs des enquêtes dans divers domaines, ainsi que d'enquêteurs.

Selon l'article 14, aucun ministère autre que le ministère de la Défense nationale ne peut mener une

Defence may conduct safety investigations into a transportation occurrence when it has been disclosed that the Board has either initiated an investigation or has proposed that an occurrence is to be investigated. Only this Board is permitted to make findings as to the cause and contributing factors of the occurrence. Nevertheless, the Royal Canadian Mounted Police are not prohibited from conducting investigations for its purposes. It should be noted that various departments may conduct inquiries for other reasons but are not empowered to make findings as to causes and contributing factors into safety measures as this responsibility rests exclusively within the province of the Board. The Coast guard may conduct an investigation of its own to determine from a regulatory point of view, fault or breaches in regulations. This is also distinguishable from the functions of the Board.

Pursuant to section 19 of the Act, the investigator has powers of search and seizure under warrant but this exigency can be circumvented when it may not be practical to do so. Subsections 19(9) and (10) read in part as follows:

19. . . .

(9) An investigator who is investigating a transportation occurrence may

(a) where the investigator believes on reasonable grounds that a person is in possession of a document, or of information relating to a matter, relevant to that investigation,

(i) by notice in writing signed by the investigator, require the person to produce the document to the investigator or to attend before the investigator and give evidence, under oath or solemn affirmation, concerning that matter, and

. . . .

(10) No person shall refuse or fail to produce a document to an investigator, or to attend before an investigator and give evidence concerning a matter, in accordance with a requirement imposed under paragraph (9)(a), to provide information in accordance with a requirement imposed under paragraph (9)(c) or to make the body of a deceased person or other human remains available for the performance of an autopsy or medical examination in accordance with a requirement imposed under paragraph (9)(d).

enquête de sécurité sur un accident de transport lorsqu'il est révélé que le Bureau a soit entrepris une enquête soit proposé qu'un accident fasse l'objet d'une enquête. Seul le Bureau est autorisé à dégager les causes et les facteurs de l'accident en question. Cependant, il n'est pas interdit à la Gendarmerie Royale du Canada de mener des enquêtes pour ses propres besoins. Il est à noter que divers ministères sont autorisés à réaliser des enquêtes pour d'autres raisons, mais non à tirer des conclusions quant aux causes et aux facteurs qui se rapportent à des mesures de sécurité, car cette responsabilité relève exclusivement du Bureau. La Garde côtière peut mener ses propres enquêtes pour déterminer, d'un point de vue réglementaire, les fautes commises et les infractions aux règlements. Cela n'est pas comparable non plus aux fonctions du Bureau.

Aux termes de l'article 19 de la Loi, l'enquêteur, s'il est muni d'un mandat, est habilité à procéder à des perquisitions et à des saisies; il est toutefois possible de passer outre à cette exigence lorsqu'il est difficilement réalisable d'obtenir ce mandat. Les paragraphes 19(9) et (10) sont rédigés en partie comme suit:

19. . . .

(9) Dans l'exercice de ses fonctions, l'enquêteur peut, après en avoir averti l'intéressé par écrit:

a) exiger de toute personne qui, à son avis, est en possession de documents ou de renseignements ayant rapport à son enquête la communication de ceux-ci—notamment pour reproduction totale ou partielle, selon ce qu'il estime nécessaire—ou obliger cette personne à comparaître devant lui et à témoigner à cet égard sous la foi du serment ou d'une déclaration solennelle;

. . . .

(10) Nul ne peut contrevenir à l'ordre d'un enquêteur donné sous le régime des alinéas (9)a), c) ou d), selon le cas, en refusant de communiquer des documents ou des renseignements, de comparaître et de témoigner ou de mettre à disposition un cadavre ou des restes à des fins d'autopsie ou d'examen médical.

Sections 24, 25 and 30 read in part as follows:

24. (1) On completion of any investigation, the Board shall prepare and make available to the public a report on its findings and any safety deficiencies that it has identified, and wherever possible shall, in the interests of transportation safety, include in its report recommendations based on its findings.

(2) Before making public a report under subsection (1), the Board shall, on a confidential basis, send a copy of the draft report on its findings and any safety deficiencies that it has identified to each Minister and any other person who, in the opinion of the Board, has a direct interest in the findings of the Board, and shall give that Minister or other person a reasonable opportunity to make representations to the Board with respect to the draft report before the final report is prepared.

(3) No person shall communicate or use the draft report, or permit its communication or use, for any purpose, other than the taking of remedial measures, not strictly necessary to the study of, and preparation of representations concerning, the draft report.

25. (1) The Board shall, on a confidential basis, provide an interim report on the progress and findings of an investigation

(a) on written request made in respect of that investigation, to any Minister responsible for a department having a direct interest in the subject-matter of the investigation; and

(b) to any peace officer or coroner investigating the transportation occurrence, where the transportation occurrence involved a fatality and significant progress has been made in the Board's investigation.

(2) A person, other than a Minister, who is provided with an interim report under subsection (1) shall not use the report, or permit its use, for any purpose not strictly necessary to the examination of the report.

30. (1) For the purposes of the section,

(a) "statement" means

(i) the whole or any part of an oral, written or recorded statement relating to a transportation occurrence and given, by the author of the statement, to the Board, an

Les passages pertinents des articles 24, 25 et 30 sont les suivants:

24. (1) Au terme de son enquête, le Bureau fait rapport de ses conclusions et des manquements relevés à la sécurité et publie le rapport, y compris, si possible, les recommandations en découlant et portant sur la sécurité des transports.

(2) Avant la publication, le Bureau adresse le projet de son rapport sur ses conclusions et les manquements relevés à la sécurité, à titre confidentiel, à tout ministre ou toute autre personne qu'il estime directement intéressés par ses conclusions, le destinataire se voyant accorder la possibilité de lui présenter ses observations avant la rédaction du texte définitif.

(3) Il est interdit de communiquer ou laisser communiquer le projet de rapport, d'en faire usage ou d'en permettre l'utilisation, à des fins autres que la prise de mesures correctives ou à des fins non strictement nécessaires à l'étude du projet ou à la présentation d'observations à son sujet.

25. (1) Le Bureau communique à titre confidentiel, sur demande écrite, un rapport provisoire faisant le point de l'enquête et présentant ses conclusions à tout ministre responsable d'un ministère directement intéressé par l'objet de l'enquête. Après avoir fait des progrès notables dans son enquête sur un accident de transport où il y a eu perte de vie, il communique aussi à ce titre un tel rapport aux agents de la paix ou aux coroners qui enquêtent sur le même accident.

(2) Le destinataire—autre qu'un ministre—du rapport provisoire ne peut en faire usage ou en permettre l'utilisation qu'à des fins strictement nécessaires à son étude.

30. (1) Au présent article, «déclaration» s'entend de tout ou partie d'une déclaration verbale, écrite ou enregistrée, faite ou remise au Bureau, à l'enquêteur ou à leur délégué par son auteur et se rapportant à un accident de transport, ainsi que de la transcription ou d'un résumé substantiel de celle-ci. La présente définition vise également un comportement qui peut être assimilé à une pareille déclaration. Lorsqu'une déclaration est protégée, l'identité de son auteur l'est dans la même mesure.

investigator or any person acting for the Board or for an investigator,

(ii) a transcription or substantial summary of a statement referred to in subparagraph (i), or

(iii) conduct that could reasonably be taken to be intended as such a statement; and

(b) where a statement is privileged, the identity of its author is privileged to the same extent.

(2) A statement is privileged, and no person, including any person to whom access is provided under this section, shall knowingly communicate it or permit it to be communicated to any person except as provided by this Act or as authorized in writing by the person who made the statement.

(3) The Board may make such use of any statement as it considers necessary in the interests of transportation safety.

(4) The Board shall make statements available to

(a) a peace officer authorized by law to gain access thereto;

(b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18 or designated as an observer by the Minister of Transport under subsection 23(2).

Section 35 provides that a person who fails to comply with a request of an investigator or gives false or misleading evidence is guilty of an indictable offence and liable on conviction to a term of imprisonment not exceeding two years. In the alternative, he may be charged with a summary conviction offence.

Counsel for the Board submits that there is no absolute right to counsel in these proceedings either at common law or by statute and that the discretion whether or not to allow representation should be left to the investigator. He is of the view that there is adequate protection provided within the Act for all those who testify and that the presence of counsel would only serve to delay the inquiry because of interruptions and objections. He points out that it is not the function of the Board to assign fault or determine civil or criminal liability but the Board shall not refrain from fully reporting causes or contributing factors merely because fault or liability can be inferred from its findings.

He admits that pursuant to section 19, a person who is required to attend before the investigator is

a

b

c

d

e

f

g

h

i

j

(2) Les déclarations sont protégées. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou d'une autorisation écrite de leur auteur, nul ne peut sciemment, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre du présent article, les communiquer ou les laisser communiquer.

(3) Le Bureau peut utiliser les déclarations comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité des transports.

(4) Le Bureau est tenu de mettre les déclarations à la disposition:

a) des agents de la paix autorisés par la loi à en prendre connaissance;

b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 18 ou sont désignées par le ministre des Transports en application du paragraphe 23(2).

Selon l'article 35, la personne qui ne se conforme pas à la demande d'un enquêteur ou qui fait un témoignage faux ou trompeur commet un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans; elle peut aussi être inculpée d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

L'avocat du Bureau allègue que, dans la présente procédure, il n'existe aucun droit absolu à l'assistance d'un avocat, ni selon la common law ni selon la loi, et qu'il revient à l'enquêteur de décider si une partie peut être représentée ou non. Il est d'avis que la Loi confère une protection suffisante à toutes les personnes qui témoignent et que la présence d'un avocat, avec les interruptions et les objections qui en découleraient, ne ferait que retarder l'enquête. Il fait remarquer que le Bureau n'a pas pour mission d'imputer une faute ou de déterminer l'existence d'une responsabilité civile ou pénale; cependant, le Bureau ne s'abstiendra pas de signaler toutes les causes ou les facteurs d'un accident au simple motif qu'il serait possible de déduire, à partir de ses conclusions, l'existence d'une faute ou d'une responsabilité.

L'avocat du Bureau reconnaît qu'aux termes de l'article 19, une personne appelée à comparaître

compelled to do so and not only is he required to testify but he must also produce pertinent documents. Undoubtedly, his failure to cooperate can bring about sanctions which are outlined in section 35 of the Act. He admits that this effectively “removes what I might loosely call his right to silence”. He argues, and quite correctly so, that without this power to compel the attendance of witnesses the whole purpose of the Act dealing with safety in the transportation field would be defeated.

He further submits that pursuant to section 24, before a report is made public, the Board must provide a draft copy of the interim report to those who have a direct interest in the findings and provide them with a reasonable opportunity to make representations before a final report is disclosed to the public. At this point, individuals such as Captain Parrish may review these interim findings with their counsel and correct or clarify the content.

The statute prohibits the use of the evidence obtained by the Board in criminal or quasi-criminal proceedings as well as in civil proceedings, except of course in cases of perjury. A witness, when required to appear, may seek the protection of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] as well as the *British Columbia Evidence Act* [R.S.B.C. 1979, c. 116].

To briefly summarize representations made by counsel for the Board in dealing with the Act itself, he is of the view that adequate safeguards are afforded any witness and that the only negative impact from an inquiry would amount to a slight stigma to an individual’s reputation.

Interpretation as to the content of the Act as submitted by Captain Roger Parrish and the intervenors

Bearing in mind that it is acknowledged that the right to silence has been taken from the witness by statute, they submit that certain sections of the Act do not afford the protection suggested which is in effect illusory. To allow total discretion to the investigator

devant l’enquêteur est tenue de le faire; non seulement est-elle obligée de témoigner, mais elle doit aussi produire les documents pertinents. Il ne fait aucun doute qu’un manque de collaboration de la part de cette personne peut exposer celle-ci aux sanctions énoncées à l’article 35 de la Loi. Il reconnaît que cela élimine d’une manière effective [TRADUCTION] «ce que je pourrais appeler assez librement son droit au silence». Il fait valoir, à juste titre d’ailleurs, qu’en l’absence du pouvoir de contraindre des témoins à comparaître, l’objet tout entier de la Loi, au point de vue de la sécurité dans le domaine des transports, serait sans effet.

L’avocat fait valoir de plus qu’aux termes de l’article 24, avant de publier un rapport, le Bureau doit remettre une version provisoire du rapport intérimaire aux parties qui sont directement intéressées par les conclusions, et donner à ces dernières une occasion raisonnable de présenter leurs observations avant la publication d’un texte définitif. À ce stade, des personnes comme le capitaine Parrish peuvent examiner avec leur avocat ces conclusions provisoires et en corriger ou en clarifier la teneur.

La Loi interdit d’utiliser les éléments de preuve qu’obtient le Bureau dans des actions criminelles ou quasi criminelles ainsi que dans des actions civiles, sauf, bien sûr, en cas de parjure. Les témoins qui sont tenus de comparaître peuvent solliciter la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5], de même que celle de la *British Columbia Evidence Act* de la Colombie-Britannique [R.S.B.C. 1979, ch. 116].

Pour résumer brièvement les observations de l’avocat du Bureau sur la Loi elle-même, il est d’avis que cette dernière procure à n’importe quel témoin des mesures de protection suffisantes et que le seul effet négatif d’une enquête serait d’entacher légèrement la réputation d’une personne.

Interprétation de la teneur de la Loi, selon le capitaine Roger Parrish et les intervenants

Tenant compte du fait qu’il est reconnu que la Loi prive le témoin de son droit au silence, ces parties font valoir que certaines dispositions de la Loi n’accordent pas la protection indiquée, qui, en fait, est illusoire. Donner toute latitude à l’enquêteur pour ce

as to whether or not a witness should have the benefit of counsel is totally contrary to the concepts of fairness as well as the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III and 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]].

There is no doubt that the objects as outlined in section 7 of the Act can be attained or achieved without the presence of counsel. Nevertheless, they point out that the section, though it recites that the Board will not assign fault or determine criminal or civil liability, goes on to state that “the Board shall not refrain from fully reporting on the causes and contributing factors merely because fault or liability might be inferred from the Board’s findings” (subsection 7(2)). The investigation and subsequent report which is then made available to the public in order to point out any safety deficiencies, would obviously contain implications of fault. Though the evidence from the inquiry is not binding in a civil or criminal context, it is evident that other investigatory or regulatory agencies would be influenced by the findings and launch inquiries of their own. As a concrete example, counsel refers to the unfortunate incident during 1992 at the Nanaimo Ferry Terminal which resulted in loss of life. Within hours of the occurrence the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board, the Canadian Coast Guard, the Royal Canadian Mounted Police and the Coroner initiated investigations. In addition, the Government of British Columbia launched a public inquiry and the British Columbia Ferry Commission began an internal investigation.

Counsel argues that the witnesses cannot be adequately protected without the benefit of counsel. Section 14 of the Act deals with the exclusive jurisdiction of the Board to determine causes and contributing factors as to safety, nevertheless this section does not preclude activities of other agencies. Without lawyers participating in the process, the witness is at the mercy of potential regulatory investigatory bodies who will undoubtedly launch inquiries of their own. It is certainly not adequate that counsel be standing in the hall. Someone should be present to at

qui est de décider si un témoin peut être représenté ou non par un avocat est tout à fait contraire aux concepts de l’équité, ainsi qu’aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, et 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]].

Il ne fait aucun doute qu’il est possible de satisfaire aux objectifs énoncés à l’article 7 de la Loi sans qu’un avocat soit présent. Les parties font toutefois remarquer que cet article, où il est dit que le Bureau n’attribuera ou ne déterminera pas les responsabilités civiles ou pénales, ajoute que «ses conclusions doivent toutefois être complètes, quelles que soient les inférences qu’on puisse en tirer à cet égard» (paragraphe 7(2)). L’enquête et le rapport publié par la suite pour signaler tout manquement à la sécurité, laisseraient entendre, de toute évidence, qu’il y a eu commission d’une faute. Bien que la preuve découlant de l’enquête ne soit pas exécutoire dans un contexte civil ou pénal, il est évident que d’autres organismes d’enquête ou de réglementation seraient influencés par les conclusions tirées et lanceraient leurs propres enquêtes. À titre d’exemple concret, il a été fait référence à l’incident regrettable survenu en 1992 à la gare maritime de Nanaimo, où il y avait eu perte de vie. Dans les heures qui avaient suivi l’accident, le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports, la Garde côtière canadienne, la Gendarmerie royale du Canada et le coroner ont entrepris une enquête. Par ailleurs, le gouvernement de la Colombie-Britannique a ouvert une enquête publique et la British Columbia Ferry Commission a entamé une enquête interne.

L’avocat fait valoir que, sans l’assistance d’un avocat, les témoins ne peuvent être protégés convenablement. L’article 14 de la Loi traite de la compétence exclusive du Bureau pour ce qui est de déterminer les causes et les facteurs d’un accident sur le plan de la sécurité, mais il n’empêche pas d’autres organismes d’agir. Sans l’assistance d’un avocat, le témoin est à la merci d’éventuels organismes de réglementation ou d’enquête qui, sans aucun doute, lanceront leur propre enquête. La place d’un avocat n’est certainement pas dans le couloir. Quelqu’un

least ensure that the investigator remains within the scope of his jurisdiction and to limit the extent to which a witness should be subject to examination.

It is submitted that a careful reading of section 21 of the Act also creates a quandry. It provides that:

21. (1) Where, in the course of an investigation of a transportation occurrence, the Board considers it necessary that a public inquiry be made into the transportation occurrence and the Governor in Council has not caused a public inquiry to be made under Part I of the *Inquiries Act*, the Chairperson may, subject to section 18, designate a person or persons, who may be or include the Chairperson, to conduct a public inquiry into that transportation occurrence in accordance with any regulations made under section 34 and to report to the Board thereon.

Contrary to what is suggested by counsel for the Board with respect to the safeguards provided, it is apparent that the Board may elevate a private inquiry to a public inquiry at any stage. Thus, the protection of the witness, as suggested by counsel for the Board, has once again been constrained.

Subsection 23(2) of the Act provides that the Board may, after imposing conditions, allow persons to attend investigations as observers. Paragraph 23(2)(d) provides as follows:

23. . . .

(2) Subject to any conditions that the Board may impose, a person may attend as an observer at an investigation of a transportation occurrence conducted by the Board if the person

(d) is invited by the Board to attend as an observer because, in the opinion of the Board, the person has a direct interest in the subject-matter of the investigation and will contribute to achieving the Board's object.

This opens the door to the Canadian Coast Guard to attend as observers.

Turning to subsection 24(2) which is concerned with the interim reports and the reasonable opportunity given an interested party to make representations, before the final report is made public, it is suggested that Parliament, by implication, must have taken for granted that in order to make representations, counsel would have to be present during the

devrait être présent, ne serait-ce que pour veiller à ce que l'enquêteur n'exécède pas les limites de son pouvoir et pour restreindre la mesure dans laquelle un témoin devrait être soumis à un interrogatoire.

Il est allégué qu'une lecture attentive de l'article 21 de la Loi soulève aussi des difficultés. Selon cette disposition:

21. (1) Dans le cas où le gouverneur en conseil n'a pas exercé le pouvoir qui lui est conféré par la partie I de la *Loi sur les enquêtes* de faire ouvrir une enquête publique sur un accident de transport, le président peut, si, dans le cours d'une enquête, le Bureau l'estime nécessaire et sous réserve de l'article 18, ordonner l'ouverture d'une enquête publique—conformément aux règlements d'application de l'article 34—et la remise d'un rapport par les personnes qu'il désigne à cette fin. Il peut lui-même tenir l'enquête et procéder à l'établissement du rapport, ou y participer.

Contrairement à ce que laisse entendre l'avocat du Bureau à propos des mesures de protection fournies, il est évident que le Bureau peut, à tout moment, transformer une enquête privée en enquête publique. Là encore, on restreint la protection qui, selon l'avocat du Bureau, est assurée au témoin.

D'après le paragraphe 23(2) de la Loi, le Bureau peut, après avoir imposé les conditions jugées nécessaires, permettre à une personne de suivre une enquête à titre d'observateur. L'alinéa 23(2)d) est rédigé en ces termes:

23. . . .

(2) Sous réserve des conditions fixées par le Bureau, peut suivre à titre d'observateur l'enquête menée par celui-ci sur un accident de transport toute personne:

d) invitée par le Bureau au motif qu'elle est, de l'avis de celui-ci, directement intéressée par l'objet de l'enquête et susceptible de contribuer à la réalisation de sa mission.

Cette disposition permet à des membres de la Garde côtière canadienne de suivre l'enquête à titre d'observateurs.

En ce qui concerne le paragraphe 24(2), qui porte sur les rapports provisoires et la possibilité donnée à une partie intéressée de présenter ses observations avant la rédaction du texte définitif, le législateur, implicitement, doit avoir tenu pour acquis que, pour faire des observations, il faudrait qu'un avocat soit présent durant le témoignage. Sans la présence de ce

giving of the evidence. Unless counsel are involved from the beginning, it is not possible for the witness to be provided with a "reasonable opportunity" to reply to the interim report.

Pursuant to section 25, the Board, on a confidential basis, may provide interim reports on the findings of an investigation on receipt of written requests from ministers responsible for a department having a direct interest and any peace officer, regulatory agency or a coroner investigating an occurrence where a fatality is involved. At this stage of the inquiry, there are no provisions to protect the witness who has not yet had an opportunity to review the findings nor has he had the assistance of counsel. Without a lawyer present, attending before an investigator who is in most cases not legally trained, the witness may be subjected to questions that are unclear, double-barrelled or simply misunderstood. If some material facts have been omitted, the interim report may be inaccurate or unfair in its assesment of the occurrence.

Briefly, section 30 provides that statements are privileged but subsection (4) specifies that "the Board shall make statements available to a peace officer authorized by law to gain access thereto". It is submitted that in such circumstances a witness would have the benefit or assistance of counsel. This subsection also provides that these statements can be made available to the coroner or to any person carrying out a coordinated investigation. This clearly implies the Coast Guard who, in turn, could make determinations having serious consequences to an individual's professional standing.

Section 30 undoubtedly further affects the privilege afforded in subsection (7) where prohibition is specifically waived in civil proceedings. It is ludicrous, as suggested by counsel for the intervenors, that untrained lay people would have the required expertise to stand up before an investigator and claim the privilege of the *Canada Evidence Act* and the *British Columbia Evidence Act*.

dernier depuis le tout début, il est impossible de donner au témoin une «possibilité» de répondre au rapport provisoire.

Aux termes de l'article 25, le Bureau peut communiquer, à titre confidentiel, des rapports provisoires sur les conclusions d'une enquête, sur demande écrite d'un ministre responsable d'un ministère directement intéressé et de tout agent de la paix, organisme de réglementation ou coroner faisant enquête sur un accident où il y a eu perte de vie. À ce stade de l'enquête, rien n'est prévu pour protéger le témoin, qui n'a pas encore eu la possibilité de prendre connaissance des conclusions ou qui n'a pas reçu non plus l'aide d'un avocat. Sans la présence d'un avocat, le témoin qui comparaît devant un enquêteur, lequel n'a généralement pas suivi une formation juridique, peut se voir poser des questions vagues ou équivoques, ou qu'il comprend tout simplement mal. Si des faits importants sont omis, il est possible que le rapport provisoire soit inexact ou injuste dans son évaluation de l'accident.

L'article 30, brièvement, dispose que les déclarations sont protégées, mais il est précisé au paragraphe (4) que «le Bureau est tenu de mettre les déclarations à la disposition des agents de la paix autorisés par la loi à en prendre connaissance». Le législateur, fait-on valoir, a certainement dû présumer que, dans de tels cas, un témoin serait assisté d'un avocat. Cette disposition prescrit aussi que les déclarations peuvent être mises à la disposition des coroners ou des personnes participant à une enquête coordonnée. Cela englobe manifestement la Garde côtière qui, à son tour, pourrait prendre des décisions ayant de sérieuses répercussions sur la réputation professionnelle d'une personne.

Il ne fait aucun doute que l'article 30 a aussi une incidence sur la protection assurée par le paragraphe (7), où l'interdiction de faire usage des déclarations ne s'applique pas dans les procédures au civil. Comme l'a indiqué l'avocat des intervenants, il est absurde de penser qu'un non-spécialiste possède la compétence voulue pour se lever devant un enquêteur et solliciter la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* et de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique.

In summary, it is argued that the presence of counsel would ensure:

- (1) that the witness is treated fairly;
- (2) that the witness is asked proper questions within the scope of the legislation (questions which are relevant to the investigation);
- (3) that the witness is aware of his rights and obligations in giving evidence;
- (4) that the witness is not operating under any language difficulty or any other impairment;
- (5) protect the witness from double-barrelled questions or questions which call for conclusions of law or interpretation of the statute;
- (6) assist the witness in order to enable him to adequately review the draft report and advise in responding in an appropriate manner.

With respect to the effect of the inquiry on the witness, it is submitted that there is no doubt that the result of any investigation or inquiry will either expressly or impliedly find fault with some of the parties and adversely affect witnesses' reputations and employment potential. Though the identity of an individual may be protected, clearly everyone in the maritime community is aware of who is in charge of a vessel when it is involved in an incident. If the Coast Guard attend as observers, they have the potential to attack the certification of a maritime officer and deprive him of his livelihood. Protection provided by this Act is inadequate; it does not only have the seemingly harmless effect of damaging reputation but a witness is exposed to possible prosecution and adverse ramifications of his rights.

Counsel then proceeded to outline the various groups which would be nefariously affected should this new policy be adopted. The Company of Master Mariners of Canada, with a membership of 600 persons who are holders of certificates of competency, would most likely be involved should there be a marine incident of any magnitude. The potential consequences not only run to a mariner's loss of reputation but may result in the loss of his certificate and

En résumé, la présence d'un avocat garantirait:

- 1) que l'on traite d'une manière équitable le témoin;
- ^a 2) que l'on pose au témoin des questions appropriées, dans les limites de la législation applicable (des questions qui se rapportent à l'enquête);
- ^b 3) que le témoin, lorsqu'il témoigne, est conscient de ses droits et obligations;
- 4) que le témoin n'est pas aux prises avec une difficulté de langage quelconque ou quelque autre déficience;
- ^c 5) que l'on protège le témoin contre les questions équivoques ou celles qui appellent des conclusions sur une question de droit ou l'interprétation de la loi;
- ^d 6) que l'on assiste le témoin pour qu'il puisse examiner comme il faut l'ébauche de rapport et y répondre convenablement.

En ce qui concerne l'effet de l'enquête sur le témoin, il ne fait aucun doute, allègue-t-on, que le résultat de toute enquête trouvera en faute, soit expressément soit implicitement, certaines des parties et aura une incidence négative sur la réputation et les possibilités d'emploi des témoins. Même si l'identité d'une personne est protégée, il est évident que tout le milieu maritime sait qui était aux commandes d'un navire lorsque celui-ci a été impliqué dans un incident. Lorsque des membres de la Garde côtière assistent à une enquête à titre d'observateurs, il leur est possible de contester l'accréditation d'un officier maritime et de priver ce dernier de ses moyens d'existence. La protection qu'assure la Loi est insuffisante; non seulement a-t-elle l'effet, inoffensif en apparence, de porter atteinte à la réputation, mais un témoin s'expose à une poursuite possible et à des ramifications négatives de ses droits.

L'avocat a ensuite entrepris de décrire les divers groupes sur lesquels cette nouvelle politique aurait une incidence négative si elle était adoptée. La Company of Master Mariners of Canada, qui compte 600 membres titulaires d'un brevet de capitaine, serait fort probablement touchée s'il survenait un incident maritime de quelque importance que ce soit. Les répercussions possibles seraient non seulement la perte de réputation d'un capitaine mais aussi la perte

consequently his livelihood. The stress alone of being implicated in a marine incident and being summoned on such short order before an investigator surely requires assistance and advice of counsel.

The Canadian Air Line Pilots Association, some 4,000 in number, have always been permitted counsel in the past when attending investigations. The trauma experienced by a pilot following an aviation incident is beyond description. An investigation could seriously prejudice his or her employment. The use of interim reports by other departments, such as the Department of Transport, could lead to remedial or enforcement action against a pilot. Reports when made public are released to the press and can seriously affect one's professional reputation. Interim reports that make vague findings of pilot error may be highly prejudicial to the individual.

The Canadian Merchant Service Guild representing certified officers and crew members aboard vessels may also be subjected to the prejudicial effects previously mentioned. In an affidavit submitted on behalf of this body, they refer to a report prepared by the Board and issued to the press some 5 days before the interested parties were advised; as a result they were never given an opportunity to reply. They point out that though in theory this should not have happened, in practice on some occasions these lapses occur. The Canadian Merchant Service Guild express the same misgivings.

The British Columbia Coast Pilots Limited reiterates that never before in investigations conducted for the purposes of improving safety have they been asked to respond without counsel. They say that many inquiries result in civil proceedings after a significant incident. They refer to a recent collision between two passenger ferries where the Board prepared and issued to the public a preliminary report on the circumstances of the collision without notice to the parties involved nor were they able to review it

de son brevet, et, par conséquent, de ses moyens d'existence. La tension psychologique qu'entraîne à lui seul le fait d'être impliqué dans un incident maritime et d'être convoqué à brève échéance devant un enquêteur requiert certainement l'assistance et les conseils d'un avocat.

L'Association canadienne des pilotes de ligne, qui compte quelque 4 000 membres, a toujours eu droit à l'assistance d'un avocat dans le passé lorsqu'elle participait à une enquête. Les difficultés que vit un pilote à la suite d'un incident aéronautique sont indescriptibles. Une enquête pourrait porter gravement préjudice à son emploi. L'utilisation de rapports intérimaires par d'autres ministères, comme celui des Transports, pourrait mener à la prise de mesures correctives ou d'exécution de la loi à l'encontre d'un pilote. Les rapports que l'on rend publics sont communiqués à la presse et peuvent porter gravement atteinte à la réputation d'une personne sur le plan professionnel. Les rapports provisoires où l'on fait vaguement état d'une erreur de pilotage peuvent s'avérer fort préjudiciables pour la personne concernée.

La Guilde de la marine marchande du Canada, qui représente les officiers et membres d'équipage agréés travaillant à bord de navires, peut aussi subir les effets préjudiciables mentionnés précédemment. Un affidavit présenté au nom de cet organisme fait état d'un rapport que le Bureau avait établi et communiqué à la presse environ cinq jours avant d'en informer les parties intéressées; à cause de cela, la Guilde n'avait jamais eu la possibilité d'y répondre. Celle-ci fait remarquer que si, en théorie, une telle erreur n'aurait jamais dû se produire, en pratique, il arrive que ce soit le cas. La Guilde de la marine marchande du Canada exprime les mêmes craintes.

La British Columbia Coast Pilots Limited déclare à son tour que, dans des enquêtes visant à améliorer la sécurité, jamais il ne lui a été demandé de répondre sans l'assistance d'un avocat. Selon ce groupe, de nombreuses enquêtes ouvertes à la suite d'un incident important débouchent sur une action au civil, faisant état d'une collision survenue entre deux traversiers pour voyageurs à la suite de laquelle le Bureau a rédigé et rendu public un rapport préliminaire sur les circonstances de la collision sans en avertir les parties

with counsel. The Board even provided a copy of the preliminary report to the news media.

Submissions by counsel for the Board on the applicable jurisprudence

No absolute right to counsel at common law

Counsel for the Board suggests that at common law only when there was a determination of legal rights was one entitled to counsel and in the present circumstances the statute precludes such a determination. These inquiries are not criminal in nature and certainly are not a court-like proceeding. No legal issues are to be determined, and therefore, the inquiry is of no great consequence to any individual. The only matter that can really be affected here is Captain Parrish's reputation, not his livelihood.

He submits that historically the right to representation by counsel has developed within the curial as opposed to the investigatory setting. He quotes Estey J. in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181 [at page 210]:

The institution of the counsel has been a part of our legal system for at least seven centuries. The practice and later the right to counsel carried with it the right of the litigant to speak to the courts through counsel . . . [Underlining added.]

In my view, however, this statement by Estey J. is merely introductory to an historical overview of the evolution of administrative law over the years. The principles of administrative law have certainly developed from that stage.

It is submitted that the bulk of the jurisprudence dealing with administrative bodies has upheld the right to counsel in very restrictive circumstances, more particularly, when an inquiry can result in serious consequences; that these proceedings are distinguishable from the present situation since the Board's inquiries are non-criminal and fact-gathering only. To

en cause et sans permettre non plus à ces dernières d'examiner le document avec un avocat. Le Bureau a même remis une copie du rapport préliminaire aux médias d'information.

Arguments de l'avocat du Bureau sur la jurisprudence applicable

Pas de droit absolu à l'assistance d'un avocat selon la common law

L'avocat du Bureau déclare que, selon la common law, une personne n'a droit à l'assistance d'un avocat que dans les cas de détermination de droits juridiques et que, dans les présentes circonstances, la Loi empêche qu'une telle détermination soit faite. Les enquêtes menées ne revêtent pas un caractère criminel et ne sont certainement pas assimilables à une procédure judiciaire. Il n'y a aucune question de droit à régler et, de ce fait, l'enquête n'a aucune répercussion importante sur quiconque. L'unique chose qui peut être réellement touchée en l'espèce est la réputation du capitaine Parrish, et non ses moyens d'existence.

L'avocat fait valoir que, d'un point de vue historique, le droit d'être représenté par un avocat est apparu dans le contexte judiciaire plutôt que dans celui des enquêtes. Il cite le juge Estey, dans *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181 [à la page 210]:

L'institution que représentent les avocats fait partie intégrante de notre système de droit depuis au moins sept siècles. La pratique du recours à un avocat, et plus tard le droit à l'assistance d'un avocat, emportait le droit pour le justiciable de s'adresser aux tribunaux par l'intermédiaire de son avocat . . . [Soulignement ajouté.]

Selon moi, cependant, cette déclaration du juge Estey n'est qu'une introduction à un survol historique de l'évolution du droit administratif au fil des ans. Les principes du droit administratif ont certainement évolué depuis cette époque.

Il est allégué que le gros de la jurisprudence relative aux entités administratives confirme le droit à l'assistance d'un avocat dans des circonstances fort restrictives, notamment lorsqu'une enquête peut avoir de graves répercussions; que ces procédures ne se comparent pas à la présente situation puisque les enquêtes que mène le Bureau ne revêtent aucun

support the proposition that the practice of allowing counsel is very limited, he suggests that even in cases where a penalty may be imposed there is limited access. Counsel referred me to *Royal Canadian Mounted Police Act (In re) and in re Husted*, [1981] 2 C.F. 791 (T.D.), in which Addy J. states at page 795:

There is no absolute common law right to counsel in all cases where an individual is subject to some penalty.

As I review Addy J., I am satisfied he was creating an exception in this particular case because of the subject-matter. He himself distinguished these exceptional circumstances by pointing out that he was dealing with the Armed Forces. He quite correctly asserts that the courts have usually refused to intervene in service disciplinary matters [at page 795]:

... the hearing is, by nature of the subject-matter or the alleged offence, of an internal administrative nature and concerns a disciplinary matter within a special body such as a branch of the armed services or a police organization . . . The exigencies of the service require this degree of informality without which the day-to-day administration of the Force and the maintenance of discipline within it would become so cumbersome and time-consuming as to be ineffective.

Counsel alleges further support for this proposition is found in *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), where at page 19 Lord Denning states:

The investigating body is, however, the master of its own procedure. It need not hold a hearing. It can do everything in writing. It need not allow lawyers. [His emphasis.]

A careful reading of *Selvarajan v Race Relations Board*, *supra*, suggests to me that the emphasized quote "it need not allow lawyers" is *obiter*. What Lord Denning was deciding on the facts before him was whether or not a board had acted properly in investigating an allegation of prejudice, not whether or not counsel should be present. He ultimately determined that tribunals are masters of their own procedure provided they act fairly. The question as to whether or not counsel should or should not be

caractère criminel et n'ont pour objet que de recueillir des informations. Pour étayer la prétention selon laquelle la pratique consistant à autoriser la présence d'un avocat est fort restreinte, l'avocat indique que même dans les cas où une sanction peut être imposée, le recours à un avocat est limité. Il m'a renvoyé à l'affaire *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (In re) et in re Husted*, [1981] 2 C.F. 791 (1^{re} inst.), où le juge Addy a déclaré ce qui suit, à la page 795 du recueil:

La *common law* ne reconnaît nullement le droit absolu de se faire représenter par un avocat à la personne susceptible de quelque sanction.

Je suis convaincu que dans cette affaire-là, le juge Addy faisait une exception particulière à cause du sujet en question. Il a lui-même considéré ces circonstances exceptionnelles comme espèce différente en faisant remarquer qu'il avait affaire aux Forces armées. Il a déclaré, à juste titre, que les tribunaux refusent habituellement d'intervenir dans des questions de discipline militaire [à la page 795]:

... lorsque, en raison de son objet ou de la nature de l'infraction reprochée, l'audition relève de l'administration interne et porte sur une question de discipline au sein d'un corps spécial comme une arme des forces armées ou une force de police . . . Le service exige une telle absence de formalités sans lequel le fonctionnement quotidien du corps considéré et le maintien de la discipline interne seraient si lourds et prendraient tellement de temps que l'efficacité du service en souffrirait.

L'avocat allègue de plus que cette prétention est étayée par la décision *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), où, à la page 19, lord Denning écrit ceci:

[TRADUCTION] Cependant, l'organisme enquêteur est maître de sa propre procédure. Il n'est pas nécessaire qu'il tienne une audition. Tout peut se faire par écrit. Il n'est pas tenu de permettre la présence d'avocats. [C'est l'avocat qui souligne.]

Une lecture attentive de la décision *Selvarajan v Race Relations Board*, précitée, me donne à penser que la phrase soulignée «Il n'est pas tenu de permettre la présence d'avocats» constitue une remarque incidente. La question que lord Denning avait à trancher, au vu des faits soumis, était de savoir si une commission avait agi à bon droit en faisant enquête sur une allégation de préjudice, et non pas celle de savoir s'il fallait qu'un avocat soit présent ou non. Lord Denning a finalement jugé que les tribunaux

involved was not in issue. The following passage from Lord Denning's reasons again on page 19 bears repeating:

The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it.

Procedural fairness

Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181 [at page 231].

It is argued that for the sake of administrative efficiency and economy, an inquiry should be faced with as few impediments as possible. To support this allegation, counsel for the Board refers to Lord Sachs in *Re Pergamon Press Ltd*, [1970] 3 All E.R. 535 (C.A.) at pages 541-542:

... in the conduct of the proceedings there must be displayed that measure of natural justice which Lord Reid in *Ridge v Baldwin* described as 'insusceptible of exact definition but what a reasonable man would regard as fair procedure in particular circumstances' ...

In the application of the concept of fair play, there must be real flexibility, so that very different situations may be met without producing procedures unsuitable to the object in hand.

May I point out that this also appears to me to be *obiter* and it should be noted that at page 542 Lord Sachs went on to say:

... it is the characteristics of the proceedings that matter, not the precise compartment or compartments into which they fall—and one of the principal characteristics of the proceedings under consideration is to be found in the inspectors' duty, in their statutory fact-finding capacity, to produce a report which may be made public and may thus cause severe injury to an individual by its findings. [My emphasis.]

Though the ultimate decision in *Re Pergamon Press Ltd*, *supra*, was to restrain additional interference and participation by counsel, I find it interesting

sont maîtres de leur propre procédure, à la condition d'agir équitablement. La question de savoir s'il fallait recourir ou non aux services d'un avocat n'était pas en cause. Il vaut la peine de reproduire ici le passage suivant, tiré des motifs de lord Denning (à la page 19):

[TRADUCTION] La règle fondamentale est que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre.

Équité procédurale

L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.S.C. 181 [à la page 231].

Il est allégué que, par souci d'efficacité administrative et d'économie, une enquête devrait rencontrer le minimum d'obstacles. À l'appui de cette allégation, l'avocat du Bureau fait référence aux propos de lord Sachs dans l'affaire *Re Pergamon Press Ltd*, [1970] 3 All E.R. 535 (C.A.), aux pages 541 et 542 du recueil:

[TRADUCTION] ... dans la conduite de l'instance, il faut faire montre du degré de justice naturelle que lord Reid, dans la décision *Ridge v Baldwin*, qualifie d'"impossible à définir d'une manière exacte mais que tout homme raisonnable considérerait comme une procédure équitable dans des circonstances particulières" ...

La notion de *fair play* doit être appliquée d'une manière réellement souple de sorte qu'il soit possible de répondre à des situations fort différentes sans avoir à produire des procédures qui ne cadrent pas avec l'objet visé.

Je me permets de faire remarquer qu'il s'agit là aussi, selon moi, d'une remarque incidente et qu'il convient de signaler qu'à la page 542 du recueil, lord Sachs ajoute ce qui suit:

[TRADUCTION] ... ce sont les caractéristiques de l'instance qui l'emportent, non le ou les compartiments précis dans lesquels elles se situent—et l'une des principales caractéristiques de l'instance en cause en l'espèce se trouve dans l'obligation des inspecteurs, dans la capacité que leur attribue la Loi de rechercher les faits, de produire un rapport qui peut être rendu public et dont les conclusions peuvent donc causer un préjudice important à un individu. [C'est moi qui souligne.]

Bien que la décision définitive rendue dans l'affaire *Re Pergamon Press Ltd*, précitée, fût d'empêcher toute intervention et participation supplémen-

to further quote Lord Sachs at page 543 where, when dealing with general principles concerning privilege of a witness, he states:

It is simply something which has to be taken into account in view of the fact that statements made by witnesses to these inspectors are not the subject of absolute privilege. It is often difficult enough to persuade a citizen to give evidence in road accident cases. How much more reluctant may they well be to risk becoming themselves involved in litigation as the result of coming forward in the course of their public duty at an investigation unless they can be given protection.

Much reliance by the Board's counsel was placed on *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, *supra*. A number of passages were referred to and quoted outlining the history of what counsel considers to be the evolution of the "right to counsel" in administrative law cases. He submits that the Board established by the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act* is quite similar in scope to the "Restrictive Trade Practices Commission" as it then existed. He argues that the Supreme Court of Canada in dealing with the Restrictive Trade Practices Commission found that it also was not to determine fault but to conduct strictly fact-finding exercises. As in the case at bar, the Commission had the power to subpoena; the inquiries were conducted by a director; the Director was to submit interim reports outlining the evidence obtained as well as his opinion as to its effect which were then turned over to the Attorney General of Canada "for consideration as to whether an offence has been or is about to be committed against this Act" [at page 196]. No evidence from *in camera* findings would be receivable against a person in criminal proceedings and counsel would have an opportunity to review the director's submissions and comment before ultimate decisions were taken.

There is no doubt that both statutes contain many similarities but I am of the view that *Irvine*, *supra*, is

taires de la part d'un avocat, il est intéressant, selon moi, de citer de nouveau lord Sachs (à la page 543), qui déclare ceci à propos des principes généraux concernant la protection d'un témoin:

^a [TRADUCTION] Il s'agit simplement d'une chose dont il faut tenir compte, car les déclarations que font des témoins à ces inspecteurs ne jouissent pas d'une protection absolue. Il est souvent assez difficile de convaincre un citoyen à témoigner dans une affaire mettant en cause un accident de la route. Si on ne leur assure pas une protection, les citoyens hésiteront peut-être encore davantage à s'exposer au risque d'être eux-mêmes mêlés à un litige parce que, obéissant à leur devoir public, ils comparaisent à une enquête.

^c L'avocat du Bureau s'est fondé dans une grande mesure sur la décision *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, précitée. Il a mentionné et cité un certain nombre de passages qui décrivent, selon lui, l'évolution historique du ^d «droit d'être représenté par un avocat» dans des causes intéressant le droit administratif. L'avocat fait valoir que le rôle du Bureau établi par la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports* est fort ^e similaire à celui de la «Commission sur les pratiques restrictives du commerce», telle qu'elle existait à l'époque. Il fait valoir que la Cour suprême du Canada, en analysant le cas de la Commission sur les ^f pratiques restrictives du commerce, a jugé que cette dernière ne devait pas non plus déterminer s'il y avait existence d'une faute, mais se borner à recueillir des informations. Comme dans la présente espèce, la Commission avait le pouvoir de citer des personnes à ^g comparaître; les enquêtes étaient menées par un directeur; ce dernier devait présenter des rapports provisoires exposant les éléments de preuve obtenus ainsi que son opinion quant à leur effet, et ces rapports étaient ensuite transmis au procureur général du ^h Canada «pour examen sur la question de savoir si l'on a commis ou si l'ont est sur le point de commettre une infraction à la présente loi» [à la page 196]. Aucun élément de preuve dégagé de conclusions obtenues à huis clos ne serait recevable contre ⁱ un individu dans une poursuite au criminel et l'avocat aurait l'occasion d'examiner les arguments du directeur et de formuler des commentaires avant que des décisions ultimes soient prises.

^j Il ne fait aucun doute que les deux lois présentent de nombreuses similitudes; je suis toutefois d'avis

quite distinguishable from the legislation governing this Board in so far as privilege extended to witnesses. It should be pointed out that the *Combines Investigation Act* [R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19)] provides for the right to counsel when appearing before the Restrictive Trade Practices Commission. In fact, what Estey J. was determining in *Irvine* was whether or not counsel could exercise greater functions, such as the cross-examination of other witnesses. The Supreme Court of Canada ultimately decided that commissions or tribunals are masters of their own procedure. I think it is important to point out the distinctions between the enabling legislation of this Board and the Restrictive Trade Practices Commission which are succinctly described at pages 231-232 of the judgment and I paraphrase. Before this Board, observers and other regulatory bodies may be present. In *Irvine* the Hearing Officer could not make public the transcript of evidence; only the Director could publish a report of the investigation. Before this Board transcripts can, in certain circumstances, be made available. In *Irvine* the evidence gathered was not published but was delivered by the Director only to those persons against whom an allegation may have been made and they were to be "allowed full opportunity to be heard in person or by counsel". It is obvious from the evidence before me that such is not the case before this Board.

Though I agree that Estey J. stated quite emphatically that the doctrine of procedural fairness did not always provide that an individual's counsel had the right to cross-examine other witnesses also present, he certainly implied that generally speaking an administrative body must exercise its functions within the bounds of the duty to act fairly.

Counsel suggests that the jurisprudence establishes that the criteria to be analyzed by a court when determining whether or not a witness should be entitled to

qu'en ce qui concerne la protection accordée aux témoins, la décision *Irvine*, précitée, est fort dissemblable de la loi qui régit le Bureau. Il faut faire remarquer que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19)] (aujourd'hui la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*) confère à un individu le droit d'être assisté par un avocat lorsqu'il comparaît devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. En fait, dans l'affaire *Irvine*, le juge Estey déterminait si un avocat pouvait ou non exercer des fonctions plus étendues, comme celle de contre-interroger d'autres témoins. La Cour suprême du Canada a décidé en fin de compte que les commissions ou les tribunaux sont maîtres de leur propre procédure. Je crois qu'il est important de souligner les distinctions qui existent entre la loi qui habilite le Bureau dont il est question en l'espèce et la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, lesquelles sont décrites en termes succincts aux pages 231 et 232 du jugement, et je paraphrase ici ce que la Cour a indiqué. En ce qui concerne le Bureau, des observateurs et d'autres organismes de réglementation peuvent être présents. Dans l'affaire *Irvine*, l'officier enquêteur ne pouvait rendre publiques les notes sténographiques du témoignage; seul le directeur pouvait publier un rapport sur l'enquête. En ce qui concerne le Bureau, les notes sténographiques peuvent, dans certains cas, être communiquées. Dans l'affaire *Irvine*, la preuve recueillie n'était pas publiée mais remise par le directeur uniquement à la personne contre laquelle une allégation pouvait avoir été faite, et cette personne devait avoir eu «l'occasion voulue de se faire entendre en personne ou par un avocat». Il ressort clairement de la preuve qui m'a été soumise que cela n'est pas le cas devant le Bureau.

Je conviens que le juge Estey a déclaré en termes assez catégoriques que le principe de l'équité procédurale ne prévoyait pas toujours que l'avocat d'une personne avait le droit de contre-interroger d'autres témoins eux aussi présents, mais il a certainement sous-entendu qu'en général, un organisme administratif doit exercer ses fonctions dans les limites de l'obligation d'agir équitablement.

Selon l'avocat, la jurisprudence établit que les critères qu'une Cour doit analyser lorsqu'elle détermine si un témoin doit avoir droit ou non aux services d'un

counsel are broadly speaking the following: the circumstances of the case, the characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report, the report circulation to the public, penalties that may result, its nature and gravity, the complexity and the capacity of an individual to understand the case and present his defence, the vital importance of the controversy to the individual and whether a person's reputation, liberty or livelihood is at stake. Counsel suggests that in the present circumstances, the case at bar would not qualify. It is his view that this is merely a fact-gathering stage of the administrative process and that the maxim *audi alteram partem* does not apply to an administrative officer simply concerned with this process.

I totally disagree with this proposition considering the circumstances of the Board's inquiry. I am of the view that the complexity of issues, the requirements of attendance without adequate protection and the public release of a report which impliedly finds fault constitutes more than a mere fact-gathering exercise.

Counsel refers to the case of *Ha v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-1426-91 (F.C.T.D.), as an example in which legal representation was precluded at the fact-gathering stage. As I review *Ha, supra*, it should be remembered that the Court was dealing with a refugee claimant who, at that particular stage, had not achieved any standing and was seeking relief by filing an application requesting the Minister to review his case on humanitarian and compassionate grounds. No complex legal issue had to be determined in the proceeding. A refugee seeking review of his status by applying to the Minister on these grounds is already in a negative position. The result from the process can only be positive and therefore no rights are being deprived.

Submissions by counsel for Captain Parrish and the intervenors with respect to the applicable jurisprudence

It is submitted that, generally speaking, there is little or no jurisprudence directly on point with the pre-

avocat sont en gros les suivants: les circonstances de l'espèce, les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte, la diffusion publique du rapport, les sanctions qui peuvent s'ensuivre, leur nature et leur gravité, la complexité et la capacité d'un individu à comprendre la cause et à présenter sa défense, l'importance capitale de la controverse que l'affaire suscite pour l'individu en cause et la question de savoir si la réputation, la liberté ou les moyens d'existence d'une personne sont en jeu. Selon l'avocat, dans les circonstances actuelles, la présente affaire ne satisferait pas à ces critères. Il est d'avis qu'il s'agit simplement en l'occurrence d'une étape du processus administratif, celle de la collecte d'informations, et que la maxime *audi alteram partem* ne s'applique pas à un agent administratif qui s'occupe simplement de ce processus.

Je suis en désaccord complet avec cette prétention, eu égard aux circonstances de l'enquête menée par le Bureau. Je crois que la complexité des questions en cause, l'obligation de comparaître sans protection convenable et la diffusion publique d'un rapport qui, implicitement, trouve des personnes en faute constituent plus qu'un simple exercice de collecte d'informations.

L'avocat fait référence à l'affaire *Ha c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-1426-91 (C.F. 1^{re} inst.), qui illustre selon lui un cas où la représentation par avocat était interdite à l'étape de la collecte d'informations. J'ai examiné cette décision et il convient de se rappeler que la Cour avait affaire à un demandeur du statut de réfugié qui, à ce stade particulier, n'avait acquis aucune qualité et sollicitait un redressement en demandant au ministre de réviser son cas pour des raisons d'ordre humanitaire. Il n'y avait aucune question de droit complexe à trancher. Le réfugié qui cherche à faire réviser son statut en s'adressant au ministre pour ces raisons se trouve déjà dans une position négative. L'issue du processus ne peut être que positive et, par conséquent, on ne prive la personne d'aucun droit.

Arguments des avocats du capitaine Parrish et des intervenants à propos de la jurisprudence applicable

Il est allégué que, d'une manière générale, il existe peu ou pas de jurisprudence qui porte directement sur

sent situation. They argue that, over the years, administrative law has evolved considerably. In their submissions, they outline a number of decisions pointing out that where a duty to act fairly arises, depending on the complexity of issues and the effects of the decision, the jurisprudence would support the assistance of counsel before administrative tribunals.

A statute which empowers a tribunal to do away with the right to counsel must do so in a clear and explicit language, particularly when individuals' rights are at stake. The Court is referred to *Alliances des Professeurs Catholiques de Montreal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140, where Rinfret C.J. wrote [at page 154]:

[Translation at [1953] 2 D.L.R. 161, at page 174] The principle that no one should be condemned or deprived of his rights without being heard, and above all without having received notice that his rights would be put at stake, is of a universal equity and it is not the silence of the law that should be invoked in order to deprive anyone of it. In my opinion, nothing less would be necessary than an express declaration of the Legislature in order to put aside this requirement which applies to all Courts and to all the bodies called upon to render a decision that might have the effect of annulling a right possessed by an individual.

It is also argued that the right to counsel must be considered in the context of natural justice. The nature of the investigation by this Board, requiring an examination under oath, is the type which would, by implication, require attendance of counsel.

Although the Supreme Court in *Irvine* refused to increase the scope of counsel's participation before the Commission, the intervenors argue that *Irvine* can be interpreted as providing for the right to counsel's participation in certain circumstances. Reliance for the proposition is placed on Estey J.'s comment at pages 231-232:

Any loss of reputation, or the right to maintain a good reputation in the community, will be largely and probably entirely dependent on the publication of the transcript of evidence taken before the Hearing Officer. This the Hearing Officer may not bring about. Such a loss or prejudice might be suffered by an appellant if the Director published a report on the evidence gathered in his investigation.

la situation dont il est question en l'espèce. Les avocats font valoir qu'au fil des ans, le droit administratif a considérablement évolué. Dans leur argumentation, ils font état d'un certain nombre de décisions où il est souligné que dans les cas où intervient une obligation d'agir équitablement, suivant la complexité des questions en cause et les effets de la décision rendue, la jurisprudence serait en faveur de l'assistance d'un avocat devant un tribunal administratif.

Une loi qui habilite un tribunal à refuser le droit d'être représenté par un avocat doit le faire en termes clairs et explicites, surtout lorsque les droits d'individus sont en jeu. Les avocats renvoient la Cour à la décision *Alliances des Professeurs Catholiques de Montreal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140, où le juge en chef Rinfret a écrit ce qui suit [à la page 154]:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et, surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. A mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence, qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'anuler un droit que possédait un individu.

Les avocats font valoir aussi qu'il faut considérer le droit à l'assistance d'un avocat dans le contexte de la justice naturelle. La nature de l'enquête menée par le Bureau, qui requiert un interrogatoire sous serment, est du type de celle qui exigerait implicitement qu'un avocat soit présent.

Bien que la Cour suprême, dans l'arrêt *Irvine*, ait refusé d'étendre les limites de la participation de l'avocat devant la Commission, les intervenants soutiennent que cet arrêt peut être interprété comme autorisant le droit à la participation d'un avocat dans certaines circonstances. Cet argument s'appuie sur les propos suivants du juge Estey, aux pages 231 et 232 du recueil:

Tout dommage à la réputation ou au droit de conserver une bonne réputation au sein de la collectivité dépend largement, et probablement entièrement, de la publication de la transcription des témoignages entendus par l'officier enquêteur. L'officier enquêteur peut éviter cette publication. Ce dommage ou ce préjudice pourrait être causé à un appelant si le directeur rendait public un rapport sur la preuve réunie au cours de son enquête.

In their view, a careful analysis of this statement suggests that if a commission through its fact-finding affects the reputation of a witness by publishing a transcript of evidence that could prejudicially attack the individual, more protection should be afforded the witness. Contrary to *Irvine*, in the case at bar, the Board is required to publicly report the result of its investigation and the right to adequately review the draft report is negated by the absence of counsel at the inquiry.

As was stated earlier, a great deal of reliance was placed on the *Irvine* case and the results. No passage from that decision is more compelling than the one found at page 206, which clearly points out the distinction between the two governing statutes:

That, in overall view, is the regulatory pattern established by the Act. The entire administration of this Act is done in private except where publication of the Commission's report or the conduct of Commission hearings is directed, and the conduct of prosecutions. At the stage of the administrative process reached here, nothing has been done in public except the application to the Federal Court and to this Court.

It is further submitted that the compelling of a witness to testify under the threat of penalty is a judicial or curial function and not merely fact-finding. The Federal Court of Canada in dealing with the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1] in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493 (C.A.), was reviewing an order to produce documents to complete an investigation and when asked to consider setting aside the directive, the Court found that the tribunal's order was mandatory and wrote [at page 499]:

[I]t has now been settled on highest authority that the exercise of a legal power to compel persons to testify and to produce documents even when exercised by administrative bodies, is a judicial act.

Tribunals are generally bound to provide an individual with knowledge of the case he has to meet and an adequate opportunity to make representations. They argue that allegations against witnesses which could have as a consequence the loss of employment would seriously affect the right of being properly

De l'avis des intervenants, il ressort d'une analyse soignée de ces propos que si une commission, en recueillant des informations, porte atteinte à la réputation d'un témoin en publiant la transcription d'un témoignage qui pourrait porter préjudice à ce dernier, il faudrait lui accorder une protection accrue. Contrairement à l'arrêt *Irvine*, dans la présente espèce, le Bureau est tenu de rendre compte publiquement du résultat de son enquête, et l'absence d'un avocat à l'enquête fait obstacle au droit d'examiner comme il se doit l'ébauche de rapport.

Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, les parties se sont appuyées dans une grande mesure sur l'arrêt *Irvine* et les résultats qui en ont découlé. Aucun passage de cette décision n'est plus convaincant que celui qui figure à la page 206, où ressort clairement la distinction entre les deux lois applicables:

Voilà un aperçu général du régime de réglementation qu'établit la Loi. Toute son application se fait à huis clos, sauf s'il est ordonné que le rapport ou les audiences de la Commission soient rendus publics et s'il y a des poursuites. Au stade de la procédure administrative, que l'on a atteint en l'espèce, rien n'a encore été fait en public si ce n'est la requête adressée à la Cour fédérale et à cette Cour.

Il est allégué de plus que le fait de contraindre une personne à témoigner sous peine de sanction est une fonction judiciaire et non un simple exercice de collecte d'informations. En traitant du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, ch. L-1] dans l'affaire *Lignes Aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493 (C.A.), la Cour fédérale du Canada avait affaire à une ordonnance de production de documents en vue de conclure une enquête et, lorsqu'il lui a été demandé d'envisager de ne pas tenir compte de la directive, la Cour a déterminé que l'ordonnance du tribunal était obligatoire, ajoutant ceci [à la page 499]:

... il a été statué par l'instance suprême que l'exercice du pouvoir légal de contraindre des personnes à témoigner et à produire des documents, même exercé par des organismes administratifs, est un acte judiciaire.

Les tribunaux sont généralement tenus de fournir à une personne des renseignements sur l'affaire qu'elle doit défendre, ainsi que la possibilité convenable de présenter des observations. Les intervenants font valoir que les allégations que l'on formule contre des témoins et qui pourraient entraîner la perte d'un

heard if counsel is denied. This is a widely held principle of natural justice and has been asserted by the courts even when a tribunal has the absolute discretion in the exercise of its administrative functions. As S. A. de Smith wrote in *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd Edition, (1973) at page 208:

That the donee of a power must "act fairly" is a long-settled principle governing the exercise of discretion, though its meaning is inevitably imprecise. Since 1967 the concept of a duty to act fairly has often been used by judges to denote an implied procedural obligation. In general it means a duty to observe the rudiments of natural justice for a limited purpose in the exercise of functions that are not analytically judicial but administrative.

Undoubtedly the scope of the fairness principle depends on the consequences and nature of the inquiry as well as the repercussions on the individuals involved. In this particular case, a witness could be faced with a negative report seriously or adversely affecting his rights without being given a fair opportunity to present his case with the assistance of counsel. The fact that Parliament through this statute compels the attendance of a witness which could result in a seriously flawed published report affecting a person's reputation or livelihood, implies that the Legislature presumed that counsel would be available.

It is accepted that the participation of counsel may be limited, nevertheless a witness should be provided with adequate safeguards.

Submissions by counsel for Captain Roger Parrish and the intervenors with respect to section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

Counsel for Captain Parrish and the intervenors argues that in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, the Supreme Court of Canada did not resolve the question of whether the *Combines Investigation Act*,

emploi auraient une sérieuse incidence sur le droit d'être entendu convenablement si l'on refusait à ces personnes le droit à l'assistance d'un avocat. Il s'agit là d'un principe de justice naturelle largement reconnu que les tribunaux ont confirmé, même lorsqu'un tribunal jouit d'une latitude absolue dans l'exercice de ses fonctions administratives. Comme l'a écrit S. A. de Smith dans *Judicial Review of Administrative Action*, 3^e édition, (1973), à la page 208:

[TRADUCTION] Le fait que le dépositaire d'un pouvoir se trouve dans l'obligation d'«agir équitablement» est un principe depuis longtemps reconnu qui régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire, encore que son sens soit fatalement imprécis. Depuis 1967, les juges ont souvent recouru au concept de l'obligation d'agir équitablement pour dénoter l'existence d'une obligation procédurale implicite. En général, cela signifie le fait d'être tenu d'observer les notions élémentaires de la justice naturelle pour une fin limitée, dans le cadre de fonctions qui, d'un point de vue analytique, ne sont pas judiciaires mais administratives.

Il est indubitable que l'étendue du principe de l'équité est fonction des conséquences et de la nature de l'enquête, de même que des répercussions de cette dernière sur les personnes en cause. Dans la présente espèce, un témoin pourrait être confronté à un rapport défavorable qui aurait une incidence sérieuse ou négative sur ses droits sans avoir une possibilité équitable de présenter ses arguments avec l'assistance d'un avocat. Le fait que le Parlement, par l'entremise de cette Loi, exige la comparution d'un témoin, ce qui pourrait aboutir à la publication d'un rapport fort imparfait ayant une incidence sur la réputation ou les moyens d'existence d'une personne, sous-entend que le législateur supposait qu'un avocat serait présent.

Il est reconnu que la participation de l'avocat serait peut-être restreinte, mais il faudrait néanmoins assurer à un témoin des mesures de protection convenables.

Arguments des avocats du capitaine Roger Parrish et des intervenants à propos de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés

Les avocats du capitaine Parrish et des intervenants font valoir que dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, la Cour suprême du Canada n'a pas réglé la question de savoir si la *Loi*

R.S.C. 1970, c. C-23, to the extent that it compels testimony violates section 7 of the Charter and therefore it is open to this Court to find that section 7 rights are triggered and the right to counsel automatically follows.

In order to trigger section 7, there must be deprivation and the deprivation must be in accordance with the principles of natural justice. Counsel submits that the moment a citizen is detained by the state, the right to silence comes into force. The definition of detention has been interpreted as being broad (*R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613) enough in scope to include witnesses compelled to testify under oath on pain of punishment and other serious ancillary incidents. This sort of state-induced coercion leads to a deprivation, of liberty and the right to silence. They submit that this power to compel to testify and produce equals in essence a power of subpoena. The moment the State puts its hand on the shoulder of a citizen and demands answers on pain of punishment, the right of silence is threatened and the right to counsel necessarily arises. This is all the more so when the investigatory tribunal moves beyond the mere collection of information and analyzes the data in order to make findings and recommendations which are publicized. If the legislation is silent, the fundamental constitutional right must prevail. Therefore, the right to counsel should be determined to be existing. Hence, through this deprivation, the first step of triggering section 7 has been satisfied.

Counsel further submits that any loss of a liberty or, as stated previously, the right to remain silent, can only be restricted in accordance with the principles of fundamental justice. It, in turn, encompasses the common law principles of procedural fairness and the jurisprudence would support the proposition that in such cases the attendance of counsel is mandatory.

Submissions by counsel for the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board with

relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, dans la mesure où cette dernière contraint des personnes à témoigner, viole l'article 7 de la Charte et qu'il est donc loisible à la présente Cour de conclure que les droits visés à l'article 7 s'appliquent et que le droit à l'assistance d'un avocat en découle automatiquement.

Pour que l'article 7 s'applique, il faut qu'il y ait privation, et cette privation doit être conforme aux principes de justice naturelle. Les avocats allèguent qu'aussitôt que l'État garde un citoyen en détention, le droit au silence entre en vigueur. La définition de «détention» a été interprétée comme étant suffisamment étendue (*R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613) pour embrasser les personnes contraintes à témoigner sous serment sous peine de sanctions et d'autres mesures accessoires sérieuses. Ce type de coercition de la part de l'État mène à une privation de la liberté et au droit au silence. Ils font valoir que ce pouvoir de contraindre une personne à rendre témoignage et à produire est assimilable, par essence, à un pouvoir de citation. Dès l'instant où l'État met la main sur l'épaule d'un citoyen et exige de lui des réponses sous peine de sanction, le droit au silence est menacé et le droit à l'assistance d'un avocat apparaît nécessairement. Cela est valable encore plus quand le tribunal d'enquête va au-delà de la simple collecte d'informations et analyse les données pour en dégager des conclusions et des recommandations qui sont publiées. En l'absence de déclaration expresse dans la loi, le droit constitutionnel fondamental doit prédominer. Il faudrait donc juger que le droit à l'assistance d'un avocat existe. Par conséquent, de par cette privation, la première étape de l'application de l'article 7 est satisfaite.

Les avocats soutiennent de plus que toute perte d'une liberté ou, ainsi qu'il a été dit précédemment, le droit de garder le silence, ne peut être restreint qu'en accord avec les principes de justice fondamentale. Cela englobe par ricochet les principes de la common law en matière d'équité procédurale, et la jurisprudence étayerait la prétention selon laquelle la présence d'un avocat est obligatoire dans de tels cas.

Arguments de l'avocat du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des

respect to section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

Counsel for the Board, on the other hand, argues that the present case, which involves a non-criminal fact-gathering investigation, does not give rise to the application of section 7 of the Charter. Judicial interpretation of the right to silence has established that section 7 protections do not apply in the circumstances where the person giving evidence is not an accused or a suspect in a criminal context (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151 and *Morena et al. v. The Queen et al.* (1990), 90 DTC 6685 (F.C.T.D.)). Furthermore, there is no deprivation of liberty and therefore no infringement of section 7 of the Charter.

According to *R. v. Hebert, supra*, in order to determine the principles of fundamental justice and whether there has been deprivation of a right contrary to fundamental justice in each instance, one must look at the common law and sections 8 to 14 of the Charter. The common law principles do not provide for the right to counsel, and none of sections 8 to 14 apply in the present case.

In the alternative, counsel argues that in the event that the Court finds that section 7 of the Charter is violated, such a violation is reasonable and justified in a free and democratic society under section 1.

The objective, the advancement of transportation safety, is of sufficient importance to warrant overriding Captain Parrish's section 7 rights. Transportation safety is a pressing and substantial concern which justifies any limits on Captain Parrish's right to silence and right to counsel in the context of a fact-gathering, non-criminal investigation.

The proportionality test specified in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, is satisfied in that the questioning of Captain Parrish is rationally connected to achieving the objective of advancing transportation safety; questioning without counsel minimally impairs Captain Parrish's rights; and the effects of

transports à propos de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés

L'avocat du Bureau fait valoir, quant à lui, que la présente espèce, qui met en cause une enquête de nature non criminelle, ayant pour objet de recueillir des informations, ne tombe pas sous le coup de l'article 7 de la Charte. Selon une interprétation judiciaire du droit au silence, les mesures de protection que confère l'article 7 ne s'appliquent pas dans les circonstances où la personne qui est appelée à témoigner n'est pas un accusé ou un suspect dans un contexte criminel (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151 et *Morena et autre c. La Reine et autres* (1990), 90 DTC 6685 (C.F. 1^{re} inst.)). Par ailleurs, comme il n'y a pas de privation de liberté, l'article 7 de la Charte n'est pas violé.

Selon l'arrêt *R. c. Hebert*, précité, pour déterminer les principes de justice fondamentale et savoir s'il y a eu privation d'un droit contraire à la justice fondamentale dans chaque cas, il faut examiner la common law et les articles 8 à 14 de la Charte. Les principes de la common law ne prévoient pas le droit d'être représenté par un avocat, et aucun des articles 8 à 14 ne s'applique en l'espèce.

L'avocat soutient subsidiairement que s'il advenait que la Cour juge que l'article 7 de la Charte a été violé, une telle violation serait raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique, aux termes de l'article premier.

L'objectif visé, la promotion de la sécurité dans le domaine des transports, est suffisamment important pour qu'il soit justifié de passer outre aux droits que l'article 7 confère au capitaine Parrish. La sécurité dans le domaine des transports est un sujet pressant et important qui justifie que l'on impose des limites quelconques aux droits du capitaine Parrish au silence et à l'assistance d'un avocat dans le contexte d'une enquête de nature non criminelle ayant pour objet de recueillir des informations.

Le critère de la proportionnalité qui est spécifié dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, est satisfait, en ce sens que l'interrogatoire du capitaine Parrish est logiquement lié à l'objectif de promouvoir la sécurité dans le domaine des transports; interroger le capitaine Parrish hors de la présence

questioning Captain Parrish are proportional to the safety objective of the Board.

CONCLUSION

There has been, as I have stated before, considerable evolution in the law governing tribunals or administrative bodies in general. There is no doubt that a number of inquiries held by administrative tribunals can be conducted without the presence of counsel. My review of the jurisprudence reveals that the duty to act fairly implies the presence of counsel when a combination of some or all of the following elements are either found within the enabling legislation or implied from the practical application of the statute governing the tribunal: where an individual or a witness is subpoenaed, required to attend and testify under oath with a threat of penalty; where absolute privacy is not assured and the attendance of others is not prohibited; where reports are made public; where an individual can be deprived of his rights or his livelihood; or where some other irreparable harm can ensue. I do not intend this list to be exhaustive but I wish to highlight those factual situations in the jurisprudence giving rise to the need for adequate protection by way of counsel or some other advisor.

There is no doubt that boards or tribunals are masters of their own procedure and when witnesses appear with two or three counsel, it is certainly within the Board's domain to limit not only the number of counsel but also the scope of their participation. In this particular inquiry, Captain Parrish appeared on most occasions with lawyers representing varying interests. He had one to advise him with respect to his professional standing and others to advise him with respect to the liability interests that could be at stake. The Board may be perfectly free to prohibit the attendance of more than one counsel and it would be up to the investigator to determine if the presence of more than one would seriously impede the progress of the investigation. In most cases reviewed, the legislation provided for the presence of

d'un avocat ne porte atteinte à ses droits que dans une mesure minimale; et les effets qu'entraîne le fait d'interroger le capitaine Parrish sont proportionnels à l'objectif que vise le Bureau sur le plan de la sécurité.

a

CONCLUSION

Comme je l'ai indiqué précédemment, le droit qui régit les tribunaux ou les organismes administratifs en général a nettement évolué. Il ne fait aucun doute qu'un certain nombre d'enquêtes menées par des tribunaux administratifs peuvent se dérouler sans la présence d'un avocat. Il ressort de l'examen que j'ai fait de la jurisprudence que l'obligation d'agir équitablement implique la présence d'un avocat lorsque la combinaison d'une partie ou de l'ensemble des éléments suivants figurent dans la loi habilitante ou, alors, découlent de l'application pratique de la loi qui régit le tribunal en question: lorsqu'un individu ou un témoin est cité à comparaître, est tenu de comparaître et de rendre témoignage sous serment sous peine d'une sanction; lorsqu'une confidentialité absolue n'est pas garantie et qu'il n'est pas interdit à d'autres personnes d'être présentes; lorsque des rapports sont rendus publics; lorsqu'une personne peut se voir privée de ses droits ou de ses moyens d'existence; ou lorsqu'il peut s'ensuivre un préjudice irréparable de quelque autre nature. Cette liste, qui n'est pas exhaustive, fait ressortir les situations de fait dans la jurisprudence qui donnent lieu à la nécessité d'assurer une protection convenable par l'intermédiaire d'un avocat ou d'un autre conseiller.

g

Il est indubitable que les offices ou les tribunaux sont maîtres de leur propre procédure et que, lorsqu'un témoin comparaît en compagnie de deux ou trois avocats, il est certainement loisible au Bureau de limiter non seulement le nombre de ces derniers mais aussi l'étendue de leur participation. Dans l'enquête dont il est question en l'espèce, le capitaine Parrish s'est présenté la plupart des fois en compagnie d'avocats représentant des intérêts divers. Il y en avait un qui le conseillait sur sa situation professionnelle et d'autres qui lui donnaient des conseils sur les intérêts qui pouvaient être en jeu en matière de responsabilité. Le Bureau peut être parfaitement libre d'interdire la présence de plus d'un avocat, et il appartiendrait à l'enquêteur de déterminer si la présence de plus d'un avocat entraverait sérieusement le déroulement de

counsel but left the Board the power to determine its own procedure. If one finds that participation is unjustly restricted, judicial review is generally available.

The Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board offers to the Court but one valid argument or explanation as to why it wishes to deprive a witness of the right to counsel: that their presence would cause unwarranted delay and perhaps frustrate the immediate gathering of facts. This Court is asked to deprive an individual of his right to silence. In the event of a tragic and catastrophic incident, a witness is subpoenaed within hours and at best days to attend and give testimony under oath with the threat of penalty over his head while perhaps still in a traumatic state. He may not have the presence of mind to invoke the protection of the *Canada Evidence Act* and the *British Columbia Evidence Act*. The witness would be testifying before an investigator who is usually not legally trained, asking double-barrelled questions that in some cases may even be beyond the scope of the Board's mandate; perhaps in the presence of the coroner, police authorities or some regulatory body that has the power to deprive him not only of his reputation but his professional certification and his livelihood. The witness is then faced with interim reports that are sometimes prematurely leaked to the press before having had an opportunity to comment. In such circumstances, I cannot accept the Board's argument that the need for administrative expediency in the proceedings outweighs the necessity for the protection of a witness through the presence of counsel.

After reviewing the jurisprudence and arguments submitted by the parties, I am satisfied that in these circumstances the procedural fairness requires that the witness be permitted to be accompanied by coun-

l'enquête. Dans la plupart des causes que j'ai examinées, la loi prévoyait la présence d'avocats, mais laissait au Bureau le pouvoir de déterminer sa propre procédure. Si l'on juge que la participation est injustement limitée, il est généralement possible de solliciter un contrôle judiciaire.

Le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports ne soumet à la Cour qu'un seul argument ou qu'une seule explication valable quant à la raison pour laquelle il souhaite refuser à un témoin le droit d'être représenté par des avocats: la présence de ces derniers retarderait indûment l'enquête et entraverait peut-être la collecte immédiate d'informations. Il est ainsi demandé à la Cour de refuser à une personne son droit au silence. Lorsqu'il survient un incident tragique et catastrophique, un témoin est cité dans les heures et, au mieux, les jours qui suivent, pour comparaître et rendre témoignage sous serment sous peine de sanction, tout en étant peut-être encore sous le choc des événements. Cette personne n'a peut-être pas la présence d'esprit voulue pour invoquer la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* et de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique. La personne témoignerait devant un enquêteur qui, habituellement, n'a pas suivi de formation juridique et est susceptible de poser des questions équivoques pouvant même, dans certains cas, déborder le cadre des attributions du Bureau, peut-être aussi en présence du coroner, d'autorités policières ou de représentants d'un organisme de réglementation habilité à le priver non seulement de sa réputation mais aussi de son accréditation professionnelle et de ses moyens d'existence. Le témoin est ensuite confronté à des rapports provisoires qui sont parfois mis prématurément entre les mains des journalistes avant qu'il ait eu l'occasion de faire des commentaires. Dans de telles circonstances, je ne puis souscrire à l'argument du Bureau selon lequel la célérité administrative que requièrent les procédures l'emporte sur la nécessité de protéger un témoin par la présence d'avocats.

Après avoir passé en revue la jurisprudence et les arguments que les parties ont présentés, je suis persuadé que dans les circonstances de l'espèce, l'équité procédurale exige qu'il soit permis au témoin d'être

sel when at the inquiry. In view of this conclusion I see no need to address the Charter arguments.

I therefore answer the question in the negative.

Costs to Captain Roger Parrish as well as all intervenors.

accompagné d'un avocat à l'enquête. Compte tenu de cette conclusion, il n'est nul besoin selon moi d'analyser les arguments liés à la Charte.

a Je réponds donc à la question posée par la négative.

Les dépens sont adjugés au capitaine Roger Parrish ainsi qu'à tous les intervenants.

T-2806-90

T-2806-90

Professional Institute of the Public Service
(Applicant)

L'Institut professionnel de la fonction publique
(requérant)

v.

a c.

Her Majesty the Queen (Respondent)

Sa Majesté la Reine (intimée)

and

et

Office of the Commissioner of Official Languages
(Intervenor)

b

Le Commissariat aux langues officielles
(intervenant)

INDEXED AS: PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE
v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION
PUBLIQUE c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, December 14 and
15, 1992 and January 26, 1993.

Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 14
et 15 décembre 1992 et 26 janvier 1993.

*Official languages — Application to set aside decision to
staff Revenue Canada position at Halifax on bilingual impera-
tive basis — Decision said to contravene Official Languages
Act, s. 91 as not objectively required — Bilingual requirement
justified by demographics, proactive component of bilingual
policy — Meaning of “objectively” under s. 91 — Object of
Act analyzed — Duties of federal institutions with respect to
official languages reviewed — Minority language service used
if available and made known to public — Commissioner of
Official Languages, in annual reports to Parliament, indicat-
ing lack of bilingual audit services in Atlantic Region — Des-
ignation neither frivolously nor arbitrarily imposed — Objec-
tivity test under s. 91 met.*

d

*Langues officielles — Demande en vue d'annuler la décision
de doter un poste bilingue à nomination impérative au bureau
de Revenu Canada à Halifax — La décision ne s'imposant pas
objectivement, elle contreviendrait à l'art. 91 de la Loi sur les
langues officielles — Les exigences en matière de bilinguisme
étaient justifiées par les données démographiques et le volet
proactif de la politique du bilinguisme — Sens de «objective-
ment» dans le cadre de l'art. 91 — Analyse de l'objet de la Loi
— Examen des obligations des institutions fédérales en matière
de langues officielles — La minorité linguistique a recours au
service qui lui est offert et dont l'existence est portée à sa con-
naissance — Dans son rapport annuel au Parlement, le com-
missaire aux langues officielles indiquait une lacune en
matière de services bilingues de vérification dans la région de
l'Atlantique — La désignation n'est ni capricieuse ni arbitraire
— Le critère d'objectivité sous le régime de l'art. 91 est res-
pecté.*

e

f

*Public Service — Selection process — Merit principle —
Whether bilingual imperative designation for Senior Business
Auditor position at Halifax District Office of Revenue Canada
in conformity with Public Service Employment Act and Regula-
tions — Duties on federal institutions with respect to minority
language rights — Institutional policies and commitments car-
ried out by public servants under Official Languages Act —
Bilingual proficiency more common among Francophones than
Anglophones — Attention to merit principle required in cir-
cumstances — Imperative staffing normal practice, non-impera-
tive exception under Public Service Employment Act.*

g

h

i

*Fonction publique — Processus de sélection — Principe du
mérite — La désignation bilingue à nomination impérative du
poste de vérificateur supérieur des dossiers d'entreprises au
bureau de district de Revenu Canada à Halifax est-elle con-
forme à la Loi sur l'emploi dans la fonction publique et à son
règlement d'application? — Obligations des institutions fédé-
rales à l'égard des droits linguistiques des minorités — Dans
le contexte de la Loi sur les langues officielles, les politiques et
les engagements institutionnels sont exécutés par les fonction-
naires — La compétence dans les deux langues est plus fré-
quente chez les francophones que chez les anglophones —
Dans certaines circonstances, le principe du mérite demande
une attention particulière — Sous le régime de la Loi sur l'em-
ploi dans la fonction publique, la dotation impérative constitue
la norme alors que la dotation non impérative est l'exception.*

This was an application to set aside respondent's decision to
staff a position of Senior Business Auditor (AU-02) in the Hal-
ifax District Office of Revenue Canada on a bilingual impera-
tive basis. The thrust of the applicant's case was that such des-
ignation was not objectively required and thus contravened

j

Il s'agit d'une demande visant à annuler la décision de l'inti-
mée de désigner un poste de vérificateur supérieur des dossiers
d'entreprises (AU-02) bilingue à nomination impérative au
bureau de district de Revenu Canada à Halifax. À l'appui de sa
demande, le requérant soutient qu'une telle désignation ne

section 91 of the *Official Languages Act*. According to the Director of the Halifax Office, there existed in 1989 an immediate need for a bilingual Senior Business Auditor at the AU-02 level which could not be deferred for the period of time needed to complete language training if the staffing action was conducted on a non-imperative basis. The issue was whether the bilingual imperative designation met the objectivity test under section 91 of the Act.

Held, the application should be dismissed.

Courts have seldom been called upon to intervene on bilingual requirements issues. However, in the case of *Canada (Attorney General) v. Viola*, the Federal Court of Appeal ruled that language requirements cannot be imposed frivolously or arbitrarily and that the purpose of section 91 is to provide comfort and reassurance, rather than create new law. The objectivity test under section 91 must be studied not only in respect of an individual designation which might be required to meet a demand for bilingual services, but must have regard for the "proactive" obligations imposed on federal institutions to promote the use of an official language in a minority setting. It is not sufficient, under a section 91 challenge, to merely demonstrate that respect for bilingual requirements under the *Official Languages Act* might also be achieved through other measures or means; there must be a finding that the staffing action proposed has no factual foundation. The object of the Act is not only to permit the use of our official languages and give citizens the right to deal with federal institutions in the language of their choice, but also to promote the use of both languages or, as expressed in the Act's preamble, "enhancing the vitality and supporting the development of English and French linguistic minority communities". It is only with respect to minority language rights in any given community that the purposes and objectives of the Act are put to the test. In order to attain these objectives, federal institutions are subject to a double duty. First, they must be in a position to respond to a citizen's right to communicate or to be provided services in either language. There are variables in the extent of meeting need and availability of such services. These variables are the product of many basic considerations, including demographic factors, the size of the minority constituency and the significant demand for minority language services. Of particular significance, in the context of the Act, is that institutional policies and commitments must be carried out by public servants. This is when the merit principle requires particular attention. The reality is that bilingual proficiency is more commonly found among Francophones than Anglophones. To foster bilingualism or to meet its statutory duties, the government, through its Public Service Commission, had to designate any number of positions as bilingual, but in so doing, assure that non-bilingual candidates for appointment would not be prejudiced. The second duty imposed on federal institutions is reflected in the preamble and section 41 of the Act: it requires them not only to respond to pressures for more or better bilingual services, but to initiate programmes to offer these services where there is a perceived need for them. A purposive or proactive component in language policies is not only in keeping with statutory obli-

s'imposait pas objectivement et contrevenait par conséquent à l'article 91 de la *Loi sur les langues officielles*. Selon le directeur du bureau d'Halifax, il fallait, en 1989, nommer immédiatement un vérificateur supérieur des dossiers d'entreprises bilingue au niveau AU-02 et on ne pouvait attendre la durée de la formation linguistique, comme cela aurait été le cas si le poste avait été désigné bilingue à nomination non impérative. La question est de savoir si la désignation bilingue à nomination impérative satisfait au critère d'objectivité sous le régime de l'article 91 de la Loi.

b Jugement: la demande doit être rejetée.

Les tribunaux ont rarement été appelés à intervenir dans des questions d'exigences en matière de bilinguisme. Toutefois, dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Viola*, la Cour d'appel fédérale a jugé que les exigences linguistiques ne peuvent être posées de manière capricieuse ou arbitraire et que l'article 91 se veut réconfort et assurance plutôt que droit nouveau. Le critère d'objectivité sous le régime de l'article 91 doit être étudié non seulement dans le cadre d'une désignation individuelle requise afin de répondre à une demande de services dans les deux langues, mais également en fonction des obligations «proactives» imposées aux institutions fédérales, qui doivent promouvoir l'emploi d'une langue officielle dans un milieu minoritaire. Il n'est pas suffisant, dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 91, de démontrer qu'il pourrait également être satisfait aux exigences en matière de bilinguisme prévues à la *Loi sur les langues officielles* grâce à d'autres mesures ou moyens; il faut pouvoir conclure que la dotation en personnel proposée n'a aucun fondement factuel. La Loi vise non seulement à permettre l'emploi de nos langues officielles et à donner aux citoyens le droit de communiquer avec les institutions fédérales dans la langue de leur choix, mais également à promouvoir l'emploi des deux langues ou, comme il est écrit dans le préambule de la Loi, à «favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones... et à appuyer leur développement». L'objet de la Loi et l'intention du législateur ne sont mis à l'épreuve que relativement aux droits linguistiques des minorités d'une collectivité. Pour atteindre ces objectifs, les institutions fédérales sont soumises à une obligation double. La première consiste à veiller à ce qu'elles soient en mesure de respecter le droit d'un citoyen de communiquer avec elles ou d'en recevoir les services dans l'une ou l'autre langue. La mesure dans laquelle on répond à des besoins ou dans laquelle on offre des services varie. Ces variations sont le fruit de nombreuses considérations fondamentales, dont les facteurs démographiques, l'importance du groupe minoritaire et la demande de services dans la langue de la minorité. Dans le contexte de la Loi, le fait que les politiques et les engagements institutionnels doivent être exécutés par les fonctionnaires revêt une importance particulière. C'est à ce moment-là que le principe du mérite demande une attention particulière. Le fait est que la compétence dans les deux langues est une caractéristique inhérente aux francophones plus qu'aux anglophones. Afin de promouvoir le bilinguisme ou de s'acquitter de ses obligations, le gouvernement, par l'entremise de la Commission de la fonction publique, a dû désigner un certain nombre de postes bilingues et, ce faisant, veiller à ce que les candidats unilingues à une nomination ne

gations, but is conducive to effective practices. From the experience of the Halifax Office when a French telephone information service was instituted, one could reasonably conclude that a minority language service would be used if available and made known to the public.

The Commissioner of Official Languages, an intervenor herein pursuant to subsection 78(1) of the Act, had made some negative comments with respect to the standards of bilingual services at the Halifax Office. These comments were an indication that the respondent's decision was not the result of an overnight, born-again conviction that instant bilingualism was called for, but that the need had long been outstanding. Moreover, according to the Office Director, there was at the time an immediate need for a bilingual AU-02 position which was justified by the demographics and by the proactive component of bilingual policy. The Director had also to take into account a policy directive issued by the Public Service Commission that "imperative staffing constitutes the normal application of the *Public Service Employment Act*, while non-imperative is an exception". Curial scrutiny of staffing actions must of necessity be circumscribed; so long as there is a factual basis on which a particular staffing action is taken, and so long as that action is in conformity with relevant statutes and more discrete regulations, courts cannot and should not intervene. The staffing action taken by the respondent, in calling for an AU-02 bilingual imperative designation, met the test imposed by section 91 of the *Official Languages Act*.

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. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
- Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 21, 22, 24, 28, 30, 32, 33, 39, 41, 46, 47, 48, 56, 66, 78, 80, 91.
- Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 20.
- Public Service Official Languages Appointment Regulations*, SOR/81-787.
- Public Service Official Languages Exclusion Approval Order*, SOR/81-787.

soient pas lésés. La deuxième obligation légale des institutions fédérales est reflétée dans le préambule et l'article 41 de la Loi, qui obligent les institutions non seulement à réagir aux pressions exercées sur elles en vue d'obtenir des services bilingues plus nombreux ou plus efficaces, mais encore à élaborer des programmes visant la prestation de ces services là où le besoin se fait sentir. Le volet fonctionnel ou proactif des politiques linguistiques est non seulement compatible avec les obligations légales, mais il encourage les pratiques efficaces. L'expérience du service francophone de renseignements téléphoniques mis sur pied par le bureau d'Halifax permet raisonnablement de conclure que la minorité linguistique a recours au service qui lui est offert dans sa langue et dont l'existence est portée à sa connaissance.

Le commissaire aux langues officielles, qui est intervenu en l'espèce conformément au paragraphe 78(1) de la Loi, avait formulé des commentaires défavorables à l'égard de la qualité des services bilingues offerts au bureau d'Halifax. Ces commentaires montrent que la décision de l'intimée n'était pas fondée sur la conviction, soudaine et ravivée, que le bilinguisme instantané était nécessaire, mais que le besoin existait depuis longtemps. En outre, selon le directeur du bureau, il existait, à cette époque, un besoin immédiat pour un poste de AU-02 bilingue, que justifiaient les données démographiques et le volet proactif de la politique du bilinguisme. Le directeur devait également tenir compte de la directive d'orientation publiée par la Commission de la fonction publique, selon laquelle «sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, la dotation impérative constitue la norme alors que la dotation non impérative est l'exception.» L'examen par les tribunaux de la dotation en personnel doit nécessairement être circonscrit; lorsque les faits justifient une dotation particulière, et que cette dernière est conforme aux lois pertinentes et aux règlements plus spécifiques, les tribunaux ne peuvent et ne doivent pas intervenir. La dotation en personnel effectuée par l'intimée, exigeant que le poste AU-02 soit bilingue à nomination impérative, satisfait au critère imposé par l'article 91 de la *Loi sur les langues officielles*.

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. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22.
- Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*, DORS/81-787.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
- Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10, 20.
- Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 21, 22, 24, 28, 30, 32, 33, 39, 41, 46, 47, 48, 56, 66, 78, 80, 91.
- Règlement sur les langues officielles lors de nominations dans la Fonction publique*, DORS/81-787.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Viola, [1991] 1 F.C. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.).

CONSIDERED:

Gariépy v. Federal Court of Canada (Administrator) (1987), 14 F.T.R. 58 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Book I: The Official Languages. Ottawa: Queen's Printer, 1967.

APPLICATION to set aside decision to staff a position in the Halifax District Office of Revenue Canada on a bilingual imperative basis. Application dismissed.

COUNSEL:

Sean T. McGee for applicant.
Alain Préfontaine for respondent.
Peter B. Annis and *Richard Tardif* for intervenor.

SOLICITORS:

Nelligan/Power, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Scott & Ayles, Ottawa, for intervenor.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.:

THE ISSUE

This is an application to set aside a decision by the respondent to staff a position in the Halifax District Office of Revenue Canada on a bilingual imperative basis.

The position is that of Senior Business Auditor, known in the classification nomenclature of the Public Service of Canada as an AU-02 position.

The applicant's ground for review in this Court is that the respondent's decision was not objectively required and thus contravenes section 91 of the *Offi-*

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada (Procureur général) c. Viola, [1991] 1 C.F. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Gariépy c. Cour fédérale du Canada (Administrateur) (1987), 14 F.T.R. 58 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre I: Les langues officielles. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1967.

DEMANDE visant à faire annuler la décision de doter un poste bilingue à nomination impérative au bureau de district de Revenu Canada à Halifax. Demande rejetée.

AVOCATS:

Sean T. McGee pour le requérant.
Alain Préfontaine pour l'intimée.
Peter B. Annis et *Richard Tardif* pour l'intervenant.

PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.
Scott & Ayles, Ottawa, pour l'intervenant.

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

LE JUGE JOYAL:

LA QUESTION EN LITIGE

La présente demande vise à annuler la décision de l'intimée de doter un poste bilingue à nomination impérative au bureau de district de Revenu Canada à Halifax.

Il s'agit du poste de vérificateur supérieur des dossiers d'entreprises, classé AU-02 dans la nomenclature de la fonction publique du Canada.

Le requérant soutient, à l'appui de sa demande de contrôle, que la décision de l'intimée ne s'imposait pas objectivement et qu'elle contrevient par consé-

cial Languages Act [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31]. Section 91 reads as follows:

91. Nothing in Part IV or V authorizes the application of official language requirements to a particular staffing action unless those requirements are objectively required to perform the functions for which the staffing action is undertaken.

The applicant states that in so designating the position as bilingual imperative, the respondent

a) failed to apply an objective review of the staffing requirements of the position;

b) failed to properly consider the evidence on the nature and scope of the auditor's duties;

c) made a designation which was not objectively required for the functions of that office;

d) had failed to consider that the French language requirements could have reasonably been met through language training subsequent to appointment;

e) had failed to consider that the obligations under sections 21 and 22 of the Act could have been met without a bilingual imperative designation;

f) had unduly interfered, by reason of the designation, with employment opportunity rights of auditors at the Halifax District Office, as provided under section 39 of the Act.

The respondent, Her Majesty the Queen, and the intervenor, the Office of the Commissioner of Official Languages, contest the application and urge the Court to find that the bilingual imperative designation was made properly under the *Official Languages Act*, the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33] and pertinent regulations, that the designation was objectively based, and that the Court should find that the requirements of section 91 of the *Official Languages Act* had been met.

THE FACTS

Pursuant to section 80 of the *Official Languages Act*, proceedings in this Court are determined in a summary manner. As a result, the evidence adduced at the hearing comprised various affidavits and exhibits together with transcripts of cross-examinations on

quent à l'article 91 de la *Loi sur les langues officielles* [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31]. L'article 91 est ainsi libellé:

91. Les parties IV et V n'ont pour effet d'autoriser la prise en compte des exigences relatives aux langues officielles, lors d'une dotation en personnel, que si elle s'impose objectivement pour l'exercice des fonctions en cause.

Le requérant soutient qu'en désignant le poste bilingue à nomination impérative, l'intimée a:

a) omis d'examiner objectivement les exigences relatives à la dotation du poste;

b) omis d'étudier régulièrement la preuve portant sur la nature et l'étendue des fonctions du vérificateur;

c) effectué une désignation qui ne s'imposait pas objectivement pour l'exercice des fonctions en cause;

d) négligé la possibilité que les exigences linguistiques relatives au français aient pu être raisonnablement respectées au moyen d'une formation linguistique subséquente à la nomination;

e) négligé le fait que les obligations imposées par les articles 21 et 22 de la Loi auraient pu être remplies sans que le poste soit désigné bilingue à nomination impérative;

f) par cette désignation, indûment porté atteinte aux droits des vérificateurs du bureau de district d'Halifax en matière de chances d'emploi, contrairement à l'article 39 de la Loi.

L'intimée, Sa Majesté la Reine, et l'intervenant, le Commissariat aux langues officielles, contestent la demande et prient la Cour de conclure à la régularité de la désignation du poste bilingue à nomination impérative en vertu de la *Loi sur les langues officielles*, de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-33] et de leurs règlements d'application, à la nature objective de la désignation et au respect des exigences formulées à l'article 91 de la *Loi sur les langues officielles*.

LES FAITS

Conformément à l'article 80 de la *Loi sur les langues officielles*, les recours intentés devant cette Cour sont jugés en procédure sommaire. En conséquence, la preuve produite à l'audience comprenait plusieurs affidavits et pièces ainsi que les transcriptions des

some of these. The whole of the evidence is accordingly quite extensive and I should attempt to summarize it as best as possible.

The issue raised had its origins in 1989 when the Director of the Halifax District Office of Revenue Canada decided to designate as bilingual imperative a new Senior Business Auditor position at the AU-02 level.¹ This did not sit well with a number of auditors in the office and some ten of them signed a "To Whom It May Concern" letter objecting to the designation. In due course, proceedings were taken by the union on their behalf before the Federal Court and the issue became joined.

The opening shot by the applicant union was the evidence, in affidavit form, of Mr. Tom Nader, who was an AU-01 auditor at Halifax and who had originally signed a complaint with respect to the bilingual imperative designation of the AU-02 position. In Mr. Nader's opinion, there was no need for this designation. He stated that there were already two bilingual auditors, one at the AU-01 level and the other at the AU-03 level. Of the thousands of corporate tax returns filed in Halifax, only 10% were subject to audit and of those selected, only one might be in the French language. The two bilingual auditors could very well handle that task without trouble and, in any event, the duties would only be required for a couple of years, because by that time, the bilingual non-imperative incumbent of the AU-02 position would presumably have completed his or her language training.

Furthermore, stated Mr. Nader, AU-02 business auditors spend approximately 65% of their time communicating with clients. They are not required to respond to French language enquiries. The bilingual AUs on staff can meet the needs of French taxpayers.

¹ There were originally two bilingual imperative positions designated, one at the AU-02 level and the other at the AU-03 level. These two designations were the subject of a complaint by the applicant union to the Office of the Commissioner of Official Languages. Following an investigation, it was the view of the Office of the Commissioner that the AU-03 position be designated as bilingual non-imperative and Revenue Canada agreed to it. The designation with respect to the AU-02 position, however, was maintained and remains the subject of this litigation.

contre-interrogatoires tenus sur certains d'entre eux. La preuve est donc imposante, et je vais tenter de la résumer du mieux que je peux.

L'origine du litige remonte à 1989, lorsque le directeur du bureau de district de Revenu Canada à Halifax a décidé de désigner bilingue à nomination impérative un nouveau poste de vérificateur principal des dossiers d'entreprises de niveau AU-02¹. Certains vérificateurs du bureau n'ont pas prisé cette décision et, pour s'y opposer, quelque dix d'entre eux ont signé une lettre adressée «À qui de droit». En temps utile, le syndicat a, en leur nom, intenté un recours devant la Cour fédérale et la contestation a ensuite été liée.

Le coup d'envoi du syndicat requérant a été le témoignage, sous forme d'affidavit, de M. Tom Nader, vérificateur AU-01 à Halifax ayant initialement déposé une plainte à l'égard du poste AU-02 désigné bilingue à nomination impérative. De l'avis de M. Nader, cette désignation ne s'imposait pas puisque deux vérificateurs étaient bilingues, l'un de niveau AU-01 et l'autre de niveau AU-03. Des milliers de déclarations de revenus de sociétés produites à Halifax, seulement 10 % ont été l'objet d'une vérification et, de ce nombre, peut-être une seule déclaration était en français. Les deux vérificateurs bilingues pouvaient très bien s'acquitter de cette tâche sans difficulté et, quoi qu'il en soit, leurs services n'auraient été nécessaires que pendant environ deux ans puisqu'il y a lieu de croire que le titulaire du poste AU-02 bilingue à nomination non impérative aurait alors terminé sa formation linguistique.

En outre, a déclaré M. Nader, les vérificateurs AU-02 des dossiers d'entreprises consacrent approximativement 65 % de leur temps à communiquer avec les clients. Ils ne sont pas tenus de répondre aux demandes de renseignements formulées en français. Les vérificateurs bilingues au sein du personnel peu-

¹ Initialement, deux postes avaient été désignés bilingues à nomination impérative, l'un de niveau AU-02 et l'autre de niveau AU-03. Le syndicat requérant a déposé une plainte à l'égard des deux désignations auprès du Commissariat aux langues officielles. À la suite d'une enquête, le Commissariat a conclu que le poste AU-03 devait être bilingue à nomination non impérative, ce à quoi Revenu Canada a consenti. Toutefois, la désignation du poste AU-02 a été maintenue et elle fait l'objet du présent litige.

Mr. Nader broke down the Auditors' Group at Halifax, as of November 1, 1990, as follows:

TOTAL NUMBER OF AUDITORS	54
AU-01 Level	18
AU-02 Level	18
AU-03 Level	14
AU-04 Level	3
AU-05 Level	<u>1</u>
	54 54

He stated that employment turnover at Halifax is low and vacant AU-02 positions are very infrequent. In his 11 years at the Halifax Office, he was aware of only six competitions for AU-02 positions. In the event, stated Mr. Nader, the bilingual imperative designation for an AU-02 competition virtually eliminated any opportunity for advancement by any of the AU-01 employees within the Halifax District Office if they wished to remain in Halifax.

A response to this evidence was provided by Nathan B. Squires, Director of the Halifax District Office. He stated that the decision on the bilingual imperative designation for the new AU-02 position was made in consultation with the Assistant Deputy Minister, Atlantic Region. At that time, the required person-years for a number of new positions had not yet received Treasury Board endorsement, but it was decided to go ahead anyway with a closed competition on an anticipatory basis. As it turned out, there was one successful applicant for the designated AU-02 position in Halifax. He was put on the eligibility list, but as the requested person-year had not been approved by Treasury Board, the position could not be filled. The successful applicant subsequently accepted a position elsewhere, and the eligibility list has long since expired.

According to Mr. Squires, there existed in Halifax at that time a requirement for a bilingual imperative Senior Business Auditor at the AU-02 level. There was a need for this bilingual position to provide ser-

vent répondre aux besoins des contribuables francophones.

M. Nader a réparti le groupe des vérificateurs qui travaillaient à Halifax le 1^{er} novembre 1990 comme suit:

NOMBRE DE VÉRIFICATEURS	54
Niveau AU-01	18
Niveau AU-02	18
Niveau AU-03	14
Niveau AU-04	3
Niveau AU-05	<u>1</u>
	54 54

Il a déclaré que le renouvellement du personnel à Halifax était faible et que les postes AU-02 vacants étaient très rares. À sa connaissance, au cours de ses 11 ans passés au bureau d'Halifax, seulement six concours visant à combler des postes de AU-02 ont été tenus. En l'occurrence, a déclaré M. Nader, le concours tenu à l'égard du poste AU-02 bilingue à nomination impérative éliminait pour ainsi dire toute possibilité d'avancement pour les employés de niveau AU-01 du bureau de district d'Halifax qui désiraient y demeurer.

Nathan B. Squires, directeur du bureau de district d'Halifax, a répliqué à ce témoignage. Il a déclaré que la décision de désigner le nouveau poste AU-02 bilingue à nomination impérative avait été prise de concert avec le sous-ministre adjoint de la région de l'Atlantique. Même si, à cette époque-là, le Conseil du Trésor n'avait pas encore approuvé les années-personnes requises pour un certain nombre de nouveaux postes, il a tout de même été décidé de tenir un concours interne par anticipation. Finalement, un candidat a été reçu au poste de AU-02 à Halifax. Il a été placé sur la liste d'admissibilité, mais comme l'année-personne réclamée n'avait pas été approuvée par le Conseil du Trésor, le poste n'a pu être pourvu. Le candidat reçu a par la suite accepté un poste ailleurs, et la liste d'admissibilité a depuis longtemps expiré.

Selon M. Squires, à cette époque-là à Halifax, la nécessité de nommer un vérificateur supérieur des dossiers d'entreprises bilingue à nomination impérative au niveau AU-02 se faisait sentir. Cette nécessité

vice in French consonant with the duties of the position and the unavailability of existing bilingual capacity. Mr. Squires had reached the conclusion that such a need was immediate and could not have been deferred for the two years prescribed, had the position been designated non-imperative.

Mr. Squires stated in his affidavit that an AU-02 deals directly with taxpayers of both official language groups and the incumbent must spend 65% of his time in contact with business establishments. His geographical area of service, while in mainland Nova Scotia for usual tax purposes, extends to the whole of the Atlantic region when dealing with the Scientific Research Experimental Development (SRED) Program.

Mr. Squires added that a business audit by an AU-02 can be very intimidating to a taxpayer, and it is the duty of an auditor to be courteous, considerate, and to conduct his audits in the language of the taxpayer's choice, meaning, of course, in either official language.

According to departmental records, over a thousand French language tax returns were filed in Halifax in 1986. Of a similar number filed in 1987, some 34 of them showed business income and 13 were corporate tax returns. According to information supplied to the Director by the Fédération Acadienne de la Nouvelle-Écosse, this was not indicative of actual demand. In the Director's experience, taxpayers, for obvious reasons, are reluctant to ask for bilingual audits.

Mr. Squires further noted that the new *Official Languages Act* imposes a more active role on federal institutions in making bilingual services available to Canadian citizens. He referred in that respect to the shortcomings of the Halifax Office as reported by the Commissioner of Official Languages in his Annual Report over a number of prior years.

Mr. Squires disclosed that at the time of the designation of one AU-02 position as bilingual imperative,

de désigner un poste bilingue afin d'offrir des services en français découlait de la nature du poste et de l'impossibilité de l'effectif bilingue d'offrir ces services. M. Squire avait conclu que le besoin était immédiat et qu'on ne pouvait attendre deux ans pour y satisfaire, comme cela aurait été le cas si le poste avait été désigné bilingue à nomination non impérative.

M. Squires a déclaré dans son affidavit qu'un vérificateur AU-02, qui est en contact direct avec les contribuables des deux langues officielles, doit consacrer 65 % de son temps à communiquer avec les entreprises. Bien qu'il desserve la Nouvelle-Écosse continentale en matière d'impôt, il est responsable de l'ensemble de la région de l'Atlantique à l'égard du Programme de recherche scientifique et de développement expérimental (RSDE).

M. Squires a ajouté qu'une vérification des dossiers d'entreprises effectuée par un AU-02 peut s'avérer très intimidante pour un contribuable; le vérificateur doit donc se montrer courtois et aimable, et il doit effectuer ses vérifications dans la langue du choix du contribuable, c'est-à-dire, évidemment, dans l'une ou l'autre langue officielle.

Suivant les dossiers du Ministère, plus de mille déclarations de revenus ont été produites en français à Halifax en 1986. D'un nombre presque identique en 1987, quelque 34 déclarations faisaient état d'un revenu d'entreprise et les déclarations de revenus de sociétés s'élevaient à 13. Selon les renseignements fournis au Directeur par la Fédération Acadienne de la Nouvelle-Écosse, ces données ne reflètent pas la demande réelle. Le Directeur sait par expérience que, pour des raisons évidentes, les contribuables hésitent à demander des vérifications dans les deux langues.

M. Squires a également fait remarquer que la nouvelle *Loi sur les langues officielles* exige des institutions fédérales un rôle plus actif dans la prestation aux citoyens canadiens des services dans les deux langues. Il a renvoyé à cet égard aux lacunes du bureau d'Halifax signalées à quelques reprises au cours des années précédentes par le commissaire aux langues officielles dans son rapport annuel.

M. Squires a révélé qu'au moment où un poste de AU-02 a été désigné bilingue à nomination impérative,

there were approximately 54 auditors at Halifax. Of these, there were two bilingual auditors at the AU-01 level, one bilingual auditor at the AU-03 level and none at the AU-02 level. This resulted in a chronic shortcoming in bilingual capacity and Mr. Squires cited as an example of this, a twenty-line French letter addressed to a taxpayer in June 1989 which contained 49 grammatical and spelling errors. The taxpayer was not amused.

Mr. Squires had also considered the alternative of having certain AU-02 functions performed by the bilingual AU-01 auditors or by the bilingual AU-03 auditor. He had concluded that this had not worked in the past and would not work in the future. This kind of shuffling did not provide the expertise required of an AU-02, and as for the bilingual AU-03, the incumbent had enough to do in his office without having to hit the road in order to conduct audits anywhere within mainland Nova Scotia.

Mr. Squires had concluded that in fact, a bilingual non-imperative competition would not have satisfied the operational requirements of the Halifax Office. Such a designation is, of course, optional to a manager when no immediate need of bilingual proficiency is required. In such event, a unilingual applicant might qualify so long as he undertakes to take language courses. The problem was, however, that until such an applicant had achieved an appropriate level of language proficiency, bilingual services were not available and, for that matter, neither were the services of the incumbent while undertaking training.

Mr. Squires offered further evidence when cross-examined on his affidavit by applicant's counsel. He elaborated on an element in official languages policy which required that official language services not only be provided in response to need, but that such services be actively offered to the public. The number of French language tax returns was not altogether relevant in such circumstances, as he knew from his personal experience in doing audits in French-speaking areas such as Chéticamp and Île Madame, that the

tive, approximativement 54 vérificateurs travaillaient à Halifax. De ce nombre, deux vérificateurs de niveau AU-01 et un vérificateur de niveau AU-03 étaient bilingues, alors que le niveau AU-02 ne comptait aucun vérificateur bilingue. Il en est résulté un manque chronique de personnel bilingue et, à titre d'exemple, M. Squires a cité une lettre de vingt lignes rédigée en français et adressée à un contribuable en juin 1989, où l'on pouvait compter 49 fautes de grammaire ou d'orthographe. Le contribuable n'a pas trouvé cela drôle.

M. Squires a aussi considéré la possibilité de faire exécuter certaines fonctions de niveau AU-02 par des vérificateurs AU-01 bilingues ou par le vérificateur AU-03 bilingue. Mais comme cette mesure avait échoué auparavant, il a conclu qu'elle n'aurait pas de succès dans l'avenir. Ce genre de palliatif n'assurait pas l'expertise exigée d'un AU-02, et quant au vérificateur AU-03 bilingue, il avait suffisamment à faire dans le cadre de ses fonctions sans avoir à parcourir toute la partie continentale de la Nouvelle-Écosse pour effectuer des vérifications.

M. Squires a conclu qu'en fait un concours visant un poste bilingue à nomination non impérative n'aurait pas satisfait aux exigences opérationnelles du bureau d'Halifax. Évidemment, une telle désignation est facultative lorsque, de l'avis du gestionnaire, il n'y a pas un besoin immédiat de compétence dans les deux langues. Dans un tel cas, le candidat unilingue peut être admissible s'il s'engage à suivre des cours de langues. La difficulté résidait toutefois dans le fait que, jusqu'à ce que le candidat ait atteint un niveau satisfaisant de compétence linguistique, les services dans les deux langues n'étaient pas offerts, pas plus d'ailleurs que les services du titulaire pendant la durée de sa formation.

M. Squires a offert une preuve supplémentaire lorsqu'il a été contre-interrogé sur son affidavit par l'avocat du requérant. Il a ajouté des précisions sur un volet de la politique en matière de langues officielles selon lequel des services dans les deux langues officielles doivent être offerts non seulement en réponse à un besoin, mais ils doivent aussi être offerts activement au public. Le nombre de déclarations de revenus produites en français n'était pas très pertinent dans de telles circonstances, puisque,

taxpayers there were not altogether comfortable in keeping English records and filing English tax returns. Whatever the offer of services might be, it would therefore be extremely difficult to make statistical projections as to what the response to an active offer might be.

In this respect, Mr. Squires noted that when his office was running an enquiries telephone line, a hundred calls or so were received annually from French-speaking taxpayers. When it was later decided to offer a separate French enquiries line, the number per year jumped to something like 1500 calls. This, in the mind of the witness, was an indication that when a bilingual service is actively offered, language groups will respond to it.

Also filed in evidence was the affidavit of Mr. Marcel Pilon, Director of the Official Languages Division in Revenue Canada, Taxation. Mr. Pilon had collected and collated a mass of statistical data, showing a French-speaking population in the central metropolitan area of Halifax of some 7,600 people, and a total French-speaking population in mainland Nova Scotia of 25,000 people. In the area covered by the Halifax office in dealing with the SRED Program, and which included the Atlantic Region generally, francophones made up just under 275,000 of the total population.

Mr. Pilon also listed accounting firms and legal firms in Nova Scotia offering bilingual services to their clients as well as the number of francophone businesses, corporations, fish-processing plants and commercial farmers operating in the area. He related the number of critical comments about the Halifax office made by the Official Languages Commissioner over the years 1982 to 1988, and noted in particular that in 1987, after repeated reminders, the Halifax Office had no more than 2% or 3% bilingual staff and not one professional bilingual auditor.

d'après l'expérience qu'il a acquise en effectuant des vérifications dans des régions francophones comme Chéticamp et Île Madame. M. Squires savait que les contribuables de ces régions n'étaient pas sans éprouver quelque difficulté à tenir des registres en anglais et à produire des déclarations de revenus dans cette langue. Peu importe la nature de l'offre des services, il serait par conséquent extrêmement difficile de faire des prévisions statistiques quant à la réponse à une offre active.

À cet égard, M. Squires a fait remarquer que, lorsqu'il avait mis à la disposition des contribuables une ligne téléphonique pour répondre à leurs demandes de renseignements, son bureau avait reçu annuellement environ une centaine d'appels de contribuables francophones. Lorsque, plus tard, le bureau avait offert une ligne distincte aux francophones, le nombre d'appels était passé à environ 1 500 par année. Dans l'esprit du témoin, cet écart indiquait que, lorsqu'un service bilingue est offert activement, les groupes linguistiques y répondent.

On a également produit en preuve l'affidavit de M. Marcel Pilon, directeur, Division des langues officielles à Revenu Canada, Impôt. M. Pilon a recueilli une multitude de données statistiques démontrant que la population francophone de la région métropolitaine d'Halifax s'élève à 7 600 et que la population francophone de la Nouvelle-Écosse continentale s'élève à 25 000 personnes. La région desservie par le bureau d'Halifax en matière de RSDE, qui comprend la région de l'Atlantique en général, regroupe près de 275 000 francophones.

M. Pilon a également énuméré des cabinets d'experts-comptables et d'avocats de la Nouvelle-Écosse offrant à leurs clients des services dans les deux langues et il a fait état du nombre d'entreprises, de sociétés, d'usines de transformation du poisson et d'agriculteurs commerciaux qui sont francophones dans cette région. Il a rapporté les commentaires négatifs formulés par le commissaire aux langues officielles de 1982 à 1988 à l'égard du bureau d'Halifax, et il a fait notamment remarquer que, en 1987, à la suite de rappels répétés, seulement 2 % ou 3 % du personnel du bureau d'Halifax était bilingue et aucun vérificateur professionnel ne l'était.

Further evidence was adduced in the affidavit of Ms. Vera McClay, Director, Official Languages Directorate, Public Service Commission. The witness set out the statutory and regulatory underpinnings upon which the provisions of the *Official Languages Act* are carried out. These included the *Public Service Employment Act*, the *Public Service Official Languages Exclusion Approval Order* [SOR/81-787], and the *Public Service Official Languages Appointment Regulations* [SOR/81-787].

Ms. McClay stated that it is policy to staff on a bilingual imperative basis when the position requires full bilingual proficiency at the time of the appointment. Conversely, a bilingual non-imperative designation may be made when the candidate need not meet all linguistic requirements of the position immediately. The processes involved are found in the exclusion approval order identified above.

The foregoing references to the facts do not cover all of the evidence adduced and contain only limited comment on the extensive exhibits filed in support. Nevertheless, I believe there is enough material now before us to set out the legal structures under which the issue before the Court has come into focus.

THE LAW

The fountainhead of official bilingualism is found in the Canadian constitution. Sections 16 to 22 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]] declare that English and French are the official languages of Canada, that they enjoy equal status, equal rights and equal privileges in all institutions of Parliament and government of Canada. More specifically, section 20 of the Charter gives a right to any member of the public in Canada to communicate with and to receive available services in the language of one's choice from any federal institution where there is a significant demand or where, due to the nature of the institution, it is reasonable that such communications with or services from it be available in both languages.

L'affidavit de Mme Vera McClay, directrice de la Direction des langues officielles à la Commission de la Fonction publique, a également été déposé en preuve. Le témoin a énoncé les bases législatives et réglementaires sur lesquelles repose l'application des dispositions de la *Loi sur les langues officielles*. Elles sont la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, le *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique* [DORS/81-787] et le *Règlement sur les langues officielles lors de nominations dans la Fonction publique* [DORS/81-787].

Selon Mme McClay, en principe, un poste est désigné bilingue à nomination impérative lorsqu'il requiert une compétence absolue dans les deux langues au moment de la nomination. Par contre, une désignation bilingue à nomination non impérative est possible lorsque le candidat n'est pas tenu de satisfaire immédiatement à toutes les exigences linguistiques du poste. Le décret d'exclusion mentionné ci-dessus prévoit les formalités nécessaires.

Les renvois précédents aux faits ne couvrent pas toute la preuve présentée et ne contiennent que des commentaires restreints sur les nombreuses pièces produites à l'appui. Néanmoins, je crois que nous disposons de suffisamment d'éléments pour établir les structures juridiques sur lesquelles porte la question en litige en l'espèce.

LE DROIT

Le bilinguisme officiel tire son origine dans la constitution canadienne. Les articles 16 à 22 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]] portent que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada. Plus précisément, l'article 20 de la Charte prévoit que le public a, au Canada, droit à l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues pour communiquer avec les institutions du Parlement ou pour en recevoir les services là où l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante ou là où l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

Next comes the *Official Languages Act*, a statute which has been described as a quasi-constitutional document. In its lengthy preamble, the Act repeats the constitutional rights and guarantees of the Charter with respect to communications with and services from the Government of Canada in either official language. The preamble also reflects on the in-house requirement of the government to provide equal opportunities to its employees to choose either language as their language of work.

There is also provision of equal access to government appointments for both English-speaking and French-speaking Canadians, with due regard for the merit principle.

Finally, there is a commitment of the Government of Canada to enhance the vitality and support the development of English and French linguistic minority communities as an integral part of the two language communities in Canada.

Part IV of the Act is relevant to the issue before me. It speaks of communications with and responses from government services in either official language. Paragraph 22(b) repeats the principle laid down in section 20 of the Charter concerning the "significant demand" for communications and services and later, in section 24 of the Act, provides by regulation the institutions of government in which it would "be reasonable" that communications and services be available in both official languages.

Section 28 might be termed the proactive clause. It imposes on federal institutions the duty to ensure that appropriate measures are taken to make it known to the public that services in either official language are available. Likewise, under section 30, these institutions are obliged to use communications media which will effectively and efficiently reach both language groups.

Subsection 32(1), in turn, prescribes in more detail the regulatory authority of the Governor in Council with respect to "significant demand", to circumstances not otherwise provided, and with respect to the services and the manner of providing them. It also

Vient ensuite la *Loi sur les langues officielles*, dite quasi-constitutionnelle. Dans son très long préambule, elle réitère les droits et les garanties prévus à la Charte en matière de communications avec le gouvernement du Canada et des services qu'il offre dans l'une ou l'autre langue officielle. Le préambule reflète également l'obligation interne imposée au gouvernement d'offrir à ses employés l'égal possibilité d'utiliser la langue de leur choix.

La Loi garantit également des chances égales d'emploi au sein du gouvernement aux canadiens d'expression française et d'expression anglaise, dans le strict respect du principe du mérite.

Enfin, le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones, au titre de leur appartenance aux deux collectivités de langue officielle, et à appuyer leur développement.

La partie IV de la Loi est également pertinente relativement à la question dont je suis saisi. Il y est question des communications avec le gouvernement et des services qu'il offre dans l'une ou l'autre langue officielle. L'alinéa 22b) réitère le principe énoncé à l'article 20 de la Charte à l'égard de la «demande importante» lorsqu'il s'agit de communiquer ou de recevoir des services, et l'article 24 de la Loi prévoit que sont fixées par règlement les institutions fédérales dont la vocation «justifie» l'emploi, pour communiquer avec leurs bureaux ou en recevoir les services, des deux langues officielles.

L'article 28 pourrait être appelé la clause proactive. Il impose aux institutions fédérales l'obligation de veiller à ce que les mesures voulues soient prises pour informer le public que les services sont offerts dans l'une ou l'autre langue officielle. De même, en vertu de l'article 30, ces institutions sont tenues d'utiliser les médias qui leur permettent d'assurer une communication efficace avec le public dans les deux langues officielles.

Quant au paragraphe 32(1), il énonce avec plus de précision le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil à l'égard de la «demande importante», des circonstances à déterminer en cas de silence de la loi, ainsi que des services visés et les modalités de leur

authorizes the Governor in Council to have regard to: the French and English linguistic minority population served by the government; the proportion of that population and its characteristics; the volume of business in either language; and finally, any other factors the Governor in Council considers appropriate.

Part VI of the Act declares that the government is committed to the policy of providing opportunities to members of both language groups to obtain employment and advancement. Under subsection 39(2), the government is to take due account of the purposes and provisions of Parts IV and V in so doing. Nevertheless, the government must walk a very tight line, as subsection 39(3) states that the principles of section 39 may not be construed as abrogating or derogating from the principle of selection according to merit.

Part VII of the Act imposes further commitments on government, namely in regard to enhancing the vitality of French and English-speaking minority groups, in supporting and assisting their development, and in fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.

More specifically, however, Part VIII of the Act, in sections 46 to 48, imposes responsibilities and duties on Treasury Board relating to the implementation of Part IV dealing with communications with and services from government, Part V dealing with language of work, and Part VI dealing with employment opportunities and advancement in the Public Service for both language groups.

Part IX of the Act speaks of the powers and duties of the Commissioner of Official Languages and particularly, under subsection 56(1), the Act provides that the Commissioner has the duty to assure the recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of the Act in government administration. To do this, the Commissioner is given wide powers of investigation either on his own or pursuant to a complaint made to him.

Part X deals with Court remedies in respect of any right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13, Part IV or V, or in respect of section 91. These reme-

fourniture. Il autorise également le gouverneur en conseil à tenir compte de la minorité francophone ou anglophone desservie par le gouvernement, de la proportion que cette minorité représente et de sa spécificité, du volume de communications ou des services assurés dans l'une ou l'autre langue et, enfin, de tout autre critère qu'il juge indiqué.

Aux termes de la partie VI de la Loi, le gouvernement s'engage à veiller à ce que les deux collectivités de langue officielle aient des chances égales d'emploi et d'avancement. Au titre de cet engagement, le gouvernement tient compte, en vertu du paragraphe 39(2), des objets et des dispositions des parties IV et V. Toutefois, il se trouve dans une situation délicate puisque, en vertu du paragraphe 39(3), les principes énoncés à l'article 39 n'ont pas pour effet de porter atteinte au principe de sélection fondé sur le mérite.

Sous le régime de la partie VII de la Loi, le gouvernement s'engage également à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones, à appuyer leur développement et à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage de l'anglais et du français dans la société canadienne.

Les articles 46 à 48 de la partie VIII de la Loi prévoient plus précisément que le Conseil du Trésor est chargé de l'application de la partie IV qui porte sur les communications avec le gouvernement et les services qu'il offre, de la partie V, qui régit la langue de travail et de la partie VI, qui vise les chances d'emploi et d'avancement au sein de la fonction publique pour les deux collectivités de langue officielle.

La partie IX de la Loi énonce les fonctions du commissaire aux langues officielles et prévoit particulièrement au paragraphe 56(1) qu'il incombe à ce dernier d'assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et de faire respecter l'esprit de la Loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration du gouvernement. Pour s'acquitter de cette mission, le commissaire est investi de généreux pouvoirs d'enquêtes, soit de sa propre initiative, soit à la suite de plaintes qu'il reçoit.

La partie X vise les recours judiciaires relevant d'une obligation ou d'un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13, aux parties IV ou V, ou fondés sur l'ar-

dies are available by way of application to the Federal Court, Trial Division, and if the Court should find that the government has failed to comply with the Act, it may grant such remedies as it considers appropriate and just in the circumstances.

The other statute of material importance is the *Public Service Employment Act* which establishes the principles under which, by regulation, the provisions of the *Official Languages Act* in the matter of staffing of positions in the Public Service may be carried out.

Section 10 of that Act establishes the well-known doctrine that appointments be according to merit. Section 20, on the other hand, provides that employees appointed shall be qualified in the knowledge and use of the English or French language, or both, to the extent that the Commission deems it necessary for the proper functioning of government and the provision of proper services to the public.

In terms of demographic realities where minority language groups are scattered in many regions of Canada and in order to cope with the problem of unilingual persons applying for bilingual positions, practical or pragmatic steps to maintain an even playing field had to be taken. I interpret what was done in that regard as measures to reconcile duties to the public under the *Official Languages Act* with the more personal rights of persons who claim equal opportunities for appointment in the Public Service.

In the *Public Service Official Languages Exclusion Approval Order* and in the *Public Service Official Languages Appointment Regulations* are found the regulatory schemes to achieve the purpose I have just described. This scheme exempts a person from the bilingual requirements of a position if an undertaking is made to become proficient in both languages within a particular prescribed period following the appointment. The scheme also provides a safety net for a person who cannot become proficient within the prescribed period by allowing for the appointment of

ticle 91. Ces recours sont intentés par voie de demande à la Section de première instance de la Cour fédérale, et si le tribunal estime que le gouvernement ne s'est pas conformé à la Loi, il peut accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

D'importance considérable, la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* établit les principes en vertu desquels, par règlement, les dispositions de la *Loi sur les langues officielles* en matière de dotation au sein de la fonction publique peuvent être mises en application.

L'article 10 de la Loi définit la doctrine bien connue selon laquelle les nominations sont fondées sur le mérite. D'autre part, aux termes de l'article 20, les fonctionnaires affectés à un poste doivent posséder, en ce qui concerne la connaissance et l'usage, soit du français, soit de l'anglais, soit des deux langues, les qualifications que la Commission estime nécessaires pour que le gouvernement puisse remplir son office et fournir au public un service efficace.

Afin de répondre aux réalités démographiques, les minorités francophones et anglophones étant disséminées dans diverses régions du Canada, et pour faire face à la difficulté que représentent les candidatures unilingues à des postes bilingues, des mesures pratiques et pragmatiques devaient être prises pour que soit maintenue une certaine équité. À mon avis, les mesures prises à cet égard visent à concilier les obligations du gouvernement envers le public, prévues à la *Loi sur les langues officielles*, et les droits plus personnels des particuliers qui réclament une égale possibilité d'être nommés au sein de la fonction publique.

Le *Règlement sur les langues officielles lors de nominations dans la Fonction publique* et le *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique* exposent les dispositions réglementaires permettant de réaliser l'objectif dont je viens de faire mention. Ces dispositions dispensent un candidat des exigences de bilinguisme rattachées à un poste s'il s'engage à acquérir, à la suite de sa nomination, une compétence dans les deux langues dans le délai prescrit. Ces dispositions viennent également à l'aide de ceux qui n'acquiescent pas la compétence

that person to another position of a similar nature and for which he is qualified.

The regulations contain various other exemptions not material to the issue before me, but it appears clear from the foregoing orders that exemptions may only apply to what the Approval Order calls the "non-imperative" appointment of a unilingual person.

POSITION OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES

The Commissioner, under a court order dated January 15, 1991, became an intervenor pursuant to subsection 78(1) of the *Official Languages Act*. This intervention, in my view, is consonant with the statutory powers and duties of the Commissioner to ensure recognition of the status of our official languages and compliance with the spirit and intent of the Act in federal institutions.

In commenting on the position taken by counsel for the Commissioner, I note that the originating notice of motion was first filed by the applicant on October 23, 1990 and was amended on November 15, 1990. The applicant at that time requested the following relief:

- a) an order setting aside the designation of the AU-02 position as "bilingual imperative";
- b) an order declaring that the said position be designated "bilingual non-imperative".

One will recognize that in the two years which intervened until the hearing of the application on December 14 and 15, 1992, other events had wound their inexorable ways. As noted earlier, the anticipated person-years were not authorized, the AU-02 bilingual imperative staffing process was not completed, and the eligibility list has long since expired.

In the face of counsel for the Commissioner's admonition that there might no longer be an issue before the Court, the applicant filed at the hearing a second amended originating notice of motion limiting the relief asked of this Court to the following:

voulue dans le délai prescrit, en prévoyant leur nomination à un poste de nature semblable pour lequel ils sont qualifiés.

- a Les règlements contiennent d'autres exemptions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce, mais il paraît clair à la lecture des décrets déjà mentionnés que les exemptions ne peuvent s'appliquer qu'à ce que le décret appelle la nomination «non impérative» d'une personne unilingue.

POSITION DU COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES

En vertu d'une ordonnance de la Cour rendue le 15 janvier 1991, le commissaire est intervenu conformément au paragraphe 78(1) de la *Loi sur les langues officielles*. J'estime cette intervention compatible avec les fonctions légales du commissaire, qui doit veiller à la reconnaissance du statut de nos langues officielles et au respect de l'esprit de la Loi et de l'intention du législateur au sein des institutions fédérales.

Quant à la position adoptée par l'avocat du commissaire, je remarque que l'avis de requête introductif d'instance a d'abord été déposé par le requérant le 23 octobre 1990 et qu'il a été modifié le 15 novembre 1990. Le requérant a alors demandé le redressement suivant:

- a) une ordonnance annulant la désignation du poste AU-02 comme «bilingue à nomination impérative»;
- b) une ordonnance désignant le même poste comme «bilingue à nomination non impérative».

L'on sait qu'au cours des deux années qui se sont écoulées jusqu'à l'audition de la demande les 14 et 15 décembre 1992, certains événements ont suivi leurs cours. Comme je l'ai déjà mentionné, les années-personnes anticipées n'ont pas été approuvées, le processus de dotation du poste AU-02 bilingue à nomination impérative a été interrompu et la liste d'admissibilité a depuis longtemps expiré.

L'avocat du commissaire ayant averti que la question soumise à la Cour ne se posera peut-être plus, le requérant a déposé à l'audience un deuxième avis modifié de requête introductif d'instance limitant le redressement demandé à la Cour à ceci:

– An Order declaring that the Respondent's announced intention to staff on an imperative basis in competition 89-TAX-NFLD-CC-37 was not objectively required and contravened section 91 of the *Official Languages Act*.^a

It was consequently agreed that the hearing should go as planned. In terms of the amount of evidentiary material collected by the parties and the arduous preparations by each of the three counsel, I believe it would have been unconscionable to abort the process before hearing from the parties.^b

Nevertheless, counsel for the Commissioner took the view that on the basis of the Federal Court of Appeal decision in the case of *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, the Court's scope of review under a section 91 challenge was somewhat circumscribed. Counsel suggested the following as the limitations on the parameters of the Court's enquiry:^c

– whether the decision was based on relevant considerations supported by some but not necessarily sufficient evidence;^e

– whether the decision was so unreasonable that no other reasonable decision-maker could come to the same conclusion; or^f

– whether the decision was exercised on any incorrect premise of law.

In effect, counsel for the Commissioner was suggesting that it was not open to the Court to substitute its own opinion for that of the decision-maker simply on the grounds that the Court disagreed with it.^g

FINDINGS

I should first of all elaborate on what the Federal Court of Appeal said in the *Viola* case cited above. On the facts, the Court had to decide whether the Public Service Commission Appeal Board had jurisdiction to find that a bilingual imperative designation was grounds for deciding that such a designation in the circumstances was contrary to the merit principle. In deciding that the Appeal Board was without jurisdiction in the matter, the Court referred to the provi-^j

– Une ordonnance selon laquelle l'intention annoncée de l'intimée de doter un poste par nomination impérative dans le cadre du concours 89-TAX-NFLD-CC-37 ne s'imposait pas objectivement et contrevenait à l'article 91 de la *Loi sur les langues officielles*.

Il a donc été convenu que l'audience serait tenue tel que prévu. Compte tenu de la quantité d'éléments de preuve recueillis par les parties et du travail acharné des trois avocats dans la préparation de leur preuve, il aurait été inadmissible d'interrompre les procédures avant l'audition des parties.

Néanmoins, l'avocat du commissaire a invoqué l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, de la Cour d'appel fédérale, pour soutenir que l'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 91 est quelque peu restreint. L'avocat a formulé les critères suivants à titre de limites au pouvoir d'enquête de la Cour:

– la décision est-elle fondée sur des considérations pertinentes étayées par une preuve qui n'est pas nécessairement suffisante?

– la décision est-elle déraisonnable à un tel point qu'aucun autre décideur raisonnable aurait tiré la même conclusion?

– la décision repose-t-elle sur un principe de droit erroné?

En fait, l'avocat du commissaire semblait indiquer qu'il n'appartenait pas à la Cour de substituer sa propre opinion à celle d'un décideur simplement parce qu'elle ne la partage pas.^g

CONCLUSIONS

J'apporterai avant tout des précisions sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Viola*, précité. La Cour devait décider, à partir des faits, si le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique avait compétence pour conclure que la désignation d'un poste comme étant bilingue à nomination impérative était, dans les circonstances, contraire au principe du mérite. En concluant au défaut de compétence du Comité d'appel sur la question, la

sions of section 91 of the *Official Languages Act* in the following terms (at page 388):

By stating that language requirements must be imposed “objectively”, section 91 expressly confirms what has always been implicit, namely that language requirements cannot be imposed frivolously or arbitrarily. The purpose of this section is to provide comfort and reassurance, rather than create new law . . .

The thrust of the applicant’s case is that the respondent’s designation lacks objectivity. The applicant assumes a fairly heavy burden in establishing this. I would not suggest that this requires, on the applicant’s part, evidence that the designation was clearly frivolous or patently arbitrary, but at least, as was suggested by counsel for the Commissioner, it requires a finding that there was no evidentiary base to the designation, or that the designation was evidently unreasonable, or that there was an error of law somewhere. This is a more stringent field of enquiry than that which might be encountered in a section 18 application [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)].

On review of the evidence, I should find that the case for the respondent meets the objectivity test under section 91 of the *Official Languages Act*. That objectivity test, in my respectful view, must be studied not only in respect of an individual designation which might be required to meet a demand for bilingual services, but must have regard for the “proactive” obligations imposed on federal institutions to promote the use of an official language in a minority setting.

The applicant, in this regard, does not object to a bilingual designation but to a bilingual imperative designation. This suggests an even narrower test under section 91 and it indicates, in my view, how much lighter is the burden of establishing an objectively based designation. This means that it is not sufficient, under a section 91 challenge, to merely demonstrate that respect for bilingual requirements under the *Official Languages Act* might also be achieved through other measures or other means. There must be, in my mind, a finding that the staffing action proposed has no factual foundation. This

Cour a invoqué l’article 91 de la *Loi sur les langues officielles* dans les termes suivants (à la page 388):

L’article 91, en précisant que les exigences linguistiques doivent s’imposer «objectivement», confirme expressément ce qui a toujours été sous-entendu, soit que les exigences linguistiques ne peuvent être posées de manière capricieuse ou arbitraire. Cet article se veut réconfort et assurance plutôt que droit nouveau . . .

L’argument du requérant repose sur le manque d’objectivité de la désignation de l’intimée. Pour l’établir, le requérant assume un fardeau plutôt lourd. Je ne voudrais pas suggérer qu’il doit prouver le caractère clairement capricieux ou manifestement arbitraire de la désignation; mais, comme l’avocat du commissaire l’a laissé entendre, le requérant doit à tout le moins établir que la preuve n’étayait pas la désignation, ou que cette dernière était manifestement déraisonnable, ou qu’une erreur de droit a été commise. Il s’agit là d’un pouvoir de contrôle plus strict que celui exercé relativement à une demande fondée sur l’article 18 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)].

Après avoir étudié la preuve, je conclus que l’argument de l’intimée satisfait au critère d’objectivité relatif à l’article 91 de la *Loi sur les langues officielles*. À mon humble avis, ce critère d’objectivité doit être étudié non seulement dans le cadre d’une désignation individuelle requise afin de répondre à une demande de services dans les deux langues, mais également en fonction des obligations «proactives» imposées aux institutions fédérales, qui doivent promouvoir l’emploi d’une langue officielle dans un milieu minoritaire.

À cet égard, le requérant ne s’oppose pas à une désignation bilingue, mais plutôt à une désignation bilingue à nomination impérative. Cela implique un critère encore plus restreint applicable à l’article 91, et indique, à mon avis, combien le fardeau d’établir l’objectivité d’une désignation est plus léger. En conséquence, il n’est pas suffisant, dans le cadre d’une demande fondée sur l’article 91, de démontrer qu’il pourrait également être satisfait aux exigences en matière de bilinguisme prévues à la *Loi sur les langues officielles* grâce à d’autres mesures ou moyens. Il faut, à mon avis, pouvoir conclure que la dotation

implies that the field of enquiry proposed by counsel for the Commissioner has some legitimacy.

In the case before me, it is obvious that there exists under the *Official Languages Act* a broad picture and a narrower one. The object of the Act is not only to permit the use of our official languages and give citizens the right to deal with federal institutions in the language of their choice. It is more than that. It is to promote the use of both languages or, as expressed in the Act's preamble, "enhancing the vitality and supporting the development of English and French linguistic minority communities". Such a policy commitment by the Government of Canada imposes a double duty which must sooner or later be exercised in concrete terms.

The first duty is to assure that federal institutions are in a position to respond to a citizen's right to communicate with or to be provided services from them in either language. Admittedly, there are variables in the extent or depth of meeting need and availability. One must never lose sight of the main issue, namely that it is only with respect to minority language rights in any given community that the purposes and objectives of the Act are put to the test. The majority language rights in any such community are dynamically respected and pose no problems.

These variables are the product of many basic considerations. I need not list them all, but they do include demographic factors, the size of the minority constituency, the exposure of particular federal agencies to citizen relationships, the proper functioning of these agencies to meet their operational requirements, the significant demand for minority language services, as well as the other considerations which are outlined in section 32 and section 33 of the Act.

Of particular significance, in the context of that statute, is that institutional policies and commitments must be carried out by public servants. This is when the merit principle requires tender and loving care.

en personnel proposée n'a aucun fondement factuel. Cela implique que l'étendue du pouvoir d'enquête proposée par l'avocat du commissaire a quelque légitimité.

^a En l'espèce, il est évident que la *Loi sur les langues officielles* présente un tableau général et un tableau plus restreint. La Loi ne vise pas seulement à permettre l'emploi de nos langues officielles et à donner aux citoyens le droit de communiquer avec les institutions fédérales dans la langue de leur choix. Elle fait plus que cela. Elle vise à promouvoir l'emploi des deux langues ou, comme il est écrit dans le préambule de la Loi, à «favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones . . . et à appuyer leur développement». Un tel engagement de principe du gouvernement fédéral impose une obligation double qui doit tôt ou tard se traduire concrètement.

^b La première obligation consiste à veiller à ce que les institutions fédérales soient en mesure de respecter le droit d'un citoyen de communiquer avec elles ou d'en recevoir les services dans l'une ou l'autre langue. Il est vrai que la mesure dans laquelle on répond à des besoins ou dans laquelle on offre des services varie. Il ne faut pas perdre de vue la question principale, à savoir que l'objet de la Loi et l'intention du législateur ne sont mis à l'épreuve que relativement aux droits linguistiques des minorités d'une collectivité. Les droits linguistiques de la majorité de la même collectivité sont dynamiquement respectés et ne posent aucune difficulté.

^c Ces variations sont le fruit de nombreuses considérations fondamentales. Sans avoir à les énumérer toutes, je souligne les facteurs démographiques, l'importance du groupe minoritaire, la mesure dans laquelle certains offices fédéraux entretiennent des relations avec les citoyens, le fonctionnement efficace de ces offices lorsqu'il s'agit de répondre aux exigences opérationnelles, la demande importante de services dans la langue de la minorité et les considérations énoncées aux articles 32 et 33 de la Loi.

^d Dans le contexte de la même Loi, le fait que les politiques et les engagements institutionnels doivent être exécutés par les fonctionnaires revêt une importance particulière. C'est à ce moment-là que le principe du mérite demande une attention particulière.

The reality of the two language groups in Canada is that bilingual proficiency is a more inherent feature of French language groups than English language groups. So too in the federal Public Service, where the same inherent feature applies. To foster bilingualism or to meet its statutory duties, the government, through its Public Service Commission, had to designate any number of positions as bilingual, but in so doing, assure that non-bilingual candidates for appointment would not be prejudiced.

Maintaining equilibrium or balance between the tenets of statutory policy and the realities of people in the public sector obviously demanded a particularly deft and delicate touch. I need not comment in detail on how balance was achieved, except to note the provisions in statutes and regulations respecting "grandfather" rights, exclusion orders, language training at public expense, security of position if language proficiency is not achieved within prescribed delays, and other measures of a similar nature.

I would add that the designations made over the years have not been of a nature to provoke numerous recourses to the courts. This does not mean that fears and susceptibilities flowing from historical experiences or from individual cases have not flared up in many cases, but it is a fact that courts have seldom been called upon to intervene on bilingual requirements issues. There is of course the *Viola* case which I have cited. There is also the case of *Gariépy v. Federal Court of Canada (Administrator)* (1987), 14 F.T.R. 58 (F.C.T.D.), where again a challenge was made to a bilingual imperative designation. That case, however, dealt with an application for interlocutory injunction pending trial on the issue of the merits. Admittedly, my colleague Muldoon J. used some fairly strong language in granting the applicant interlocutory relief, but the merits of the issue did not reach trial, the parties having later reconciled their differences in some manner or another.

This brings me to comment on what I view is the second duty which the statute imposes on federal institutions. If there is imposed a tight line in designations of individual positions to protect the majority

Le fait est que la compétence dans les deux langues, au sein de nos deux groupes linguistiques au Canada, est une caractéristique inhérente aux francophones plus qu'aux anglophones. Il en est de même au sein de la fonction publique, où on retrouve les mêmes caractéristiques inhérentes. Afin de promouvoir le bilinguisme ou de s'acquitter de ses obligations légales, le gouvernement, par l'entremise de la Commission de la fonction publique, a dû désigner un certain nombre de postes bilingues et, ce faisant, veiller à ce que les candidats unilingues à une nomination ne soient pas lésés.

Le maintien de l'équilibre entre les principes qui sous-tendent la politique législative et la situation de fait chez les fonctionnaires exigeait de toute évidence beaucoup de doigté. Je n'ai pas à préciser dans le détail la façon dont l'équilibre a été atteint, mais je peux mentionner les dispositions législatives et réglementaires portant sur les droits acquis, les décrets d'exclusion, la formation linguistique aux frais du public, la sécurité d'un poste si la compétence linguistique n'est pas acquise dans le délai prescrit et d'autres mesures de semblable nature.

J'ajouterai que les désignations effectuées au cours des ans n'ont pas été de nature à saisir les tribunaux de nombreux recours. Certes, dans de nombreux cas, les craintes et les susceptibilités nées des expériences passées ou d'expériences individuelles ont été ravivées, mais les tribunaux ont rarement été appelés à intervenir dans des questions d'exigences en matière de bilinguisme. Il y a évidemment l'affaire *Viola* que j'ai citée, et l'arrêt *Gariépy c. Cour fédérale du Canada (Administrateur)* (1987), 14 F.T.R. 58 (C.F. 1^{re} inst.), où, là encore, on contestait une désignation bilingue à nomination impérative. Toutefois, cette affaire portait sur une demande d'injonction interlocutoire en attendant le procès au fond. Il faut convenir que mon collègue le juge Muldoon a utilisé un langage assez fort en accordant au demandeur une injonction interlocutoire; toutefois, la question n'a pas eu à être tranchée au fond, les parties s'étant par la suite mises d'accord.

J'aimerais maintenant me pencher sur ce qui, à mon avis, constitue la deuxième obligation légale des institutions fédérales. Si la protection du groupe linguistique majoritaire dans la fonction publique exige

language group in the Public Service, the other duty is reflected in the preamble to the Act and in section 41 of the Act. My interpretation of section 41 gives credence to the proposition that policy requires the respondent not only to react or respond to pressures for more or better bilingual services, but to initiate programmes to offer these services where there is a perceived need for them, a need which might not be fully reflected in a statistical analysis of the number of enquiries, the number of files, or the current incidence of French and English cases in any particular public office.

Although these factors are relevant to a proper application of the designation rules, they are not exclusive. To hold otherwise would go against sociological profiles of minority language groups drawn in the *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Book I* (1967), at page XXX, which stated that there are many French Canadians “so accustomed to the inferior status of their own language that they are unaware of it . . .”, and which concluded in Chap. V, No. 260 [at page 89], that “When it becomes usual for the language of the minority to receive little or no recognition in a given region, the minority reluctantly falls into line.”

On that premise, a purposive or proactive component in language policies is not only in keeping with statutory obligations, but is conducive to effective practices. In other words, the respondent has to initiate a level of bilingual services and not simply respond to individual or group demands. Otherwise, the syndrome outlined in 1967 would continue indefinitely, and lip service only would increasingly be paid to the statutory duties Parliament has imposed on the respondent.

A clear example of the effect of this approach is of course the experience of the Halifax Office when it instituted a French telephone information service. French enquiries, in the first year of the service’s operation, went from 100 to 1400-1500 calls. From

une marge de manœuvre étroite dans la désignation de certains postes, le préambule et l’article 41 de la Loi imposent une deuxième obligation. Mon interprétation de l’article 41 va dans le sens de la proposition selon laquelle des considérations de principe obligent l’intimée non seulement à réagir ou à répondre aux pressions exercées sur elle en vue d’obtenir des services bilingues plus nombreux ou plus efficaces, mais encore à élaborer des programmes visant la prestation de ces services là où le besoin se fait sentir, besoin que ne traduiraient pas nécessairement une analyse statistique du nombre des demandes de renseignements ou des dossiers, ou encore le pourcentage de francophones et d’anglophones dans un bureau fédéral particulier.

Bien que ces facteurs soient pertinents quant à l’application régulière des règles de la désignation, ils ne sont pas les seuls. La conclusion contraire irait à l’encontre du profil sociologique des minorités linguistiques tracé dans le *Rapport de la Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Livre I* (1967), à la page XX; il est écrit que de nombreux canadiens français sont «habitué à l’état d’infériorité de leur propre langue qu’ils en sont inconscients . . . » et, au chapitre V, n° 260 [à la page 90], on conclut que «Pourtant, lorsque cette situation est devenue habituelle, c’est-à-dire lorsque la langue de la minorité est peu ou point reconnue dans une région, la minorité est forcée de se conformer à la pratique courante».

En partant de ce principe, le volet fonctionnel ou proactif des politiques linguistiques est non seulement compatible avec les obligations légales de l’intimée, mais il encourage les pratiques efficaces. En d’autres termes, l’intimée doit instaurer un certain niveau de services bilingues, et non se contenter simplement de répondre à des demandes individuelles ou collectives. Autrement, le syndrome décrit en 1967 se perpétuerait indéfiniment et, de plus en plus, l’intimée ne respecterait qu’en paroles les obligations légales que le Parlement lui a imposées.

Le service francophone de renseignements téléphoniques mis sur pied par le bureau d’Halifax est un exemple manifeste des conséquences de cette position. Au cours de la première année d’existence du service, les demandes formulées en français sont pas-

this, one could reasonably conclude that if a minority language service is available, and is made known to the public, it will be used.

Another aspect worthy of review is the Commissioner's comments with respect to the standards of bilingual services at some of the district offices of Revenue Canada, and more particularly the Halifax Office. The Commissioner's role in this respect follows again from several provisions of the *Official Languages Act*. The more generic provision is found in subsection 56(2), which reads as follows:

56. . . .

(2) It is the duty of the Commissioner, for the purpose set out in subsection (1), to conduct and carry out investigations either on his own initiative or pursuant to any complaint made to the Commissioner and to report and make recommendations with respect thereto as provided in this Act.

In fulfilling these duties and in reporting annually to Parliament, pursuant to section 66, the Commissioner had this to say regarding the staffing of positions in Revenue Canada:

In 1983 — "weak francophone participation in the Maritimes . . ."

In 1984 — "There has been only a slight improvement in the representation of official language minorities in the regional establishments since 1982."

In 1985 — "The Department should do everything possible to increase the bilingual capacity of its audit and collections services; this deficiency is particularly unfortunate in a department with coercive powers."

In 1986 — "Little has been done to resolve the language difficulties mentioned last year relating to the audit and collections programmes . . ."

" . . . (some) district offices, including Halifax . . . have no bilingual auditors."

In 1987 — "The major weakness in service to the public is to be found in the audit and collections group. Even though we have been bringing this situa-

sées de 100 à 1 400 ou 1 500. Il est raisonnable d'en conclure que la minorité linguistique a recours au service qui lui est offert dans sa langue et dont l'existence est portée à sa connaissance.

Les commentaires du commissaire à l'égard de la qualité des services bilingues dans certains bureaux de district de Revenu Canada, et plus particulièrement au bureau d'Halifax, méritent également notre attention. À cet égard, le commissaire tient son rôle de nombreuses dispositions de la *Loi sur les langues officielles*. La disposition la plus générale est le paragraphe 56(2), ainsi libellé:

56. . . .

(2) Pour s'acquitter de cette mission, le commissaire procède à des enquêtes, soit de sa propre initiative, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, et présente ses rapports et recommandations conformément à la présente loi.

C'est en s'acquittant de cette mission et en présentant au Parlement un rapport annuel conformément à l'article 66 que le commissaire a tenu les propos suivants à l'égard de la dotation des postes à Revenu Canada:

En 1983 — «[faible] présence francophone dans les Maritimes . . . »

En 1984 — «Par contre, les résultats sont moins heureux quant à la représentation des minorités de langue officielle dans les bureaux régionaux depuis 1982.»

En 1985 — «Le Ministère doit donc tout mettre en œuvre pour augmenter considérablement la capacité bilingue de ses services de vérification et de recouvrement; une telle lacune est particulièrement regrettable étant donné le caractère manifestement intimidant de ce ministère.»

En 1986 — «Cependant, il [le Ministère] a consenti peu d'efforts pour résoudre les problèmes linguistiques liés aux programmes de vérification et de recouvrement que nous soulevions l'an dernier.»

« . . . [certains] bureaux de district, dont [celui] d'Halifax, n'ont aucun vérificateur professionnel bilingue . . . »

En 1987 — «La principale lacune en matière de service se situe du côté des services de vérification et de recouvrement. Bien que nous ayons porté cette situa-

tion to the Department's attention since 1982, it still has no bilingual auditor in Halifax . . .”

In 1988 — “The poor bilingual capability of departmental auditors improved somewhat during 1988 . . . now, the Halifax region has three (bilingual auditors) . . .”

These comments by the Commissioner might only be material were Revenue Canada to be nominated for a bilingual merit award, but they are an indication to me that the respondent's decision was not by an overnight, born-again conviction that instant bilingualism was called for, but that the need, at least as perceived by the Commissioner, had long been outstanding.

The door opened in 1989 when the respondent applied to Treasury Board to create new positions in the audit section. No existing positions among AU-01s, AU-02s or AU-03s were designated. No dislocation of current incumbents occurred. The Director, Mr. Squires, decided that two new positions, one at the AU-02 level and the other at the AU-03 level, would be designated bilingual imperative. He lost on the AU-03 position after a complaint was made to the Commissioner. He was left with one anticipated appointment for an AU-02.

Mr. Squires, in consultation with others, reached the conclusion that there was an immediate need for a bilingual AU-02 position. In his view, the demographics justified it. The Halifax Office had to service not only some 7,600 Halifax francophones, but also an additional 25,000 in mainland Nova Scotia and 275,000 in the Atlantic Region in respect of the S.R.E.D. Program.

In his view, the proactive component of bilingual policy also justified it. The experience of the French telephone enquiries line was a strong message to him that the demand for minority language services was there, if such services were not only made available but also made known to the minority language group.

tion à l'attention du Ministère à maintes reprises depuis 1982, il n'y a toujours aucun vérificateur bilingue à Halifax . . . »

a En 1988 — «La situation concernant la faible capacité bilingue des vérificateurs s'est améliorée quelque peu au cours de l'année. [La région] d'Halifax . . . compte maintenant trois [vérificateurs bilingues] . . . »

b Les commentaires du commissaire ne seraient peut-être pertinents que si Revenu Canada devait recevoir une prime au mérite pour bilinguisme, mais ils montrent que la décision de l'intimée n'était pas fondée sur la conviction, soudaine et ravivée, que le bilinguisme instantané était nécessaire, mais sur le fait que le besoin, à tout le moins aux yeux du commissaire, existait depuis longtemps.

d La porte s'est ouverte en 1989, lorsque l'intimée a demandé au Conseil du Trésor de créer de nouveaux postes dans la section des vérifications. Aucun poste de niveau AU-01, AU-02 et AU-03 existant à l'époque n'a été désigné. Les titulaires en poste à cette époque n'ont pas été déplacés. Le directeur, M. Squires, a décidé de désigner deux nouveaux postes bilingues à nomination impérative, l'un au niveau AU-02 et l'autre au niveau AU-03. Sa décision a été annulée quant au poste AU-03 après que le commissaire eut été saisi d'une plainte. Seule la nomination anticipée pour le poste de AU-02 a subsisté.

g De concert avec des collègues, M. Squires a conclu qu'il existait un besoin immédiat pour un poste de AU-02 bilingue. De son avis, les données démographiques justifiaient une telle désignation. Le bureau d'Halifax desservait non seulement quelque 7 600 francophones d'Halifax, mais aussi 25 000 sur la partie continentale de la Nouvelle-Écosse et 275 000 dans la région de l'Atlantique dans le cadre du programme R.S.D.E.

j Selon M. Squires, le volet proactif de la politique linguistique justifiait également la désignation. L'expérience du service francophone de renseignements téléphoniques lui montrait clairement que la demande de services dans la langue de la minorité se manifestait si ces services étaient non seulement offerts, mais également portés à la connaissance de la minorité linguistique.

The Director was especially aware of the sensitive role of an AU-02 auditor in exercising compliance duties. His own experience in the field had led him to conclude that many French-speaking taxpayers were uncomfortable in dealing with English-speaking auditors, but these taxpayers, obviously, would have been the last ones to make a big case out of it.

In terms of existing volumes of French language files, he resisted the alternative "fill-in" method of allocating an AU-01 to these files. After all, he had only two bilingual AU-01s and the ensuing rotation would create problems of conflict of duties, illness, leave of absence, promotions and transfers. In any event, the basic competence of an AU-02 auditor to deal with the more complex business files and corporate returns was not necessarily found in an AU-01.

The Director was also aware of concurrent developments among both lawyers and accountants in the Halifax area relating to the provision of bilingual services to their respective clienteles. This indicated to him that these individual elements formed part of the whole in an effort to overcome, in the field of taxation, relative stagnation in the provision of minority language services.

As far as unilingual auditors' opportunity for advancement was concerned, the Director must have noted that out of a complement of 54 auditors, two AU-01s and one AU-03 were bilingual. There was no single bilingual AU-02 on staff. More than this, any opportunity for advancement among the AU-01 incumbents, of which the witness Mr. Nader was one, was only marginally affected. There were four unilingual AU-02 positions to be filled in Halifax. Furthermore, in the last ten years, unilingual auditors had shown no interest in getting into language training. If some level of bilingual proficiency is one means of advancement in the Public Service, perhaps the Director was getting a message there somewhere.

Finally, Mr. Squires must have been aware of the policy directive, dated September 28, 1981, issued by

Le directeur était particulièrement conscient du rôle délicat d'un vérificateur AU-02 lorsqu'il s'agit de respecter la politique linguistique. Sa propre expérience dans le domaine l'avait amené à conclure que, si plusieurs contribuables francophones n'étaient pas à l'aise avec les vérificateurs anglophones, de toute évidence, ils seraient les derniers à en faire toute une affaire.

En ce qui concerne le nombre des dossiers francophones, il a écarté la solution provisoire qui consiste à affecter un AU-01 à ces dossiers. Après tout, il ne disposait que de deux AU-01 bilingues et la rotation qu'imposerait une telle décision créerait des conflits au niveau des fonctions, des congés de maladie, des congés autorisés, des promotions et des transferts. Quoiqu'il en soit, le vérificateur AU-01 ne possédait pas nécessairement la compétence fondamentale d'un vérificateur AU-02 qui lui permettrait de traiter les dossiers d'entreprises et les déclarations de société plus complexes.

Le directeur était également au courant de l'expansion, chez les avocats et les comptables de la région d'Halifax, de la prestation de services bilingues à leurs clientèles respectives. Il pouvait voir que ces efforts individuels faisaient partie de la tentative générale visant à mettre fin, dans le domaine fiscal, au marasme relatif de la prestation de services dans la langue de la minorité.

Quant aux chances d'avancement des vérificateurs unilingues, le directeur a dû remarquer que, parmi un effectif de 54 vérificateurs, seulement deux AU-01 et un AU-03 étaient bilingues. Le personnel ne comptait aucun vérificateur AU-02 bilingue. De plus, les chances d'avancement des AU-01, groupe dont faisait partie le témoin M. Nader, n'étaient amoindries que d'une manière marginale. Quatre postes unilingues AU-02 devaient être dotés à Halifax. En outre, au cours des dix dernières années, les vérificateurs unilingues n'avaient démontré aucun intérêt à entreprendre une formation linguistique. Si un certain niveau de compétence dans les deux langues est un moyen d'avancement au sein de la fonction publique, peut-être le message se précisait-il dans l'esprit du directeur.

Enfin, M. Squires devait connaître la directive d'orientation publiée le 28 septembre 1981 par

Mr. Edgar Gallant, Chairman of the Public Service Commission, that "imperative staffing constitutes the normal application of the *Public Service Employment Act*, while non-imperative is an exception."

I should add another comment. The carrying on of statutory duties and obligations of the *Official Languages Act* in the strongly English-speaking environment of the Halifax Office, as well as in other similar places, must not always be easy. Language, as is often noted, includes strong cultural ties and characteristics, and there are historical discordant notes still being heard over language duality in Canada. No matter his background, the individual manager must remain publicly discreet, yet there must come to his ears, from time to time, negative observations from colleagues and friends, which add to the constraints of his office and which impose upon him many conflicting pressures. He often faces ignorance of the law, which in turn breeds fear, and which in turn breeds resentment. The manager must cope with all this and still run a happy ship.

As I said, his role is not an easy one. And yet, those who harbour grievances from time to time might consider that the dynamics of the Public Service, which is comprised of some 75% English-speaking Canadians, should *prima facie* provide some assurance that position designations, as a rule, will be objectively founded and not frivolously or arbitrarily imposed.

CONCLUSION

I have no hesitation in concluding that the staffing action taken by the respondent in 1989, in calling for an AU-02 bilingual imperative designation, meets the test imposed by section 91 of the *Official Languages Act*. In reaching this conclusion, I do not wish to imply that the challenge made to this Court by the applicant is devoid of merit. There are always two sides to an issue, and the enquiry opened the door to two divergent perceptions and views, and two opposing analyses of the factual bases on which designations are founded.

I repeat, however, that curial scrutiny of staffing actions must of necessity be circumscribed. I agree

M. Edgar Gallant, président de la Commission de la fonction publique, selon laquelle [TRADUCTION] «sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, la dotation impérative constitue la norme alors que la dotation non impérative est l'exception.»

J'ajouterais le commentaire suivant. Le respect des obligations imposées par la *Loi sur les langues officielles* dans l'environnement fortement anglophone du bureau d'Halifax, comme à d'autres endroits semblables, n'est sûrement pas toujours une tâche facile. La langue, on l'a souvent souligné, emporte de forts liens et traits culturels, et la dualité linguistique au Canada suscite encore des notes discordantes. Quelles que soient ses origines, le gestionnaire doit demeurer publiquement discret, même s'il entend à l'occasion des commentaires négatifs de ses collègues et ses amis, qui s'ajoutent aux contraintes de ses fonctions et lui imposent de nombreuses pressions contradictoires. Il est fréquemment aux prises avec l'ignorance du droit, qui suscite la crainte qui, elle, nourrit le ressentiment. Le gestionnaire doit tenir compte de tous ces facteurs tout en s'efforçant de satisfaire tout le monde.

Je le répète, sa tâche est délicate. Mais pourtant, ceux qui entretiennent des griefs à l'occasion pourraient garder à l'esprit que la dynamique de la fonction publique, composée d'environ 75 % de canadiens d'expression anglaise, devrait à première vue fournir une certaine garantie que les désignations de postes, en principe, seront faites objectivement et non imposées de manière capricieuse ou arbitraire.

CONCLUSION

Je n'hésite aucunement à conclure que la dotation en personnel effectuée par l'intimée en 1989, exigeant que le poste AU-02 soit bilingue à nomination impérative, satisfait au critère imposé à l'article 91 de la *Loi sur les langues officielles*. En concluant ainsi, je ne veux pas dire que la demande soumise à cette Cour par le requérant est dénuée de fondement. Il y a toujours deux volets à une question, et l'examen a ouvert la porte à deux perceptions divergentes, et à deux analyses contradictoires du fondement factuel sur lequel les désignations reposent.

Je répète toutefois que l'examen par les tribunaux de la dotation en personnel doit nécessairement être

with the view expressed by the Court of Appeal in the *Viola* case (*supra*) that the test would be the same without the objectivity test imposed by section 91 of the statute and that, of course, no frivolous or arbitrary approach to bilingual staffing can be countenanced. The “spirit and intent” of the Act, as set out in subsection 56(1) must always be respected.

So long, however, as there is a factual basis on which a particular staffing action is taken, and so long as that action is in conformity with relevant statutes and more discrete regulations, this Court cannot and should not intervene. That a court might have reached another conclusion, or that a court might have preferred an alternative to the staffing action taken, are no grounds, in my view, for judicial intervention. To define more extensively this somewhat narrow scope of review would only lead to obfuscation or semantic confusion.

Counsel for the parties were particularly cogent and thorough in their presentations, and I am grateful to them for it. Admittedly, the issue is now moot and my findings, which are retrospective to 1989, might not necessarily apply if further staffing action has or should be taken where the factual basis whereof I spoke might have assumed a different colour. In any event, the comments and observations made herein will hopefully be of some guidance in dealing with future issues.

The application is dismissed with costs.

circonscrit. Je partage l'opinion de la Cour d'appel dans l'arrêt *Viola*, précité, selon laquelle, d'une part, le critère serait le même en l'absence du critère d'objectivité établi à l'article 91 de la Loi et, d'autre part, aucune méthode capricieuse ou arbitraire de dotation bilingue ne doit évidemment être encouragée. Aux termes du paragraphe 56(1), l'«esprit de la présente loi et l'intention du législateur» doivent toujours être respectés.

Toutefois, lorsque les faits justifient une dotation particulière, et que cette dernière est conforme aux lois pertinentes et aux règlements plus spécifiques, cette Cour ne peut et ne doit pas intervenir. Le fait qu'un tribunal aurait pu conclure autrement ou aurait préféré une autre solution à la dotation effectuée ne constitue pas, à mon avis, un motif d'intervention judiciaire. Délimiter avec plus de précision les limites de ce pouvoir de contrôle quelque peu étroit ne ferait qu'obscurcir la question ou créer une confusion sémantique.

Les avocats des parties ont fait des observations particulièrement convaincantes et approfondies, et je leur en suis reconnaissant. On doit reconnaître que la question est maintenant théorique, et mes conclusions, qui sont rétroactives à 1989, ne s'appliqueront pas nécessairement à une autre dotation reposant sur un fondement factuel différent. Quoi qu'il en soit, j'espère que les commentaires et les observations en l'espèce seront utiles à l'avenir.

La demande est rejetée avec dépens.

A-340-90
Performing Rights Organization of Canada Limited and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited (Appellants)
(Respondents)

v.

CTV Television Network Ltd. (Respondent)
(Applicant)

and

The Copyright Board (Respondent) *(Respondent)*

INDEXED AS: CTV TELEVISION NETWORK LTD. v. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Desjardins and Létourneau J.J.A.—Toronto, December 7, 8, 9 and 10, 1992; Ottawa, January 5, 1993.

Copyright — Appeal from Trial Division decision prohibiting Copyright Board from proceeding with adoption of tariff covering royalties to be paid to performing rights societies — Jurisdiction of Board at issue — Whether proposed tariff applicable to CTV's distribution network under Copyright Act, s. 3(1)(f) as amended — Meaning of "musical work" — Amendments to Copyright Act not intended to overcome case law and subject entertainment programming networks to payment of royalties — CTV communicating performance of musical works, not musical works — Not performing musical works in public under s. 3(1)(f) — No legal basis for appellants to file statement of royalties.

Telecommunications — Copyright Act, s. 3(1)(f) amended to replace "by radio communication" with "by telecommunication" — Whether CTV communicates musical works to public by telecommunication within meaning of s. 3(1)(f) — "Musical work" not including "composition with or without words" — Meaning of "musical work" established by case law unchanged by amendments to legislation — CTV communicating "performance of musical works", not "musical works" — Not performing musical works in public when transmitting entertainment programming to affiliated stations.

This was an appeal from a decision of the Trial Division prohibiting the Copyright Board from proceeding with the adoption of a tariff which would authorize the appellants, as performing rights societies, to claim royalties from commercial television networks under the *Copyright Act*; there was also a cross-appeal by the Board as to its jurisdiction to deal with the

A-340-90
Société de droits d'exécution du Canada Limitée et Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée (appelantes) *(intimées)*

a

c.

Réseau de Télévision CTV Ltée (intimée)
b (requérante)

et

Commission du droit d'auteur (intimée) *(intimée)*

c

RÉPERTORIÉ: RÉSEAU DE TÉLÉVISION CTV LTÉE c. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Desjardins et Létourneau, J.C.A.—Toronto, 7, 8, 9 et 10 décembre 1992; Ottawa, 5 janvier 1993.

Droit d'auteur — Appel interjeté d'une décision de la Section de première instance interdisant à la Commission du droit d'auteur de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption d'un tarif prévoyant le versement de droits à des sociétés de droits d'exécution — La compétence de la Commission est en cause — Le projet de tarif est-il applicable au réseau de distribution de CTV en vertu de l'art. 3(1)f) de la Loi sur le droit d'auteur, modifié? — Sens d'«œuvre musicale» — Les modifications apportées à la Loi sur le droit d'auteur ne visaient pas à contourner la jurisprudence ni à assujettir les réseaux de programmation de divertissement au versement de droits — CTV communique l'exécution d'œuvres musicales et non des œuvres musicales — Elle n'exécute pas des œuvres musicales en public au sens de l'art. 3(1)f) — Les appelantes n'ont aucun fondement juridique pour déposer un projet de tarif.

Télécommunications — L'art. 3(1)f) de la Loi sur le droit d'auteur a été modifié de façon à substituer à l'expression «au moyen de la radiophonie» celle de «par télécommunication» — CTV communique-t-elle au public, par télécommunication, une œuvre musicale au sens de l'art. 3(1)f)? — «Œuvre musicale» ne comprend pas «composition musicale avec ou sans paroles» — Le sens de l'expression «œuvre musicale» établi par la jurisprudence n'a pas été modifié par les modifications apportées à la Loi — CTV communique «l'exécution d'œuvres musicales» et non des «œuvres musicales» — Elle n'exécute pas des œuvres musicales en public lorsqu'elle transmet sa programmation de divertissement à ses stations affiliées.

Il s'agit d'un appel interjeté d'une décision de la Section de première instance interdisant à la Commission du droit d'auteur de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption d'un tarif qui autoriserait les appelantes, en leur qualité de sociétés de droits d'exécution, à exiger des réseaux de télévision privés le versement de droits sous le régime de la *Loi sur le droit*

proposed tariff and legal issues relating to it. The respondent CTV is a privately owned network which provides entertainment programming to its affiliated stations across Canada. In 1968, the Supreme Court of Canada held in the *CAPAC* case that paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*, as it was then written, did not provide copyright protection for musical works with respect to CTV's network transmissions. In 1988, that paragraph was amended to replace the words "by radio communication" with "to the public by telecommunication". The issues in this appeal were 1) whether the Board had the capacity to consider Tariff 2.A.2 submitted by the appellants and to decide jurisdictional questions and questions of law and 2) whether the performing rights in musical works administered by the appellants are protected under the *Copyright Act* in respect of CTV's distribution network and therefore could provide a statutory foundation for Tariff 2.A.2.

Held, the appeal and the cross-appeal should be dismissed.

1) The Copyright Board possesses the incidental powers necessary to the exercise of its function which consists in fixing the rates that the performing rights societies can charge. This may entail deciding preliminary or collateral issues and questions of fact or of law. The powers of any administrative tribunal must be stated in its enabling statute but may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and purpose. Courts must avoid sterilizing the powers of regulatory authorities through overly technical interpretations of enabling statutes. The Copyright Board can make an initial determination of the facts and the law as to whether the proposed statement of royalties is within the terms of the Act. On an application for prohibition, a court should be loath to prevent the Board from making the initial determination on matters incidental to its jurisdiction and to frustrate Parliament's intention in establishing a regulating body.

2) In relation to musical, literary, dramatic or artistic work, "copyright" includes under paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* the sole right to communicate the work to the public by telecommunication. In the *CAPAC* case, the Supreme Court of Canada ruled that CTV, by transmitting its entertainment programming to its affiliate stations, communicated not a "musical work" as defined in the Act but "a performance of the work". In an attempt to distinguish the *CAPAC* case, the appellants sought to extend the meaning of "musical work" and submitted that the words "musical work" and "musical composition" can be used interchangeably. That proposition defies the basic rules of legislative drafting and interpretation. Definitions are used for convenience and to bring more precision to a legislative text. They are meant to be of assistance to legislative drafting, not to bring confusion to legislative interpretation. The definition of the words "every original literary, dramatic, musical and artistic work" in section 2 of the Act makes

d'auteur; un appel incident est également interjeté par la Commission en ce qui a trait à l'étendue de sa compétence pour traiter du projet de tarif et des questions de droit connexes. L'intimée CTV est un réseau privé de télédiffusion qui fournit des émissions de divertissement à ses stations affiliées situées un peu partout au Canada. En 1968, dans l'arrêt *CAPAC*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans sa version alors en vigueur, n'accordait pas la protection du droit d'auteur à des œuvres musicales visées par les transmissions du réseau de CTV. En 1988, cet alinéa a été modifié et les mots «au moyen de la radiophonie» furent remplacés par «au public, par télécommunication». Il s'agit en l'espèce de déterminer 1) si la Commission est habilitée à examiner le projet de tarif 2.A.2 présenté par les appelantes et à trancher des questions de compétence et des questions de droit, et 2) si les droits d'exécution d'œuvres musicales gérés par les appelantes sont protégés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* en ce qui a trait au réseau de distribution de CTV et, partant, s'ils pourraient constituer un fondement législatif pour le tarif 2.A.2.

Arrêt: l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

1) La Commission du droit d'auteur possède les pouvoirs connexes qui sont nécessaires à l'exercice de sa fonction, qui consiste à établir les tarifs que les sociétés de droits d'exécution peuvent imposer. Cette fonction peut impliquer le règlement de questions préliminaires ou connexes et de questions de fait ou de droit. Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Les tribunaux doivent éviter de rendre stériles les pouvoirs des organismes de réglementation en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste. La Commission du droit d'auteur peut rendre une décision initiale sur les faits et le droit quant à la question de savoir si le projet de tarif est conforme aux dispositions de la Loi. Tout tribunal saisi d'une demande de bref de prohibition devrait être réticent à empêcher la Commission de trancher initialement des questions accessoires à sa compétence, et à contrecarrer l'intention du législateur lorsqu'il a constitué un organisme de réglementation.

2) Dans le cas d'une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique, l'expression «droit d'auteur» désigne, suivant l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le droit exclusif de communiquer l'œuvre au public par télécommunication. Dans l'arrêt *CAPAC*, la Cour suprême du Canada a conclu que CTV, en transmettant sa programmation de divertissement à ses stations affiliées, n'a pas communiqué une «œuvre musicale» au sens de la Loi, mais a plutôt communiqué «une exécution de l'œuvre». Dans une tentative pour établir une distinction avec l'arrêt *CAPAC*, les appelantes ont cherché à élargir le sens d'«œuvre musicale» et ont fait valoir que les expressions «œuvre musicale» et «composition musicale» peuvent être employées indifféremment. Cette prétention va à l'encontre des règles les plus élémentaires de la rédaction et de l'interprétation législatives. Les définitions existent pour des raisons de commodité et afin de rendre le texte législatif plus précis. Elles visent à faciliter la rédaction législative et non à rendre confuse

it obvious that “musical work” is not meant to include “composition with or without words” as the legislator opposes the two notions in that definition. As the definitions of “musical works” and “performance” have remained unchanged, the Court was bound by the decision of the Supreme Court in *CAPAC* that paragraph 3(1)(f) covers the communication of musical works to the public, not the communication of the performance of musical works; that paragraph should have been amended accordingly in order to cover the acts of CTV. The amendments to paragraph 3(1)(f) were not intended to reverse the decision of the Supreme Court and to subject entertainment programming networks to the payment of royalties; they were enacted to implement the *Free Trade Agreement* with respect to the retransmission of local or distant signals that carry a literary, dramatic, musical or artistic work. CTV is not a retransmitter within the meaning of the *Copyright Act* and therefore is not affected by these amendments. Paragraph 3(1)(f) does not apply to CTV’s network as the latter does not communicate musical works *per se*; rather, it communicates the performance of musical works.

CTV is not performing musical works in public when it transmits its entertainment programming to its affiliated stations. That question of the public or private nature of CTV’s action was before the Supreme Court in the *CAPAC* case where the transmission was held to be private, not public. The factual and legal situation has not changed since that decision and the fact that transmission by electrical signals or data streams has replaced transmission by microwaves does not change the private character of such transmission. CTV does not broadcast to the public when it transmits its programming to its affiliated stations as such transmission does not meet the definition of broadcasting in the *Broadcasting Act*. CTV, through its programming activities and its distribution network, facilitates the work of the affiliated stations but does not authorize it. The authorization given to its affiliated stations to broadcast musical works comes from the appellants themselves. The appellants had no legal basis, statutory or otherwise, to file a statement of royalties that applies to CTV’s entertainment programming network.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 15, s. 1. *i*
Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 2.
Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act, Bill C-2, First Reading, ss. 61, 62.
Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, ss. 61-65. *j*
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

l’interprétation des lois. Il ressort de la définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» donnée à l’article 2 de la Loi que «l’œuvre musicale» ne comprend pas une «composition musicale avec ou sans paroles» puisque le législateur y oppose les deux notions l’une à l’autre. *a*
 Comme la définition des expressions «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» et «audition» n’a pas changé, la Cour est liée par l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *CAPAC*, qui porte que l’alinéa 3(1)f) vise la communication au public d’une œuvre musicale, non la communication de l’exécution d’une œuvre musicale; cet alinéa aurait dû être modifié de manière à englober les actes de CTV. Les modifications apportées à l’alinéa 3(1)f) ne visaient pas à renverser la décision de la Cour suprême du Canada et à assujettir les réseaux de programmation de divertissement au versement de droits. Elles ont été adoptées aux fins de la mise en œuvre de l’*Accord de libre-échange* en ce qui a trait à la retransmission de signaux locaux ou éloignés porteurs d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. CTV n’est pas un retransmetteur au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* et n’est donc pas visée par ces modifications. L’alinéa 3(1)f) ne s’applique pas au réseau de CTV parce que cette dernière ne communique pas des œuvres musicales en elles-mêmes; elle communique plutôt l’exécution d’œuvres musicales. *b*
c
d

CTV n’exécute pas des œuvres musicales en public lorsqu’elle transmet sa programmation de divertissement à ses stations affiliées. Cette même question de la nature publique ou privée de l’action de CTV a été examinée par la Cour suprême dans l’arrêt *CAPAC* et la Cour a conclu que la transmission était privée et non publique. La situation factuelle et juridique n’a pas changé depuis cette décision et le fait que la transmission par des signaux électriques ou par des flots de données a remplacé la transmission par micro-ondes ne change rien au caractère privé de cette transmission. CTV ne diffuse pas au public lorsqu’elle transmet sa programmation à ses stations affiliées puisque cette transmission ne correspond pas à la définition du terme radiodiffusion figurant dans la *Loi sur la radiodiffusion*. CTV, par ses activités de programmation et son réseau de distribution, facilite le travail des stations affiliées, mais elle ne l’autorise pas. L’autorisation donnée aux stations affiliées de radiodiffuser des œuvres musicales provient des appelantes elles-mêmes. Les appelantes ne disposent d’aucun fondement juridique, législatif ou autre, pour déposer un projet de tarif applicable au réseau de programmation de divertissement de CTV. *e*
f
g
h

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange*, L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A, Art. 2006(2)(a).
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].
Convention de Rome sur le droit d’auteur 1928, L.R.C. (1985), ch. C-42, Annexe III, Art. 11(bis).

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Copyright Act, R.S.C. 1952, c. 55, ss. 3(1)(f), 49.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 15, s. 12), 50, 50.1 to 50.4 (as enacted *idem*, s. 14).
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 3(1)(f) (as am. *idem*, s. 62), 3 (1.4) (as enacted *idem*), 5, 28, 66.52 (as am. *idem*, s. 64), 67 to 67.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 10, s. 12), 70.1-70.2 (as enacted *idem*, s. 16), 70.61 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1)(j) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
Free Trade Agreement, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A, Art. 2006(2)(a).
Integrated Circuit Topography Act, S.C. 1990, c. 37, s. 33.
Rome Copyright Convention, 1928, R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III, Art. 11 (*bis*).

Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 à 65.
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis, Projet de loi C-2, première lecture, art. 61, 62.
Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant les modifications connexes et corrélatives, L.C. 1988, ch. 15, art. 1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(1)(j) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 3(1)(f) (mod., *idem*, art. 62), 3(1.4) (édicte, *idem*), 5, 28, 66.52 (mod., *idem*, art. 64), 67 à 67.3 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12), 70.1 et 70.2 (édicte, *idem*, art. 16), 70.61 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 65).
Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1952, ch. 55, art. 3(1)(f), 49.1 (édicte par L.C. 1988, ch. 15, art. 12), 50, 50.1 à 50.4 (édicte, *idem*, art. 14).
Loi sur les topographies de circuits intégrés, L.C. 1990, ch. 37, art. 33.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] S.C.R. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108.

APPLIED:

Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada, [1980] 2 F.C. 259; (1979), 46 C.P.R. (2d) 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*, [1992] 1 F.C. 487; (1991), 81 D.L.R. (4th) 412; 36 C.P.R. (3d) 483; 129 N.R. 289 (C.A.); *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc., [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, A-329-90, Létourneau J.A., judgment dated 5/1/93, F.C.A., not yet reported.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] R.C.S. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada, [1980] 2 C.F. 259; (1979), 46 C.P.R. (2d) 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1992] 1 C.F. 487; (1991), 81 D.L.R. (4th) 412; 36 C.P.R. (3d) 483; 129 N.R. 289 (C.A.); *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 97 N.R. 15; *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1, (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES

Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc., [1991] 3 C.F. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Réseau de télévision CTV Ltée*, A-329-90, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-1-93, C.A.F., encore inédit.

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Quebec): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991.

Tremblay, Richard et al. *Guide de rédaction législative*, Montréal: Société québécoise d'information juridique, 1984.

APPEAL from a decision of the Trial Division ([1990] 3 F.C. 489; (1990), 30 C.P.R. (3d) 262; 34 F.T.R. 142 (T.D.)) prohibiting the Copyright Board from proceeding with the adoption of Tariff 2.A.2 relating to royalties claimed by appellants under the *Copyright Act*; cross-appeal by the Board as to its jurisdiction to deal with the proposed tariff and legal issues relating to it. Appeal and cross-appeal dismissed.

COUNSEL:

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon and Gilles Marc Daigle for appellants (respondents).
Gordon J. Zimmerman and Gayle Pinheiro for respondent (applicant) CTV Television Network Ltd.

Mario Bouchard for respondent (respondent) Copyright Board.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for appellants (respondents).

Borden & Elliot, Toronto, for respondent (applicant) CTV Television Network Ltd.

Legal Services, Copyright Board, Ottawa, for respondent (respondent) Copyright Board.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [[1990] 3 F.C. 489] prohibiting the Copyright Board (the Board) from taking further proceedings with respect to the adoption of appellants' Tariff 2.A.2 applicable to commercial television networks and relating to royalties to be paid under the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] to performing rights societies.

DOCTRINE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990.

Tremblay, Richard et al. *Guide de rédaction législative*, Montréal: Société québécoise d'information juridique, 1984,

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1990] 3 C.F. 489; (1990), 30 C.P.R. (3d) 262; 34 F.T.R. 142 (1^{re} inst.)) interdisant à la Commission du droit d'auteur de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption du Tarif 2.A.2 relatif aux droits revendiqués par les appelantes sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*; appel incident interjeté par la Commission en ce qui a trait à l'étendue de sa compétence pour traiter du projet de tarif et des questions de droit connexes. Appel et appel incident rejetés.

AVOCATS:

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon et Gilles Marc Daigle pour les appelantes (intimées).

Gordon J. Zimmerman et Gayle Pinheiro pour le Réseau de Télévision CTV Ltée, intimée (requérante).

Mario Bouchard pour la Commission du droit d'auteur, intimée (intimée).

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les appelantes (intimées).

Borden & Elliot, Toronto, pour le Réseau de Télévision CTV Ltée, intimée (requérante).

Contentieux, Commission du droit d'auteur, Ottawa, pour la Commission du droit d'auteur, intimée (intimée).

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté d'une décision de la Section de première instance [[1990] 3 C.F. 489] interdisant à la Commission du droit d'auteur (la Commission) de faire toute autre démarche à l'égard de l'adoption du tarif 2.A.2 des appelantes applicable aux réseaux de télévision privés et prévoyant le versement de droits aux sociétés de droits d'exécution sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42].

It also involves a cross-appeal by the Board on the scope of its jurisdiction to deal with the proposed tariff and legal issues relating to it.

Un appel incident est également interjeté par la Commission en ce qui a trait à l'étendue de sa compétence pour traiter du projet de tarif et des questions de droit connexes.

The Facts

The appellant Societies, the Performing Rights Organization of Canada Limited (PROCAN) and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited (CAPAC), are performing rights societies currently in the process of merging. They own and administer the performance rights to a variety of musical works in Canada. The Societies grant licences for the performance of those works in Canada and collect and distribute royalties pursuant to statements of royalties certified by the Board.

Les faits

Les sociétés appelantes, la Société de droits d'exécution du Canada Limitée (SDE) et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée (CAPAC), sont des sociétés de droits d'exécution en voie de fusionner. Elles possèdent et gèrent les droits d'exécution relatifs à diverses œuvres musicales au Canada. Elles octroient des licences autorisant l'exécution de ces œuvres au Canada et perçoivent les redevances, puis les versent, conformément à des projets de tarifs homologués par la Commission.

The respondent, the CTV Television Network Ltd. (CTV), is a privately owned network which, among other things, provides entertainment programming to its affiliated stations across Canada.

L'intimée, le Réseau de Télévision CTV Ltée (CTV), est un réseau privé de télédiffusion qui fournit notamment des émissions de divertissement à ses stations affiliées situées un peu partout au Canada.

Indeed, the respondent CTV, which describes itself as a "programming cooperative", distributes programming to its affiliated stations via satellite. The receiving stations then communicate the programs to the public from local broadcasting transmitters.

En fait, l'intimée CTV, qui se décrit comme une [TRADUCTION] «coopérative de programmation», distribue des émissions à ses stations affiliées au moyen de communications par satellite. Les stations réceptrices communiquent ensuite les émissions au public grâce à des transmetteurs de radiodiffusion.

Under the terms of the agreement between CTV and its affiliated stations, total programming time is divided between "Network Sales Time" (when the affiliates must carry programs as scheduled by the network) and "Affiliate Sales Time" (in which the affiliates run programs of their own choosing). Generally, advertising revenues generated during Network Sales Time are retained by CTV; those generated during Affiliate Sales Time are retained by the affiliate. Affiliates also receive some proportion of the Network Sales Time revenues.¹

Aux termes des ententes conclues entre CTV et ses stations affiliées, le temps total de programmation est divisé entre le [TRADUCTION] «temps d'antenne du réseau» (temps où les stations affiliées doivent diffuser les émissions établies par le réseau) et le [TRADUCTION] «temps d'antenne des stations affiliées» (temps où les stations affiliées diffusent les émissions à leur gré). En général, les revenus de publicité obtenus durant le temps d'antenne du réseau appartiennent à CTV, tandis que ceux qui sont obtenus durant le temps d'antenne des stations affiliées appartiennent aux stations. Les stations affiliées reçoivent aussi une partie des revenus tirés du temps d'antenne du réseau¹.

¹ The respondent CTV refers to this proportion as the "profits" derived from "Network Sales Time" revenues. The appellants point out that the proportion allotted to the affiliates declined from 16.8% of NST revenues in 1988 to 1.4% of NST revenues in 1989.

¹ Pour désigner cette partie, l'intimée CTV parle de «profits» tirés des revenus du «temps d'antenne du réseau». Les appelantes soulignent que la partie attribuée aux stations affiliées est passée de 16,8 % des revenus TVR en 1988 à 1,4 % en 1989.

Affiliated stations pay royalties to the performing societies based on a percentage (2.1%) of the gross advertising revenues of each station. According to the appellants, in 1963, the Board approved a royalty, similar to that proposed here, that attached to Network Sales Time revenues. However, in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* [“CAPAC”], [1968] S.C.R. 676, the Supreme Court of Canada interpreted paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*,² as it was then written [R.S.C. 1952, c. 55], so as not to provide copyright protection for musical works with respect to CTV’s network transmissions. Thus, CTV’s network advertising revenues have historically escaped the application of royalties.

In 1988, paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* was amended to replace the phrase “to communicate the work by radio communication” with “to communicate the work to the public by telecommunication”.³

On this basis, pursuant to the then section 49.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 15, s. 12) (now sections 67 to 67.3 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12]) of the *Copyright Act*, the Societies filed new proposed Tariffs 2.A.1. (pertaining to television stations) and 2.A.2 (pertaining to television networks) with the Board in September 1989. As required by this legislation, the proposed Tariffs (which were to take effect January 1, 1990) were published in the *Canada Gazette* on September 30, 1989 [123 *Canada Gazette, Part 1, Supplement* (September 30, 1989)].

Respondent CTV filed formal objections to the proposal with the Board on October 27, 1989. Then, on November 16, 1989, it filed an originating notice of motion in the Federal Court seeking the writ of prohibition which is the subject of the present appeal.

² R.S.C., 1985, c. C-42.

³ *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, s. 62(1).

Les stations affiliées versent aux sociétés de droits d’exécution des droits établis en vertu d’un pourcentage (2,1 %) des revenus de publicité bruts de chaque station. Selon les appelantes, la Commission a, en 1963, homologué un tarif semblable à celui du projet visé en l’espèce, qui s’appliquait aux revenus tirés du temps d’antenne du réseau. Toutefois, dans l’arrêt *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* [«CAPAC»], [1968] R.C.S. 676, la Cour suprême du Canada a donné à l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*², dans sa version alors en vigueur [S.R.C. 1952, ch. 55], une interprétation portant qu’il n’accordait pas la protection du droit d’auteur à des œuvres musicales visées par les transmissions du réseau de CTV. C’est ainsi que les revenus de publicité du réseau de CTV ont historiquement échappé à l’assujettissement à des droits.

En 1988, l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* a été modifié et les mots «de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie» furent remplacés par «de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre»³.

À la faveur de cette modification et sous le régime de l’article 49.1 [édicte par L.C. 1988, ch. 15, art. 12] (maintenant les articles 67 à 67.3 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12]) de la *Loi sur le droit d’auteur*, les sociétés ont, en septembre 1989, déposé à la Commission de nouveaux projets de tarifs, à savoir le projet de tarif 2.A.1 (applicable aux stations de télévision) et le projet de tarif 2.A.2 (applicable aux réseaux de télévision). Conformément à la Loi, les projets de tarifs (qui devaient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1990) furent publiés dans la *Gazette du Canada* le 30 septembre 1989 [123 *Gazette du Canada, Partie 1, supplément* (30 septembre 1989)].

L’intimée CTV a déposé à la Commission des oppositions formelles aux projets de tarifs le 27 octobre 1989. Le 16 novembre 1989, elle a déposé devant la Cour fédérale un avis de requête introductif d’instance par lequel elle demandait un bref de prohibition, point qui fait l’objet du présent appel.

² L.R.C. (1985), ch. C-42.

³ *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 62(1).

I might add that, in response to the issuing of the writ, on November 24, 1989, the Societies made an additional and alternative filing of the proposed Tariffs under sections 50.1 to 50.4 [as enacted by S.C. 1988, c. 15, s. 14] (now sections 70.1 to 70.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 16]) of the Act. Respondent CTV filed another notice of motion on December 18, 1989 again seeking to prohibit the Board from further considering the Tariff 2.A.2 application based on section 50 (now section 70) of the Act. The Trial Judge's order regarding this motion was released on April 12, 1990 and is the subject of an appeal in file A-329-90 [*Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, Létourneau J.A., judgment dated 5/1/93, not yet reported].

The Substantive Issues

The appeal primarily involves a determination of the Board's capacity to consider Tariff 2.A.2 submitted by the appellants along with its capacity to decide jurisdictional questions and questions of law. At the core of the debate also lies the question as to whether the performing rights in musical works administered by the appellants are protected under the *Copyright Act* in respect of CTV's distribution network and therefore could provide a statutory foundation for Tariff 2.A.2. A number of arguments were raised in support and against the proposal that they are so protected. An assessment of these arguments would involve a reconsideration of the decision of the Supreme Court of Canada in the *CAPAC* case. Both the appellants and respondent CTV have urged us to decide the core issue and not simply that relating to the Board's capacity to deal with it.

The power of the Copyright Board to decide legal and jurisdictional questions

On this matter, counsel for the respondent CTV initially took a very restrictive view of the Board's jurisdiction and powers and submitted that the Board

Il y lieu d'ajouter qu'en réponse à la requête visant l'obtention d'un bref de prohibition, les sociétés ont, le 24 novembre 1989, procédé à un nouveau dépôt des projets de tarifs sous le régime des articles 50.1 à 50.4 [édictees par L.C. 1988, ch. 15, art. 14] (maintenant les articles 70.1 à 70.2 [édictees par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 16]) de la Loi. L'intimée CTV a déposé le 18 décembre 1989 un nouvel avis de requête par lequel elle demandait de nouveau qu'on interdise à la Commission d'examiner plus avant la demande d'homologation du projet de tarif 2.A.2 sous le régime de l'article 50 (maintenant l'article 70) de la Loi. L'ordonnance prononcée par le juge de première instance à l'égard de cette requête a été rendue le 12 avril 1990 et elle fait l'objet d'un appel interjeté sous le numéro du greffe A-329-90 [*Société de droit d'exécution du Canada Ltée c. Réseau de télévision CTV Ltée*, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-1-93, encore inédit].

Questions de fond

Le présent appel porte essentiellement sur la question de déterminer si la Commission est habilitée à examiner le projet de tarif 2.A.2 présenté par les appelantes et à trancher des questions de compétence et des questions de droit. Au cœur du différend se trouve aussi la question de savoir si les droits d'exécution d'œuvres musicales gérés par les appelantes sont protégés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* en ce qui a trait au réseau de distribution de CTV et, partant, s'ils pourraient constituer un fondement législatif pour le tarif 2.A.2. Nombre d'arguments ont été invoqués à l'appui comme à l'encontre de la prétention selon laquelle ils bénéficient de cette protection. L'examen de ces arguments implique un réexamen de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CAPAC*. Les appelantes comme l'intimée CTV ont demandé à la Cour de trancher la question de fond et de ne pas se limiter à la seule question de la compétence de la Commission pour en traiter.

Le pouvoir de la Commission du droit d'auteur de trancher des questions de droit et de compétence

Sur cette question, l'avocat de l'intimée CTV a d'abord adopté un point de vue très restrictif de la compétence et des pouvoirs de la Commission et pré-

has no authority to decide legal or jurisdictional questions. I say initially because, in my view rightly so, he made a number of important concessions pursuant to the very able and objective submissions made by Mr. Bouchard on behalf of the Board.

Mr. Bouchard submitted that the Board, in order to be functional, must have the power to initially, though not conclusively, decide questions of law and jurisdiction. If the Board is limited to deciding questions of fact as counsel for the respondent CTV originally proposed, Mr. Bouchard said, one would end up in a ludicrous situation as the Board would have the power to adjudicate on questions of fact, but not on questions of law or of mixed fact and law. However, he adds, the very question of determining whether a matter is a question of fact or of law or a question of a mixed law and fact is itself a question of law on which the Board could not adjudicate. Any debate on the issue would have to be settled before the courts and the Board would simply be paralyzed.

The parties have cited us numerous decisions and authorities on a Board's capacity to decide Charter [Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], jurisdictional and legal issues. It is fair to say that there have been fluctuations over the years and I am not sure there is any point in trying to reconcile the sometimes conflicting views on the matter.

I am satisfied that the Board cannot have a jurisdiction as limited as counsel for the respondent CTV initially put it. Nor is the Board's jurisdiction unlimited. I firmly believe that the Board possesses the incidental powers which are necessary and inexorably linked to the exercise of its function which is of fixing the rates which the performing rights societies can charge. This may entail deciding preliminary or collateral issues and questions of fact or of law.

tendu que celle-ci n'est pas habilitée à trancher des questions de droit ou de compétence. Je dis d'abord parce que, à bon droit selon moi, il a fait un certain nombre de concessions importantes après la présentation par M^e Bouchard, pour le compte de la Commission, d'arguments très judicieux et objectifs.

M^e Bouchard a fait valoir que pour pouvoir fonctionner, la Commission doit avoir le pouvoir de trancher au départ, bien que de façon provisoire, des questions de droit et de compétence. Selon M^e Bouchard, si la Commission était confinée aux seules questions de fait, comme le prétendait d'entrée de jeu l'avocat de l'intimée CTV, on se trouverait dans une situation ridicule puisque la Commission aurait le pouvoir de trancher des questions de fait, mais non des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait. Et M^e Bouchard d'ajouter que la question même de décider si un point en litige est une question de fait, une question de droit ou une question mixte de droit et de fait est en soi une question de droit que la Commission ne serait pas habilitée à trancher. Tout différend sur ce point devrait être porté devant les tribunaux, ce qui entraînerait pratiquement la paralysie de la Commission.

Les parties ont cité nombre de décisions et d'auteurs sur la question de la compétence de la Commission pour trancher des questions d'application de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]], de compétence et de droit. Il est juste de reconnaître l'existence de fluctuations au cours des ans et je ne crois pas qu'il soit utile de tenter d'harmoniser les opinions parfois contraires qui ont été exprimées en cette matière.

Je suis convaincu que la Commission ne peut avoir une compétence aussi limitée comme l'a prétendu au départ l'avocat de l'intimée CTV. En revanche, elle n'a pas non plus une compétence illimitée. Je crois fermement que la Commission possède les pouvoirs connexes qui sont nécessairement et inexorablement liés à l'exercice de sa fonction, qui consiste à établir les tarifs que les sociétés de droits d'exécution peuvent imposer. Cette fonction peut impliquer le règle-

This finding is consistent with the decisions of this Court in *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*⁴ and in *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*.⁵ In this latter case, my colleague Linden J.A., in relating to the Copyright Board's power to decide questions of contractual rights, wrote for the Court:

... it is clear that the Board must do so, at least in a preliminary way, as a necessary incident to the exercise of its jurisdiction. It cannot value a right unless it exists. The Board's conclusion as to legal rights may not bind everyone for all time, but it cannot perform its mandate without making a legal determination about these rights. It may be different, however, where all that the Board is asked to do is to determine the rights of the parties (see *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.)).⁶

It is also consistent with what Gonthier J., of the Supreme Court of Canada, said in the *Bell Canada* case:

The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes.⁷

It is not necessary in this case to review all the powers of the Board under the Act. Suffice it for me to say that the Board has under section 67 of the Act, in exercising its rate fixing function, the power to make an initial determination as to whether or not the party filing a proposed statement of royalties is entitled to do so, whether or not it is in relation to musical works, i.e., works protected under the Act, and

⁴ [1980] 2 F.C. 259 (C.A.). See also *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.), at pp. 659-660.

⁵ [1992] 1 F.C. 487 (C.A.).

⁶ *Id.*, at p. 494.

⁷ *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1756.

ment de questions préliminaires ou complexes et de questions de fait ou de droit.

Cette conclusion s'harmonise avec les arrêts de notre Cour dans les affaires *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*⁴ et *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*⁵. Dans cette dernière affaire, mon collègue le juge Linden, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour au sujet du pouvoir de la Commission du droit d'auteur de trancher des questions de droits contractuels, a écrit:

Quant à savoir si la Commission peut trancher des questions portant sur des droits contractuels, il est évident que la Commission doit forcément le faire, du moins au préalable, dans l'exercice de sa compétence. On ne peut évaluer un droit à moins qu'il n'existe. Il se peut que la conclusion de la Commission relativement aux garanties juridiques ne lie pas tout le monde pour toujours, mais elle ne peut remplir sa mission sans rendre une décision juridique au sujet de ces droits. Ce peut être différent, toutefois, lorsque tout ce qu'on demande à la Commission est de déterminer les droits des parties (voir *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.)).⁶

Cela est aussi conforme à l'opinion exprimée par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Bell Canada*:

Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.⁷

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de procéder à l'examen de tous les pouvoirs conférés à la Commission en vertu de la Loi. Qu'il me suffise de dire qu'aux termes de l'article 67 de la Loi, la Commission a, dans l'exercice de sa fonction d'établissement des tarifs applicables, le pouvoir de décider initialement si la partie qui a déposé un projet de tarif a ou non le droit de le faire, si ces droits portent ou non

⁴ [1980] 2 C.F. 259 (C.A.). Voir aussi *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.), aux p. 659 et 660.

⁵ [1992] 1 C.F. 487 (C.A.).

⁶ *Id.*, à la p. 494.

⁷ *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1756.

whether or not it is for the grant of licences for the performance of protected works in Canada. To use the words of Strayer J. in *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*,⁸ the Board can make an initial determination of the facts and the law as to whether the proposed statement of royalties is within the terms of the Act.

Otherwise, the Board would have to publish in the *Canada Gazette*, as required by section 67.1, a statement of royalties which it knows has no legal foundation as it comes from unauthorized persons and relates to unprotected works. What, then, is the purpose of having a Board if it cannot determine these necessary incidents to its jurisdiction?

This is not to say that the Board's decisions on these matters should not be reviewable by the courts. Indeed, judicial review is available pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*.⁹ In addition, as the Board has not expressly been given the power to interpret law and as it does not claim a special expertise, it is not entitled to the curial deference which is generally applied in such cases to the interpretation of a statute within a tribunal's area of expertise.¹⁰

Having said that, I hasten to add that, on an application for prohibition, a court should be loath to pre-

⁸ (1991), 34 C.P.R. (3d) 521 (F.C.T.D.), at p. 533.

⁹ S. 28(1)(j) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] as amended [S.C. 1990, c. 8, s. 8] reads:

28. (1) The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of any of the following federal boards, commissions or other tribunals:

(j) the Copyright Board established by the *Copyright Act*.

¹⁰ *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 33 (per La Forest J.).

sur des œuvres musicales, c'est-à-dire des œuvres protégées par la Loi, et s'il est question ou non de l'octroi de licences pour l'exécution d'œuvres protégées au Canada. Pour reprendre les termes employés par le juge Strayer dans *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*⁸, la Commission peut rendre une décision initiale sur les faits et le droit quant à la question de savoir si le projet de tarif est conforme aux dispositions de la Loi.

Autrement, la Commission devrait publier dans la *Gazette du Canada*, comme le prévoit l'article 67.1, un projet de tarif qu'elle sait ne pas être fondé en droit puisqu'il provient de personnes qui ne sont pas habilitées à le présenter et qu'il porte sur des œuvres qui ne sont pas protégées. À quoi servirait alors la Commission si elle ne peut décider de questions accessoires qui découlent nécessairement de sa compétence?

Cela ne veut pas dire que les décisions de la Commission sur ces questions ne devraient pas être susceptibles de contrôle judiciaire. En fait, le contrôle judiciaire est prévu à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁹. En outre, comme la Commission n'a pas été habilitée expressément à interpréter la loi et qu'elle ne peut justifier d'une expertise particulière, elle n'a pas droit à la déférence judiciaire qu'on accorde généralement en pareil cas dans l'interprétation d'une loi visant le champ d'expertise d'un office fédéral¹⁰.

Cela dit, je m'empresse d'ajouter que tout tribunal saisi d'une demande de bref de prohibition devrait

⁸ (1991), 34 C.P.R. (3d) 521 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 533.

⁹ L'art. 28(1)(j) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], modifiée [L.C. 1990, ch. 8, art. 8], porte:

28. (1) La Cour d'appel a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant les offices fédéraux suivants.

j) la Commission du droit d'auteur constituée par la *Loi sur le droit d'auteur*.

¹⁰ *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 33 (motifs du juge La Forest).

vent a board, in this case the Copyright Board, from making the initial determination on matters incidental to its jurisdiction and to frustrate Parliament's intention in establishing a regulating body. There will be ample opportunities for subsequent judicial review if necessary and the reviewing court will then have the benefit of an initial determination.¹¹

At the present stage of these proceedings and in view of the extensive arguments submitted to this Court, I agree with the parties to this appeal that it would not be convenient to send the matter back to the Board for determination. I therefore propose to deal with the other substantive issue involved in this appeal, that is to say whether the proposed Tariff 2.A.2 for royalties payable to the appellants applies to the respondent CTV for its network distribution of entertainment programming.

Whether respondent CTV communicates musical works to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the Copyright Act

Broadly stated, section 3 of the *Copyright Act* defines "copyright" as the sole right to produce, reproduce or publish a work or any substantial part thereof in any material form whatever, or the sole right to perform it in public. In relation to musical, literary, dramatic or artistic work, it also includes under paragraph 3(1)(f) the sole right to communicate the work to the public by telecommunication.

On the basis of paragraph 3(1)(f), the appellants submit that in its transmission of network programming to its affiliated television stations which broadcast the programming to the public, respondent CTV communicates musical works to the public by telecommunication within the meaning of that section

¹¹ See *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at pp. 604-605. At p. 605, La Forest J. referring to a study published in an American legal periodical, writes: "The study notes, for example, that in the case of statutes capable of alternative interpretations, some of which raise and some which [*sic*] do not raise constitutional problems, it is extremely important that judicial appraisal of the various possibilities not be conducted in a vacuum. The informed view of the tribunal is invaluable here."

être réticent à empêcher un office fédéral, en l'espèce la Commission du droit d'auteur, de trancher initialement des questions accessoires à sa compétence, et à contrecarrer l'intention du législateur lorsqu'il a constitué un organisme de réglementation. Il existera amplement d'occasions de procéder à un contrôle judiciaire si cela s'avère nécessaire, et le cas échéant, le tribunal qui sera saisi de l'affaire pourra tirer parti de la décision initiale¹¹.

Compte tenu de l'étape actuelle des procédures et des argumentations élaborées qui ont été présentées à la Cour, je conviens avec les parties au présent appel qu'il ne serait pas opportun de renvoyer le litige à la Commission. Je me propose par conséquent de traiter de l'autre question de fond soulevée dans le présent appel, soit celle de savoir si le projet de tarif 2.A.2 concernant des redevances payables aux appelantes s'applique à l'intimée CTV à l'égard de son réseau de distribution d'émissions de divertissement.

L'intimée CTV communique-t-elle au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) de la Loi sur le droit d'auteur?

À l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, «droit d'auteur» désigne, en gros, le droit exclusif de produire, de reproduire ou de publier une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, ou le droit exclusif de l'exécuter ou de la représenter en public. Dans le cas d'une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique, l'expression désigne également, suivant l'alinéa 3(1)f), le droit exclusif de la communiquer au public par télécommunication.

Se fondant sur l'alinéa 3(1)f), les appelantes prétendent que l'intimée CTV, lorsqu'elle transmet sa programmation à ses stations de télévision affiliées qui la diffusent au public, communique au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de cette disposition et que, par conséquent, elle est tenue

¹¹ Voir *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, aux p. 604 et 605. À la p. 605, le juge La Forest écrit, en se référant à une étude publiée dans une revue juridique américaine: «Par exemple, cette étude souligne que dans les cas de dispositions législatives susceptibles d'interprétations différentes, qui soulèvent ou non des problèmes constitutionnels, il est extrêmement important que l'évaluation judiciaire des différentes possibilités ne soit pas examinée dans le vide. L'opinion éclairée du tribunal est inestimable».

and therefore is liable for the payment of royalties to the appellants. The respondent CTV relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*¹² a [“CAPAC”] which, it alleges, has already decided this issue in its favour. In its view, the facts and legal issues in that case are undistinguishable from those in the case at bar.

In order to properly understand the arguments of the parties and the decision of the Supreme Court of Canada, it is necessary to reproduce a certain number of definitions:

Copyright Act

[R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 3(1)(f) (as am. *idem*, s. 62)]

2. . . .

“every original literary, dramatic, musical and artistic work” includes every original production in the literary, scientific or artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings, lectures, dramatic or dramatico-musical works, musical works or compositions with or without words, illustrations, sketches and plastic works relative to geography, topography, architecture or science;

. . . .

“musical work” means any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced;

. . . .

“performance” means any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical instrument or by radio communication;

. . . .

“telecommunication” means any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system;

de leur verser une redevance. L’intimée CTV s’appuie pour sa part sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* [«CAPAC»]¹² qui, selon elle, a déjà tranché la question en sa faveur. À son avis, les faits et les points de droit de cette affaire ne peuvent être distingués de ceux de la présente espèce.

b

Afin de bien saisir l’argumentation de chacune des parties ainsi que la portée de l’arrêt de la Cour suprême du Canada, il est nécessaire de reproduire le texte de certaines définitions:

c

Loi sur le droit d’auteur

[L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 3(1)f) (mod., *idem*, art. 62)]

d

2. . . .

«œuvre musicale» Toute combinaison de mélodie et d’harmonie, ou l’une ou l’autre, imprimée, manuscrite, ou d’autre façon produite ou reproduite graphiquement.

e

. . . .

f

«représentation», «exécution» ou «audition» Toute reproduction sonore d’une œuvre ou toute représentation visuelle de l’action dramatique qui est tracée dans une œuvre, y compris la représentation à l’aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique.

g

. . . .

h

«télécommunication» vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique.

i

«toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» S’entend de toutes les productions originales du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu’en soit le mode ou la forme d’expression, telles que les livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres ou compositions musicales avec ou sans

j

¹² [1968] S.C.R. 676.

¹² [1968] R.C.S. 676.

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright" means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work by radio communication,

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication. [As amended in 1988 [R.S.C. 1988, c. 65, s. 62]]. [My underlining.]

Rome Copyright Convention, 1928

[R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III]

Article 11 (bis)

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the communication of their works to the public by radiocommunication.

In the *CAPAC* case, Pigeon J., writing for the Supreme Court and applying a literal construction to the *Copyright Act*, came to the following conclusions:

1. In view of the definitions of "musical work" and "performance", CTV, by transmitting its entertainment programming to its affiliated stations either by shipping a copy of the video tape or by means of cable and microwave facilities, did not communicate "musical work" as defined in the Act, that is to say graphic reproductions of melody and harmony. Rather it communicated not the "work" but a "performance of the work".¹³

2. Paragraph 3(1)(f) was inspired by paragraph 1 of Article 11 (*bis*) of the *Rome Copyright Convention, 1928*.¹⁴

3. Unlike the Canadian *Copyright Act*, the Rome Convention does not define "work" and the undefined word, as applied to musical work, is properly

¹³ *Id.*, at p. 680.

¹⁴ *Id.*, at p. 681.

paroles, les illustrations, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

3. (1) Pour l'application de la présente loi, «droit d'auteur» s'entend du droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit s'entend, en outre, du droit exclusif:

f) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie.

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. [Modification apportée en 1988 [L.C. 1988, ch. 65, art. 62]]. [C'est moi qui souligne.]

Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928

[L.R.C. (1985), ch. C-42, annexe III]

Article 11 (bis)

1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

Dans l'arrêt *CAPAC*, le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la Cour suprême et interprétant littéralement la *Loi sur le droit d'auteur*, tire les conclusions suivantes:

1. Vu la définition d'«œuvre musicale» et de «représentation», «exécution» ou «audition», CTV, en transmettant sa programmation de divertissement à ses stations affiliées, soit en expédiant une copie de la bande magnétoscopique, soit en ayant recours au câble ou aux ondes hertziennes, n'a pas communiqué une «œuvre musicale» au sens de la Loi, c.-à-d. une reproduction graphique de mélodie et d'harmonie. Elle a plutôt communiqué «une exécution de l'œuvre» et non l'«œuvre».¹³

2. L'alinéa 3(1)f) s'inspire du paragraphe 1 de l'Article 11 (*bis*) de la *Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928*.¹⁴

3. Contrairement à la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, la Convention de Rome ne définit pas le mot «œuvre» et lorsque celui-ci y est employé à l'égard

¹³ *Id.*, à la p. 680.

¹⁴ *Id.*, à la p. 681.

taken in the Convention in the primary sense of the composition itself, not its graphic representation as in the Act.¹⁵

4. The word “communication” does not usually mean a “performance” but in the Convention it is apt to include performances in its meaning along with other modes of representation applicable to other kinds of artistic or literary works that are not “performed”.¹⁶

5. Paragraph 3(1)(f) does not read “to communicate a performance of such work by radio communication” but to “communicate such work by radio communication” and, in view of the statutory definitions of “musical work” and of “performance”, the insertion of the word “performance” in the enactment is a very substantial departure from the text as written.¹⁷

6. To give paragraph 3(1)(f) the scope and meaning sought by the appellant, the word “performance” would have to be inserted in paragraph 3(1)(f) and the words “in public” would have to be deleted from section 3 because a performance of musical work is outside the scope of the definition of copyright if it is not in public.¹⁸

To distinguish the *CAPAC* case, the appellants now submit that the definition of “musical work” in the *Copyright Act* not only refers to a graphic representation of melody and harmony, but also to the primary sense of the composition itself. They borrow such an extended meaning from the definition of “every original literary, dramatic, musical and artistic work” found in section 2 and used in section 5 of the Act which refers both to musical work or composition with or without words. They conclude that the words “musical work” and “musical composition” are therefore used and usable interchangeably.

To arrive at such a result, one must for all practical purposes either ignore the contents of the definitions in section 2 of the Act or make what I would call a

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Id.*, at p. 682.

¹⁸ *Ibid.*

d’une œuvre musicale, il désigne à juste titre la composition comme telle, et non sa représentation graphique comme dans la Loi¹⁵.

4. Le mot «communication» ne désigne habituellement pas l’«exécution», mais dans la Convention de Rome, il pourrait englober celle-ci tout comme d’autres genres de représentation applicables à d’autres types d’œuvres artistiques ou littéraires qui ne sont pas «exécutées»¹⁶.

5. L’alinéa 3(1)f) ne dit pas «transmettre l’exécution de cette œuvre au moyen de la radiophonie» mais bien «transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie» et, vu la définition légale de l’expression «œuvre musicale» ainsi que des mots «représentation», «exécution» et «audition», l’ajout du terme «exécution» dans le texte législatif constitue un écart très important du libellé¹⁷.

6. Pour que l’alinéa 3(1)f) ait la portée et le sens que l’appelante lui attribue, les mots «représentation», «exécution» et «audition» devraient être ajoutés à l’alinéa 3(1)f) et les mots «en public» supprimés de l’article 3 puisque l’exécution d’une œuvre musicale n’est pas visée par la définition du droit d’auteur lorsqu’elle n’a pas lieu en public¹⁸.

Pour établir une distinction avec l’arrêt *CAPAC*, les appelantes soutiennent maintenant que la définition d’«œuvre musicale» que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur* renvoie non seulement à la reproduction graphique d’une mélodie et d’une harmonie, mais aussi, suivant le sens premier, à la composition comme telle. Leur interprétation extensive s’appuie sur la définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» prévue à l’article 2 et employée à l’article 5 de la Loi, laquelle mentionne à la fois les œuvres ou compositions musicales avec ou sans paroles. Elles concluent que les expressions «œuvre musicale» et «composition musicale» sont donc employées et employables indifféremment.

Pour en arriver à une telle conclusion, il faut en pratique faire abstraction du libellé des définitions prévues à l’article 2 de la Loi ou procéder à une sorte

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Id.*, à la p. 682.

¹⁸ *Ibid.*

cross-fertilization of those definitions. In either case, this defies the most basic rules of legislative drafting and interpretation. Definitions are used for convenience and to bring more precision to a legislative text. They are meant to be of assistance to legislative drafting, not to bring confusion to legislative interpretation.¹⁹ The meaning of a definition cannot be changed by ignoring it or part of it or by reading in it words or concepts borrowed from another definition. The contents of definitions are simply not interchangeable and only confusion could result from cross-fertilization.

This in itself should be sufficient to dispose of the appellants' argument. In addition, however, the definition of the words "every original literary, dramatic, musical and artistic work" makes it plainly obvious that musical work is not meant to refer to or to include "composition with or without words" as the legislator opposes the two notions in that definition. It makes sense for Parliament to do that as section 5, in which the definition of "every original work" is used, broadly protects copyright in every original work. In the case of music, it is appropriate that it extends also to every original composition, not only to music work as narrowly defined in section 2 to mean every combination of melody and harmony printed, reduced to writing or graphically produced.

It is interesting to note that the *Copyright Act* has been amended at least three times²⁰ since the Supreme Court rendered its judgment in 1968 and that Parliament has never questioned the interpretation given to "musical works" by the Court. It is all the more interesting and telling as, in the first series of amendments of 1988, Parliament saw fit to change, in section 2 of the Act, the definition of the

¹⁹ See *Guide de rédaction législative*, Ministère de la Justice du Québec, Montréal SOQUIJ, 1984, at pp. 12 to 14; P.A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1991, at p. 55.

²⁰ *An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 15; *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 *et seq.*; *Integrated Circuit Topography Act*, S.C. 1990, c. 37, s. 33.

de croisement de ces définitions. Dans l'un ou l'autre cas, une telle démarche va à l'encontre des règles les plus élémentaires de la rédaction et de l'interprétation législatives. Les définitions existent pour des raisons de commodité et afin de rendre le texte législatif plus précis. Elles visent à faciliter la rédaction législative et non à rendre confuse l'interprétation des lois¹⁹. La portée d'une définition ne peut être modifiée en faisant abstraction de son libellé, en totalité ou en partie, ou en y intégrant des mots ou des notions qui appartiennent à une autre définition. Le libellé des définitions n'est tout simplement pas interchangeable et les croisements ne peuvent que créer de la confusion.

Bien que cela suffise en soi pour réfuter l'argumentation des appelantes, on observera par ailleurs, dans la définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale», que l'œuvre musicale ne renvoie manifestement pas à une «composition musicale avec ou sans paroles» ni ne comprend celle-ci, puisque le législateur y oppose les deux notions l'une à l'autre. Il est dans l'ordre des choses que le législateur ait procédé ainsi, étant donné que l'article 5, qui reprend l'expression «toute œuvre originale», protège de manière générale le droit d'auteur relatif à toute œuvre originale. En ce qui concerne la musique, il convient d'y englober également toute composition originale et non seulement l'œuvre musicale, laquelle, selon l'article 2, s'entend strictement de toute combinaison de mélodie et d'harmonie imprimée, manuscrite ou produite ou reproduite graphiquement.

Il est intéressant de noter que la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée au moins à trois reprises²⁰ depuis le jugement rendu en 1968 par la Cour suprême et que le législateur n'a jamais remis en cause l'interprétation que celle-ci avait donnée à l'expression «œuvre musicale». Cela est d'autant plus intéressant et significatif que, dans la première série de modifications en 1988, le législateur a jugé oppor-

¹⁹ Se reporter au *Guide de rédaction législative*, ministère de la Justice du Québec, Montréal, SOQUIJ, 1984, aux p. 12 à 14; P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, à la p. 61.

²⁰ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant les modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, ch. 15; *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 *et ss.*; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, ch. 37, art. 33.

words “architectural work”, “artistic work” and “literary work” and to add the definition of “choreographic work”, but left unchanged that of “musical work”.²¹ It had ample opportunity to do so as it revisited the definitions. One can only conclude that Parliament was satisfied with the meaning the Supreme Court had earlier given to “musical work” and which had been in force for twenty years at the time of the amending legislation.

The appellants heavily rely upon an amendment made in 1988 to paragraph 3(1)(f) whereby the words “to the public” were added to the section and the word “telecommunication” replaced “radio communication” and was defined. They contend that this amendment implements the change suggested by the Supreme Court in the *CAPAC* case and that, as a result, Parliament has made respondent CTV liable to pay compensation for the use of music it includes in the programming transmitted by the network to its affiliated stations. In the words of the appellants, the commercial network of the respondent is a joint venture with its affiliated station and respondent CTV communicates musical works to the public by telecommunication.

I am willing to accept that the words “to the public” are broader than “in public” and that the insertion of those words may have taken care of the concern of Pigeon J. that performance of musical works under the Act always be in public.²² The words “to the public” now found in paragraph 3(1)(f) of the Act parallel those found in Article 11(1) (*bis*) of the Rome Convention and would satisfy the requirement that a performance be in public.

²¹ S.C. 1988, c. 15, s. 1(1), (2) and (3).

²² See *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra* note 12, at pp. 681-682 where Pigeon J. wrote: “It must be noted that in the Convention it is doubly indicated by ‘au public’ and by ‘radiodiffusion’ that public performances or communications only are aimed at. This is consonant with the general definition of ‘copyright’ which, as stated in subs. 1 of s. 3 of the Act, applies to any reproduction of the work but, as respect performances, applies only to those that are ‘in public.’”

tun de modifier, à l’article 2 de la Loi, la définition des expressions «œuvre d’art architecturale», «œuvre artistique» et «œuvre littéraire» et d’ajouter la définition d’«œuvre chorégraphique», mais qu’il n’a pas touché à la définition d’«œuvre musicale»²¹. Il lui aurait pourtant été tout à fait loisible de le faire en révisant les définitions. On ne peut que conclure que le législateur était en accord avec l’interprétation que la Cour suprême avait auparavant donnée à l’expression «œuvre musicale» et qui s’appliquait depuis vingt ans lorsque la Loi a été modifiée.

Les appelantes insistent beaucoup sur la modification qui a été apportée en 1988 à l’alinéa 3(1)f), par laquelle on a ajouté à la disposition les mots «au public» et substitué à l’expression «au moyen de la radiophonie» celle de «par télécommunication» qui a aussi été définie. Elles soutiennent en effet que cette modification donnait suite à la modification suggérée par la Cour suprême du Canada dans *CAPAC* et que, par conséquent, l’intimée CTV est tenue de verser une redevance pour l’emploi de la musique qu’elle inclut dans la programmation transmise par son réseau à ses stations affiliées. Selon les appelantes, le réseau privé de l’intimée et ses stations affiliées constituent une coentreprise et l’intimée CTV communique au public des œuvres musicales par télécommunication.

Je conviens que l’expression «au public» est plus large qu’«en public» et que l’ajout de ces mots ait pu répondre à l’exigence exprimée par le juge Pigeon que la représentation d’une œuvre musicale ait toujours lieu en public pour que la Loi s’applique²². L’expression «au public» qui figure désormais à l’alinéa 3(1)f) de la Loi est également employée à l’Article 11(1) (*bis*) de la Convention de Rome, ce qui satisfait à la condition voulant que l’exécution ait lieu en public.

²¹ L.C. 1988, ch. 15, art. 1(1), (2) et (3).

²² Se reporter à *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra*, note 12, aux p. 681 et 682, où le juge Pigeon dit ce qui suit: [TRADUCTION «Il y a lieu de noter que, dans la Convention de Rome, il ressort doublement de l’emploi des termes “au public” et “radiodiffusion” que seules les exécutions ou les communications publiques sont visées. Cela est compatible avec la définition générale de “droit d’auteur” qui, comme le prévoit le paragraphe 3(1) de la Loi, s’applique à toute reproduction d’une œuvre mais, en ce qui concerne l’exécution, seulement à celle qui a lieu “en public”».

However, the amendment leaves unanswered the crucial point decided by Pigeon J., to wit that paragraph 3(1)(f) covers the communication of musical works to the public, that is to say graphic reproductions of melody and harmony, while what is communicated by respondent CTV within the terms of the Act as framed is not the “works” but “a performance of the works”,²³ that is to say an acoustic representation of such works. As the definitions of “musical works” and “performance” have remained unchanged, paragraph 3(1)(f) should have been amended to refer to “communication of the performance of musical works” in order to cover the acts of the respondent CTV. This is clear from this passage of the judgment where referring to paragraph 3(1)(f) Pigeon J. wrote:

However, as previously noted, the material part of the provision does not read “to communicate a performance of such work by radio communication” but “to communicate such work by radio communication”. In view of the statutory definitions of “musical works” and of “performance” the insertion of the word “performance” in the enactment is a very substantial departure from the text as written.²⁴

The Supreme Court refused to make the legislative change. This Court is bound by that decision.

In addition, if this Court were to include the word “performance” in paragraph 3(1)(f), it would be confronted with the fact that the communication made by respondent CTV is made to its affiliated stations through electrical signals or data streams and not to the public in any audible state. I shall return later to this question of whether CTV’s transmission of its entertainment programming to its affiliated stations is private or public.

I might add that the amendments to paragraph 3(1)(f) on which the appellants rely were enacted to implement the *Free Trade Agreement* [S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A] with respect to the retransmission of local or distant signals that carry a literary, dramatic, musical or artistic work.²⁵ This appears clearly from the explanatory notes which accompanied Bill C-2 at the time of the first reading. The defi-

²³ *Id.*, at p. 680.

²⁴ *Id.*, at p. 682.

²⁵ See *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act* S.C. 1988, c. 65, ss. 61-65.

Or, la modification ne résout pas la question cruciale tranchée par le juge Pigeon, soit le fait que l’alinéa 3(1)(f) vise la communication au public d’une œuvre musicale, c.-à-d. la reproduction graphique d’une mélodie et d’une harmonie, alors que ce que l’intimée CTV communique, suivant le libellé de la Loi, ce n’est pas une «œuvre» mais l’«exécution d’une œuvre»²³ ou la reproduction sonore d’une œuvre. Comme la définition des expressions «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» et «audition» n’a pas changé, l’alinéa 3(1)(f) aurait dû être modifié de manière à englober la «communication de l’exécution d’une œuvre musicale» pour que les actes de l’intimée CTV soient visés. C’est ce qui ressort de l’extrait suivant du jugement du juge Pigeon se rapportant à l’alinéa 3(1)(f):

[TRADUCTION] Cependant, comme nous l’avons déjà signalé, la partie pertinente de la disposition ne se lit pas «de communiquer l’exécution d’une telle œuvre au moyen de la radiophonie» mais «de communiquer une œuvre au moyen de la radiophonie». Vu les définitions légales des termes «œuvre musicale» et «exécution», l’ajout du terme «exécution» dans le texte législatif constitue un écart très important du libellé²⁴.

La Cour suprême a refusé de procéder à la modification de la Loi, et notre Cour est liée par cette décision.

En outre, même si notre Cour devait inclure le mot «représentation» dans l’alinéa 3(1)(f), elle ne pourrait s’empêcher de reconnaître le fait que la communication effectuée par l’intimée CTV atteint ses stations affiliées par l’intermédiaire de signaux électriques et de flots de données et non le public sous quelque forme audible. Je reviendrai plus tard sur la question de savoir si la transmission de la programmation de divertissement de CTV à ses stations affiliées est privée ou publique.

Je pourrais ajouter que les modifications apportées à l’alinéa 3(1)(f) sur lesquelles s’appuient les appelantes ont été adoptées aux fins de la mise en œuvre de l’*Accord de libre-échange* [L.C. 1988, ch. 65, annexe, Partie A] en ce qui a trait à la retransmission de signaux locaux ou éloignés porteurs d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique²⁵. C’est ce qui ressort des notes explicatives qui accompa-

²³ *Id.*, à la p. 680.

²⁴ *Id.*, à la p. 682.

²⁵ Se reporter à la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 à 65.

inition of “telecommunication” is said to be consequential to the amendments brought to paragraph 3(1)(f) and the latter was introduced to clarify the concept of communicating certain works to the public in order to implement paragraph 2(a) of Article 2006 of the *Free Trade Agreement* which deals with the retransmission to the public of program signals not intended in the original transmission for free, over-the-air reception by the general public.²⁶

The respondent CTV is not a retransmitter within the meaning of the *Copyright Act* and therefore is not affected by these amendments.

It is significant in my view that the appellants have not been able to point to a single *indicia* of evidence, be they discussions or debates in the House of Commons, Committees or elsewhere, that would show that the amendments to paragraph 3(1)(f), along with sections 2, 28, 66.52 [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 64], 70.61 [as enacted *idem*, s. 65] and others of the *Copyright Act* to implement the *Free Trade Agreement*, were intended to reverse the decision of the Supreme Court of Canada in the *CAPAC* case and to subject entertainment programming networks to the payment of royalties. I doubt that Parliament would have dealt with such an important issue in such an indirect and disguised manner.

The appellants also submitted that subsection 3(1.4) [as enacted *idem*, s. 62] of the *Copyright Act*, equally introduced by the *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act* [section 62], confirms the intent to cover networks like that of the respondent. That section, which is no more than an interpretative provision, reads:

3. . . .

(1.4) For the purpose of paragraph (1)(f), where a person, as part of a network whose object is to communicate works to the public, transmits by telecommunication a work that is communicated to the public by another person, the transmission and communication of the work by those persons constitute a single communication to the public for which those persons are jointly and severally liable.

²⁶ See *Canada—United States Free Trade Agreement Implementation Act*, Bill C-2, First Reading, ss. 61-62.

gnaient le Projet de loi C-2 en première lecture. On y précise en effet que la définition du mot «télécommunication» résulte des modifications apportées à l’alinéa 3(1)(f) et que ces dernières ont été adoptées pour clarifier la notion de communication au public de certaines œuvres et ce, aux fins de la mise en œuvre de l’Article 2006(2)a) de l’*Accord de libre-échange*, lequel a trait à la retransmission au public d’une programmation qui, à l’origine, n’est pas destinée à être captée directement et gratuitement par le grand public²⁶.

L’intimée CTV n’est pas un retransmetteur au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* et n’est donc pas visée par ces modifications.

Il est significatif, à mon sens, que les appelantes n’aient pu fournir un seul élément de preuve, qu’il s’agisse de discussions ou de débats à la Chambre des communes, au sein des différents comités ou ailleurs, établissant que les modifications apportées à l’alinéa 3(1)(f), ainsi que, notamment, aux articles 2, 28, 66.52 [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 64] et 70.61 [édicte, *idem*, art. 65] de la *Loi sur le droit d’auteur* aux fins de la mise en œuvre de l’*Accord de libre-échange*, visaient à renverser la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *CAPAC* et à assujettir les réseaux de programmation de divertissement au versement de droits. Il aurait été inconcevable que le législateur règle une question d’une telle importance de manière aussi indirecte et déguisée.

Les appelantes ont aussi fait valoir que le paragraphe 3(1.4) [édicte, *idem*, art. 62] de la *Loi sur le droit d’auteur*, ajouté lui aussi par la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis* [article 62], confirme l’intention d’embrasser les réseaux comme celui de l’intimée. Cet article, qui n’est qu’une disposition interprétative, porte:

3. . . .

(1.4) Toute transmission par une personne d’une œuvre, par télécommunication, communiquée au public par une autre constitue, pour l’application de l’alinéa (1)(f), une communication unique, dès lors qu’elle s’effectue dans le cadre d’un réseau ayant pour objet cette communication au public, celles-ci étant en l’occurrence solidaires.

²⁶ Se reporter à la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, Projet de loi C-2, première lecture, art. 61 et 62.

To the extent that one wants to apply that provision to the respondent's network, one is confronted with the same difficulty as under paragraph 3(1)(f). As a matter of fact, subsection 3(1.4) complements paragraph 3(1)(f) and, like it, refers to the communication of works. However, paragraph 3(1)(f) does not apply to the respondent's network because the respondent communicates the performance of musical works. It does not communicate musical works *per se*. Consequently, subsection 3(1.4) has no more application than the main provision it complements.

Whether respondent CTV performs musical works in public within subsection 3(1) of the *Copyright Act*

According to the appellants, respondent CTV broadcasts musical works and such broadcasting constitutes a performance of the work in public within the meaning of subsection 3(1) of the Act. Furthermore, respondent is alleged to be a full participant in the broadcasting of network programming and therefore is itself performing the works in public.

With respect, I do not think that respondent CTV is performing musical works in public when it transmits its entertainment programming to its affiliated stations. That very question of the public or private nature of respondent's action was before the Supreme Court in the *CAPAC* case and Pigeon J. held the transmission to be private, not public. He came to that conclusion both on a literal and on a purposive interpretation of the *Copyright Act*.

Looking literally at the then paragraph 3(1)(f) of the Act, he concluded that, in order to accept the contention of the appellant that the respondent was communicating musical work within the terms of the subparagraph, one would have to insert the word "performance" in it and delete the words "in public" found in section 3. This is because section 3 required at that time and still requires now that performance be in public and also because the transmission by the respondent CTV to its affiliated stations was in private. He wrote:

Bearing in mind that the reproduction of a work as distinguished from a performance thereof is always within the defi-

Quiconque cherche à appliquer cette disposition au réseau de l'intimée se trouve devant la même difficulté que celle posée par l'alinéa 3(1)f). En réalité, le paragraphe 3(1.4) complète l'alinéa 3(1)f) et, à l'instar de celui-ci, mentionne la communication d'œuvres. Toutefois, l'alinéa 3(1)f) ne s'applique pas au réseau de l'intimée parce que cette dernière communique l'exécution d'œuvres musicales. Elle ne communique pas des œuvres musicales en elles-mêmes. En conséquence, le paragraphe 3(1.4) ne s'applique pas plus que la disposition principale qu'il vient compléter.

L'intimée CTV exécute-t-elle ou représente-t-elle des œuvres musicales en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*?

Selon les appelantes, l'intimée CTV diffuse des œuvres musicales, et cette diffusion constitue une exécution ou une représentation de l'œuvre en public au sens du paragraphe 3(1) de la Loi. En outre, l'intimée serait un participant à part entière dans la diffusion de programmation de réseau et, partant, serait elle-même engagée dans l'exécution ou la représentation d'œuvres en public.

Avec égards, je ne crois pas que l'intimée CTV exécute des œuvres musicales en public lorsqu'elle transmet sa programmation de divertissement à ses stations affiliées. Cette même question de la nature publique ou privée de l'action de l'intimée a été examinée par la Cour suprême dans l'affaire *CAPAC* et le juge Pigeon a conclu que la transmission était privée et non publique. Il est arrivé à cette conclusion en soumettant la *Loi sur le droit d'auteur* à une interprétation tant littérale que fondée sur l'objet visé.

En interprétant littéralement l'alinéa 3(1)f) de la Loi alors en vigueur, il a conclu que pour que puisse être accueillie la prétention de l'appelante selon laquelle l'intimée communiquait une œuvre musicale au sens de cet alinéa, il faudrait y ajouter le mot «représentation», «exécution» ou «audition» et retrancher de l'article 3 les mots «en public», ceci parce que l'article 3 exigeait à cette époque, comme aujourd'hui, que l'exécution ait lieu en public et aussi parce que la transmission faite par l'intimée CTV à ses stations affiliées était privée. Il a écrit:

[TRADUCTION] Compte tenu du fait que la reproduction d'une œuvre par opposition à son exécution est toujours visée par la

inition of “copyright” while a performance is outside the scope of the definition if not in public, it is only through the insertion of the word “performance” without the words “in public” that a departure from principle would be effected.²⁷

Obviously, one other way would be to change the definition of “musical work” and “performance”.

As far as a purposive interpretation of the Act was concerned, he referred to the anomalous result that would flow from the contention advanced by the appellant in view of the fact that respondent’s transmission to its affiliated stations is private. He dismissed the appellant’s contention in these terms:

The contention advanced by CAPAC would have the anomalous result that the extent of the copyright with respect to the communication or transmission of performances of musical works, would depend on the means employed for such communication or transmission. If it was by physical delivery of magnetic tape or by transmission of an electrical signal by cable, there would be no monopoly in favour of the owner of the copyright in the works performed. However, such monopoly would exist if the transmission was by microwave, although such transmission would be as private as in the other cases.²⁸ [My underlining.]

The factual and legal situation has not changed since that decision and the fact that transmission by electrical signals or data streams has replaced transmission by microwaves does not change the private character of such transmission.

Furthermore, it cannot be said that the respondent CTV broadcasts to the public when it transmits its programming to its affiliated stations. Such transmission does not meet the definition of broadcasting in the *Broadcasting Act*²⁹ as it is not a transmission by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus. The affiliated stations meet that definition and do hold a broadcasting licence. Respondent CTV is the holder of a TV programmer licence, but has no authorization from the CRTC to broadcast and indeed does not broadcast to the public.

²⁷ *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra*, note 12, at p. 682.

²⁸ *Id.*, at pp. 682-683.

²⁹ S.C. 1991, c. 11, s. 2.

définition de «droit d’auteur» alors que l’exécution n’est pas visée par cette définition si elle n’est pas publique, ce n’est que par l’ajout du terme «exécution» sans les mots «en public» que l’on dérogerait au principe²⁷.

On pourrait évidemment obtenir le même résultat en modifiant la définition des termes «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» ou «audition».

En ce qui a trait à l’interprétation de la Loi fondée sur l’objet visé, il a souligné l’anomalie qu’entraînerait la prétention mise de l’avant par l’appelante étant donné le fait que la transmission entre l’intimée et ses stations affiliées est privée. Il a rejeté la prétention de l’appelante en ces termes:

[TRADUCTION] La prétention mise de l’avant par CAPAC entraînerait l’anomalie suivante: la portée du droit d’auteur sur la communication ou la transmission d’exécutions d’œuvres musicales dépendrait des moyens utilisés pour procéder à cette communication ou transmission. Si elle avait lieu par la livraison matérielle d’une bande magnétique ou par la transmission d’un signal électrique par câble, il n’y aurait pas de monopole pour le titulaire du droit d’auteur sur les œuvres exécutées. Il y en aurait un cependant si la transmission se faisait par micro-ondes, même si cette transmission était aussi privée que dans les autres cas²⁸. [Je souligne.]

La situation factuelle et juridique n’a pas changé depuis cette décision et le fait que la transmission par des signaux électriques ou par des flots de données a remplacé la transmission par micro-ondes ne change rien au caractère privé de cette transmission.

En outre, on ne peut prétendre que l’intimée CTV diffuse au public lorsqu’elle transmet sa programmation à ses stations affiliées. Cette transmission ne correspond pas à la définition du terme radiodiffusion figurant dans la *Loi sur la radiodiffusion*²⁹ puisqu’elle n’est pas une transmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d’émissions destinées à être reçues par le public à l’aide d’un récepteur. Les stations affiliées correspondent à cette définition et sont titulaires d’une licence d’exploitation d’une entreprise de radiodiffusion. L’intimée CTV est titulaire d’une licence de programmation d’émissions de télévision,

²⁷ *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, précitée, note 12, à la p. 682.

²⁸ *Id.*, aux p. 682 et 683.

²⁹ L.C. 1991, ch. 11, art. 2.

Whether respondent CTV authorizes the public performance of the works in the network programming

As I understand the argument, respondent CTV would be liable for the broadcasting of musical works by its affiliated stations because, in the words of the appellants, it authorizes it. There is no doubt in my mind that the respondent CTV, through its programming activities and its distribution network, facilitates the work of the affiliated stations. This is its "*raison d'être*" as a television programmer involved in the acquisition, development and distribution of entertainment programming. Indeed, respondent CTV does not deny that and even suggests that the affiliated stations probably pay more in copyrights to the appellants than an independent broadcasting station does because the network is successful.

With respect, to facilitate is not to authorize. The authorization given to respondent CTV's affiliated stations to broadcast musical works comes from the appellants themselves. Here again the factual and legal situation is the same as it was in the CAPAC case and it is in vain that the appellants have tried to distinguish it. Respondent CTV facilitated what the appellants have authorized the affiliated stations to do. It is in these terms that Pigeon J. dismissed the appellant's contention in this regard:

The authorization to make use of the copyright by performing the works through television broadcasts was given by CAPAC to the affiliated stations and it cannot be said to proceed from CTV. CTV effectively provided the means of doing that which CAPAC had authorized.³⁰

There is nothing wrong in facilitating or even authorizing what one is legally entitled to do.

Conclusion

In conclusion, I believe the appellants have no legal basis, statutory or otherwise, to file a statement of royalties that applies to the entertainment programming network of respondent CTV. I am not insensitive or unsympathetic to the appellants' plight but it

³⁰ *Supra*, note 12, at p. 683.

mais n'est pas autorisée par le CRTC à diffuser des émissions destinées au public, ce qu'elle ne fait pas.

L'intimée CTV autorise-t-elle l'exécution publique d'œuvres dans la programmation de réseau?

Si je comprends bien l'argument avancé, l'intimée CTV serait responsable de la radiodiffusion d'œuvres musicales par ses stations affiliées puisque, pour reprendre les termes employés par les appelantes, elle l'autorise. Il ne fait aucun doute pour moi que l'intimée CTV, par ses activités de programmation et son réseau de distribution, facilite le travail des stations affiliées. C'est là sa raison d'être en sa qualité de programmatrice de télévision chargée de l'acquisition, de l'élaboration et de la distribution d'émissions de divertissement. En fait, l'intimée CTV ne nie rien de cela, et prétend même que les stations affiliées versent probablement plus de droits aux appelantes que des stations de radiodiffusion indépendantes en raison du succès que connaît le réseau.

Avec égards, faciliter n'équivaut pas à autoriser. L'autorisation donnée aux stations affiliées de l'intimée CTV de radiodiffuser des œuvres musicales provient des appelantes elles-mêmes. Ici encore, la situation factuelle et juridique est la même que celle qui a été examinée dans l'arrêt CAPAC et c'est en vain que les appelantes ont tenté d'établir des distinctions. L'intimée CTV a facilité ce que les appelantes ont autorisé les stations affiliées à faire. C'est en ces termes que le juge Pigeon a rejeté la prétention de l'appelante à cet égard:

[TRADUCTION] L'autorisation d'employer le droit d'auteur en exécutant les œuvres au moyen d'émissions de télévision a été donnée par la CAPAC aux stations affiliées et l'on ne peut prétendre qu'elle provient de CTV. CTV a effectivement fourni les moyens de faire ce que la CAPAC avait autorisé.³⁰

Il n'y a aucun mal à faciliter, voire à autoriser, ce que l'on a le droit de faire.

Conclusion

En conclusion, je crois que les appelantes ne disposent d'aucun fondement juridique, d'origine législative ou autre, pour déposer un projet de tarif applicable au réseau de programmation de divertissement de l'intimée CTV. Je ne suis ni insensible ni indifférent

³⁰ *Supra*, note 12, à la p. 683.

requires fundamental and substantial legislative changes that this Court has no authority to effect. Policy-making with respect to important issues such as in the present case involves substantial economic, social and cultural considerations which have simply not been properly canvassed in this Court and requires an extensive and meaningful public debate that this Court cannot offer.

For the reasons given, the appeal should be dismissed with costs payable by the appellants to the respondent CTV Television Network Ltd.

The cross-appeal by the respondent The Copyright Board should be dismissed without costs.

HEALD J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

à la situation difficile des appelantes, mais celle-ci appelle des modifications législatives fondamentales et importantes que notre Cour n'est pas habilitée à apporter. L'établissement de politiques à l'égard de questions importantes comme celles qui sont soulevées en l'espèce implique d'importantes considérations économiques, sociales et culturelles qui n'ont pas été adéquatement exposées devant notre Cour et exige un débat public étendu et constructif que notre Cour ne peut offrir.

Pour les motifs énoncés, l'appel devrait être rejeté, et les dépens de l'intimée le Réseau de Télévision CTV Ltée devraient être supportés par les appelantes.

L'appel incident interjeté par l'intimée la Commission du droit d'auteur devrait être rejeté sans dépens.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-69-91

**The Canadian Cable Television Association—
Association canadienne de télévision par câble
(Appellant)**

v.

**The Copyright Board, Performing Rights
Organization of Canada Limited and Composers,
Authors and Publishers Association of Canada
Limited (Respondents)**

*INDEXED AS: CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN. v. CANADA
(COPYRIGHT BOARD) (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Desjardins and Létourneau
J.J.A.—Toronto, December 7, 8, 9 and 10, 1992;
Ottawa, January 5, 1993.

*Copyright — Appeal from Trial Division decision dismissing
application to prohibit Copyright Board from proceeding with
adoption of tariff under Copyright Act, s. 67 — Appellant
transmitting “non-broadcast services” to subscribers — Not
communicating musical works to public by telecommunication
under Act, s. 3(1)(f) as amended — “Copyright” including sole
right to communicate musical, literary, dramatic or artistic
work to public by telecommunication under s. 3(1)(f) — Appell-
ant performing musical works in public under s. 3(1) — Defi-
nition of “performance” in s. 2 including any acoustic repre-
sentation — Meaning of “in public” — Appellant authorizing
performance of musical works.*

*Telecommunications — Appellant transmitting “non-broad-
cast” specialty services to subscribers — Not communication
of musical works to public by telecommunication under Act, s.
3(1)(f) as amended — Transmission of non-broadcast services,
in relation to musical works, performance in public — SCC
decision in CAPAC case distinguished — Performance of musi-
cal works authorized by appellant.*

This was an appeal from a decision of the Trial Division dis-
missing an application to prohibit the Copyright Board from
proceeding with the adoption of Tariff No. 17 proposed by the
respondents under section 67 of the *Copyright Act*. That tariff
required a “transmitter” of “non-broadcast services to its sub-
scribers” to pay a fee for “a licence to perform or to communi-
cate by telecommunication” a work over which the respon-
dents Societies have the “power to grant a performing licence”.
The appellant transmits “non-broadcast services”, those that do
not originate from a regular television broadcasting station
(services such as “Much Music”), to its subscribers via electri-
cal signals over a closed circuit network. The issues were 1)

A-69-91

**Association canadienne de télévision par câble—
The Canadian Cable Television Association
(appellante)**

a

c.

**Commission du droit d’auteur, Société de droits
d’exécution du Canada Ltée et Association des
compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada
Limitée (intimées)**

b

*RÉPERTORIÉ: ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE c.
CANADA (COMMISSION DU DROIT D’AUTEUR) (C.A.)*

c

Cour d’appel, juges Heald, Desjardins et Létourneau,
J.C.A.—Toronto, 7, 8, 9 et 10 décembre 1992;
Ottawa, 5 janvier 1993.

d

*Droit d’auteur — Appel d’une décision de la Section de pre-
mière instance rejetant une demande visant à interdire à la
Commission du droit d’auteur d’adopter un tarif en applica-
tion de l’art. 67 de la Loi sur le droit d’auteur — L’appelante
transmet des «services autres que de radiodiffusion» aux
abonnés — Elle ne communique pas au public des œuvres
musicales par télécommunication au sens de l’art. 3(1)f) de la
Loi, modifié — «Droit d’auteur» désigne le droit exclusif de
communiquer au public une œuvre musicale, littéraire, drama-
tique ou artistique par télécommunication suivant l’art. 3(1)f)
— L’appelante exécute en public des œuvres musicales en
vertu de l’art. 3(1) — La définition des mots «représentation»,
«exécution» ou «audition» à l’art. 2 comprend toute reproduc-
tion sonore — Sens de l’expression «en public» — L’appelante
autorise l’exécution d’œuvres musicales.*

e

f

g

h

*Télécommunications — L’appelante transmet aux abonnés
des services «autres que de radiodiffusion» — Il n’y a pas
communication au public d’œuvres musicales par télécommu-
nication au sens de l’art. 3(1)f) de la Loi, tel que modifié — La
transmission de services autres que de radiodiffusion, pour ce
qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public
— Distinction faite avec la décision de la CSC dans l’affaire
CAPAC — L’exécution d’œuvres musicales est autorisée par
l’appelante.*

i

j

Il s’agit d’un appel interjeté contre la décision par laquelle la
Section de première instance rejetait la demande visant à inter-
dire à la Commission du droit d’auteur de procéder à l’adop-
tion du tarif n° 17 proposé par les intimées en application de
l’article 67 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Ce tarif exigeait que
le «transmetteur» de «services autres que de radiodiffusion» à
ses abonnés verse une redevance pour «une licence autorisant
l’exécution ou la communication» d’une œuvre à l’égard de
laquelle les associations intimées sont «habilitées à accorder
une licence». L’appelante transmet à ses abonnés des «services
autres que de radiodiffusion», soit ceux dont le point d’origine
n’est pas une station ordinaire de télévision (tels les services

whether the appellant communicates musical works to the public, 2) whether it performs musical works in public and 3) whether it authorizes the performance of such works.

Held, the appeal should be dismissed.

1) In relation to musical, literary, dramatic or artistic work, "copyright" includes under paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* the sole right to communicate the work to the public by telecommunication. The respondents' argument, that the words "musical work" as defined in section 2 of the Act and "musical composition" may be used interchangeably, defies the most basic rules of legislative drafting and interpretation. Definitions are used for convenience and to bring more precision to a legislative text. They are meant to be of assistance to legislative drafting, not to bring confusion to legislative interpretation. The definition of "every original literary, dramatic, musical and artistic work" in section 2 of the Act makes it obvious that "musical work" is not meant to refer to or to include "composition with or without words" as the legislator opposes the two notions in that definition. The *Copyright Act* has been amended at least three times since the decision of the Supreme Court of Canada in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* (CAPAC) and Parliament has never questioned the interpretation given to "musical works" by the Court. As the definitions of "musical works" and "performance" have remained unchanged, paragraph 3(1)(f) of the Act should have been amended to refer to "communication of the performance of musical works" in order to cover the acts of the appellant. The Supreme Court refused to make the legislative change and the Court is bound by that decision.

2) The definition of "performance" in section 2 speaks of any acoustic representation; it does not refer to acoustic waves as opposed to electro-magnetic waves or vice-versa. The word "includes" is generally not limitative and is certainly not apt in this context to limit Parliament's intention to cover all kinds of acoustic representations. As to whether appellant's transmission amounts to a public performance, there is Canadian authority to the effect that radio or television broadcasts do not constitute performances in public when received in private homes. The contrary views expressed by English, Indian and Australian authorities are preferable. They are consistent with our Act and with the plain and usual meaning of the words "in public", that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all. In addition, they take a realistic view of the impact and effect of technological developments. Transmission of non-broadcast services by the appellant to its numerous subscribers, when it relates to musical works, is a performance in public within the meaning of subsection 3(1) of the *Copyright Act*.

3) The Trial Judge was correct in holding that the situation of the appellant is different from that of the CTV network in

«Much Music»), par la transmission de signaux électriques en circuit fermé. Les questions litigieuses consistaient à savoir 1) si l'appelante communique au public des œuvres musicales, 2) si elle exécute des œuvres musicales en public et 3) si elle autorise l'exécution de telles œuvres.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

1) Dans le cas d'une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique, «droit d'auteur» désigne également, suivant l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le droit exclusif de communiquer l'œuvre au public par télécommunication. L'argument des intimées voulant que les expressions «œuvre musicale», définie à l'article 2 de la Loi, et «composition musicale» puissent être employées indifféremment, va à l'encontre des règles les plus élémentaires de la rédaction et de l'interprétation législatives. Les définitions existent pour des raisons de commodité et afin de rendre le texte législatif plus précis. Elles visent à faciliter la rédaction législative et non à rendre confuse l'interprétation des lois. La définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» à l'article 2 de la Loi montre clairement que l'«œuvre musicale» ne renvoie pas à une «composition musicale avec ou sans paroles» ni ne comprend celle-ci, puisque le législateur y oppose les deux notions l'une à l'autre. La *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée au moins à trois reprises depuis le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.* (CAPAC) et le législateur n'a jamais remis en cause l'interprétation que celle-ci avait donnée à l'expression «œuvre musicale». Comme la définition des expressions «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» et «audition» est demeurée inchangée, l'alinéa 3(1)f) de la Loi aurait dû être modifié de manière à englober la «communication de l'exécution d'une œuvre musicale» pour que les actes de l'appelante soient visés. La Cour suprême a refusé de procéder à la modification de la Loi, et la Cour est liée par cette décision.

2) La définition de «représentation», «exécution» ou «audition» à l'article 2 englobe toute reproduction sonore; elle ne vise pas les ondes acoustiques par opposition aux ondes électromagnétiques ou l'inverse. L'expression «y compris» n'est généralement pas limitative, et elle ne saurait certainement pas restreindre l'intention du législateur de régir tous les types de reproduction sonore. Quant à savoir si la transmission de l'appelante équivaut à une exécution en public, des arrêts canadiens portent que ni la radiodiffusion ni la télédiffusion n'équivalent à une exécution en public lorsqu'elles sont captées dans des demeures privées. L'opinion contraire exprimée par les tribunaux britanniques, indiens et australiens est préférable. Elle est compatible avec notre Loi et avec le sens courant de l'expression «en public», c.-à-d. de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. De plus, elle représente une appréciation plus réaliste des effets de l'essor technologique. La transmission par l'appelante de services autres que de radiodiffusion à ses nombreux abonnés, pour ce qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

3) C'est à bon droit que le juge de première instance a conclu que la situation de l'appelante est différente de celle du

the *CAPAC* case. CTV was transmitting its programs to affiliated stations which broadcasted the musical works to the public, whereas CCTA transmits directly to the public. The appellant is more than a mere facilitator of a public performance which violates the *Copyright Act*, it is the actual performer with the assistance of a third party who completes the final and missing link by turning on the television set. If the subscriber is to be ultimately responsible for the materialization of the public performance and therefore the infringement of the copyrights, one must conclude, upon a plain or a constructive meaning of the word "authorization", that the appellant authorizes such materialization by its customers.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof, S.C. 1988, c. 15, s. 1. *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, Bill C-2, First Reading, ss. 61, 62. *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61, 62, 63, 64, 65. *Copyright Act*, 1911 [1 & 2 Geo. 5, c. 46]. *Copyright Act*, R.S.C. 1952, c. 55, s. 3(1)(f). *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 3(1)(f) (as am. *idem*, s. 62), 5, 28, 66.52 (as enacted *idem*, s. 64), 67 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 70.61 (as enacted *idem*, s. 65). *Free Trade Agreement*, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A, Art. 2006. *Integrated Circuit Topography Act*, S.C. 1990, c. 37, s. 33. *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1). *Rome Copyright Convention, 1928*, R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III, art. 11 (*bis*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] S.C.R. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108 (as to appellant not communicating musical works to the public by telecommunication).

APPLIED:

Messenger v. British Broadcasting Co., [1927] 2 K.B. 543; *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331; *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.); *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.).

réseau CTV dans l'affaire *CAPAC*. CTV transmettait sa programmation à des stations affiliées qui radiodiffusaient les œuvres musicales en public, alors que ACTC transmet directement au public. L'appelante fait plus que simplement faciliter l'exécution publique qui contrevient à la *Loi sur le droit d'auteur*, elle est l'exécutant véritable par l'intermédiaire d'un mandataire qui, en dernier lieu, allume le téléviseur. Si l'abonné est l'ultime responsable de la réalisation de l'exécution publique et, par conséquent, de la violation du droit d'auteur, il faut conclure, suivant le sens littéral du terme «autorisation», que l'appelante autorise ses clients à faire en sorte que l'exécution se matérialise.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord de libre-échange, L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A, art. 2006. *Convention de Rome sur le droit d'auteur, 1928*, L.R.C., (1985), ch. C-42, Annexe III, art. 11 (*bis*). *Copyright Act*, 1911 [1 & 2 Geo. 5, ch. 46]. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, Projet de loi C-2, première lecture, art. 61, 62. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61, 62, 63, 64, 65. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1). *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant les modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, ch. 15, art. 1. *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C., 1952, ch. 55, art. 3(1)(f). *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 3(1)(f) (mod., *idem*, art. 62), 5, 28, 66.52 (édicte, *idem*, art. 64), 67 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12), 70.61 (édicte, *idem*, art. 65). *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, ch. 37, art. 33.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] R.C.S. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108 (relativement au fait que l'appelante ne communique pas au public des œuvres musicales par télécommunication).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Messenger v. British Broadcasting Co., [1927] 2 K.B. 543; *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331; *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.); *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.).

NOT FOLLOWED:

Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc., [1954] Ex. C.R. 382; (1954), 20 C.P.R. 75; 14 Fox. Pat. C. 114.

DISTINGUISHED:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] S.C.R. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox Pat. C. 108 (as to appellant transmitting musical works directly to the public).

REFERRED TO:

CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board), [1993] 2 F.C. 115 (C.A.).

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Quebec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991.

Tremblay, Richard et al. *Guide de rédaction législative*, Montréal: Société québécoise d'information juridique, 1984.

APPEAL from a decision of the Trial Division ((1991) 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)) dismissing an application to prohibit the Copyright Board from proceeding with the adoption of Tariff No. 17 proposed by the respondents under section 67 of the *Copyright Act*. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Michael K. Eisen and Stephen G. Rawson for appellant.

Mario Bouchard for respondent Copyright Board.

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon and Gilles Marc Daigle for respondents Performing Rights Organization of Canada Limited and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited.

SOLICITORS:

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, for appellant.
Legal Services, Copyright Board, Ottawa, for respondent Copyright Board.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents Performing Rights Organization of

DÉCISION NON SUIVIE:

Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc., [1954] R.C.É. 382; (1954), 20 C.P.R. 75; 14 Fox. Pat. C. 114.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al., [1968] R.C.S. 676; (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; 55 C.P.R. 132; 38 Fox. Pat. C. 108 (en ce qui concerne la transmission par l'appelante d'œuvres musicales directement au public).

DÉCISION CITÉE:

Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur), [1993] 2 C.F. 115 (C.A.).

DOCTRINE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

Tremblay, Richard et al. *Guide de rédaction législative*, Montréal: Société québécoise d'information juridique, 1984.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1991) 34 C.P.R. (3d) 521; 41 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)) rejetant une demande visant à interdire à la Commission du droit d'auteur de procéder à l'adoption du tarif n° 17 proposé par les intimées en application de l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Appel rejeté.

AVOCATS:

Michael K. Eisen et Stephen G. Rawson pour l'appelante.

Mario Bouchard pour la Commission du droit d'auteur, intimée.

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon et Gilles Marc Daigle pour la Société de droits d'exécution du Canada Ltée et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, intimées.

PROCUREURS:

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, pour l'appelante.
Services juridiques, Commission du droit d'auteur, Ottawa, pour la Commission du droit d'auteur, intimée.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour la Société de droits d'exécution du Canada Ltée et

Canada Limited and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited.

l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, intimées.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal by the Canadian Cable TV Association ("CCTA") from a decision of a judge of the Trial Division [(1991), 34 C.P.R. (3d) 521] dismissing an application to prohibit the Copyright Board from taking further proceedings with respect to Tariff No. 17 proposed by the respondents societies PROCAN and CAPAC under section 67 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985 c. C-42 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12].

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: L'Association canadienne de télévision par câble (l'«ACTC») interjette appel, en l'espèce, du jugement de première instance [(1991), 34 C.P.R. (3d) 521] qui a rejeté la demande visant à empêcher, de la part de la Commission du droit d'auteur, toute autre démarche ayant trait au tarif n° 17 proposé par les associations intimées, la SDE et la CAPAC, en application de l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12].

The Facts

The appellant is a corporation composed of some 619 cable television licensees and system operators in Canada. Its self-described role is to promote its members' interests and to reconcile those interests with the interests of cable television subscribers and the general public. It holds a distribution undertaking licence.

Les faits

L'entreprise appelante regroupe quelque six cent dix-neuf câblodistributeurs et exploitants de systèmes de câblodistribution au Canada. Selon ses statuts, son mandat est de promouvoir les intérêts de ses membres et de concilier ces intérêts avec ceux des abonnés du service de télévision par câble et ceux du public en général. Elle est titulaire d'une licence à titre d'entreprise de distribution.

The respondent Societies, the Performing Rights Organization of Canada Limited ("PROCAN") and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited ("CAPAC"), are performing rights societies currently in the process of merging. They own and administer the performance rights to a variety of musical works in Canada. The Societies grant licences for the performance of those works in Canada and collect and distribute royalties pursuant to statements of royalties certified by the Copyright Board.

La Société de droits d'exécution du Canada Ltée (la «SDE») et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée (la «CAPAC»), dont les activités ont trait aux droits d'exécution, sont en voie de fusionner. Elles possèdent et gèrent les droits d'exécution relatifs à diverses œuvres musicales au Canada. Elles octroient des licences autorisant l'exécution de ces œuvres au Canada et perçoivent les redevances, puis les versent, conformément au projet de tarif homologué par la Commission du droit d'auteur.

Pursuant to statements of proposed tariffs filed by the respondents Societies, the Copyright Board published proposed Tariff No. 17 in the *Canada Gazette* on September 30, 1989 [123 *Canada Gazette*, Part 1, Supplement (September 30, 1989)]. Tariff No. 17 required a "transmitter" of "non-broadcast services to its subscribers" to pay a fee for "a licence to perform or to communicate by telecommunication" a work

Conformément aux projets de tarifs déposés par les associations intimées, la Commission du droit d'auteur a publié le projet de tarif n° 17 dans la *Gazette du Canada* le 30 septembre 1989 [123 *Gazette du Canada*, Partie 1, supplément (30 septembre 1989)]. Le tarif n° 17 prévoit que le «transmetteur» de «services autres que de radiodiffusion» verse une redevance pour «une licence autorisant l'exécution ou la

over which the Societies have the “power to grant a performing licence”.

“Non-broadcast services” are those that do not originate from a regular television broadcasting station and include such speciality services as “Much Music” and “Arts and Entertainment”. CCTA transmit these services to their subscribers via electrical signals over a closed circuit network. There are apparently 7 million subscribers to cable television in Canada; 97% of which are residential customers and 6.3 million of whom subscribe from CCTA members. The remainder are commercial subscribers such as rental and hotel units, hospitals, schools, restaurants and bars.

After the CCTA filed objections to the proposed tariff, the Copyright Board convened a pre-hearing conference on May 23, 1990. At the outset, the CCTA stated its belief that Tariff No. 17 was unenforceable against cable television systems because their transmissions do not involve any of the acts involved in section 3 of the *Copyright Act* [as amended, s. 2; S.C. 1988, c. 65, s. 62] as the transmissions are not public performances of musical works nor a communication of same to the public. On this basis, CCTA indicated that it was preparing an application for a prohibition order. The Board responded that, in the absence of court decisions to the contrary, it intended to proceed. On June 14, 1990, the CCTA obtained an order of the Federal Court staying the Board from any consideration of Tariff No. 17 until final disposition of the matter. On January 16, 1991, the learned Trial Division Judge finally dismissed the application for prohibition.

The Substantive Issues

This appeal raises three issues under section 3 of the *Copyright Act* with respect to the appellant’s transmission of musical works to its subscribers. This Court is called upon to determine whether the appel-

communication par télécommunication» d’une œuvre à l’égard de laquelle les associations en cause sont «habilitée[s] à accorder une licence».

a Les «services autres que de radiodiffusion» sont ceux dont le point d’origine n’est pas une station ordinaire de télévision, tels les services spécialisés que sont «Much Music» et «Arts and Entertainment». L’ACTC offre de tels services à ses abonnés par la transmission de signaux électriques en circuit fermé. b Il y aurait au Canada sept millions d’abonnés à la télévision par câble, quatre-vingt-dix-sept pour cent des abonnements étant de type résidentiel et six millions trois cent mille des abonnés faisant affaires avec un membre de l’ACTC. Les autres abonnements sont de nature commerciale et sont souscrits, par exemple, par des propriétaires d’immeubles locatifs, des établissements hôteliers, des hôpitaux, des maisons d’enseignement, des restaurants et des bars. c d

Après avoir reçu, de la part de l’ACTC, une opposition au projet de tarif, la Commission du droit d’auteur a tenu une conférence préparatoire à l’audience le 23 mai 1990. D’entrée de jeu, l’ACTC a prétendu que le tarif n° 17 ne pouvait s’appliquer aux systèmes de télévision par câble vu que leurs transmissions ne comportaient aucune des activités visées à l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur* [mod., *idem*, art. 2; L.C. 1988, ch. 65, art. 62], puisqu’elles ne constituaient pas des exécutions publiques d’œuvres musicales non plus que des communications au public d’œuvres musicales. Partant, l’ACTC a fait connaître son intention de présenter une demande en vue d’obtenir un bref de prohibition. La Commission a rétorqué que, en l’absence d’une décision judiciaire à l’effet contraire, elle entendait poursuivre son examen. Le 14 juin 1990, l’ACTC a obtenu une ordonnance de la Cour fédérale enjoignant à la Commission de surseoir à l’examen du tarif n° 17 jusqu’à ce qu’une décision finale soit rendue dans cette affaire. Le 16 janvier 1991, le juge de première instance a, en fin de compte, rejeté la demande visant à obtenir un bref de prohibition. e f g h i

Questions de droit substantiel

Le présent appel soulève trois questions concernant l’application de l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur* à la transmission, par l’appelante, d’œuvres musicales à ses abonnés. En effet, la Cour doit déter-

lant CCTA communicates musical works to the public, whether it performs musical works in public and whether it authorizes the performance of such works. These are the alleged foundation for Tariff No. 17 which is the subject of this attack by way of prohibition.

Whether appellant CCTA communicates musical works to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the Copyright Act

Broadly stated, section 3 of the *Copyright Act* defines “copyright” as the sole right to produce, reproduce or publish a work or any substantial part thereof in any material form whatever, or the sole right to perform it in public. In relation to musical, literary, dramatic or artistic work, it also includes under paragraph 3(1)(f) the sole right to communicate the work to the public by telecommunication.

On the basis of paragraph 3(1)(f), the respondents submit that appellant CCTA, in its transmission of non-broadcast services to its subscribers, communicates musical works to the public by telecommunication within the meaning of that section and therefore should be liable to pay royalties to them. Appellant relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*¹ [CAPAC] which, it alleges, has already decided the issue in its favour and applies in the present instance.

In order to properly understand the arguments of the parties and the decision of the Supreme Court of Canada, it is necessary to reproduce a certain number of definitions:

Copyright Act

[R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 61), 3(1)(f) (as am. *idem*, s. 62)]

2. ...

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

¹ [1968] S.C.R. 676.

miner si l’appelante, l’ACTC, communique des œuvres musicales au public, si elle exécute des œuvres musicales en public et si elle autorise l’exécution de telles œuvres. Ce sont de telles activités qui, selon l’appelante, emporteraient l’application du tarif n° 17, lequel fait l’objet de la demande visant à obtenir un bref de prohibition.

L’appelante, l’ACTC, communique-t-elle au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de l’alinéa 3(1)(f) de la Loi sur le droit d’auteur

À l’article 3 de la *Loi sur le droit d’auteur*, «droit d’auteur» désigne, en gros, le droit exclusif de produire, de reproduire ou de publier une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, ou le droit exclusif de l’exécuter ou de la représenter en public. Dans le cas d’une œuvre musicale, littéraire, dramatique ou artistique, l’expression désigne également, suivant l’alinéa 3(1)(f), le droit exclusif de la communiquer au public par télécommunication.

Se fondant sur l’alinéa 3(1)(f), les intimées prétendent que l’appelante, lorsqu’elle transmet des services autres que de radiodiffusion à ses abonnés, communique au public des œuvres musicales par télécommunication au sens de cette disposition et, par conséquent, qu’elle est tenue de leur verser une redevance. L’appelante s’appuie pour sa part sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*¹ [CAPAC] qui, selon elle, a tranché la question en sa faveur et s’applique en l’espèce.

Afin de bien saisir l’argumentation de chacune des parties ainsi que la portée de l’arrêt de la Cour suprême du Canada, voici le texte de certaines définitions:

Loi sur le droit d’auteur

[L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 61), 3(1)(f) (mod., *idem*, art. 62)]

2. ...

«toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» S’entend de toutes les productions originales du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu’en soit le mode ou la forme d’expression,

¹ [1968] R.C.S. 676.

pamphlets and other writings, lectures, dramatic or dramatico-musical works, musical works or compositions with or without words, illustrations, sketches and plastic works relative to geography, topography, architecture or science;

telles que les livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres ou compositions musicales avec ou sans paroles, les illustrations, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

. . .

a «œuvre musicale» Toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement.

“musical work” means any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced;

. . .

“performance” means any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical instrument or by radio communication;

c «représentation», «exécution» ou «audition» Toute reproduction sonore d'une œuvre ou toute représentation visuelle de l'action dramatique qui est tracée dans une œuvre, y compris la représentation à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique.

. . .

“telecommunication” means any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system;

d «télécommunication» vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique.

. . .

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright” means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

3. (1) Pour l'application de la présente loi, «droit d'auteur» s'entend du droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre, ou une partie importante de celle-ci, sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter, en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci; ce droit s'entend, en outre, du droit exclusif:

. . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work by radio communication,

g f) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie.

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication. [As amended in 1988 [S.C. 1988, c. 65, s. 62]]. [My underlining.]

h f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. [Modification apportée en 1988 [L.C. 1988, ch. 65, art. 62]]. [C'est moi qui souligne.]

Rome Copyright Convention, 1928
[R.S.C., 1985, c. C-42, Schedule III]

Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928
[L.R.C. (1985), ch. C-42, annexe III]

Article 11 (bis)

Article 11 (bis)

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the communication of their works to the public by radiocommunication.

i (1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

In the CAPAC case, Pigeon J., writing for the Supreme Court and applying a literal construction to

j Dans l'arrêt CAPAC, le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la Cour suprême et interprétant littérale-

the *Copyright Act* [R.S.C. 1952, c. 55], came to the following conclusions:

1. In view of the definitions of “musical work” and “performance”, CTV, by transmitting its entertainment programming to its affiliate stations either by shipping a copy of the video tape or by means of cable and microwave facilities, did not communicate “musical work” as defined in the Act, that is to say graphic reproductions of melody and harmony. Rather it communicated not the “work” but a “performance of the work”.²

2. Paragraph 3(1)(f) was inspired by paragraph 1 of Article 11 (*bis*) of the *Rome Copyright Convention, 1928*.³

3. Unlike the Canadian *Copyright Act*, the Rome Convention does not define “work” and the undefined word, as applied to musical work, is properly taken in the Convention in the primary sense of the composition itself, not its graphic representation as in the Act.⁴

4. The word “communication” does not usually mean a “performance” but in the Convention it is apt to include performances in its meaning along with other modes of representation applicable to other kinds of artistic or literary works that are not “performed”.⁵

5. Paragraph 3(1)(f) does not read “to communicate a performance of such work by radio communication” but to “communicate such work by radio communication” and, in view of the statutory definitions of “musical work” and of “performance”, the insertion of the word “performance” in the enactment is a very substantial departure from the text as written.⁶

6. To give paragraph 3(1)(f) the scope and meaning sought by the appellant, the word “performance” would have to be inserted in paragraph 3(1)(f) and the words “in public” would have to be deleted from section 3 because a performance of musical work is

ment la *Loi sur le droit d'auteur* [S.R.C. 1952, ch. 55], tire les conclusions suivantes:

1. Vu la définition d'«œuvre musicale» et de «représentation», «exécution» ou «audition», CTV, en transmettant sa programmation de divertissement à ses stations affiliées, soit en expédiant une copie de la bande magnétoscopique, soit en ayant recours au câble ou aux ondes hertziennes, n'a pas communiqué une «œuvre musicale» au sens de la Loi, c.-à-d. une reproduction graphique de mélodie et d'harmonie. Elle a plutôt communiqué «une exécution de l'œuvre» et non l'«œuvre».²

2. L'alinéa 3(1)f) s'inspire du paragraphe 1 de l'Article 11 (*bis*) de la *Convention de Rome sur le droit d'auteur 1928*.³

3. Contrairement à la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, la Convention de Rome ne définit pas le mot «œuvre» et, lorsque celui-ci y est employé à l'égard d'une œuvre musicale, il désigne à juste titre la composition comme telle, et non sa représentation graphique comme dans la Loi.⁴

4. Le mot «communication» ne désigne habituellement pas l'«exécution», mais dans la Convention de Rome, il pourrait englober celle-ci tout comme d'autres genres de représentation applicables à d'autres types d'œuvres artistiques ou littéraires qui ne sont pas «exécutées».⁵

5. L'alinéa 3(1)f) ne dit pas «transmettre l'exécution de cette œuvre au moyen de la radiophonie», mais bien «transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie» et, vu la définition légale de l'expression «œuvre musicale» ainsi que des mots «représentation», «exécution» et «audition», l'ajout du terme «exécution» dans le texte législatif constitue un écart très important du libellé.⁶

6. Pour que l'alinéa 3(1)f) ait la portée et le sens que l'appelante lui attribue, les mots «représentation», «exécution» et «audition» devraient être ajoutés à l'alinéa 3(1)f) et les mots «en public» supprimés de l'article 3, puisque l'exécution d'une œuvre musicale

² *Id.*, at p. 680.

³ *Id.*, at p. 681.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Id.*, at p. 682.

² *Id.*, à la p. 680.

³ *Id.*, à la p. 681.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Id.*, à la p. 682.

outside the scope of the definition of copyright if it is not in public.⁷

To distinguish the *CAPAC* case, the respondents now submit that the definition of “musical work” in the *Copyright Act* not only refers to a graphic representation of melody and harmony, but also to the primary sense of the composition itself. They borrow such an extended meaning from the definition of “every original literary, dramatic, musical and artistic work” found in section 2 and used in section 5 of the Act which refers both to musical work or composition with or without words. They conclude that the words “musical work” and “musical composition” are therefore used and usable interchangeably.

To arrive at such a result, one must for all practical purposes either ignore the contents of the definitions in section 2 of the Act or make what I would call a cross-fertilization of those definitions. In either case, this defies the most basic rules of legislative drafting and interpretation. Definitions are used for convenience and to bring more precision to a legislative text. They are meant to be of assistance to legislative drafting, not to bring confusion to legislative interpretation.⁸ The meaning of a definition cannot be changed by ignoring it or part of it or by reading in it words or concepts borrowed from another definition. The contents of definitions are simply not interchangeable and only confusion could result from cross-fertilization.

This in itself should be sufficient to dispose of the respondents’ argument. In addition, however, the definition of the words “every original literary, dramatic, musical and artistic work” makes it plainly obvious that musical work is not meant to refer to or to include “composition with or without words” as the legislator opposes the two notions in that definition. It makes sense for Parliament to do that as section 5, in which the definition of “every original

⁷ *Ibid.*

⁸ See *Guide de rédaction législative*, Ministère de la Justice du Québec, Montréal SOQUIJ, 1984, at pp. 12 to 14; P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1991, at p. 55.

n’est pas visée par la définition du droit d’auteur lorsqu’elle n’a pas lieu en public⁷.

Pour établir une distinction avec l’arrêt *CAPAC*, les intimées soutiennent maintenant que la définition d’«œuvre musicale» que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur* renvoie non seulement à la reproduction graphique d’une mélodie et d’une harmonie, mais aussi, suivant le sens premier, à la composition comme telle. Leur interprétation extensive s’appuie sur la définition de «toute œuvre musicale originale» prévue à l’article 2 et employée à l’article 5 de la Loi, laquelle mentionne à la fois les œuvres ou compositions musicales avec ou sans paroles. Elles concluent que les expressions «œuvre musicale» et «composition musicale» sont donc employées et employables indifféremment.

Pour en arriver à une telle conclusion, il faut, en pratique, faire abstraction du libellé des définitions prévues à l’article 2 de la Loi ou procéder à une sorte de croisement de ces définitions. Dans l’un ou l’autre des cas, une telle démarche va à l’encontre des règles les plus élémentaires de la rédaction et de l’interprétation législatives. Les définitions existent pour des raisons de commodité et afin de rendre le texte législatif plus précis. Elles visent à faciliter la rédaction législative et non à rendre confuse l’interprétation des lois⁸. La portée d’une définition ne peut être modifiée en faisant abstraction de son libellé, en totalité ou en partie, ou en y intégrant des mots ou des notions qui appartiennent à une autre définition. Le libellé des définitions n’est tout simplement pas interchangeable, et les croisements ne peuvent que créer de la confusion.

Bien que cela suffise en soi pour réfuter l’argumentation des intimées, on observera par ailleurs, dans la définition de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale», que l’œuvre musicale ne renvoie manifestement pas à une «composition musicale avec ou sans paroles» ni ne comprend celle-ci, puisque le législateur y oppose les deux notions l’une à l’autre. Il est dans l’ordre des choses que le législateur ait procédé ainsi, étant

⁷ *Ibid.*

⁸ See reporter au *Guide de rédaction législative*, ministère de la Justice du Québec, Montréal, SOQUIJ, 1984, aux pp. 12 à 14; P. A. Côté, *Interprétation des lois*, 2e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, à la p. 61.

work” is used, broadly protects copyright in every original work. In the case of music, it is appropriate that it extends also to every original composition, not only to music work as narrowly defined in section 2 to mean every combination of melody and harmony printed, reduced to writing or graphically produced.

It is interesting to note that the *Copyright Act* has been amended at least three times⁹ since the Supreme Court rendered its judgment in 1968 and that Parliament has never questioned the interpretation given to “musical works” by the Court. It is all the more interesting and telling as in the first series of amendments of 1988 Parliament saw fit to change, in section 2 of the Act, the definition of the words “architectural work”, “artistic work” and “literary work” and to add the definition of “choreographic work”, but left unchanged that of “musical work”.¹⁰ It had ample opportunity to do so as it revisited the definitions. One can only conclude that Parliament was satisfied with the meaning the Supreme Court had earlier given to “musical work” and which had been in force for twenty years at the time of the amending legislation.

The respondents heavily rely upon an amendment made in 1988 to paragraph 3(1)(f) whereby the words “to the public” were added to the section and the word “telecommunication” replaced “radio communication” and was defined. They contend that this amendment implements the change suggested by the Supreme Court in the *CAPAC* case and that, as a result, appellant CCTA is liable to pay compensation for the transmission of musical works to its subscribers.

I am willing to accept that the words “to the public” are broader than “in public” and that the insertion

⁹ *An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 15; *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 et seq.; *Integrated Circuit Topography Act*, S.C. 1990, c. 37, s. 33.

¹⁰ S.C. 1988, c. 15, s. 1(1),(2),(3).

donné que l'article 5, qui reprend l'expression «toute œuvre originale», protège de manière générale le droit d'auteur afférent à toute œuvre originale. En ce qui concerne la musique, il convient d'englober également toute composition originale, et non seulement l'œuvre musicale, laquelle, selon l'article 2, s'entend strictement de toute combinaison de mélodie et d'harmonie imprimée, manuscrite, ou produite ou reproduite graphiquement.

Il est intéressant de noter que la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée au moins à trois reprises⁹ depuis le jugement rendu en 1968 par la Cour suprême et que le législateur n'a jamais remis en cause l'interprétation que celle-ci avait donnée à l'expression «œuvre musicale». Cela est d'autant plus intéressant et significatif que, dans la première série de modifications en 1988, le législateur a jugé opportun de modifier, à l'article 2 de la Loi, la définition des expressions «œuvre d'art architecturale», «œuvre artistique» et «œuvre littéraire» et d'ajouter la définition d'«œuvre chorégraphique», mais qu'il n'a pas touché à la définition d'«œuvre musicale»¹⁰. Il lui aurait pourtant été tout à fait loisible de le faire en révisant ainsi les définitions. On ne peut que conclure que le législateur était en accord avec l'interprétation que la Cour suprême avait auparavant donnée à l'expression «œuvre musicale» et qui s'appliquait depuis vingt ans lorsque la Loi a été modifiée.

Les intimées insistent beaucoup sur la modification qui a été apportée en 1988 à l'alinéa 3(1)(f) par laquelle on a ajouté à la disposition les mots «au public» et substitué à l'expression «au moyen de la radiophonie» celle de «par télécommunication» qui a aussi été définie. Elles soutiennent en effet que cette modification donnait suite à la modification suggérée par la Cour suprême dans *CAPAC* et que, par conséquent, l'appelante est tenue de verser une redevance pour la transmission d'œuvres musicales à ses abonnés.

Je conviens que l'expression «au public» est plus large qu'«en public» et que l'ajout de ces mots ait pu

⁹ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant les modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, ch. 15; *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 et ss.; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.C. 1990, ch. 37, art. 33.

¹⁰ L.C. 1988, ch. 15, art. 1(1),(2),(3).

of those words may have taken care of the concern of Pigeon J. that performance of musical works under the Act always be in public.¹¹ The words “to the public” now found in paragraph 3(1)(f) of the Act parallel those found in Article 11(1) (*bis*) of the Rome Convention and would satisfy the requirement that a performance be in public.

However, the amendment leaves unanswered the crucial point decided by Pigeon J., to wit that paragraph 3(1)(f) covers the communication of musical works to the public, that is to say graphic reproductions of melody and harmony, while what is communicated by appellant CCTA within the terms of the Act as framed is not the “works” but “a performance of the works”,¹² that is to say an acoustic representation of such works. As the definitions of “musical works” and “performance” have remained unchanged, paragraph 3(1)(f) should have been amended to refer to “communication of the performance of musical works” in order to cover the acts of the appellant CCTA. This is clear from this passage of the judgment where referring to paragraph 3(1)(f), Pigeon J. wrote:

However, as previously noted, the material part of the provision does not read “to communicate a performance of such work by radio communication” but “to communicate such work by radio communication”. In view of the statutory definitions of “musical works” and of “performance” the insertion of the word “performance” in the enactment is a very substantial departure from the text as written.¹³

The Supreme Court refused to make the legislative change. This Court is bound by that decision.

I might add that the amendments to paragraph 3(1)(f) on which the respondents rely were enacted to implement the *Free Trade Agreement* [S.C. 1988, c.

¹¹ See *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra* note 1, at pp. 681-682 where Pigeon J. wrote: “It must be noted that in the Convention it is doubly indicated by ‘au public’ and by ‘radiodiffusion’ that public performances or communications only are aimed at. This is consonant with the general definition of ‘copyright’ which, as stated in subs. 1 of s. 3 of the Act, applies to any reproduction of the work but, as respect performances, applies only to those that are in ‘public’.”

¹² *Id.*, at p. 680.

¹³ *Id.*, at p. 682.

répondre à l’exigence formulée par le juge Pigeon que l’exécution d’une œuvre musicale ait toujours lieu en public pour que la Loi s’applique¹¹. L’expression «au public» qui figure désormais à l’alinéa 3(1)f) de la Loi est également employée à l’article 11(1) (*bis*) de la Convention de Rome, ce qui satisfait à la condition voulant que l’exécution ait lieu en public.

Or, la modification ne résout pas la question cruciale tranchée par le juge Pigeon, soit le fait que l’alinéa 3(1)f) vise la communication au public d’une œuvre musicale, c.-à-d. la reproduction graphique d’une mélodie et d’une harmonie, alors que ce que l’appelante communique, suivant le libellé de la Loi, n’est pas une «œuvre», mais «l’exécution d’une œuvre»¹² ou la reproduction sonore d’une œuvre. Comme la définition des expressions «œuvre musicale» et «représentation», «exécution» et «audition» n’a pas changé, l’alinéa 3(1)f) aurait dû être modifié de manière à englober la «communication de l’exécution d’une œuvre musicale» pour que les actes de l’appelante soient visés. C’est ce qui ressort de l’extrait suivant du jugement du juge Pigeon se rapportant à l’alinéa 3(1)f):

[TRADUCTION] Cependant, comme nous l’avons déjà signalé, la partie pertinente de la disposition ne se lit pas «de communiquer l’exécution d’une telle œuvre au moyen de la radiophonie» mais «de communiquer une œuvre au moyen de la radiophonie». Vu les définitions légales des termes «œuvre musicale» et «exécution», l’ajout du terme «exécution» dans le texte législatif constitue un écart très important du libellé¹³.

La Cour suprême a refusé de procéder à la modification de la Loi, et la Cour est liée par cette décision.

Je pourrais ajouter que les modifications apportées à l’alinéa 3(1)f) sur lesquelles s’appuient les intimées ont été adoptées aux fins de la mise en œuvre de l’Ac-

¹¹ Se reporter à *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, *supra*, note 1, aux p. 681 et 682, où le juge Pigeon dit ce qui suit: [TRADUCTION] «Il y a lieu de noter que, dans la Convention de Rome, il ressort doublement de l’emploi des termes “au public” et “radiodiffusion” que seules les exécutions ou les communications publiques sont visées. Cela est compatible avec la définition générale de “droit d’auteur” qui, comme le prévoit le paragraphe 3(1) de la Loi, s’applique à toute reproduction d’une œuvre mais, en ce qui concerne l’exécution, seulement à celle qui a lieu “en public”.»

¹² *Id.*, à la p. 680.

¹³ *Id.*, à la p. 682.

65, Schedule, Part A] with respect to the retransmission of local or distant signals that carry a literary, dramatic, musical or artistic work.¹⁴ This appears clearly from the explanatory notes which accompanied Bill C-2 at the time of the first reading. The definition of “telecommunication” is said to be consequential to the amendments brought to paragraph 3(1)(f) and the latter was introduced to clarify the concept of communicating certain works to the public in order to implement subparagraph 2(a) of Article 2006 of the *Free Trade Agreement* which deals with the retransmission to the public of program signals not intended in the original transmission for free, over-the-air reception by the general public.¹⁵

It is significant in my view that the respondents have not been able to point to a single *indicia* of evidence, be they discussions or debates in the House of Commons, Committees or elsewhere, that would show that the amendments to paragraph 3(1)(f), along with sections 2, 28, 66.52 [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 64], 70.61 [as am. *idem*, s. 65] and others of the *Copyright Act* to implement the *Free Trade Agreement*, were intended to reverse the decision of the Supreme Court of Canada in the *CAPAC* case. I doubt that Parliament would have dealt with such an important issue in such an indirect and disguised manner.

Whether appellant CCTA performs musical works in public within the meaning of subsection 3(1) of the *Copyright Act*

The appellant first submits that it does not perform musical works because it does not, as required by the definition of “performance” in section 2 of the Act, broadcast an acoustic representation of a melody or harmony. Under the Act, performance means “any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical

¹⁴ See *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 to 65.

¹⁵ See *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, Bill C-2, First Reading, ss. 61 and 62.

cord de libre-échange [L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A] en ce qui a trait à la retransmission de signaux locaux ou éloignés porteurs d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique¹⁴. C’est ce qui ressort des notes explicatives qui accompagnaient le Projet de loi C-2 en première lecture. On y précise en effet que la définition du mot «télécommunication» résulte des modifications apportées à l’alinéa 3(1)f) et que ces dernières ont été adoptées pour clarifier la notion de communication au public de certaines œuvres et ce, aux fins de la mise en œuvre de l’alinéa 2006(2)a) de l’*Accord de libre-échange*, lequel a trait à la retransmission au public d’une programmation qui, à l’origine, n’est pas destinée à être captée directement et gratuitement par le grand public¹⁵.

Il est significatif, à mon sens, que les intimées n’aient pu fournir un seul élément de preuve, qu’il s’agisse de discussions ou de débats à la Chambre des communes, au sein des différents comités ou ailleurs, établissant que les modifications apportées à l’alinéa 3(1)f), ainsi que, notamment, aux articles 2, 28, 66.52 [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 64], 70.61 [mod., *idem*, art. 65] de la *Loi sur le droit d’auteur* aux fins de la mise en œuvre de l’*Accord de libre-échange*, visaient à renverser la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *CAPAC*. Il aurait été inconcevable que le législateur règle une question d’une telle importance de manière aussi indirecte et déguisée.

L’appelante a-t-elle exécuté des œuvres musicales en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*?

L’appelante prétend, tout d’abord, qu’elle n’exécute pas d’œuvres musicales étant donné qu’elle ne radiodiffuse pas, comme le prévoit la définition d’«exécution» à l’article 2 de la Loi, la reproduction sonore d’une mélodie ou d’une harmonie. La Loi prévoit en effet que «représentation», «exécution» ou «audition» désigne «[t]oute reproduction sonore d’une œuvre ou toute représentation visuelle de l’ac-

¹⁴ Se reporter à la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61 à 65.

¹⁵ Se reporter à la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, Projet de loi C-2, première lecture, art. 61 et 62.

instrument or by radio communication.” What it transmits, appellant says, are electrical signals to individual subscribers’ premises. Such signals are electro-magnetic waves which are completely distinct from acoustic or sound waves and cannot be heard at any time during their distribution to subscribers’ premises. While the acoustic or sound waves are generated by compression of air or some other medium, electro-magnetic waves are generated by a change in an electric or magnetic field. In the words of the appellant, a cable system is simply a medium for the transmission of electrical signals to the subscribers’ premises and their transmission of non-broadcast services by cable television systems to individual subscribers’ premises is through a closed circuit network as opposed to being propagated through space by radio waves.

I do not think this whole case ought to depend on whether it is this kind or that kind of waves which are transmitted to the subscribers. The definition of “performance” in section 2 speaks of any acoustic representation. It does not speak of acoustic waves as opposed to electro-magnetic waves or vice-versa. When a subscriber turns on the television set and listens to the music broadcasted or transmitted by the appellant, it is an acoustic representation of a melody that he or she gets: it is the very performance of a musical work as contemplated by the Act.

Furthermore, the definition of “performance” covers “any” acoustic representation. The fact that it goes on to add that it includes a representation made by means of any mechanical instrument or radio communication does not limit the generality of the word “any” and surely does not limit it to the type of radio communication defined by subsection 35(1) of the *Interpretation Act*.¹⁶ The word “includes” is generally not limitative and is certainly not apt in this

¹⁶ R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1) reads: “In every enactment . . . ‘radio’ or ‘radio communication’ means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds

tion dramatique qui est tracée dans une œuvre, y compris la représentation à l’aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique». Or, l’appelante estime transmettre des signaux électriques destinés à être captés par les abonnés individuellement. Ces signaux sont des ondes électromagnétiques qui n’ont rien à voir avec les ondes acoustiques ou sonores; ils ne peuvent jamais être entendus pendant leur acheminement à l’abonné. Alors que les ondes acoustiques ou sonores sont produites par la compression de l’air ou grâce à quelque autre support, les ondes électromagnétiques résultent de la modification du champ électrique ou magnétique. Pour reprendre les termes utilisés par l’appelante, un système de câble n’est qu’un support qui permet de transmettre des signaux électriques à l’abonné, et la transmission de services autres que de radiodiffusion à la résidence ou dans les locaux de l’abonné, grâce à un système de télévision par câble, se fait au moyen d’un réseau en circuit fermé, par opposition à la propagation d’ondes radioélectriques dans l’espace.

Je ne crois pas que l’issue de la présente affaire dépende du fait que les ondes transmises à l’abonné sont d’un certain type plutôt que d’un autre. Il est question, à la définition de «représentation», «exécution» ou «audition» qui figure à l’article 2, de reproduction sonore, et non d’ondes acoustiques par opposition à des ondes électromagnétiques, ou vice-versa. Lorsque l’abonné allume son téléviseur et qu’il écoute la musique radiodiffusée ou transmise par l’appelante, il a droit à la reproduction sonore d’une mélodie; il s’agit donc de l’exécution d’une œuvre musicale comme le prévoit la Loi.

En outre, la définition de «représentation», «exécution» ou «audition» englobe «toute» reproduction sonore. Le fait qu’il y soit précisé que cela comprend toute représentation à l’aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique ne limite pas la généralité du mot «toute» et ne restreint certes pas l’application de la définition au type de radiocommunication défini au paragraphe 35(1) de la *Loi d’interprétation*.¹⁶ L’expression «y compris»

¹⁶ L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1), dont voici le libellé: «Les définitions qui suivent s’appliquent à tous les textes . . . ‘radiocommunication’ ou ‘radio’ Toute transmission, émis-

context to limit Parliament's intention to cover all kinds of acoustic representations. It is merely illustrative of the fact that it applies as well to acoustic representations by technological means. The words "by means of any mechanical instrument or by radio communication" in the definition of performance are nothing more than mere surplusage for greater certainty. As is often the case, however, in legislative drafting, it creates more ambiguity than certainty, especially when the reasons for introducing such precision have long been forgotten. The words "radio communication" appear to have been introduced in 1931 to avoid endless litigation and to ensure that performance would extend to new technological means.¹⁷

The appellant also contends that, should this Court find that its transmission amounts to a performance, such performance is not a public performance as 97% of all cable television subscribers in Canada are residential subscribers and the transmission is to the private homes of the various subscribers.

I would have thought on a mere common sense basis that when the Prime Minister of Canada addresses the nation, either from his home or his private office, and reaches the citizens in their homes by means of radio and television, he appears in public and performs in public. I would have been content to leave it at that had it not been for early conflicting decisions on this issue.

(Continued from previous page)

or intelligence of any nature by means of electro magnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz propagated in space without artificial guide."

¹⁷ See the earlier case of *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543 where the Court had to determine whether an acoustic representation by mechanical instrument included one by wireless telephony.

n'est généralement pas limitative et, dans le contexte, ne saurait certainement pas restreindre l'intention du législateur de régir tous les types de reproduction sonore. Elle précise simplement que la définition vise également les reproductions sonores obtenues grâce à des moyens technologiques. Les termes «à l'aide de quelque instrument mécanique ou par transmission radiophonique», utilisés dans la définition de «représentation», «exécution» ou «audition», ne font rien de plus que d'apporter des précisions supplémentaires afin d'assurer une plus grande certitude. Cependant, comme c'est souvent le cas en rédaction législative, de telles précisions créent davantage d'ambiguïté que de certitude, surtout lorsque les motifs de leur adoption sont depuis longtemps oubliés. Il semble que le terme «radiocommunication» ait été intégré en 1931 afin d'éviter des poursuites interminables et de faire en sorte que la représentation, l'exécution ou l'audition englobe celle obtenue à l'aide des nouveaux moyens technologiques¹⁷.

L'appelante soutient par ailleurs, dans le cas où la Cour conclurait que ses activités de transmission équivalent à une exécution, que celle-ci n'est pas publique puisque, au Canada, quatre-vingt-dix-sept pour cent des abonnements au service de télévision par câble sont résidentiels et que la transmission est acheminée à la résidence privée de chacun des abonnés.

J'aurais été enclin à croire, à partir du simple bon sens, que lorsque, à partir de sa résidence ou de son bureau, le premier ministre du Canada s'adresse aux citoyens, lesquels se trouvent dans leurs demeures, au moyen de la radio ou de la télévision, son allocution est publique et est exécutée en public. Je n'aurais pas demandé mieux que d'en rester là n'eût été de l'existence de jugements antérieurs contradictoires sur le sujet.

(Suite de la page précédente)

sion ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, au moyen d'ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l'espace sans guide artificiel».

¹⁷ Se reporter au jugement *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543, rendu antérieurement, où le tribunal devait déterminer si la reproduction sonore à l'aide de quelque instrument mécanique incluait celle réalisée au moyen de la téléphonie sans fil.

In the case of *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc.*,¹⁸ the Court held that radio or television broadcasts do not amount to performances in public when received in private homes. Cameron J. wrote:

Counsel for the plaintiff, however, submits that even if one such "view" in the privacy of the owner's home does not constitute a performance in public, that in cases where a large number of people, each having a terminal unit in his home, performs the work by operating the terminal units, that such would constitute a performance in public. He says that from the point of view of the owner, a large number of such performances would constitute an interference with the owner's right of making copies of his work and might cause him to lose part of his potential market. I am unable to agree with that submission. I cannot see that even a large number of private performances, solely because of their numbers, can become public performances. The character of the individual audiences remains exactly the same; each is private and domestic, and therefore not "in public". Moreover, in telecasting the films, I think the plaintiff desired to have the telecasts seen by as many people as were within range and possessed the necessary receiving equipment in order that they might be informed of its product; so that I do not think that what was done by the defendant in so far as the private homes and apartments are concerned, interfered with his potential market in any way. It was stated and not denied that the films, including the commercial announcements of the plaintiff, were rediffused as a whole.

I find, therefore, that the performances in the homes and apartments of the subscribers of the defendant company were not performances "in public".¹⁹

With respect, I prefer and adopt the contrary views expressed by English,²⁰ Indian²¹ and Australian²² authorities. They are consistent with our Act. They take a realistic view of the impact and effect of technological developments and they are consistent with the plain and usual meaning of the words "in public", that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all. In *Messenger v. British Broadcasting Co.*,²³ an opera was played for a few friends in a private studio but was transmitted by wireless telephony to the general public. Called upon to decide

¹⁸ [1954] Ex. C.R. 382.

¹⁹ *Id.*, at p. 408.

²⁰ *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543.

²¹ *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331.

²² *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.).

²³ *Supra*, note 20.

Dans *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion, Inc.*¹⁸, le tribunal a statué que ni la radiodiffusion ni la télédiffusion n'équivalaient à une exécution en public lorsqu'elles étaient captées dans des demeures privées. Le juge Cameron y dit ce qui suit:

[TRADUCTION] L'avocat de la demanderesse prétend toutefois que même si un tel «visionnement» en privé dans la demeure du propriétaire ne constitue pas une exécution en public, lorsqu'un grand nombre de personnes, dotée chacune d'une station terminale, assurent l'exécution de l'œuvre en utilisant les stations terminales, il s'agit d'une exécution en public. Il soutient que, du point de vue du propriétaire, le fait que de telles exécutions soient nombreuses porte atteinte aux droits du propriétaire de tirer des copies de son œuvre et pourrait lui faire perdre une partie du marché potentiel. Je ne puis partager cet avis. Je ne vois pas comment même un grand nombre d'exécutions privées, du seul fait qu'elles soient nombreuses, pourraient devenir des exécutions publiques. Les caractéristiques de l'auditoire demeurent strictement les mêmes, chacun des téléspectateurs se trouvant dans son foyer, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une exécution «en public». De plus, je crois que la demanderesse, en télédiffusant les films, souhaitait que les émissions de télévision soient regardées par le plus de gens possibles qui étaient à sa portée et qui étaient munis du matériel de réception nécessaire, afin que les téléspectateurs soient informés de son produit. Par conséquent, je ne crois pas que ce qu'a fait la défenderesse, en ce qui concerne les maisons et les appartements privés, ait porté atteinte au marché cible de la demanderesse de quelque manière que ce soit. Selon un témoignage qui n'a pas été contredit, les films, y compris les annonces publicitaires de la demanderesse, étaient télédiffusés en bloc.

J'en arrive donc à la conclusion que les exécutions dans les maisons et les appartements des abonnés de la défenderesse n'étaient pas des exécutions «en public».¹⁹

Avec déférence pour l'avis contraire, je partage plutôt le point de vue exprimé par les tribunaux britanniques²⁰, indiens²¹ et australiens²², lequel est compatible avec notre Loi. Ces tribunaux se sont en effet prononcés de manière réaliste quant aux effets de l'essor technologique, et leurs conclusions sont compatibles avec le sens courant de l'expression «en public», c.-à-d. de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. Dans *Messenger v. British Broadcasting Co.*²³, un opéra avait été présenté à l'intention de quelques amis dans un studio privé,

¹⁸ [1954] R.C.É. 382.

¹⁹ *Id.*, à la p. 408.

²⁰ *Messenger v. British Broadcasting Co.*, [1927] 2 K.B. 543.

²¹ *Garware Plastics and Polyester Ltd. v. M/S Tele-link A.I.R.* 1989 Bombay 331.

²² *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350 (S.C.).

²³ *Supra*, note 20.

whether this amounted to a public performance for the purpose of the English *Copyright Act*, 1911 [1 & 2 Geo. 5, c. 46] whose definition was analogous to ours, McCardie J. wrote:

In my view, however, the defendants, in doing what they did, clearly gave a public performance. Instead of gathering the public into a vast assembly room, they set in motion certain ether waves knowing that millions of receiving instruments in houses and flats were tuned to the waves sent forth, and knowing and intending also that acoustic representation of the opera would thereby be given to an enormous number of listeners. If I did not hold this to be a public performance by the defendants I should fail to recognize the substance and reality of the matter and also the object and intent of the *Copyright Act*.²⁴

In *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, Cussen J. wrote for the Court:

A performance, in our judgment, is no less public because the listeners are unable to communicate with one another or are not assembled within an enclosure or gathered together in some open stadium or park or other public place. Nor can a performance, in our judgment, be deemed private because each listener may be alone in the privacy of his home. Radio-broadcasting is intended and in fact does reach a very much larger number of the public at the moment of the rendition than any other medium of performance.²⁵

This is certainly even truer of a transmission by means of television. I am satisfied that the transmission of non-broadcast services by the appellant to its numerous subscribers, when it relates to musical works, is a performance in public within the meaning of subsection 3(1) of the *Copyright Act*.

Whether the appellant authorizes the performance of musical works

The appellant argues that it does not authorize, sanction or countenance the performance of musical works, but merely supplies the equipment and services which it knows will result in copyright infringement in the course of a use by another person.

²⁴ *Id.*, at pp. 548-549.

²⁵ *Supra*, note 22, at p. 362.

mais il avait été transmis au grand public par radiotéléphonie. Appelé à déterminer s'il s'agissait d'une exécution publique aux fins de la *Copyright Act* britannique, 1911 [1 & 2 Geo. 5, ch. 46], laquelle renfermait une définition analogue à la nôtre, le juge McCardie a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] J'estime toutefois que ce que la partie défenderesse a fait constituait manifestement une exécution publique. Au lieu de rassembler le public dans une grande salle, elle a transmis des signaux tout en sachant que des millions d'auditeurs, dans leurs maisons ou leurs appartements, pouvaient les capter et que la reproduction sonore de l'opéra bénéficierait ainsi d'un auditoire considérable, et c'est d'ailleurs ce qu'elle souhaitait. Conclure qu'il ne s'agit pas là d'une exécution publique par la partie défenderesse serait faire abstraction des éléments essentiels et réels de la question ainsi que de l'objet de la *Copyright Act* et de l'intention du législateur²⁴.

Voici ce que dit le juge Cussen, au nom du tribunal, dans *Chappell & Co. Ltd. v. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*:

[TRADUCTION] Selon nous, une exécution n'est pas moins publique parce que les auditeurs ne peuvent communiquer entre eux ou ne sont pas rassemblés en une même enceinte, non plus que dans un stade, un parc ou un autre lieu public. Nous ne croyons pas non plus qu'une exécution soit réputée privée du seul fait que chaque auditeur puisse se trouver seul dans l'intimité de son foyer. La radiodiffusion vise à atteindre et, dans les faits, atteint une plus grande partie du public, au moment de la prestation, que tout autre moyen de communication²⁵.

Cela est encore plus vrai dans le cas de la transmission au moyen de la télévision. Je suis convaincu que la transmission par l'appelante de services autres que de radiodiffusion à ses nombreux abonnés, pour ce qui est des œuvres musicales, constitue une exécution en public au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

L'appelante autorise-t-elle l'exécution d'œuvres musicales?

L'appelante soutient qu'elle n'autorise pas, n'approuve pas ni ne favorise l'exécution d'œuvres musicales, mais qu'elle fournit simplement le matériel et les services dont elle sait que l'utilisation par une autre personne emportera la violation du droit d'auteur.

²⁴ *Id.*, aux p. 548 et 549.

²⁵ *Supra*, note 22, à la p. 362.

I agree with the learned Trial Division Judge that the situation of the appellant in this case is different from that of the CTV network in the *CAPAC* case.²⁶ The affiliated stations to whom CTV was transmitting were licensed by CAPAC to perform musical works in public and therefore to make use of the copyrights. In addition, CTV was not transmitting its programs directly to the public. It transmitted them to affiliated stations which broadcasted the musical works to the public. In the case at bar, the appellant transmits directly to the public and in my view the fact that the subscriber has to turn on the television set in no way alters the nature of the transmission. The appellant is more than a mere facilitator of a public performance which violates the *Copyright Act*, it is the actual performer through an innocent agent or with the assistance of a third party who completes the final and missing link by turning on the television set.

However, if one wants to lay with the subscriber the ultimate responsibility for the materialization of the public performance and therefore the infringement of the copyrights, there is no doubt that, upon a plain or a constructive meaning of the word "authorization", the appellant authorizes such materialization by its customers.²⁷ I think the learned Trial Division judge correctly summarized the state of the law with regard to the appellant's actions when he wrote:

... I believe a cable television system which provides electromagnetic signals to a subscriber, under a contract which clearly

²⁶ *Supra* note 1. See also the decision of this Court in *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.).

²⁷ See *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.), at p. 24, where Viscount Maugham wrote for the Privy Council: "Whether the studio performance is public or private, if the persons who are responsible for that performance are also responsible for the broadcasting of the piece, there is no doubt that they have facilitated the performance of the work in public by any listener who is in a position to use a loudspeaker, and thus to perform the piece in public. The question as to the position of the broadcasters in such a case, so far as regards infringement, is answered by the language of sect. 1 (2) of the Act. It is sufficient to show that they have authorised the performance in public of the works, and this will generally be established by proving that listeners with a licence were entitled to tune in their receivers." [My underlining.]

À l'instar du juge de première instance, je suis d'avis que la situation de l'appelante en l'espèce est différente de celle du réseau CTV dans l'affaire *CAPAC*²⁶. Les stations affiliées auxquelles CTV transmettait sa programmation étaient titulaires d'une licence accordée par la CAPAC les autorisant à exécuter les œuvres musicales en public et, par conséquent, à utiliser l'œuvre protégée par le droit d'auteur. De plus, CTV ne transmettait pas sa programmation directement au public. Elle la transmettait à des stations affiliées qui, à leur tour, radiodiffusaient les œuvres musicales à l'intention du public. Dans la présente affaire, l'appelante transmet directement au public et, selon moi, le fait que l'abonné doive allumer le téléviseur ne modifie en rien la nature de la transmission. L'appelante fait plus que simplement faciliter l'exécution publique qui contrevient à la *Loi sur le droit d'auteur*, elle est l'exécutant véritable par l'intermédiaire d'un mandataire de bonne foi ou avec l'aide d'un tiers qui, en dernier lieu, allume le téléviseur.

Cependant, même si l'abonné est l'ultime responsable de la réalisation de l'exécution publique et, par conséquent, de la violation du droit d'auteur, il ne fait aucun doute, suivant le sens littéral du terme «autorisation» ou suivant l'interprétation qu'on en fait, que l'appelante autorise ses clients à faire en sorte que l'exécution se matérialise²⁷. J'estime que le juge de première instance a bien résumé le droit applicable aux actes de l'appelante en disant ce qui suit:

[Lorsqu'une société exploitant un système de télévision par câble fournit à un abonné des signaux électromagnétiques, aux

²⁶ *Supra*, note 1. Se reporter également à la décision de la Cour dans *Réseau de télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.).

²⁷ Se reporter à *Mellor v. Australian Broadcasting Commission*, [1940] 2 All E.R. 20 (P.C.), à la p. 24, où le Vicomte Maugham écrit ce qui suit au nom du Conseil privé: [TRADUCTION] «Que l'exécution en studio soit publique ou privée, lorsque les personnes responsables de cette exécution sont également responsables de la radiodiffusion du morceau, il ne fait aucun doute qu'elles ont facilité l'exécution de l'œuvre, en public, par tout auditeur doté d'un haut-parleur et, par conséquent, en mesure d'assurer l'exécution du morceau en public. La situation du radiodiffuseur, en pareil cas, pour ce qui est de la violation, est prévue au paragraphe 1(2) de la Loi. Il suffit d'établir qu'il a «autorisé» l'exécution des œuvres en public, c.-à-d., en général, en prouvant que les auditeurs titulaires d'une licence pouvaient brancher leurs récepteurs». [C'est moi qui souligne.]

contemplates that the sole use of the cable company's service is to be the production of audible and visual messages from the subscriber's television set connected to that cable, must be taken to have authorized that ultimate performance.²⁸

Conclusion

Having found that the appellant performs or authorizes the performance of musical works in public and, therefore, that there is a statutory basis for the proposed Tariff No. 17, I would dismiss the appeal with costs.

HEALD J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

termes d'un contrat qui prévoit clairement que la prestation de la compagnie consiste uniquement à faire produire par le téléviseur de l'abonné, téléviseur relié au câble, des messages sonores et visuels, cette société est censé[e] avoir autorisé cette dernière exécution²⁸.

a

Conclusion

Ayant conclu que l'appelante exécute des œuvres musicales en public ou autorise une telle exécution et, par conséquent, que le tarif n° 17 est conforme à la loi, je rejetterais l'appel avec dépens.

b

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

c

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

²⁸ *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521, at p. 541.

²⁸ *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521, à la p. 541.

T-62-92

T-62-92

Hermann Mayrhofer (Plaintiff)**Hermann Mayrhofer (demandeur)**

v.

c.

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

a

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada
(défenderesse)***INDEXED AS: MAYRHOFER v. CANADA (T.D.)*

b

RÉPERTORIÉ: MAYRHOFER c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Teitelbaum J.—Vancouver, December 16, 1992; Ottawa, January 8, 1993.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Vancouver, 16 décembre 1992; Ottawa, 8 janvier 1993.

Crown — Torts — Action for damages arising out of German's internment during World War II — Statement of claim struck — No cause of action — Crown immune from tort liability prior to 1953.

c

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Action en dommages-intérêts fondée sur l'internement d'un Allemand durant la Seconde guerre mondiale — Déclaration radiée — Absence de cause d'action — Immunité de l'État vis-à-vis de la responsabilité délictuelle avant 1953.**Criminal justice — Crime against humanity — Internment of German during World War II — Crime against humanity requiring individual responsibility — Plaintiff alleging arrest by RCMP — Not naming individuals who allegedly committed crimes — Criminal Code, s. 7(3.71) referring to individuals and crimes committed outside of Canada — Arrest in Canada not within s. 7(3.71).*

d

*Justice criminelle et pénale — Crime contre l'humanité — Internement d'un Allemand durant la Seconde guerre mondiale — Un crime contre l'humanité requiert une responsabilité individuelle — Le demandeur aurait été arrêté par la GRC — Il n'a pas nommé les personnes censément responsables des actes criminels commis — L'art. 7(3.71) du Code criminel fait référence aux individus et aux crimes commis à l'étranger — Une arrestation au Canada ne tombe pas sous le coup de l'art. 7(3.71).**Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — German alleging discrimination based on arrest, detention during World War II because of race — Charter not applicable to events occurring prior to enactment — Ex gratia payment to Japanese interned during War not discrimination pursuant to s. 15 — Order authorizing payment specifically precluding construction as admission of liability.*

f

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits d'égalité — Un Allemand allègue avoir été victime de discrimination parce qu'il a été arrêté et gardé en détention durant la Seconde guerre mondiale du fait de sa race — La Charte ne s'applique pas aux faits survenus avant sa promulgation — L'octroi d'un paiement à titre gracieux à des Japonais internés durant la Guerre ne constitue pas de la discrimination aux termes de l'art. 15 — Le décret autorisant l'octroi du paiement spécifiait qu'il ne s'agissait pas d'une reconnaissance de responsabilité.**Human rights — Mandamus sought to compel CHRC to investigate complaint German interned during World War II and give compensation — Plaintiff not proving complaint within CHRC jurisdiction — Even if complaint within jurisdiction, CHRC having discretion whether to entertain.*

h

*Droits de la personne — Bref de mandamus sollicité pour contraindre la CCDP à étudier une plainte concernant l'internement d'un Allemand durant la Seconde guerre mondiale et à accorder un dédommagement — Le demandeur n'a pas prouvé que la plainte relevait de la compétence de la CCDP — Même si c'était le cas, la CCDP est compétente pour décider si elle entendra la plainte ou non.**Practice — Pleadings — Motion to strike — Statement of claim — German allegedly arrested by RCMP, detained during World War II, deported — Seeking damages in tort, for crime against humanity, or compensation equivalent to that paid by Government to Japanese interned during War — Motion allowed — No cause of action — According to common law and Criminal Code no crime against humanity — Action based in tort — Crown immune from tort liability prior to 1953 — As*

i

j

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Déclaration — Allemand censément arrêté par la GRC, gardé en détention durant la Seconde guerre mondiale, expulsé — Sollicite des dommages-intérêts délictuels pour crime contre l'humanité, ou un dédommagement équivalent à celui payé par le gouvernement à des Japonais internés durant la Guerre — Requête accueillie — Pas de cause d'action — Selon la common law et le Code criminel, il ne s'agit pas d'un crime contre l'humanité — Action en responsabilité délictuelle — Immunité de l'État vis-à-vis de la responsabilité délictuelle avant 1953

Practice — Parties — Standing — Class action — German interned during World War II seeking to bring class action on behalf of those who suffered discrimination based on race as result of internment during War — R. 1711 requiring numerous persons with same interest, identification of persons for whom class action taken, demonstration of interests — Insufficient identification of members of class — Each class member would be affected differently and entitled to different awards of damages if action successful.

Practice — Preliminary determination of question of law — German arrested by RCMP, interned during World War II, seeking damages for tort, crime against humanity — Crown raising preliminary question whether action can proceed when limitation period expired prior to filing statement of claim — Prescription period must be pleaded in statement of defence for R. 474 application to succeed — Claim statute-barred as more than two years since end of War, when plaintiff could have commenced action.

This was an application to strike out the statement of claim for failure to disclose a reasonable cause of action. The plaintiff, now an American citizen, alleged that in 1939, when a landed immigrant, he was arrested by the RCMP, interned for the duration of World War II, subjected to forced labour and deported because he was German. The Government of Canada has compensated Japanese persons who were similarly treated in the amount of \$21,000 per person. The plaintiff alleged that his treatment was “discriminatory and contrary to fundamental human decency and was a crime against humanity”. He sought damages therefor, payment for forced labour, or compensation similar to that paid to Japanese persons. Alternatively he sought an order to compel the Canadian Human Rights Commission to investigate his complaint and to compensate him in a manner equivalent to that of Japanese persons; and an order directing the Canadian government to compensate those incarcerated during the War on the basis of race only. Finally he sought to bring a class action on behalf of those who suffered discrimination on the basis of race, alleging that the defendant knew the numbers involved.

The defendant submitted that the causes of action were barred by *Crown Liability Act*, section 8 in that the actions alleged to have been taken were taken under authority of law. It was submitted that the wartime treatment of the plaintiff was carried out under section 21 of the *Defence of Canada Regulations* which authorized such detention and was validly enacted. The defendant also argued that the Crown was immune from suits for torts committed before 1953. Alternatively, the defen-

— *L'arrestation et l'internement ayant eu lieu avant 1953, aucune action ne peut être intentée contre l'État.*

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Action collective — Un Allemand interné durant la Seconde guerre mondiale cherche à introduire une action collective au nom des personnes victimes de discrimination fondée sur la race pour avoir été internées durant la Guerre — La Règle 1711 exige que plusieurs personnes aient le même intérêt, que les personnes visées par l'action collective soient identifiées et que l'on démontre leurs intérêts — Identification insuffisante des membres de la catégorie — Chaque membre serait touché différemment et aurait droit à des montants de dommages différents si l'issue de l'action était positive.

Pratique — Décision préliminaire sur un point de droit — Un Allemand arrêté par la GRC, interné durant la Seconde guerre mondiale, sollicite des dommages-intérêts pour délit civil, crime contre l'humanité — L'État soulève la question préliminaire de savoir s'il est possible d'instruire une action lorsque le délai de prescription a expiré avant le dépôt de la déclaration — La question du délai de prescription doit être invoquée dans la déclaration pour qu'une demande présentée en vertu de la Règle 474 soit accueillie — La demande est frappée de prescription car il s'est écoulé plus de deux ans depuis la fin de la Guerre, moment où le demandeur aurait pu engager l'action.

Il s'agissait d'une demande visant à faire radier la déclaration au motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. Le demandeur, aujourd'hui citoyen américain, alléguait qu'en 1939, alors qu'il était un immigrant reçu, il avait été arrêté par la GRC, interné pendant la durée de la Seconde guerre mondiale, contraint d'effectuer du travail forcé et expulsé parce qu'il était Allemand. Le gouvernement du Canada a octroyé à des Japonais soumis à un traitement similaire un dédommagement de 21 000 \$ par personne. Le demandeur soutenait que le traitement qu'on lui avait fait subir [TRADUCTION] «était une mesure discriminatoire, contraire à la dignité humaine fondamentale et constituait un crime contre l'humanité». Il désirait obtenir pour ce traitement des dommages-intérêts, un paiement pour le travail forcé accompli ou un dédommagement similaire à celui payé à des Japonais. Il sollicitait, subsidiairement, une ordonnance contraignant la Commission canadienne des droits de la personne à étudier sa plainte et à lui accorder un dédommagement équivalent à celui obtenu par des Japonais, ainsi qu'une ordonnance enjoignant le gouvernement canadien de dédommager les personnes incarcérées durant la Guerre du simple fait de leur race. Finalement, il désirait introduire une action collective au nom des personnes victimes de discrimination du fait de leur race, alléguant que la défenderesse connaissait le nombre de personnes en cause.

La défenderesse a fait valoir que les causes d'action étaient frappées de prescription par l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, en ce sens que les mesures présumées avaient été prises sous le régime de la loi. Il a été allégué que le traitement subi par le demandeur en temps de guerre avait été appliqué en vertu de l'article 21 des *Règlements concernant la défense du Canada*, lequel autorisait les cas de détention de cette nature et avait été édicté valablement. La défenderesse a

dant raised for determination pursuant to Rule 474 a preliminary question of law as to whether an action can proceed when the limitation period to bring the action against the defendant has expired prior to the statement of claim being filed.

Held, the application should be allowed.

The plaintiff's action was based in tort. Before 1953 the Crown could not be liable for tort. The plaintiff did not have a cause of action because the alleged false arrest and internment occurred before 1953.

According to case law, crimes against humanity require individual responsibility. The plaintiff did not name any individuals who allegedly committed the acts against him. He merely stated that he was arrested by the RCMP. Under the *Criminal Code* crimes against humanity are criminal offences for which individuals acting on behalf of a state are responsible and which have been committed by Canadians or by the persons listed in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*, but outside of Canada. The plaintiff had no legal basis upon which to claim that Canada or its servants could legally commit a crime against humanity by arresting him in Canada during World War II.

The Charter does not apply to events which occurred prior to its enactment. That the Government of Canada granted an *ex gratia* payment to compensate certain members of the Japanese Canadian population is not discrimination pursuant to Charter, section 15. The order authorizing compensation to Japanese Canadians specifically provided that it should not be construed as an admission of liability on the part of the Crown.

The plaintiff failed to show that the CHRC has jurisdiction to deal with his complaint. The CHRC has the discretion to deal with a complaint within its jurisdiction under *Canadian Human Rights Act*, paragraph 41(c). It may decide, as it did, that the complaint is beyond its jurisdiction. The alleged discriminatory act does not fall within sections 5 to 14 of the Act.

To have the legal right to proceed with a class action, Rule 1711 requires that there be numerous persons with the same interest, some identification of the persons for whom the class action is taken, and demonstration of their interests. The plaintiff did not sufficiently identify the members of the class. Furthermore, each individual for whom the claim was made would be affected differently and would be entitled to different sums of damages were the action to succeed.

For a Rule 474 application to be allowed, the statement of defence must plead prescription. But the claim was statute-barred in any event since more than two years have elapsed

a aussi fait valoir que la Couronne jouissait de l'immunité vis-à-vis des poursuites relatives à des actes délictueux commis avant 1953. Subsidiairement, la défenderesse a demandé que la Cour statue, en vertu de la Règle 474, sur un point de droit préliminaire, à savoir s'il était possible d'instruire une action lorsque le délai de prescription prévu pour intenter l'action contre la défenderesse avait expiré avant le dépôt de la déclaration.

Jugement: la demande doit être accueillie.

b L'action du demandeur était de nature délictuelle. Avant 1953, la Couronne ne pouvait être «responsable *in tort*». Le demandeur n'avait pas de cause d'action parce que l'arrestation et l'internement dont il aurait été victime à tort avaient eu lieu avant 1953.

c Selon la jurisprudence, les crimes contre l'humanité requièrent une responsabilité individuelle. Le demandeur n'a nommé aucun individu qui aurait commis les actes en question à son endroit. Il a seulement dit qu'il avait été arrêté par la GRC. Selon le Code criminel, les crimes contre l'humanité sont des délits de nature criminelle dont sont responsables des individus agissant pour le compte d'un État et qui ont été perpétrés par des Canadiens ou par les personnes énumérées au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*, mais à l'étranger. Aucun fondement juridique ne permettait au demandeur de soutenir que le Canada ou ses employés pouvaient légalement commettre un crime contre l'humanité en l'arrêtant, au Canada, durant la Seconde guerre mondiale.

d La Charte ne s'applique pas aux faits survenus avant sa promulgation. Le fait que le gouvernement du Canada ait accordé un paiement à titre gracieux à certains membres de la population canado-japonaise à titre de dédommagement ne constitue pas un acte discriminatoire aux termes de l'article 15 de la Charte. L'ordonnance autorisant le dédommagement de Canadiens d'ascendance japonaise précisait clairement qu'il ne fallait pas interpréter cette mesure comme une reconnaissance de responsabilité de la part de l'État.

e Le demandeur n'est pas parvenu à établir que la CCDP est compétente pour statuer sur sa plainte. La CCDP a le pouvoir de statuer sur une plainte qui relève de sa compétence aux termes de l'alinéa 41(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Elle peut donc juger, comme elle l'a fait, que la plainte n'est pas de sa compétence. L'acte discriminatoire présumé ne tombe pas sous le coup des articles 5 à 14 de la Loi.

f Selon la Règle 1711, pour qu'une partie ait le droit légal d'intenter une action collective, il faut que de nombreuses personnes aient le même intérêt, il faut identifier d'une certaine façon les personnes pour lesquelles ladite action est intentée et il faut démontrer quels sont leurs intérêts. Le demandeur n'a pas identifié suffisamment les membres de la catégorie. Par ailleurs, chaque personne visée par la demande serait touchée différemment et aurait droit à des montants de dommages différents si l'issue de l'action était positive.

g Pour qu'une demande présentée en vertu de la Règle 474 soit admise, la défense doit invoquer la prescription de l'action. Cependant, la demande était frappée de prescription de

since the end of World War II, at which time the plaintiff could have commenced legal proceedings.

toute façon car il s'était écoulé plus de deux ans depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, moment où le demandeur aurait pu engager des procédures judiciaires.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279, Charter of the International Military Tribunal, Art. 6.

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. 15.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(c).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 7(3.71) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1), (3.76) (as enacted *idem*).

Crown Liability Act, S.C. 1952-53, c. 30, s. 3.

Crown Liability Act (now *Crown Liability and Proceedings Act*), R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 8.

Defence of Canada Regulations, P.C. 2483, s. 21.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14), 1711.

Rules of Practice, R.R.O. 1970, Reg. 545.

War Measures Act, R.S.C. 1927, c. 206.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732; (1972), 72 D.T.C. 6215 (T.D.); *Magda, Michael v. The Queen*, [1953] Ex. C.R. 22; [1953] 2 D.L.R. 49; *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; *R. v. Cornell*, [1988] 1 S.C.R. 461; (1988), 40 C.C.C. (3d) 385; 63 C.R. (3d) 50; 33 C.R.R. 193; 4 M.V.R. (2d) 153; 83 N.R. 384; 27 O.A.C. 360; *Judge et al. v. Muslim Society of Toronto Inc., et al.*, [1973] 2 O.R. 45 (H.C.).

DISTINGUISHED:

R. v. Finta (1992), 92 D.L.R. (4th) 1; 73 C.C.C. (3d) 65; 14 C.R. (4th) 1; 53 O.A.C. 1 (Ont. C.A.).

CONSIDERED:

Re Carriere, [1943] 3 D.L.R. 181; (1943), 79 C.C.C. 329 (Que. Sup. Ct.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, 82 N.U.R.T. 279, Charte du tribunal militaire international, art. 6.

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.

Code criminel, L.R.C. (1985) ch. C-46, art. 7(3.71) (édicte par L.R.C. (1985), (3^e suppl.) ch. 30, art. 1), (3.76) (édicte, *idem*).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41(c).

Loi des mesures de guerre, S.R.C. 1927, ch. 206.

Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.C. 1952-53, ch. 30, art. 3.

Loi sur la responsabilité de la Couronne (aujourd'hui la *Loi sur la responsabilité civile et le contentieux administratif*), L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. (1990), ch. 8, art. 21), art. 8.

Règlements concernant la défense du Canada, C.P. 2483, art. 21.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14), 1711.

Rules of Practice, R.R.O. 1970, Reg. 545.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et autres Inc. c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732; (1972), 72 D.T.C. 6215 (1^{re} inst.); *Magda, Michael v. The Queen*, [1953] R.C.É. 22; [1953] 2 D.L.R. 49; *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461; (1988), 40 C.C.C. (3d) 385; 63 C.R. (3d) 50; 33 C.R.R. 193; 4 M.V.R. (2d) 153; 83 N.R. 384; 27 O.A.C. 360; *Judge et al. v. Muslim Society of Toronto Inc., et al.*, [1973] 2 O.R. 45 (H.C.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Finta (1992), 92 D.L.R. (4th) 1; 73 C.C.C. (3d) 65; 14 C.R. (4th) 1; 53 O.A.C. 1 (C.A. Ont.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Re Carriere, [1943] 3 D.L.R. 181; (1943), 79 C.C.C. 329 (C.S. Qué.).

REFERRED TO:

General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al., [1983] 1 S.C.R. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 32 C.P.C. 138; 46 N.R. 139.

DÉCISION MENTIONNÉE:

General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres, [1983] 1 R.C.S. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 32 C.P.C. 138; 46 N.R. 139.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co., 1989.
 Lordon, Paul. *Crown Law*, Markham: Butterworths Canada Ltd., 1991.

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co., 1989.
 Lordon, Paul. *Crown Law*, Markham: Butterworths Canada Ltd., 1991.

APPLICATION to strike out statement of claim.
 Application allowed.

DEMANDE de radiation de la déclaration.
 Demande accueillie.

COUNSEL:

Douglas H. Christie, Victoria, for plaintiff.

H. J. Wruck, Q.C. and Esta Resnick, Vancouver, for defendant.

AVOCATS:

Douglas H. Christie, Victoria, pour le demandeur.

H. J. Wruck, c.r., et Esta Resnick, Vancouver, pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Douglas H. Christie, Victoria, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

PROCUREURS:

Douglas H. Christie, Victoria, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse.

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

TEITELBAUM J.: On January 9, 1992, the plaintiff, Hermann Mayrhofer, filed into the Federal Court Registry a statement of claim wherein he is claiming, as relief, the following:

LE JUGE TEITELBAUM: Le 9 janvier 1992, le demandeur, Hermann Mayrhofer, a déposé au greffe de la Cour fédérale une déclaration où il demande, à titre de redressement, ce qui suit:

WHEREFORE THE PLAINTIFF CLAIMS:

[TRANSDUCTION] PAR CONSÉQUENT, LE DEMANDEUR RÉCLAME:

A. Damages in an unspecified amount for the crime against humanity perpetrated by the Canadian government against the Plaintiff;

A. Des dommages d'un montant non précisé pour le crime contre l'humanité que le gouvernement du Canada a commis à l'endroit du demandeur;

B. Payment in the amount of \$9.00 per hour for a total of 2080 hours of forced labour performed by the Plaintiff doing forestry and road building work for a total of \$37,440.00, plus interest from the period when the work was performed;

B. Le paiement d'un montant de 9 \$ l'heure pour un total de 2 080 heures de travail forcé que le demandeur a exécutées (travaux forestiers et de construction de routes), soit un montant total de 37 440 \$ plus les intérêts applicables, à compter de la période où le travail en question a été exécuté;

C. Alternative damage in the amount of \$21,000.00 as compensation, similar and equivalent to that given to Japanese persons;

C. Des dommages subsidiaires d'un montant de 21 000 \$ à titre d'indemnité compensatoire similaire et équivalente à celle qui a été accordée à des Japonais;

- D. Costs of this action;
- E. Interest on the award aforesaid at the Pre Judgment Interest rate in the Province of British Columbia from the date of incarceration in 1939 in White Rock, B.C. until deportation from Canada in Alberta and New Brunswick.

IN THE ALTERNATIVE THE PLAINTIFF CLAIMS:

- A. An order that the Human Rights Commission be compelled to investigate this complaint and compensate the Plaintiff in a manner equivalent to and equal to that of Japanese persons;
- B. This Honourable Court direct an order that the Canadian government compensate all those incarcerated during the war on the basis of race only, without trial and without charge as similar to the Plaintiff herein. To do otherwise would be contrary to fundamental human rights and discriminatory on the basis of race or ethnic origin, contrary to the provisions of the Charter of Rights and Freedoms;
- C. Such further and other relief as to this Honourable Court shall seem just.

In his statement of claim, the plaintiff states that he is 73 years of age and an American citizen. He states that in August 1939 he and his family were arrested by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) in White Rock, British Columbia (B.C.) and held without trial and without charge until 1944 when he was transferred against his will and deported out of Canada to England and further incarcerated on the Isle of Man until the end of the war and "ultimately deposited in Germany without citizenship in 1945".

Plaintiff alleges that he had been a landed immigrant in Canada with his family in the area of Vernon, B.C. He states that after being arrested he spent almost six years in custody and was forced to do two years' labour at 20¢ per day in Canada "by the authority of the Canadian government" and that he was incarcerated for no other reason than the fact that he was German.

Plaintiff further alleges that the Government of Canada "through Her Majesty the Queen has compensated Japanese persons for similar treatment in the same circumstances during the war" and this in the sum of \$21,000 per person.

- D. Les dépens relatifs à la présente action;
- E. Des intérêts sur le dédommagement susmentionné, et ce au taux d'intérêt avant jugement applicable en la province de la Colombie-Britannique, à compter de la date d'incarcération du demandeur en 1939, à White Rock (C.-B.) jusqu'à son expulsion du Canada, après avoir séjourné en Alberta et au Nouveau-Brunswick.

LE DEMANDEUR RÉCLAME, SUBSIDIAIREMENT:

- A. Une ordonnance contraignant la Commission des droits de la personne à étudier cette plainte et à accorder au demandeur un dédommagement équivalent et égal à celui que des Japonais ont obtenu;
- B. Que la présente Cour ordonne que le gouvernement du Canada dédommage toutes les personnes incarcérées durant la guerre du fait de leur race uniquement, sans procès et sans inculpation, comme cela a été le cas pour le demandeur. Agir autrement irait à l'encontre des droits de la personne fondamentaux et constituerait une mesure discriminatoire fondée sur la race ou l'origine ethnique, ce qui est contraire aux dispositions de la Charte des droits et libertés;
- C. Toute mesure de redressement supplémentaire que la présente Cour jugera indiquée.

Dans sa déclaration, le demandeur indique qu'il est âgé de 73 ans et qu'il est citoyen américain. Il déclare qu'en août 1939, sa famille et lui ont été arrêtés par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) à White Rock (Colombie-Britannique) (C.-B.) et gardés en détention sans procès et sans inculpation jusqu'en 1944, année où il a été transféré contre son gré et expulsé du Canada en Angleterre, incarcéré de nouveau sur l'Île-de-Man jusqu'à la fin de la guerre et [TRADUCTION] «déposé en fin de compte en Allemagne, sans citoyenneté, en 1945».

Le demandeur allègue qu'il était un immigrant reçu au Canada et qu'il vivait avec sa famille dans la région de Vernon (C.-B.). Il déclare qu'après son arrestation, il a passé presque six années en détention et a été contraint, pendant une période de deux ans, d'effectuer du travail rémunéré au tarif de 0,20 \$ par jour au Canada [TRADUCTION] «sous l'autorité du gouvernement du Canada» et qu'il a été incarcéré pour l'unique motif qu'il était allemand.

Le demandeur soutient de plus que le gouvernement du Canada [TRADUCTION] «par l'entremise de Sa Majesté la Reine, a dédommagé des Japonais pour avoir subi un traitement analogue dans les mêmes circonstances durant la guerre» et ce, au montant de 21 000 \$ par personne.

Furthermore, plaintiff alleges that by forcing him to work against his will and of deporting him against his will "was discriminatory and contrary to fundamental human decency and was a crime against humanity".

Plaintiff also alleges that on November 13, 1989, he approached the Canadian Human Rights Commission (CHRC) for the same compensation as that paid the Japanese which was denied.

In paragraphs 12, 13 and 14 of the statement of claim, plaintiff states:

12. The Plaintiff claims the provisions of the Human Rights Act and requests an Order of this Honourable Court to do what the Human Rights Commission should have done, namely award the Plaintiff compensation in the amount of \$21,000.00 for the treatment he received.

13. In the alternative to the foregoing paragraph, the Plaintiff says he ought to be compensated for a crime against humanity which is not specifically subject to any period of limitation under international law, and in view of the Canadian Criminal Code is still subject to prosecution in view of the fact that he was deported outside Canada by Canadian authorities.

14. The Plaintiff says he has suffered loss and damage over the years as a result of his incarceration which effected his health and his relationship with his mother and his family from whom he was separated due to the incarceration both in Alberta and New Brunswick and after deportation to Germany and Austria.

It is as a result of the allegations in the statement of claim, as previously stated herein, that plaintiff is claiming the above-noted relief.

On May 6, 1992, the defendant, Her Majesty the Queen In Right of Canada, filed into the Federal Court Registry a notice of motion.

The Motion is for an order pursuant to Rule 419 and the inherent jurisdiction of this court to control its own process that:

- (a) the Statement of Claim herein be struck out;
- (b) the action be dismissed;
- (c) costs be awarded to Her Majesty the Queen; and
- (d) such further and other relief be granted as to this Honourable Court may seem just.

Par ailleurs, le demandeur prétend que le fait de l'avoir forcé à travailler contre son gré et de l'avoir expulsé contre son gré [TRADUCTION] «était une mesure discriminatoire, contraire à la dignité humaine fondamentale et constituait un crime contre l'humanité».

Le demandeur allègue en outre que, le 13 novembre 1989, il s'est adressé à la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) afin d'obtenir le même dédommagement que celui qui a été payé aux Japonais, et que sa demande a été refusée.

Le demandeur indique ce qui suit aux paragraphes 12, 13 et 14 de la déclaration:

[TRADUCTION] 12. Le demandeur invoque les dispositions de la Loi sur les droits de la personne et demande que la présente Cour ordonne de faire ce que la Commission des droits de la personne aurait dû faire, c'est-à-dire lui accorder la somme de 21 000 \$ en réparation du traitement qu'on lui a fait subir.

13. Subsidiairement, le demandeur indique qu'il devrait être dédommagé d'un crime contre l'humanité qui n'est pas expressément soumis à un délai de prescription en vertu du droit international et qui, selon le Code criminel du Canada, est encore susceptible de poursuite étant donné que les autorités canadiennes l'ont expulsé du Canada.

14. Le demandeur indique que son incarcération lui a occasionné, au fil des ans, des pertes et des dommages qui ont eu un incidence sur sa santé et ses rapports avec sa mère et sa famille, dont il a été séparé à cause de son incarcération en Alberta et au Nouveau-Brunswick et après son expulsion en Allemagne et en Autriche.

C'est par suite des allégations exposées dans la déclaration et citées précédemment dans les présentes que le demandeur sollicite le redressement susmentionné.

Le 6 mai 1992, la défenderesse, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, a déposé un avis de requête au greffe de la Cour fédérale:

[TRADUCTION] La requête concerne l'obtention d'une ordonnance rendue en vertu de la Règle 419 et de la compétence inhérente qu'a la présente Cour d'être maîtresse de sa propre procédure, prescrivant:

- a) que la déclaration visée aux présentes soit radiée;
- b) que l'action soit rejetée;
- c) que les dépens soient adjugés à Sa Majesté la Reine;
- d) que la présente Cour accorde les mesures de redressement supplémentaires qu'elle jugera indiquées.

The grounds for the defendant's motion to strike, as stated in the notice of motion are:

- a) it discloses no reasonable cause of action;
- b) it is immaterial or redundant;
- c) it is scandalous, frivolous or vexatious;
- d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action;
- e) it is otherwise an abuse of the process of the Court; and
- f) the action is beyond the jurisdiction of the Court.

The defendant states in her motion to strike that she relies on the following statutory provisions:

- (a) the **Crown Liability Act**, S.C. 1953 c.30;
- (b) the **Crown Liability Act**, R.S.C. 1985, c.C-50;
- (c) **Rule 419 and 1711** of the **Rules of Court**;
- (d) Sections 17 and 39 of the **Federal Court Act**;
- (e) Section 3 of the **Limitation Act**, R.S.B.C. 1979 c.236; and
- (f) Section 7 of the **Criminal Code of Canada**, R.S.C. 1985, c.C-46.

The defendant, in the alternative, is asking:

THE FURTHER ALTERNATIVE MOTION is for an order for a determination of a question of law, namely, whether an action can proceed when the limitation period to bring the action against the Defendant has expired prior to the Statement of Claim being filed in this Honourable Court.

The defendant filed, as evidence, 3 affidavits. One of the affidavits is by Paul O'Donnell, Historical Researcher, engaged under contract by the Government of Canada as an historical researcher with the Department of Multiculturalism and Citizenship. A second affidavit filed is by Dr. Jean-Pierre Wallot, a public servant, who is the National Archivist of Canada and a third affidavit by William Carew, a public servant employed by the Government of Canada as the Manager of the Records Management Section of the Department of Justice.

Attached to the affidavit of Paul O'Donnell are two exhibits, "A" and "B". To the affidavit of Dr. Jean-Pierre Wallot are found three exhibits, Exhibits "A", "B" and "C". To the affidavit of William A. Carew are attached two exhibits, Exhibits "A" and "B".

Les motifs sur lesquels la défenderesse appuie sa requête en radiation, lesquels sont mentionnés dans l'avis de requête, sont les suivants:

- a) elle [la déclaration] ne révèle aucune cause raisonnable d'action;
- b) elle n'est pas essentielle ou est redondante;
- c) elle est scandaleuse, futile ou vexatoire;
- d) elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action;
- e) elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour;
- f) l'action excède la compétence de la Cour.

Dans sa requête en radiation, la défenderesse déclare qu'elle se fonde sur les lois et dispositions législatives suivantes:

- a) la **Loi sur la responsabilité de la Couronne**, S.C. 1953 ch.30;
- b) la **Loi sur la responsabilité de l'État**, L.R.C. (1985), ch. C-50;
- c) les **Règles 419 et 1711 des Règles de la Cour**;
- d) les articles 17 et 39 de la **Loi sur la Cour fédérale**;
- e) l'article 3 de la **Limitation Act**, R.S.B.C. 1979, ch.236;
- f) l'article 7 du **Code criminel du Canada**, L.R.C. (1985), ch.C-46.

La défenderesse demande, subsidiairement:

[TRADUCTION] LA REQUÊTE SUBSIDIAIRE se rapporte à l'obtention d'une ordonnance concernant la détermination d'une question de droit, à savoir s'il est possible d'instruire une action lorsque le délai de prescription prévu pour intenter l'action en justice contre la défenderesse a expiré avant le dépôt de la déclaration auprès de la Cour.

La défenderesse a déposé en preuve trois affidavits. L'un des affidavits est de Paul O'Donnell, engagé à contrat par le gouvernement du Canada à titre de spécialiste de la recherche historique auprès du ministère du Multiculturalisme et de la Citoyenneté. Le deuxième affidavit est de Jean-Pierre Wallot, fonctionnaire et archiviste national du Canada, et le troisième affidavit est de William Carew, fonctionnaire au service du gouvernement du Canada à titre de gérant de la Section de gestion des documents au ministère de la Justice.

Deux pièces, désignées «A» et «B», sont jointes à l'affidavit de Paul O'Donnell. Trois pièces, désignées «A», «B» et «C», sont jointes à l'affidavit de Jean-Pierre Wallot et deux pièces, désignées «A» et «B», sont jointes à l'affidavit de William A. Carew.

Counsel for defendant and plaintiff were asked to file a memorandum of fact and law. Both counsel did so. After counsel for defendant had completed his oral submissions, counsel for plaintiff informed me that he had no oral submissions to present. He relied entirely on his written memorandum of fact and law.

The law governing an application to strike out a statement of claim is found in Rule 419 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] which provides:

Rule 419. (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

- (a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,
- (b) it is immaterial or redundant,
- (c) it is scandalous, frivolous or vexatious,
- (d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,
- (e) it constitutes a departure from a previous pleading, or
- (f) it is otherwise an abuse of the process of the Court,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

It is settled law that on a motion to strike a statement of claim pursuant to Rule 419(1)(a), the facts pleaded are taken to be true and that the Court will only strike out pleadings in plain and obvious cases and where the case is beyond doubt (*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735 and *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441). Furthermore, a statement of claim should not be struck out as frivolous and vexatious or as an abuse of process unless it is so clearly futile that it has not the slightest chance of success (*Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732 (T.D.)).

Furthermore, pursuant to Rule 419(2), no evidence shall be admissible on an application to strike made pursuant to Rule 419(1)(a) where it is alleged the statement of claim shows no reasonable cause of action.

Il a été demandé aux avocats de la défenderesse et du demandeur de déposer un exposé des faits et du droit, ce que les deux ont fait. Après que l'avocat de la défenderesse a conclu son exposé oral, l'avocat du demandeur m'a informé qu'il n'avait pas d'exposé à présenter. Il s'est fondé entièrement sur son exposé écrit des faits et du droit.

Le droit qui régit les demandes de radiation d'une déclaration est exposé à la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], dont le texte est le suivant:

Règle 419. (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action, ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif:

- a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,
- b) qu'elle n'est pas essentielle ou qu'elle est redondante,
- c) qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire,
- d) qu'elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action,
- e) qu'elle constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure, ou
- f) qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour,

et qu'elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

Il est de droit constant qu'en ce qui concerne une requête en radiation d'une déclaration en vertu de la Règle 419(1)a), les faits plaidés sont considérés comme véridiques et que la Cour ne radiera les plaidoiries que dans les cas patents et lorsque la cause ne suscite aucun doute (*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735 et *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441). De plus, une déclaration ne peut être radiée au motif qu'elle est futile et vexatoire ou qu'elle constitue un emploi abusif des procédures que si cette déclaration est à ce point futile qu'elle n'a pas la moindre chance de succès (*Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732 (1^{re} inst.)).

De plus, conformément à la Règle 419(2), aucune preuve n'est admissible sur une demande de radiation aux termes de la Règle 419(1)a) lorsqu'il est allégué que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action.

Rule 419. . . .

(2) No evidence shall be admissible on an application under paragraph (1)(a).

Defendant's Submission

The defendant submits that the plaintiff purports to advance four causes of action in his statement of claim. They are:

2. a. a general tort claim for:

- i. wrongful arrest,
- ii. wrongful imprisonment, and
- iii. forced labour;
- b. crime against humanity perpetrated by the Canadian government;
- c. discrimination of the Plaintiff on the basis of race or ethnic origin contrary to s. 15 of the Charter; and
- d. an order of this Court that the Canadian Human Rights Commission be compelled to investigate the Plaintiff's complaint and compensate the Plaintiff in a manner equivalent to and equal to that of Japanese persons.

In support of this submission, counsel for defendant looks to the relief sought by plaintiff. He submits plaintiff is looking for damages for an alleged crime against humanity perpetrated by the Canadian government against the plaintiff, damages for forced labour and alternate damages in the amount of \$21,000.

Defendant submits that the above-mentioned causes of action are barred by virtue of section 8 of the *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (now the *Crown Liability and Proceedings Act* [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21] and previously subsection 3(6) of the *Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30) in that the actions alleged to have been taken by the defendant against the plaintiff were taken under authority of law.

Section 8 of the *Crown Liability Act* states:

8. Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the

Règle 419. . . .

(2) Aucune preuve n'est admissible sur une demande aux termes de l'alinéa (1)a).

a L'argumentation de la défenderesse

Selon la défenderesse, le demandeur formule quatre causes d'action dans sa déclaration:

b [TRADUCTION] 2. a. une action générale en responsabilité délictuelle pour:

- i. arrestation illégale,
- ii. emprisonnement illégal,
- iii. travail forcé;

c b. un crime contre l'humanité perpétré par le gouvernement du Canada;

c. une discrimination exercée à l'endroit du demandeur du fait de sa race ou de son origine ethnique, en contravention de l'art. 15 de la Charte;

d. une ordonnance de la présente Cour contraignant la Commission canadienne des droits de la personne à étudier la plainte du demandeur et à accorder à ce dernier un dédommagement équivalent et égal à celui qui a été accordé à des Japonais.

e À l'appui de cette thèse, l'avocat de la défenderesse se fonde sur le redressement que sollicite le demandeur. L'avocat fait valoir que ce dernier cherche à obtenir des dommages pour un crime contre l'humanité que le gouvernement du Canada aurait commis à son endroit, des dommages pour travail forcé et des dommages subsidiaires d'un montant de 21 000 \$.

f La défenderesse fait valoir que les causes d'action susmentionnées sont frappées de prescription par l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (aujourd'hui intitulée la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21] et, antérieurement, le paragraphe 3(6) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, ch. 30) en ce sens que les mesures que la défenderesse a censément prises à l'encontre du défendeur l'ont été sous le régime de la loi.

i L'article 8 de la *Loi sur la responsabilité de l'État* porte que:

8. Les articles 3 à 7 n'ont pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État pour tout fait—acte ou omission—commis dans l'exercice d'un pouvoir qui, sans ces articles, s'exercerait au titre de la prérogative royale ou d'une disposition législative

Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, nothing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or of maintaining efficiency of, the Canadian Forces.

Counsel for defendant submits that the actions of the defendant were taken under the authority of law and assuming the defendant would be liable for tort, the Crown would still not be liable as the actions of the Crown in arresting and interning the plaintiff would have been done for the defence of Canada. Defendant submits that the wartime treatment of plaintiff was carried out under the authority of the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206 and the *Defence of Canada Regulations*, P.C. 2483 [September 3, 1939 (as am. by P.C. 3720 of August 5, 1940)] made under the *War Measures Act* and in particular section 21 which provides:

21.(1) The Minister of Justice, if satisfied, that with a view to preventing any particular person, from acting in any manner prejudicial to the public safety or the safety of the State it is necessary so to do, may, notwithstanding anything in these Regulations, make an order: -

- (a) prohibiting or restricting the possession or use by that person of any specified articles;
- (b) imposing upon him such restrictions as may be specified in the order in respect of his employment or business, in respect of his movements or place of residence, in respect of his association or communication with other persons, or in respect of his activities in relation to the dissemination of news or the propaganda of opinions;
- (c) directing that he be detained in such place, and under such conditions, as the Minister of Justice may from time to time determine;

and any person shall, while detained by virtue of an order made under this paragraph, be deemed to be in legal custody.

Paragraph 21(1)(c) is particularly applicable to plaintiff.

Defendant submits that since subsection 21(1) was validly enacted, the orders cannot now be reviewed by a court of law. He submits for this proposition the case of *Re Carriere*, [1943] 3 D.L.R. 181 (Que. Sup. Ct.) which involved an application for discharge on *habeas corpus* by a person (Carriere) detained pursu-

tive, et notamment pour les faits commis dans l'exercice d'un pouvoir dévolu à l'État, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'instruction des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité.

L'avocat de la défenderesse fait valoir que les mesures de cette dernière ont été prises sous le régime de la loi et que, en supposant que la défenderesse soit soumise à une obligation délictuelle, l'État ne serait toujours pas responsable car il aurait fait arrêter et interner le demandeur pour la défense du Canada. La défenderesse fait valoir que le traitement que le demandeur a subi en temps de guerre a été appliqué sous le régime de la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206, et des *Règlements concernant la défense du Canada*, C.P. 2483 [le 3 septembre 1939 (mod. par C.P. 3720, le 5 août 1940)], établis en vertu de la *Loi des mesures de guerre* et, plus particulièrement, de l'article 21, dont le texte est le suivant:

21.(1) Le ministre de la Justice, s'il juge nécessaire d'en agir ainsi afin d'empêcher une personne quelconque de poser un acte préjudiciable à la sécurité publique ou à celle de l'État, peut, nonobstant toute disposition des présents règlements, émettre une ordonnance:

- (a) interdisant ou restreignant la possession ou l'usage par cette personne de tout objet déterminé;
- (b) lui imposant telles restrictions stipulées dans l'ordonnance relativement à son emploi ou à ses affaires, à ses déplacements ou à son lieu de résidence, à ses relations ou à ses contacts avec d'autres personnes, ou à ses agissements touchant la diffusion de nouvelles ou la dissémination d'opinions;
- (c) stipulant que cette personne soit détenue dans tel lieu et dans telles conditions que le ministre de la Justice peut déterminer de temps à autre;

et toute personne, pendant qu'elle est détenue sous l'autorité d'une ordonnance établie en vertu du présent alinéa, est censée être en état de détention légale.

L'alinéa 21(1)(c) qui précède s'applique particulièrement au cas du demandeur.

La défenderesse fait valoir qu'étant donné que le paragraphe 21(1) a été édicté valablement, un tribunal judiciaire ne peut réviser aujourd'hui les ordonnances rendues. À l'appui de cette prétention, la défenderesse invoque l'affaire *Re Carriere*, [1943] 3 D.L.R. 181 [C.S. Qué.], où il était question d'une

ant to detention order made under Defence Regulation 21(1)(c). Mr. Justice Surveyer of the Quebec Superior Court held that [at page 181] “Although the right to habeas corpus is not abrogated by the War Measures Act and the Defence of Canada Regulations, nevertheless it is effectually superseded where the prisoner is detained under a valid order signed by the Minister under Defence Regulation 21(1)(c) since the Courts on *habeas corpus* proceedings are not entitled to review the discretion of the Minister.”

Counsel for defendant submits that pursuant to section 21 of the *Defence of Canada Regulations* the Minister of Justice made an order detaining the plaintiff in legal custody, which order was confirmed by the Governor in Council. Counsel makes reference to Order in Council authorizing internment of persons acting in a manner prejudicial to the State, P.C. 3720 [of August 5, 1940]. Part of that Order states:

THEREFORE His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Acting Minister of Justice and pursuant to the provisions of the War Measures Act, is pleased to order and it is hereby ordered that all recommendations for the detention of any particular person or persons under regulation 21 of the Defence of Canada Regulations approved, or which may hereafter be approved, under the signature or initials of the Minister of Justice or the Acting Minister of Justice, together with the order of the Minister of Justice, dated the twenty-second day of September, 1939, above referred to, shall be deemed to be and shall be construed for all purposes as valid orders made pursuant to the provisions of the said regulation. ((1940), LXXIV *The Canada Gazette*, at page 408).

Counsel for defendant was unable to produce the original signed order of the Minister of Justice made under section 21 of the *Defence of Canada Regulations*, P.C. 2483 [of September 3, 1939] relating to the plaintiff. By means of the affidavit evidence, defendant attempted to introduce unsigned copies of the order to show that the plaintiff was legally detained. Counsel also submitted much jurisprudence to show the admissibility of such an unsigned copy of

demande de libération *habeas corpus* de la part d'une personne (Carriere) gardée en détention à la suite d'une ordonnance de détention rendue en vertu de l'alinéa 21(1)c) des Règlements concernant la défense. Le juge Surveyer de la Cour supérieure du Québec a statué [à la page 181] que [TRADUCTION] «la Loi des mesures de guerre et les Règlements concernant la défense du Canada n'abrogent pas le droit d'*habeas corpus*; ce droit s'annule néanmoins lorsque le prisonnier est détenu en vertu d'une ordonnance valable signée par le ministre aux termes de l'alinéa 21(1)c) du Règlement concernant la défense du Canada puisque les tribunaux saisis d'une requête d'*habeas corpus* ne sont pas habilités à réviser le pouvoir discrétionnaire du ministre».

L'avocat de la défenderesse allègue qu'en vertu de l'article 21 des *Règlements concernant la défense du Canada*, le ministre de la Justice a rendu une ordonnance par laquelle le demandeur a été mis sous garde légale, laquelle ordonnance a été confirmée par le gouverneur en conseil. L'avocat fait référence au décret autorisant l'internement de personnes agissant d'une manière préjudiciable à l'État, C.P. 3720 [le 5 août 1940]. Ce décret prescrit, notamment, ce qui suit:

[TRADUCTION] À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre suppléant de la Justice et conformément aux dispositions de la *Loi des mesures de guerre*, d'ordonner, et il est par les présentes ordonné, que toutes les recommandations concernant la détention de toute personne en particulier, sous le régime de l'article 21 des Règlements concernant la défense du Canada, approuvées, ou qui peuvent à l'avenir être approuvées, sous la signature ou les initiales du ministre de la Justice ou du ministre suppléant de la Justice, ainsi que l'ordre du ministre de la Justice, datée du vingt-deuxième jour de septembre 1939, mentionné plus haut, soient supposés être interprétés à toutes fins comme ordonnances valides adoptées sous le régime des dispositions dudit règlement. ((1940), LXXIV *La Gazette du Canada*, à la page 645).

L'avocat de la défenderesse n'a pu produire la copie originale de l'ordonnance signée établie par le ministre de la Justice en vertu de l'article 21 des *Règlements concernant la défense du Canada* (C.P. 2483 [le 3 septembre 1939]) qui se rapportait au demandeur. Par la preuve par affidavit, la défenderesse a voulu présenter des copies non signées de l'ordonnance pour montrer que le demandeur avait été gardé en détention légalement. L'avocat a aussi

an order of the Minister of Justice at the time, the Right Honourable Ernest Lapointe, dated September 3, 1939.

No evidence shall be admissible on an application under Rule 419(1)(a). Evidence may be filed with respect to Rule 419(1)(b) to (f). I am satisfied that for the purpose of the present Rule 419(1)(a) claim of defendant, the affidavit evidence of Carew, O'Donnell & Wallot should not be admissible. It is making evidence as to whether or not an order was or was not signed by the then Minister of Justice. This issue is better determined by a judge hearing the case on the merits in that he would be able to hear and possibly question witnesses as to whether or not such an order ever came into existence as it applies to the plaintiff.

Counsel for defendant also states that even if plaintiff were to have a cause of action in tort for allegedly being falsely arrested and detained because of the impossibility of proving an order signed by the then Minister of Justice, the plaintiff has no cause of action because the Crown was immune from suits in tort before 1953.

Counsel for defendant refers me to *Crown Law* by Paul Lordon, Q.C., Butterworths, 1991, Chapter 9, *Crown Law—Torts*, at pages 327-333 and to Hogg, *Liability of the Crown*, 2nd ed. (Toronto: Carswell 1989), pages 1-9, 17-18 and 80-84.

Counsel for defendant makes the following submission:

17. It follows therefrom that the Crown is immune from the various tortious causes of action plead by the Plaintiff, since the acts complained of by the Plaintiff arose prior to 1953. This includes the general tort claim for wrongful arrest, wrongful imprisonment and forced labour, as well as the crime against humanity claim.

18. General crown liability for all torts of the federal crown was first established effective May 14, 1953 by the **Crown Liability Act**, S.C. 1952-53, c. 30.

soumis une abondante jurisprudence pour établir la recevabilité d'une copie non signée d'une ordonnance du ministre de la Justice de l'époque, le Très honorable Ernest Lapointe, en date du 3 septembre 1939.

Aucune preuve n'est admissible sur une demande aux termes de la Règle 419(1)a). Des éléments de preuve peuvent être déposés à l'égard de la Règle 419(1)b) à f). Je suis convaincu qu'aux fins de l'allégation de la défenderesse aux termes de la Règle 419(1)a), la preuve par affidavit de MM. Carew, O'Donnell et Wallot est irrecevable. Elle se rapporte à la question de savoir si le ministre de la Justice de l'époque a signé ou non une ordonnance. Un juge qui entendrait l'affaire au fond serait mieux placé pour régler cette question, en ce sens qu'il lui serait possible d'entendre et, peut-être, d'interroger des témoins pour savoir si une telle ordonnance a vu le jour ou non, relativement au demandeur.

L'avocat de la défenderesse déclare également que même si le demandeur avait une cause d'action en responsabilité délictuelle pour avoir été censément arrêté et gardé en détention par erreur, à cause de l'impossibilité de prouver qu'une ordonnance avait été signée par le ministre de la Justice de l'époque, le demandeur n'a aucune cause d'action parce que, avant 1953, la Couronne jouissait de l'immunité à l'égard des poursuites en responsabilité délictuelle.

L'avocat de la défenderesse me renvoie à l'ouvrage de Paul Lordon, c.r., intitulé *Crown Law* (Butterworths 1991, chapitre 9, *Crown Law—Torts*, aux pages 327 à 333), ainsi qu'à l'ouvrage de Hogg intitulé *Liability of the Crown*, 2^e éd. (Toronto: Carswell 1989), aux pages 1 à 9, 17 et 18 et 80 à 84.

L'avocat de la défenderesse soumet l'argument suivant:

[TRADUCTION] 17. Il s'ensuit que la Couronne jouit de l'immunité à l'égard des diverses causes d'action en responsabilité délictuelle que plaide le demandeur, car les actes dont ce dernier se plaint sont survenus avant 1953. Cela comprend l'action générale en responsabilité délictuelle pour arrestation illégale emprisonnement illégal et travail forcé, ainsi que l'action relative au crime contre l'humanité.

18. La responsabilité générale de l'État à l'égard de tous les délits civils commis par l'État fédéral a été mise en vigueur la première fois le 14 mai 1953 par la **Loi sur la responsabilité de la Couronne**, S.C. 1952-53, ch. 30.

19. The immunity for tortious acts by the federal crown is only waived as specifically provided for in sections 3 and 24 of the **Crown Liability Act**, S.C. 1952-53, c. 30;

3. (1) The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown, or

(b) in respect of a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

24. (1) No proceedings shall be taken against the Crown under this Act in respect of any act, omission, transaction, matter or thing occurring or existing before the day on which this Act was assented to.

(2) No proceedings shall be taken against the Crown in respect of a claim under paragraph (b) of subsection (1) of section 3 in respect of any property unless that paragraph was in force with respect to that property at the time the claim arose. (See also R.S.C. 1985, Appendix 1, Schedule—R.S.C. 1970 c. C-38 **Crown Liability Act**, s. 24 not consolidated).

20. Furthermore, section 24 specifically bars the various tortious causes of action plead by the Plaintiff in his Statement of Claim since the alleged events occurred or existed before the day on which the Crown Liability Act was assented to, which was on May 14, 1953.

In the case of *Magda, Michael v. The Queen*, [1953] Ex. C.R. 22, a cause very similar to the case at bar, at pages 29-30, President Thorson (of the Exchequer Court of Canada) states:

The only matter that is before the Court is the bare question of law, namely, whether the suppliant has any legal claim against the Crown even if he should be able to prove that the allegations in his petition of right are true and establish that he was unlawfully imprisoned and interned and that the acts of which he complains were wrongful. The answer to this question must, in the present state of the law, be in the negative. Consequently, I must hold that even if the allegations in the petition of right are true and even if the suppliant was unlawfully imprisoned and unlawfully interned and even if the acts of which he complains were wrongful he is not entitled to any relief as against the Crown and his claim for damages must be wholly denied. The reason for this is that in the present state of the law no petition of right lies against the Crown in right of Canada for any tort, or "faute", to use the language of Article 1053 of the Civil Code of Quebec, committed by an officer or servant of the Crown while acting within the scope of his duty or employment except for such tort or segment of "faute" as will give rise to a claim expressly permitted by statute, as under section 19(c) [re-enacted 1938, c. 28, s. 1] of the

19. Il ne peut être dérogé à l'immunité à l'égard des actes délictueux ou préjudiciables commis par l'État fédéral que dans les cas expressément prévus aux article 3 et 24 de la **Loi sur la responsabilité de la Couronne**, S.C. 1952-1953, ch. 30:

3. (1) La Couronne est responsable *in tort* des dommages dont elle serait responsable si elle était un particulier en état de majorité et capacité,

a) à l'égard d'un acte préjudiciable commis par un préposé de la Couronne, ou

b) à l'égard d'un manquement au devoir afférent à la propriété, l'occupation, la possession ou le contrôle de biens.

24. (1) Nulle procédure ne doit être intentée contre la Couronne, sous le régime de la présente loi, en ce qui regarde quelque acte, omission, opération, matière ou chose survenant ou existant avant le jour de la sanction de la présente loi.

(2) Il ne doit être intenté aucune procédure contre la Couronne à l'égard d'une réclamation prévue par l'alinéa b) du paragraphe (1) de l'article 3 en ce qui concerne des biens quelconques, à moins que ledit alinéa ne fût en vigueur, quant à ces biens, au moment où la réclamation prenait naissance [Voir aussi L.R.C. (1985), Appendice 1, Annexe—S.R.C. (1970), ch. C-38, **Loi sur la responsabilité de la Couronne**, art. 24 non refundu].

20. Par ailleurs, l'article 24 frappe expressément de prescription les diverses causes d'action en responsabilité délictuelle que plaide le demandeur dans sa déclaration car les faits allégués sont survenus ou existaient avant la date de sanction de la Loi sur la responsabilité de la Couronne, soit le 14 mai 1953.

Dans l'affaire *Magda, Michael v. The Queen*, [1953] R.C.É. 22, qui est fort similaire à la présente espèce, le président Thorson (de la Cour de l'Échiquier du Canada) déclare ce qui suit, aux pages 29 et 30 du recueil:

[TRADUCTION] L'unique point dont la Cour est saisie est une simple question de droit, à savoir si le pétitionnaire a une action fondée en droit contre la Couronne même s'il était en mesure de prouver que les allégations exposées dans sa pétition de droit sont véridiques et à établir qu'il a été emprisonné illégalement et que les actes dont il se plaint étaient injustifiés. Dans l'état actuel du droit, la réponse à cette question ne peut être que négative. En conséquence, je me dois de juger que même si les allégations exposées dans la pétition de droit sont véridiques et même si le pétitionnaire a été emprisonné et interné illégalement et même si les actes dont il se plaint étaient injustifiés, il n'a droit à aucune réparation à l'encontre de la Couronne et son action en dommages doit être rejetée intégralement. En effet, dans l'état actuel du droit, aucune pétition de droit ne peut être engagée contre la Couronne du chef du Canada à l'égard d'un acte préjudiciable, ou d'une «faute» pour reprendre le terme employé à l'Article 1053 du Code civil du Québec, commis par un agent ou un préposé de la Couronne dans l'exercice de ses fonctions, à l'exception des actes préjudiciables ou «fautes» donnant lieu à une action expressément

Exchequer Court Act, R.S.C. 1927, chap. 34, and that the allegations in this petition are not allegations of acts of negligence within the meaning of that section.

and further on at page 30, he states:

A measure of reform that will remove this defect in the law is before the present session of Parliament but it cannot affect the present case.

It is clearly apparent that before 1953, the Crown could not be liable for tort. The "measure of reform" referred to by President Thorson in the *Magda* case (*supra*) was the *Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30.

Counsel for the plaintiff makes the following submission as regards defendant's submission of the immunity of the Crown from suits in tort before 1953:

6. In regard to the argument the Crown was immune from suits in tort before 1953, it will be submitted that a Crime Against Humanity at International Law was held in *Regina v. Finta* to pre-exist the Second World War.

7. The Crown can not both reprobate and approbate, i.e. prosecute Crimes Against Humanity law maintaining immunity from the consequences of those crimes themselves.

8. Crown immunity is of no greater consequence than the domestic laws of other countries who committed Crimes Against Humanity. Under the appropriate provisions of the Criminal Code those are deemed to have no consequence at all.

9. The argument that the Crown Liability Act restricts the liability of the Crown for conduct which constitutes a Crime Against Humanity denies the implications of the court's ruling in *Regina v. Finta* in that the Crown cannot escape the consequences of its conduct, its servants or agents, in perpetrating a criminal act upon the plaintiff.

10. It is respectfully submitted that *Magda v. H.M.Q.* is no longer good law after *Regina v. Finta*, specifically because *Magda v. H.M.Q.* hinges upon the words, "The answer to this question must, in the present state of the law, be in the negative".

It would therefore appear that the plaintiff does not disagree that if in fact his action would be based on tort, plaintiff would not have a cause of action because of the fact that the alleged false arrest and internment of plaintiff occurred before 1953. Plaintiff

permise par la loi, aux termes de l'alinéa 19(1)c) [réédicé 1938, ch. 28, art. 1] de la Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1927, ch. 34, et que les allégations exposées dans cette pétition ne constituent pas des allégations d'actes de négligence au sens de cette disposition.

^a et, ajoute-t-il, à la page 30:

[TRADUCTION] Une mesure de réforme qui fera disparaître cette lacune de la loi est actuellement à l'étude au Parlement, mais elle ne peut avoir d'effet sur la présente espèce.

^b Il est bien évident qu'avant 1953, l'État ne pouvait être «responsable *in tort*». La «mesure de réforme» à laquelle le président Thorson fait allusion dans l'affaire *Magda* (précitée) est la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, ch. 30.

^d L'avocat du demandeur oppose les arguments suivants à ceux qu'invoque la défenderesse à propos de l'immunité de la Couronne à l'égard des actions en responsabilité délictuelle datant d'avant 1953:

[TRADUCTION] 6. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'État jouissait de l'immunité à l'égard d'actions en responsabilité délictuelle avant 1953, il sera allégué qu'il a été décrété dans l'affaire *Regina v. Finta*, qu'en droit international, un crime contre l'humanité existait avant la Seconde Guerre mondiale.

^e 7. L'État ne peut à la fois réprover et approuver, c'est-à-dire tenter des poursuites pour crimes contre l'humanité tout en jouissant de l'immunité à l'égard des conséquences des mêmes crimes.

^f 8. L'immunité de l'État n'a pas plus de conséquence que les lois internes d'autres pays qui ont commis des crimes contre l'humanité. Selon les dispositions applicables du Code criminel, celles-ci sont réputées n'avoir aucune conséquence.

^g 9. L'argument selon lequel la Loi sur la responsabilité de l'État limite la responsabilité de l'État à l'égard d'une conduite qui constitue un crime contre l'humanité nie les répercussions de la décision rendue par la Cour dans *Regina v. Finta*, en ce sens que l'État ne peut se soustraire aux conséquences de sa conduite, ou de celles de ses fonctionnaires ou représentants, en commettant un acte criminel à l'endroit du demandeur.

^h 10. Il est respectueusement allégué que, depuis l'affaire *Regina v. Finta*, la décision *Magda v. H.M.Q.* ne fait plus état du droit, plus particulièrement parce que l'issue de cette dernière est liée à la phrase suivante: [TRADUCTION] «Dans l'état actuel du droit, la réponse à cette question ne peut être que négative».

ⁱ Il semblerait donc que le demandeur ne soit pas en désaccord avec le fait que, si son action était bel et bien fondée sur une responsabilité délictuelle, il n'aurait pas de cause d'action parce que l'arrestation et l'internement dont il aurait été victime à tort sont sur-

is saying that plaintiff's internment was a "crime against humanity" and thus the Crown cannot claim immunity.

It therefore becomes important to attempt to determine what is a "crime against humanity".

As can be seen, counsel for plaintiff refers to the case of *R. v. Finta* (1992), 92 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.) for, I assume, a definition of "crimes against humanity" and that plaintiff's claim against Canada is for damages arising out of "crimes against humanity" committed by Canada against the plaintiff.

It must be first stated that the *Finta* case (*supra*) is presently in appeal before the Supreme Court of Canada.

Plaintiff refers me to the *Finta* case for the definition of "crimes against humanity". In Campbell J.'s charge to the jury, he states, at page 11671:

All of our law of war crimes and crimes against humanity and all of international law is based on a very important principle of personal responsibility.

That is because war crimes and crimes against humanity are committed by individual men and individual women, not just by abstract entities called states or nations. It is only if we attach personal responsibility against those individual men and women who individually commit war crimes or crimes against humanity that the civilized world can enforce basic principles internationally of humanity. Because they are committed by individuals, there has to be individual responsibility.

Thus, there must be individual responsibility. Plaintiff fails to name any individual or individuals who allegedly committed the acts against the plaintiff. All that he states is that he was arrested by the RCMP.

The case of *Finta* involves a "crime against humanity" allegedly committed by an individual against individuals and not a sovereign country against individuals and is thus distinguishable from the case at bar. Nevertheless, by necessary implication, I am satisfied that plaintiff is pursuing the defendant because of the allegedly illegal actions of

venus avant 1953. Le demandeur déclare que son internement constituait un «crime contre l'humanité» et, de ce fait, l'État ne peut faire valoir qu'il jouit de l'immunité.

Il importe donc d'essayer de déterminer ce qu'est un «crime contre l'humanité».

Comme on peut le voir, l'avocat du demandeur fait référence à la décision *R. v. Finta* (1992), 92 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.) pour, je présume, définir l'expression «crimes contre l'humanité» et faire valoir que l'action en dommages que le demandeur intente contre le Canada résulte de «crimes contre l'humanité» commis par le Canada à son endroit.

Précisons tout d'abord que l'affaire *Finta* (présentée) est actuellement en appel devant la Cour suprême du Canada.

Le demandeur me renvoie à la définition de «crimes contre l'humanité» qui est donnée dans la décision *Finta*. Dans ses directives au jury, le juge Campbell déclare ce qui suit, à la page 11671:

[TRADUCTION] L'ensemble du droit canadien des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et l'ensemble du droit international reposent sur un principe fort important de responsabilité personnelle.

Cela tient au fait que ce sont des hommes et des femmes qui commettent les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, et non uniquement des entités abstraites appelées États ou nations. Ce n'est que lorsque nous attribuons une responsabilité personnelle à ces hommes et ces femmes qui commettent individuellement des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité que le monde civilisé peut appliquer, à l'échelon international, des principes fondamentaux d'humanité. Comme ces crimes sont commis par des individus, il faut qu'il y ait une responsabilité individuelle.

Il doit donc y avoir une responsabilité individuelle. Le demandeur ne nomme aucun individu qui aurait commis les actes à son endroit. Il dit seulement qu'il a été arrêté par la GRC.

L'affaire *Finta* concerne un «crime contre l'humanité» qu'un individu aurait commis à l'encontre d'autres individus, et non un État souverain à l'encontre d'individus, et cette décision n'est donc pas comparable à la présente espèce. Néanmoins, par voie d'interprétation nécessaire, je suis convaincu que le demandeur poursuit la défenderesse en raison

the Crown's servants and is thus claiming that the servants of the Crown committed the alleged acts against humanity.

A crime against humanity is a crime referred to in the Canadian *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, subsection 7(3.71) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1] and only applies to acts and omissions committed outside Canada.

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(a) at the time of the act or omission,

- (i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,
- (ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or
- (iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or

(b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada. (Underlining is mine.)

The *Criminal Code* [subsection 7(3.76) (as enacted *idem*)] defines a "crime against humanity" as:

7. . . .

(3.76) murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

Crimes against humanity are criminal offences for which individuals acting on behalf of a state are responsible and which have been committed by Canadians or by the persons listed in subsection 7(3.71) of the Canadian *Criminal Code* but outside of Canada.

des actes illégaux qu'auraient perpétrés les employés de l'État et il soutient donc que ce sont ces derniers qui ont commis l'acte contre l'humanité allégué.

Un crime contre l'humanité est un acte dont traite le *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, paragraphe 7(3.71) [éditée par L.R.C. (1985) (3^e suppl.) ch. 30, art. 1], et cet acte ne s'applique qu'aux actes et omissions commis à l'étranger.

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente Loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait—acte ou omission—commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

a) à l'époque:

- (i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,
- (ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,
- (iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé;

b) à l'époque, le Canada pouvait, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada. (C'est moi qui souligne.)

Le *Code criminel* [paragraphe 7(3.76) (édité, *idem*)] définit en ces termes un «crime contre l'humanité»:

7. . . .

(3.76) . . . Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait—acte ou omission—inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes—qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration—et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

Les crimes contre l'humanité sont des délits de nature criminelle dont sont responsables des individus agissant pour le compte d'un État et qui ont été perpétrés par des Canadiens ou par les personnes énumérées au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel* du Canada, mais à l'étranger.

I am in agreement with the submission of counsel for defendant that the origin of the definition of crime against humanity is found in the Charter of the International Military Tribunal annexed to the *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis* signed on August 8, 1945 (also known as the London Charter) [82 U.N.T.S. 279]. Article 6 provides, in part, as follows:

Article 6

. . . .

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

. . . .

(c) *Crimes against humanity*: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

. . . crimes against International Law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who committed such crimes can the provisions of International Law be enforced.

Clearly, the plaintiff has no legal basis upon which to claim that Canada or its servants could legally commit a crime against humanity by arresting him, in Canada, during the period of what is commonly known as the Second World War.

Therefore, if plaintiff's claim for damages cannot be legally considered as damages arising from a crime against humanity, it can only arise from tort. Before 1953, Canada could not be liable for tort committed by Her servants. As stated, plaintiff has not proceeded to take action against any servant of the defendant.

Plaintiff's claim does not have any legal cause of action and must therefore be struck.

Plaintiff also alleges the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c.

Je souscris à l'argument de l'avocat de la défendresse selon lequel la définition originelle d'un crime contre l'humanité figure dans le statut du Tribunal Militaire International annexée à l'*Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, signé le 8 août 1945 (aussi appelée Charte de Londres) [82 N.U.R.T. 279]. L'article 6 dispose, notamment, que:

Article 6

. . . .

Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle:

. . . .

c) *Les Crimes contre l'Humanité*: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

. . . les crimes contre le droit international sont commis par des hommes, non par des entités abstraites, et ce n'est qu'en punissant les individus qui les ont commis qu'il est possible d'exécuter les dispositions du droit international.

Il est évident qu'aucun fondement juridique ne permet au demandeur de soutenir que le Canada ou ses employés pouvaient légalement commettre un crime contre l'humanité en l'arrêtant, au Canada, durant la période communément appelée la Seconde Guerre mondiale.

Par conséquent, si l'action en dommages du demandeur ne peut être considérée en droit comme résultant d'un crime contre l'humanité, elle ne peut découler que d'un acte délictuel. Avant 1953, le Canada ne pouvait être tenu responsable des actes délictuels que commettaient ses employés. Comme je l'ai indiqué, le demandeur n'a pas intenté d'action contre un employé quelconque de la défendresse.

L'action du demandeur ne comporte aucune cause légale et doit donc être radiée.

Le demandeur invoque aussi la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982*

11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] as a cause of action.

It is trite law that the Charter is not retrospective (*R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669; *R. v. Cornell*, [1988] 1 S.C.R. 461). It is clear that the Charter does not apply to acts or events which took place prior to its enactment.

The fact that the Government of Canada allowed an *ex gratia* payment to compensate certain members of the Japanese Canadian population is not discrimination pursuant to section 15 of the Charter. Although section 15 of the Charter is not specifically pleaded in the statement of claim, it is the section in the Charter that speaks of discrimination.

The Order Respecting Ex Gratia Payments to Persons of Japanese Ancestry allowed the Minister of State (Multiculturalism and Citizenship) to make an *ex gratia* payment of \$21,000 to any person of Japanese ancestry under certain conditions. It is clearly stated in the said order that the payments made shall not be construed as an admission of liability on the part of the Crown (Order in Council P.C. 88-990).

In the statement of claim, the plaintiff asks for an order (*mandamus*) that the Canadian Human Rights Commission (CHRC) be compelled to investigate plaintiff's complaint and to compensate the plaintiff in a manner equivalent to and equal to that of Japanese persons.

I am satisfied from a reading of the statement of claim that the plaintiff has failed to raise any grounds to warrant the issuance of a writ of *mandamus*.

Paragraph 41(c) of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] states:

41. Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(c) the complaint is beyond the jurisdiction of the Commission;

It is thus clear that the CHRC has the discretion to deal with a complaint within its jurisdiction. It may decide, as it did, that the complaint is beyond its jurisdiction. Counsel for plaintiff has failed to show

sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] comme cause d'action.

Il est de droit constant que la Charte n'a pas d'effet rétroactif (*R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669; *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461). Il est manifeste que la Charte ne s'applique pas aux actes ou aux faits qui sont survenus avant sa promulgation.

Le fait que le gouvernement du Canada ait octroyé un paiement à titre gracieux pour indemniser certains membres de la population canado-japonaise ne constitue pas un acte discriminatoire aux termes de l'article 15 de la Charte. Bien qu'il ne soit pas expressément invoqué dans la déclaration, c'est cet article de la Charte qui traite de la discrimination.

Le décret relatif à l'octroi de paiements à titre gracieux aux personnes d'ascendance japonaise permettait au ministre d'État (Multiculturalisme et Citoyenneté) d'accorder un paiement à titre gracieux, d'un montant de 21 000 \$, à toute personne d'ascendance japonaise dans certaines conditions. Il est clairement précisé dans ce décret que les paiements ne peuvent être interprétés comme une reconnaissance de responsabilité de la part de l'État (Décret C.P. 88-990).

Dans sa déclaration, le demandeur sollicite une ordonnance (*mandamus*) afin de contraindre la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) à étudier la plainte du demandeur et à accorder à ce dernier un dédommagement équivalent et égal à celui qu'ont reçu des Japonais.

Après avoir lu la déclaration, je suis persuadé que le demandeur ne fait état d'aucun motif qui justifie la délivrance d'un bref de *mandamus*.

Selon l'alinéa 41c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6]:

41. Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

c) la plainte n'est pas de sa compétence;

Il est donc clair que la CCDP a le pouvoir de statuer sur une plainte qui relève de sa compétence. Elle peut décider, comme elle l'a fait, que la plainte n'est pas de sa compétence. L'avocat du demandeur n'est

that the CHRC has the jurisdiction to deal with the plaintiff's complaint. After reading sections 5 to 14 of the *Canadian Human Rights Act*, I am satisfied that the discriminating act alleged by plaintiff does not fall within sections 5 to 14 of the Act.

I am satisfied that the allegations as pleaded in plaintiff's statement of claim as they relate to the CHRC must also be struck.

Plaintiff also attempts to bring, as an alternative, a class action. In his submission, counsel for plaintiff submits, as to why he should be permitted to bring a class action, the following:

- A. The Plaintiff has identified the members and numbers of the class as those who suffered discrimination on the basis of race, and the numbers are known to the Defendant.
- B. The Plaintiff has identified a common interest and a common grievance, namely the interest in compensation in the grievance of unlawful incarceration, deportation, kidnapping, and robbery.
- 18. The Plaintiff ought to have standing to pursue the class action on his own since he is one of the members of the class who suffered discrimination.

Counsel for defendant submits that plaintiff's class action must fail for the following reasons:

- a) Plaintiff has failed to identify the members and numbers of the class;
- b) Plaintiff has failed to identify a common interest and common grievance of the said members;
- c) Plaintiff does not have standing to pursue a class action on his own.

Rule 1711 of the *Federal Court Rules* speaks of a "class action".

Rule 1711. (1) Where numerous persons have the same interest in any proceeding, the proceeding may be begun, and, unless the Court otherwise orders, continued, by or against any one or more of them as representing all or as representing all except one or more of them.

(2) At any stage of a proceeding under this Rule, the Court may, on the application of the plaintiff, and on such terms, if any, as it thinks fit, appoint any one or more of the defendants or other persons as representing whom the defendants are sued

pas parvenu à établir que la CCDP est compétente pour statuer sur la plainte de son client. Après avoir lu les articles 5 à 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, je suis persuadé que l'acte discriminatoire dont le demandeur dit avoir été victime ne tombe pas sous le coup des articles 5 à 14 de la Loi.

Je suis convaincu qu'il faut aussi radier les allégations relatives à la CCDP que le demandeur plaide dans sa déclaration.

Le demandeur tente aussi d'introduire, subsidiairement, une action collective. Dans sa plaidoirie, l'avocat du demandeur fait valoir ce qui suit pour expliquer pourquoi il faudrait autoriser son client à introduire une telle action:

- [TRADUCTION] A. Le demandeur a identifié les membres de la catégorie et leur nombre comme étant ceux qui ont été victimes de discrimination du fait de leur race, et la défenderesse en connaît le nombre.
- B. Le demandeur a fait état d'un intérêt et de griefs communs, c'est-à-dire l'intérêt dans un dédommagement pour les griefs suivants: incarceration illégale, déportation, enlèvement et vol qualifié.
- 18. Le demandeur devrait avoir qualité pour poursuivre seul l'action collective puisqu'il est l'un des membres de la catégorie qui ont été victimes de discrimination.

L'avocat de la défenderesse fait valoir qu'il faut rejeter la demande en action collective du demandeur pour les raisons suivantes:

- a) Le demandeur n'a pas identifié les membres de la catégorie visée, et leur nombre;
- b) Le demandeur n'a pas identifié l'intérêt et le grief communs desdits membres;
- c) Le demandeur n'a pas qualité pour poursuivre seul une action collective.

La Règle 1711 des *Règles de la Cour fédérale* traite des «actions collectives».

Règle 1711. (1) Lorsque plusieurs personnes ont le même intérêt dans une procédure, la procédure peut être engagée et, sauf ordre contraire de la Cour, être poursuivie par ou contre l'une ou plusieurs d'entre elles en tant que représentant toutes ces personnes ou en tant que les représentant toutes à l'exception d'une d'entre elles ou plus.

(2) À tout stade d'une procédure engagée en vertu de la présente Règle, la Cour peut, à la demande du demandeur, et, le cas échéant, aux conditions qu'elle estime à propos, désigner un ou plusieurs des défendeurs ou des autres personnes que

to represent all, or all except one or more, of those persons in the proceeding; and where, in exercise of the power conferred by this paragraph, the Court appoints a person not named as a defendant, it shall make an order adding that person as a defendant.

(3) Where an order is made under this Rule, it shall contain directions as to consequential pleadings or other steps and any interested party may apply for supplementary directions.

(4) A judgment or order given in a proceeding under this Rule shall be binding on all the persons as representing whom the plaintiffs sue or, as the case may be, the defendants are sued, but shall not be enforced against any person not a party to the proceeding without leave of the Court, which leave will only be granted on an application notice of which has been served personally upon the person against whom it is sought to enforce the judgment or order.

(5) Notwithstanding that a judgment or order to which any such application relates is binding on the person against whom the application is made, that person may dispute liability to have the judgment or order enforced against him on the ground that by reason of facts and matters particular to his case he is entitled to be exempted from such liability.

(6) The Court hearing an application for leave under paragraph (4) may order the question whether the judgment or order is enforceable against the person against whom the application is made to be tried and determined in any manner in which any issue or question in any action may be tried and determined.

It would therefore appear that, to have the legal right to proceed with a class action, there must be numerous persons who have the same interest. I am also satisfied that there must be some identification of the persons for whom the class action is taken and their interests must also be shown.

In the case of *Judge et al. v. Muslim Society of Toronto Inc., et al.*, [1973] 2 O.R. 45 (H.C.) Mr. Justice Holland, in speaking of Rule 75 of the Ontario Rules [Supreme Court of Ontario *Rules of Practice*, R.R.O. 1970, Reg. 545] which states:

75. Where there are numerous persons having the same interest, one or more may sue or be sued or may be authorized by the court to defend on behalf of, or for the benefit of, all.

représentent les défendeurs poursuivis, pour représenter dans la procédure toutes ces personnes ou toutes à l'exception d'une d'entre elles ou plus; lorsque, dans l'exercice du pouvoir que lui attribue le présent alinéa, la Cour désigne une personne dont le nom ne figure pas sur la liste des défendeurs, elle doit rendre une ordonnance mettant cette personne en cause à titre de codéfendeur.

(3) Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de la présente Règle, elle doit contenir des instructions quant aux plaidoiries qui en résulteront ou autres démarches à faire et toute partie intéressée peut demander des instructions supplémentaires.

(4) Un jugement ou une ordonnance rendus dans une procédure prévue par la présente Règle lieront toutes les personnes que représentent les demandeurs qui poursuivent ou les défendeurs qui sont poursuivis, selon le cas; toutefois, il n'y aura pas, sans permission de la Cour, d'exécution forcée de ce jugement ou de cette ordonnance contre une personne qui n'était pas partie à la procédure, et une telle permission ne sera accordée qu'à la suite d'une demande dont avis aura été signifié, par voie de signification à personne, à la personne qu'on veut contraindre à l'exécution du jugement ou de l'ordonnance.

(5) Nonobstant le fait qu'un jugement ou une ordonnance auquel ou à laquelle a trait une telle demande lie la personne contre laquelle la demande est faite, cette personne peut contester le fait qu'on puisse la contraindre à l'exécution du jugement ou de l'ordonnance, pour le motif qu'elle a droit d'être soustraite à cette exécution en raison de faits particuliers et questions particulières à son cas.

(6) La Cour qui entend une demande de permission faite en vertu de l'alinéa (4) peut ordonner que la question de savoir si le jugement ou l'ordonnance a force exécutoire contre la personne que vise cette demande soit instruite et jugée selon l'un des modes d'instruction et de jugement applicables à une question litigieuse dans une action.

Il semblerait donc que, pour avoir le droit légal d'intenter une action collective, il faut qu'il y ait de nombreuses personnes ayant le même intérêt. Je suis également convaincu qu'il faut identifier d'une certaine façon les personnes pour lesquelles ladite action est intentée, et il faut aussi démontrer leurs intérêts.

Dans l'affaire *Judge et al v. Muslim Society of Toronto Inc. et al.*, [1973] 2 O.R. 45 (H.C.), le juge Holland, en traitant de la Règle 75 des Règles de l'Ontario [*Rules of Practice*, R.R.O. 1970, Reg. 545 de la Cour suprême de l'Ontario], qui prescrit ce qui suit:

[TRADUCTION] 75. Lorsque de nombreuses personnes partagent le même intérêt, une ou plusieurs personnes peuvent poursuivre ou être poursuivies, ou être autorisées par la cour à défendre au nom ou pour le bénéfice de toutes.

and is thus similar to Rule 1711(1) of the *Federal Court Rules* held that to say “on behalf of themselves and all members and adherents of the Jami Mosque of Toronto” is a description that is too vague to sufficiently define the members of the class.

It is insufficient to simply identify the members as those who suffered discrimination on the basis of race and to say the numbers are known to defendant as plaintiff has done in his statement of claim. Furthermore, each individual for whom the claim is being made would be affected differently and thus would be entitled to different sums of damages if a claim can legally be proved. Therefore, it appears to me that, to have a class action, one must be required to allege more than what plaintiff has alleged in his statement of claim (see *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72).

For the above reasons, it is clear that plaintiff’s action cannot succeed. For this reason, I do not have to deal with the Rule 474 [as am. by SOR/79-57, s. 14] application as to the issue that plaintiff’s claim is statute-barred. I would say that I am satisfied that plaintiff’s action is based on tort. This being the case, I would, had I not found that plaintiff’s claim should be struck, have determined that the plaintiff’s claim is statute-barred as more than two years have elapsed since the end of the Second World War and from which time plaintiff could have commenced legal proceedings against the defendant. This is not to say that I would have allowed a proceeding under Rule 474, in that, the issue of prescription must first be pleaded in a statement of defence.

The application to strike plaintiff’s claim is allowed with costs.

et qui est donc similaire à la Règle 1711(1) des *Règles de la Cour fédérale*, considère que [TRADUCTION] «en leur nom et en celui de tous les membres et adhérents de la Jami Mosque de Toronto» est une description trop vague pour définir suffisamment les membres de la catégorie.

Il ne suffit pas d’identifier simplement les membres comme étant ceux qui ont été victimes de discrimination du fait de leur race et de dire que la défenderesse en connaît le nombre, comme le défendeur l’a fait dans sa déclaration. Par ailleurs, chaque personne visée par la demande serait touchée différemment et aurait donc droit à des montants de dommages-intérêts différents s’il était possible de prouver légalement le bien-fondé d’une demande. Il me semble donc que, pour qu’une action collective puisse être intentée, il faut alléguer davantage que ce que le demandeur a allégué dans sa déclaration (voir *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72).

Il ressort clairement des motifs qui précèdent que le demandeur ne peut avoir gain de cause. Pour cette raison, je n’ai pas à examiner la demande présentée en vertu de la Règle 474 [mod. par DORS/79-57, art. 14] quant à la question de savoir si la demande du demandeur est frappée de prescription. Je dirais que je suis convaincu que l’action du demandeur est de nature délictuelle. Cela étant le cas, si je n’avais pas conclu qu’il fallait radier la demande du demandeur, j’aurais déterminé que sa demande est frappée de prescription car il s’est écoulé plus de deux ans depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, moment où le demandeur aurait pu engager des procédures judiciaires contre la défenderesse. Cela ne veut pas dire que j’aurais fait droit à une demande en vertu de la Règle 474, en ce sens que la question de la prescription doit d’abord être plaidée dans la défense.

La requête en radiation de la demande du demandeur est admise avec dépens.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ARMED FORCES

Application for order to abridge time limited between filing and hearing and for interim order to stay respondents' counselling and probation (C & P) procedures until hearing of applicant's case on originating motion—Applicant, member of Canadian Forces, placed on C & P for alleged involvement with drugs—Random urinalysis ordered—Evidence disclosing no personal consumption of unlawful drugs, only "involvement"—Applicant not informed until November 4, 1992 of decision subjecting her to immediate C & P—Principles on stays of administrative decisions in public law matters found in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—Applicant seeking primarily to quash decision subjecting her to C & P and alternatively declaring said decision to be of no force and effect—Members of forces must obey to all lawful superior military orders and commands—Administrative proceedings in applicant's case matter of discipline, short of criminal accusation—Court unsure as to whether serious question to be adjudicated in instant application for relief—First test barely met—Second test whether applicant would, if interim stay not granted, suffer irreparable harm—Irreparable harm to applicant's reputation only if subjected to extraordinary urinalysis—Third test balance of convenience—"Public interest" herein appropriately regarded as good order and discipline of Canadian Forces, must be weighed as important part of balance of convenience—Order submitting applicant to C & P not shown to be unlawful as not without foundation in fact—Application for stay dismissed except as to requirement for extraordinary urinalysis.

GAYLER v. CANADA (DIRECTOR, PERSONNEL CAREERS ADMINISTRATION OTHER RANKS, NATIONAL DEFENCE HEADQUARTERS) (T-2885-92, Muldoon J., order dated 4/3/93, 15 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Application to stay execution of removal order pending disposition of application for leave to commence proceedings for judicial review under Immigration Act, s. 82.1—Upon arrival in Canada from Ghana in 1988 applicant claiming Convention refugee status—On April 11, 1992 married Canadian citizen—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

On April 21 found not to be Convention refugee—Application for leave to appeal decision dismissed—On May 15 applied for landing from within Canada—Denied because immigration officer suspected *bona fides* of marriage—Decision not communicated to applicant until after date for removal from Canada fixed—Absent objections to Court's authority to consider stay of removal order or to stay removal order, and despite decisions limiting Court's authority to exercise discretion to stay removal order, Court may in appropriate circumstances exercise discretion to stay order under Federal Court Act, s. 18.2 giving it discretion to make such interim orders as considers appropriate pending final disposition of application—Application allowed—Serious issue raised as to duty of fairness owed by officer to alert applicant to particular reservations arising from perceived inconsistencies in responses by spouses to questionnaire before reaching conclusion on *bona fides* of marriage—Disruption of family ties and interdependencies constituting irreparable harm if interim order not granted and leave for judicial review allowed—Balance of convenience favouring grant of stay—Stay simply postpones exercise of Minister's responsibility under Act—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 53).

AGYAKWA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1744, MacKay J., order dated 9/3/93, 5 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application to set aside exclusion order—At credible basis inquiry in December 1990, applicant, refugee claimant from Trinidad, giving notice intended to argue Immigration Act, ss. 23(4), 34, 46 inoperative because of failure to provide hearing within reasonable time contrary to Charter—To provide factual foundation for Charter challenge, as required by Supreme Court in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, applicant seeking either (1) adjournment until after February 4, 1991 when three senior immigration officials to testify in another case in which same issue raised as to reasons for delays, or (2) issuance of subpoena to require one of those officials to testify to same effect in this case—Adjudicator rejecting both

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

requests out-of-hand, declaring "We're not going to wait to February 4" and "I am not going to consider subpoenaing witnesses for you to argue your case"—Immigration Act, s. 112 giving adjudicator power to issue summons requiring person to testify with respect to matters relative to inquiry—Application allowed—Failure to request subpoena when matter before adjudicator for first time not forfeiture of right to do so—Still appropriate to seek subpoena at hearing at which Tribunal first constituted—Since issuance of summons to appear specified power of adjudicator under s. 112, in absence of specifying rules, should not be granted automatically—Issuance of subpoenas matter of discretion—In criminal cases issuance of subpoena requiring exercise of discretion that person required to testify likely to give material evidence in proceeding—S. 112 requiring similar exercise of discretion by adjudicator—Criteria to be considered by adjudicator in exercising discretion not determined because adjudicator failed to consider any criteria—So overemphasized requirement of proceeding expeditiously as to be unable to consider other factors—In failing to exercise discretion as to issuance of subpoena, where Charter issue required building of factual foundation to which evidence of witness might be relevant, adjudicator denied applicant fair hearing—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 112—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11—Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/89-103, s. 24(2)—Immigration Appeal Division Rules, SOR/90-738, s. 31(2).

DIPCHAND V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-619-91, MacGuigan J.A., judgment dated 10/2/93, 6 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Federal Court Jurisdiction

Application for stay of removal order pending outcome of judicial review application—Insufficient humanitarian and compassionate grounds to allow applicant to apply for landing within Canada—Applicant subject to deportation order—Order not in dispute—Decision in *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (92-T-1647, order dated 17/11/92, F.C.T.D., not reported) applied—Stay of execution of removal order not granted if validity of order not in dispute—Federal Court Act, s. 18.2 inapplicable—Court not empowered to grant relief sought—Application dismissed.

PAUL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (93-T-86, Noël J, order dated 29/1/93, 4 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from refusal of citizenship based on failure to meet residency requirements imposed by Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Accumulated only 357 of 1,095 required days—Appeal dismissed—Purpose of s. 5(1)(c) to insure everyone who is

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

granted Canadian citizenship compulsorily presented with everyday opportunity to become "Canadianized" by "rubbing elbows" with Canadians anywhere one can meet and converse with Canadians during prescribed three years—*Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.) stretching meaning of s. 5(1)(c) almost beyond recognition if clear purpose recognized and invoked—Those who would become citizens must first throw in their lot with Canadians by residing among Canadians in Canada during three of preceding four years to Canadianize themselves—Cannot be done while abroad, since Canadian life and society exist only in Canada—Many immigrants coming to Canada from theocratic and/or autocratic countries in which Canada's Constitution, including Canadian Charter of Rights and Freedoms with guaranteed freedoms would never be tolerated—Understanding and living with Canada's freedoms takes at least three years to get used to pursuant to s. 5(1)(c)—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

POURGHASEMI (RE) (T-80-92, Muldoon J., judgment dated 11/3/93, 4 pp.)

Appeal from refusal of citizenship based on failure to satisfy residency requirement in Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Appellant attending school in Canada from 1972 to 1975—Admitted to Canada for permanent residency with wife in 1988—Before coming to Canada, sold home in Hong Kong, car, quit job, shipped all furniture to Canada—Purchased home, car in Canada—Incorporated Canadian company in 1991 for which carries on consulting work—Obtained car insurance, opened bank accounts and health insurance—305 days short of required 1,095 days—Purpose of residency requirement to ensure successful citizenship applicants "Canadianized" by rubbing elbows with Canadians i.e. to avoid granting Canadian citizenship to foreigner in experience, social adaptation, thought, outlook: *Pourghasemi (Re)*, [1993] 1 F.C. D-2 (T.D.)—Appeal allowed—Citizenship Judge erred in deciding appellant not actually residing among Canadians—Omitted reference to three years spent attending Canadian school—Appellant doing everything necessary to establish home, business in Canada—Appellant in fact "Canadianized"—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

LO (RE) (T-1908-92, Teitelbaum J., judgment dated 18/3/93, 5 pp.)

Convention Refugees

Appellant arrested, tortured several times in Punjab in India in connection with membership in All India Sikh Student Federation—Refugee Board concluding persecuted by authorities in Punjab and would be Convention refugee if no option but to flee India, but could have moved to another area in India and lived in safety i.e. had internal flight alternative (IFA)—While state governments of India have primary responsibility for maintaining law and order, Punjab administered by central government since May 1987—Authorities who arrested, detained, tortured appellant agents of central government—Appellant submitting person having well-founded fear of persecution by agents of central government in Punjab necessarily having well-founded fear of persecution by same agents everywhere in India—Arguing Refugee Division erred in finding

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

IFA—Appeal dismissed—Refugee Division properly considered conditions in other parts of India and having evidence upon which entitled to find no reasonable chance appellant would be persecuted by agents of central government if settled outside Punjab.

SAINI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-750-91, Mahoney J.A., judgment dated 22/3/93, 3 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS

Action to compel Minister of Fisheries and Oceans to issue licences to harvest herring roe deposited on bough or kelp—Band asserting aboriginal right to carry on this type of fishery, not just for food and ceremonial purposes, but for commercial purposes—Action dismissed—Historically commercial purposes barter with other Indian peoples and non-aboriginal peoples—Relatively small amounts of roe collected, basically for food consumption, on bough, not kelp—Not market system—No commercial activity in fishery prior to arrival of Europeans—Not establishing commercial harvesting of roe on kelp as aboriginal right—Neither right to licences sought nor duty on Minister to issue licences—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

HEILTSUK INDIAN BAND V. CANADA (T-1265-89, Collier J., judgment dated 28/2/93, 3 pp.)

COPYRIGHT

PRACTICE

In 1991 applicant filed with Board proposed royalties for 1992 for public performance or communication by telecommunication of music—Published in *Canada Gazette* September 28 with notice prospective users or representatives could file written objection within 28 days—Board concerned reason lack of objections fact potential users unaware of proposed changes—Ordered applicant to send to all Tariff 13.B (concerning public performance of music on passenger ships) licensees notice in form specified by Board—Applicant seeking judicial review of decision on ground Board exceeded jurisdiction—Following publication by Board in 1991 of proposed royalties for 1992, and after deadline, Board received written objections, one of which from radio station CFMX—Directed applicant to make written replies to objections, even those received out of time—Subsequently Board granting CFMX intervenor status and permission to participate in information exchange—(1) Application to quash Board's decision requiring applicant to give notice to specified parties allowed; (2) application to quash Board's decision accepting for consideration submissions filed out of time dismissed; (3) application to quash decision granting intervenor status to CFMX dismissed—Together Copyright Act, ss. 66.6 and 66.7 now pro-

COPYRIGHT—Continued

vide for formal process for development of regulations, i.e. rules of general application, and less formal process, left to Board's discretion, to deal with matters relating to hearings, gathering of evidence, enforcement of decisions and "other matters necessary and proper for the due exercise of its jurisdiction"—(1) Board free to seek comments from any source by own efforts, but not authorized to direct applicant to give notice to certain parties, current licensees subject to particular tariffs—While may be within Board's authority under s. 66.6(1) to provide by general regulation for notice to be given to current licensees by applicant seeking change in existing royalties, until does so, no authority to order user/objector who has filed objections to provide notice of its proposals, or objections, to any other party not before Board—Not "necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction" within s. 67(1) in light of the particular process provided by statute for developing regulations relating to notice under s. 66.6(1)—(2) Submissions to Board from any source, or at any time, which are considered relevant to its role, including submissions in response to any notice Board might itself give to others, within authority and responsibility of Board to consider—Implicit in powers of Board as necessarily incidental to role under Act and consistent with Board's role to act in public interest—As Board having unusual authority to raise objections itself, submissions from any interested party, not only from prospective users who may file timely objections, may provide basis for Board's objections—But only formal objections under Act, or from Board itself, together with societies' statement, can frame issues to be resolved in fixing royalties charged to licensees—(3) Authority to grant intervenor status to parties judged to be in position to contribute to resolution of issues before Board, and authority to determine procedural rights of individual intervenors within implicit authority of Board as necessary incident in discharge of role in public interest—Implicit within terms of s. 66.7(1) as power in relation to "matters necessary and proper for due exercise of its jurisdiction"—May be users who have not filed timely objection or others whose particular interest would, in Board's opinion, warrant their involvement in its proceedings as intervenors—Board's authority to grant intervenor status distinguished from authority to direct applicant to give notice to others—Act silent re: former, but expressly providing for public notice and development of regulations in relation to notice—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2, 5, 66.6 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 10, s. 12), 66.7 (as enacted *idem*), 67 (as am. *idem*), 67.1 (as enacted *idem*), 67.2 (as enacted *idem*)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 1618 (as am. by SOR/92-43, s. 19).

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (T-2991-91, T-108-92, MacKay J., order dated 12/2/93, 34 pp.)

S. 28 application to set aside Copyright Board decision certifying and publishing "Statement of Royalties" (Tariff 2D) to be paid by CBC to SOCAN—Board's decision not "interim decision" under Copyright Act, s. 66.51—Decision fixing definitively formula for establishing Tariff 2D for 1991, settling merits of question before Board—Board not exceeding jurisdiction by relying on payments made by private commercial broadcasters—Payments by private broadcasters at arms length in respect of similar or identical products relevant to determination of true market value of products—Board's juris-

COPYRIGHT—Concluded

diction to decide Tariff 2D should be function of Tariff 2A not contested—Application dismissed—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 66.51 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12).

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (A-794-91, Hugessen J.A., judgment dated 10/3/93, 5 pp.)

CROWN**TORTS**

Appeal from judgment striking out statement of claim for failure to disclose reasonable cause of action—Statement of claim alleging appellant suffering debilitating physical condition caused by pesticide poisoning—Pleading breach of statutory duty, negligent breach of federal statutes, regulations by ministers responsible for their administration, negligent failure to adopt laws which if adopted would allegedly have prevented illness—Also pleading Minister required to refuse or to cancel registration of chemicals and formulations thereof for pesticidal use which cause irreversible neurological damage to fulfill obligations under Charter, s. 7—Appeal dismissed—Well established “nominate tort of statutory breach giving right to recovery merely on proof of breach and damages should be rejected”—Also well established no cause of action in negligence against Crown in respect of pure policy decisions even where duty of care so that governments not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors—Decisions herein of pure policy nature, as distinguished from decisions pertaining to implementation of adopted policy—Ministers themselves (highest level of authority in these government agencies) exercising power of decision under statutes and regulations, so far as relied upon as foundation of alleged cause of action in tort—Decision of Government of Canada to pass or to refrain from passing general legislative measures reflecting current policy not giving rise to cause of action in tort by general public—Appellant alleges negligence for failure to warn of various dangers of pesticides because delayed neurotoxins—As decisions to register and to allow continued registration of control products policy decisions whose good faith not attacked (amounting to determinations use of control products in circumstances stated in legislation not presenting dangers to public), no basis for finding respondent failed in duty to warn—Charter, s. 7, enshrining right to life and security of person, not placing upon Minister of Agriculture obligation to refuse or to cancel particular registration under Pest Control Products Act—Validity of law under which Minister granted discretion to register or to refuse registration of control product not in issue in pleading—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Pest Control Products Regulations, C.R.C., c. 1253, ss. 18(d)(ii), 20—Pest Control Products Act, R.S.C., 1985, c. P-9, s. 6—Canadian Environmental Protection

CROWN—Concluded

Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, ss. 2(a), 15(a)(ii)—Food and Drug Act, R.S.C., 1985, c. F-27, ss. 4(a),(b).

KUCZERPA v. CANADA (A-1170-91, Stone J.A., judgment dated 3/3/93, 5 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Application under Customs Act, s. 68 for leave to appeal decision of Canadian International Trade Tribunal—Applicant having arguable case on merits as question of law raised: legal definition of concept “effected” in Customs Act, s. 48(5)(c)—Notice of motion seeking leave to appeal filed on October 13, 1992—Ninety-day-period set out in s. 68(1) expired on October 20, 1992—Leave to appeal application adjourned *sine die* on November 26, 1992—FCA ruling conferring on Trial Division exclusive jurisdiction to deal with appeals under s. 68(1)—Leave to appeal application and appeal application not distinct procedural steps—Leave granted under s. 68(1) activating appeal *nunc pro tunc* as of date leave to appeal application filed—Application granted—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 48(5)(c), 68(1).

NORDIC LABORATORIES INC. v. DEPUTY M.N.R. CUSTOMS AND EXCISE (92-T-1636, Reed J., order dated 9/3/93, 4 pp.)

FOOD AND DRUGS

Application for *mandamus* directing Minister to review new drug submissions in respect of Apo-A and Apo-B to determine whether adequately establish safety and effectiveness for use in Canada “without regard to a condition precedent to such review that the reference product tested in the comparative availability study be purchased in Canada or that there be certification from the manufacturer of the Canadian reference product that it is identical to the non-Canadian product”—Also seeking order directing respondent upon completion of review of submissions to issue notices of compliance if review satisfactory, and if unsatisfactory to respond to submission with details of deficiencies disclosed—Apo-A manufacturer and distributor of generic pharmaceutical products—New drug submissions concerning drugs for which Health Protection Branch (HPB) approval of original brand for sale in Canada and FDA approval in U.S.A. already obtained—Apo-A’s submissions including bioavailability study comparing new product with reference product not obtained in Canada i.e. with U.S. originator—HPB advising submission inadequate because bioavailability study incomplete—Basic issues: (1) scope of discretion vested in Minister in regard to evidence to be considered in new drug submission; and (2) appropriate standard for intervention of Court through judicial review in relation to discretion—Evidence establishing HPB refusing to accept evidence of equivalency of U.S. and Canadian originator products—Policy requiring bioavailability study to establish safety and effectiveness of new generic drugs be done with reference to product already on Canadian market not established until year

FOOD AND DRUGS—Concluded

after Apotex's submission for Apo-A—Even thereafter policy not applied consistently—Refusal to consider full submission for Apo-A because of such policy unfair administration of regulatory authority and unlawful fettering of discretion—Apotex entitled to have bioavailability study reviewed—Director's discretion requiring special expertise in applied and basic sciences—Judgment affecting not only rights of applicant, but health of others—Discretion of this sort warranting judicial deference recognizing special expertise and responsibilities of Minister and advisers—In judicial review of specialized tribunals whose decisions, based upon particular expertise and experience final and not subject to appeal or review, court will only intervene if interpretation of legislation patently unreasonable—Same test applies herein—No basis for Court to determine HPB requirement of satisfactory study comparing two drugs patently unreasonable or beyond Director's discretion—No basis for *mandamus* in relation to new drug submission in relation to Apo-A—No costs awarded—HPB at times dissembling, if not actually misleading—Notice of compliance issued for Apo-B after hearing—Application as relates to Apo-B moot—Just as change in circumstances following trial and decision but before appeal heard may render moot issues raised on appeal so may change in circumstances following hearing, but before decision—Circumstances outlined by Sopinka J. in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 warranting exercise of Court's discretion to decide moot issue absent—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 30(1)—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, C.08.001, C.08.002, C.08.004 (as am. by SOR/85-143, s. 3; 88-257, s. 1).

APOTEX INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1877-91, order dated 19/1/93, 46 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application to review decision of review tribunal reversing decision of first instance tribunal on complaint of mis en cause against release from Canadian Armed Forces—First instance tribunal decided in complainant's favour on ground medical category recommended for mis en cause changed by military physician without examining complainant—Review tribunal held intervention of physician in question fully justified as had no choice but to apply medical standards in force—Arguments made by Canadian Human Rights Commission not valid—Review tribunal correct to criticize first instance tribunal for not taking into account evidence not tainted by any ambiguity—Also correct to criticize first instance tribunal for incorrectly attributing dominant position to obesity factor—Review tribunal did not exceed jurisdiction or commit error of law—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1), 7, 15(a).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (ARMED FORCES) (A-943-91, Desjardins J.A., judgment dated 18-2-93, 5 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from Tax Court decision upholding Minister's assessment of taxes for 1978—Plaintiff, large producer of plastics, manufacturing large quantities of polyethylene—Requires steady supply of ethylene—Entering joint venture to construct and own petrochemical manufacturing facility (Petrosar) to produce, *inter alia*, ethylene—Plaintiff holding 20% of common shares—\$300,000,000 of \$371,000,000 estimated cost to be financed by banks—Shareholders guaranteeing bank financing, agreeing to fund interest and mandatory principal repayments if necessary until Petrosar meeting certain financial ratios—If further funds required, shareholders agreed to furnish them by subscribing to subordinated debentures of Petrosar—Subordinated debentures subordinated to bank loans—Banks demanding refinancing—Capital structure changed in 1978—Three classes of non-voting preferred shares created—Bank loans exchanged for Class A preference shares—Subordinated debentures and interest due exchanged for Class C shares—Class C shares of par value of \$100 each would only receive dividends if Petrosar current re: Class A dividends and specified working capital requirements met—Redeemed only if Petrosar current in redemption obligations re: Class A shares, par value more than half that of Class A shares, and working capital conditions met—Plaintiff receiving 282,135 Class C shares for \$25,122,600 as capital, plus \$3,090,900 contingent accrued interest—Cancellation only consideration received by Petrosar for issue of Class C shares, and Class C shares only consideration for shareholders for surrendering debentures and accrued interest—Income Tax Act, s. 12(1)(c) requiring inclusion of any amount received by taxpayer in year as, on account of or in lieu of interest—Issue: valuation of Class C shares—Plaintiff contending shares worthless and "amount" in s. 12(1)(c) value in monetary terms of right or thing actual value—S. 248(1) defining "amount" as "money, rights or things expressed in terms of the amount of money or value in terms of money of the right or thing"—American case holding where taxpayer receiving payment of debt by issuance of par value shares income calculated based on real value of shares: *Commissioner of Internal Revenue v. Capento Securities Corporation*, 140 F.2d 382 (1st Cir. 1944) considered—As in *Capento* case, Petrosar simply substituted preferred stock claim for debt claim—Action allowed—Plaintiff meeting onus—Cases referred to as indicating how actual or real value should be dealt with from taxation standpoint distinguished as dealing with how issuing corporation must deal with them—Cases suggesting real or actual value of shares must be considered, not par value, even if issuing corporation agreed to issue them at par value as fully paid—Notice of reassessment vacated and referred back to Minister for reassessment on basis no interest received on Class C shares in 1978—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(c), 248.

PRAXAIR CANADA INC. v. M.N.R. (T-1570-89, Walsh D.J., judgment dated 26/1/93, 24 pp.)

Appeal from assessment denying scientific research tax credit (SRTC) claimed by plaintiff in 1985 income tax return—Whether debenture issued to plaintiff pursuant to arrangements, evidenced in writing, substantially advanced before October 10, 1984 under Income Tax Act, s. 194(4.2)(b)(ii)—Debenture issue structured to fund pump servicing system,

INCOME TAX—Continued

challenged by Revenue Canada as not sufficiently advanced by October 10, 1984 to come within grandfathering provision—Pump servicing system project conceptualized well before 1984—Meaning of “substantially advanced” considered in *First Fund Genesis Corporation v. The Queen* (1991), 91 DTC 5361 (F.C.T.D.)—“Substantially advanced” requiring more than just nominal or insignificant progress made by parties towards securing SRTC transaction—Construction conforming with legislative intent leading to enactment of s. 194(4.2)(b)(ii)—Provision remedial in nature, not taxing measure nor tax exemption measure *per se*—Evidence indicating project clearly identified and conceptualized in 1982—Arrangements in place before October 10, 1984 including identified research and development project slated for SRTC issue, technical expertise as to qualifications for income tax purposes, budget, third party financing, spent engineering expenditures of \$112,000, discussions, evidenced in writing, with request that project be funded by way of SRTC issue—No issue as to genuineness of project—Substantive steps towards proposed financing taken, essential components in place by October 10, 1984—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 194(4.2)(b)(ii) (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 103(1)).

MORT V. CANADA (T-1665-89, Noël J., judgment dated 22/1/93, 25 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Tax Court of Canada decision as to whether \$40,000 gain on redemption of Scientific Research Tax Credit debenture (SRTC) income or capital gain—Taxpayer, general accountant, seeking tax shelter—SRTC debenture purchased in July 1984 from Dynaflex Industries (Dynaflex) for \$200,000 with redemption price of \$140,000 and deemed cost of \$100,000 under Income Tax Act, s. 127.3(6)—On demand, Dynaflex would pay \$140,000 in full to taxpayer—Designation made by Dynaflex in August 1984 under Act, s. 194(4) allowing taxpayer to use tax credit of \$102,000 for 1984 taxation year—Taxpayer asking redemption on January 2, 1985—Amount of \$140,000 paid to him from lawyer’s trust account—Late filing of prescribed election forms with respect to disposition of SRTC debenture—Out-of-pocket cost to taxpayer for Dynaflex debenture \$60,000 for tax credit of \$102,000—Four Tax Court of Canada decisions involving SRTC program, evenly divided as to nature of gain—English decisions relied on by TCC judge involving forward stripping of dividends, not determinative as question raised distinguishable—Taxpayer herein not retaining debenture to earn interest income, requesting redemption as soon as debenture paid in full—Final payment representing bulk of purchase price never in hands of Dynaflex to be invested in operations—Purchase of debenture intended to earn profit—Transaction not investment, rather legitimate profit-making scheme, adventure in nature of trade—Sum of \$40,000 taxable income in taxpayer’s 1985 taxation year—Act, s. 39(4) not allowing late filing of election—Taxpayer’s late election not valid—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 39(4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16(2)), 127.3(2)(a) (as enacted by S.C. 1983-84, c. 1, s. 73(1)), 127.3(6) (as enacted *idem*), 194(4) (as

INCOME TAX—Concluded

amended *idem*, s. 95(1)), 248(1) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 66(3)).

CANADA V. LOEWEN (T-819-90, Dubé J., judgment dated 8/2/93, 15 pp.)

INSURANCE

Action for damages brought by insurer personally and as subrogate of insured—Vehicle of insured presumed stolen while at Montréal International Airport (Mirabel) in fact lost because of error in recording licence number of said vehicle—Plaintiff paid insured \$16,223.09 to replace vehicle and claimed \$5,654.89 as replacement cost—Defendant admitted owing \$832.67 for cost of car rental—As claim arose in Quebec, rules of tort liability in civil law under Civil Code, art. 1053 apply—Plaintiff only entitled as subrogate to \$832.67, which defendant admitted owing—Plaintiff had no direct right against defendant under art. 1053, in view of bilateral contract formed by insurance policy issued by insurer to insured, and so lack of any causal link between fault of defendant’s employees and costs, expenses and losses resulting to plaintiff from performance of contractual obligation—Action allowed in part—Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

SSQ, SOCIÉTÉ D’ASSURANCES GÉNÉRALES INC. V. CANADA (T-259-91, Pinard J., judgment dated 22/1/93, 6 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application to review Canada Labour Relations Board’s refusal to certify council of trade unions as bargaining agent—Canada Labour Code, s. 32 under which Board may grant certification of council of trade unions, contrasted with s. 28, providing Board shall certify trade union if prescribed conditions met—Discretion given to Board under s. 32(2) necessarily implies Board may refuse certification notwithstanding application for such certification supported by majority of employees—Discretion limited in that cannot interfere with internal affairs and management of council of trade unions—Nor can it refuse to certify council of trade unions for reason completely unrelated to fact applicant council rather than trade union—May assess extent to which certification will foster broad industrial relations objectives underlying rationalization and realignment of bargaining structure—Can rely on functional factors i.e. viability of council, ability of council to act as bargaining agent and maintenance of integrity and operation of bargaining unit found appropriate by Board pursuant to realignment of bargaining structure—Board considering history of labour relations between parties—Neither exceeding jurisdiction nor committing patently unreasonable error in exercise of jurisdiction—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56), 28, 32—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

CANADIAN COUNCIL OF BROADCAST UNIONS V. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (A-931-92, Létourneau J.A., judgment dated 24/2/93, 4 pp.)

PATENTS

Claim of patent found invalid in same case ((1989), 28 C.P.R. (3d) 397 (F.C.T.D.)) as being vague and lacking in specificity—Appeal to Federal Court of Appeal allowed ((1992), 44 C.P.R. (3d) 161), matter referred back to Trial Judge for continuation of trial—Invention claimed broader than invention made—Plaintiffs not entitled to claim broadly and then to introduce limitations into claims in order to avoid prior art—Interpretation of claims and of whole patent matter for Court—Claims must be read in context of whole patent including specifications and drawings—Overly technical interpretations should not defeat patent claim—Description of alleged invention absent in claims herein—Claim 1 invalid as being broader than invention made.

RELIANCE ELECTRIC INDUSTRIAL CO. v. NORTHERN TELECOM LTD. (T-566-84, Reed J., judgment dated 10/2/93, 13 pp.)

INFRINGEMENT

Patent for fabric softener expiring in 1994—Plaintiffs seeking declaration patent valid, damages and injunction for defendants' alleged patent infringement—Defendants counterclaim, seeking declaration patent invalid and impeachment of patent—*Obiter*: reform much needed in field of non-mechanical patents' litigation as judges unschooled in arcane subject (chemistry) at difficulty to know which of various "scientific verities" plausible—Materially same contentions as herein settled in United States District Court for New Jersey, by final consent order—Issue whether issue estoppel *per rem judicatam* preventing defendants from now attacking validity of patent—*Res judicata* not applicable: (1) pragmatic settlement not settling issue of patent infringement, nor validity of patent; (2) agreement limiting application thereof to "territory of the United States"; (3) extrinsic, oral evidence establishing agreement confirmed and expressly limited to U.S. patents and to territory of United States; nothing settled worldwide—Defendants therefore no more estopped than plaintiffs from alleging infringement—No estoppel by acquiescence—Delay, alone, not barring plaintiff, nor bespeaking acquiescence—Presumption of validity—On balance of probability, defendants failed to demonstrate invalidity—Defendants' attacks on patent for lack of inventiveness, novelty, utility, lack of conflict proceedings, or for obviousness, ambiguity and anticipation failed—No covetous claiming (claiming more than inventor truly invented or described in patent): *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555 and *Monsanto Company v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108—Supreme Court's recommendation in *Burton Parsons* to avoid being too technical, picky or too astute in invalidating patents, heeded—Infringement established: defendants infringed patent by means of employing distributing agent, sorbitan monstearate, SMS, mixed with fabric softening agent coated on backing strip or sheet of substance of those in their product "Bounce", in all formulations made or marketed in Canada—Plaintiffs awarded royalties on all sales of Canadian-made "Bounce", with pre-judgment interest on unliquidated claim from date of filing of statement of claim or earlier date as evidence discloses—No permanent injunction awarded (fact patent expiring in 1994 taken into consideration)—Party-and-party costs awarded plaintiffs.

UNILEVER PLC v. PROCTER & GAMBLE INC. (T-2534-85, Muldoon J., judgment dated 9/2/93, 102 pp.)

PATENTS—Continued

Appeal from trial judgment finding patent valid and appellants guilty of infringement—Cross appeal from refusal of exemplary damages—Lubrizol Corp. owning U.S. patent (LeSuer patent) for ashless dispersant used to accumulate impurities in motor oil in suspension since 1965—Patent and any other patents owned by Lubrizol containing material subject of LeSuer patent i.e. patent in issue, licensed to Exxon and Imperial—Meinhardt patent at issue—Imperial submitting new trial must be directed as Trial Judge missed so many issues in dealing with validity of patent and infringement—Reference to cases on standard of appellate review—Prior to Lubrizol's application for interlocutory injunction in these proceedings, Exxon had confessed to judgment in U.S. District Court, agreeing to pay Lubrizol \$86 million—Judgments declaring patent valid—Trial Judge stating defendant faced near impossible task in endeavouring to argue patent invalid—Confession of judgment in foreign jurisdiction re: counterpart patent always significant, but never conclusive of particular issue—Although foreign patents may be practically identical, foreign law unlikely to be so and must be proved—That U.S. law accorded priority to first to file while Canadian law accorded priority to first to invent critical difference—Conclusions of this Court in interlocutory injunction proceeding, where issue whether Lubrizol making out sufficient arguable case for validity to support grant of injunction, not whether patent valid, not conclusive—Trial Judge treating neither U.S. nor interlocutory judgments as determinative—Although Trial Judge making no express finding as to date of invention, concluding validity of patent not overturned by allegations of anticipation—Imperial arguing invention date actual date of Canadian patent application based on Patent Act, s. 61(1), or priority date—Contest between priority date and Lubrizol's claimed date in 1969—Trial Judge apparently accepting Lubrizol's claimed invention date—That parameters of claim not committed to writing until U.S. patent application finalized not leading to conclusion as to date of invention contrary to Trial Judge's finding—Claims of patent not legally required to be formulated before invention found to be made—If relying on invention date earlier than priority date, inventor must prove date on balance of probabilities, by cogent evidence—Evidence composition made according to invention may be accepted as proof of date of invention—By late 1969 several compositions within ultimately defined parameters being made and commercialization proposed—Supporting finding invention date not later than 1970—Since Exxon's infringing product not first manufactured until mid-1971, Trial Judge not erring in failing to deal expressly with it as anticipating invention—Since invention date not later than 1970, Trial Judge not erring in failing to consider patentability of class of substances in view of prior use of substance falling within class—No error in finding patent valid—Trial Judge finding specification and claims expressed precisely constituting finding speak adequately for themselves—Not failing to construe claims—No palpable and overriding error shown in Trial Judge's acceptance and rejection of evidence to calculate succination ratio—Trial Judge not erring in finding infringement—Licence agreement to expire when LeSuer patent expired or on 60 days notice by Lubrizol if default—No error in Trial Judge's finding licence agreement not granting to defendant right to use lubricating composition without infringing plaintiffs' patent—In absence of finding by Trial Judge, date of notice of termination by Lubrizol nominated as last

PATENTS—Continued

date upon which product made by Imperial not infringing by reason of licence—Trial Judge finding plaintiffs reacted immediately upon learning of likely infringement and brought action within time limits imposed on them—Award of option of election of profits discretionary with which appellate court will not interfere unless error of principle, misapprehension of facts, or where order not just and reasonable—No error in awarding Lubrizol option to elect accounting of profits—As some products produced and sold out of Alberta, Imperial arguing two-year limitation period in Alberta Limitation Act, s. 51(f) applied—Arguing as right to recover damages for patent infringement given by Patent Act, s. 51, cause of action arising from “breach of statutory duty”—S. 51(f) not covering pure economic loss, but applying to physical injury—Since action for patent infringement action for something happening to patentee, not patent, not applying to subject-matter of action—Pertinent limitation period established by Alberta statute six years—As no infringement until licence terminated and action commenced within six years of that date, Trial Judge not erring in concluding nothing turning on limitation period—No reference in reasons to prejudgment interest—Courts of Justice Act, s. 138(1)(b) giving person entitled to order for payment of money right to prejudgment interest from date gave notice in writing of claim—S. 140 making award of pre-judgment interest rate discretionary—Imperial not having written notice of Lubrizol’s claim until served with statement of claim—Onus on party seeking interest for period other than that provided in s. 138(1)(b) to justify deviation from that provided—Trial Judge’s discretion must be exercised in reasoned fashion—Imperial’s infringement deliberate—Award of prejudgment interest from date damage suffered or profits made appearing just and reasonable—Judgment varied accordingly—Trial Judge expressing concern about defendant’s conduct, but holding insufficient evidence to conclude situation of callous disregard for plaintiff’s rights and for patent system to warrant exemplary damages—Misapprehended issue—Callous disregard for interlocutory injunction giving rise to exemplary damages—Improperly exercised discretion in refusing exemplary damages—Lubrizol entitled to have claim for exemplary damages dealt with—Absent relevant findings of fact by Trial Judge, Court of Appeal unable to resolve issue of exemplary damages and matter referred back to Trial Judge—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 28(1), 34(2), 43(1), 61(1)—Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, ss. 4(1), 51—Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, s. 45(1)(g),(h)—Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, ss. 138(1)(b), 140(c)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(iii)—Federal Court Rule, C.R.C., c. 663, R. 337(2)(b).

IMPERIAL OIL LTD V. LUBRIZOL CORP. (A-737-90, Mahoney J.A., judgment dated 4/12/92, 38 pp.)

Appeal from Trial Division’s decision ((1991), 35 C.P.R. (3d) 417) granting injunction preventing appellant from infringing respondents’ patent—Patent concerning fine-cut tobacco used in rolling or making of cigarettes—Appellant and respondent Rothmans, Benson & Hedges Inc. manufacturing and selling similar product composed of unsmokable preformed tobacco rods for use in making one’s own cigarettes together with preformed cigarette paper tubes—Respondent’s

PATENTS—Concluded

patent re-issued as claims 1, 19 and 26 not sufficiently limited to clearly distinguish patent from Netherlands patent application published in 1968 (Velasques)—Appeal restricted to re-issued patent—Trial Judge concluding respondents’ invention not obvious as of February 1984—Anticipation and obviousness different concepts—Prior art may be used in application of both tests but differently—Tobacco rod claimed by respondents new by comparison to Velasques document—No palpable or overriding error in Trial Judge’s conclusion respondents’ invention not anticipated—Obviousness question of fact—Trial Judge’s findings as to obviousness should not be disturbed lightly—Efka’s patent not obvious, level of inventiveness described in *Hoechst v. Halocarbon (Ontario) Ltd. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 929 met—Commercial success only one of many factual considerations to be assessed in determining inventiveness—Proper evaluation of evidence by Trial Judge—Success of respondents’ product largely due to uniqueness of product—Appeal dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2, 47, 55.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. V. IMPERIAL TOBACCO LTD. (A-398-91, Desjardins J.A., judgment dated 12/2/93, 26 pp.)

PENITENTIARIES

Application to extend time to challenge progress summary report—Applicant objecting to original report—After third rewrite, Warden informing applicant report would not be further changed—Affidavit alleging report containing errors, questionable material—Application allowed—Extension of time may be granted if entire span of delay satisfactorily explained and if applicant discloses fairly arguable case within Court’s jurisdiction: *Feder Holdings Ltd. et al. v. M.N.R. for Customs and Excise et al.*, [1987] 2 C.T.C. 169 (F.C.A.)—Although explaining delay, applicant not disclosing arguable case—Affidavit not disclosing exact nature of applicant’s complaints, measures taken either to persuade those whose remarks displease him, or to have own version of events included in report—But as no cross-examination on affidavit, uncontradicted that “errors or questionable material” in report and “ordered” not to “be further changed” by decision of Warden—Appropriateness of judicial review of reports causing “displeasure” to inmates questioned—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).

KELLY V. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (92-T-1791, Muldoon J., order dated 4/2/92, 5 pp.)

PRACTICE

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Want of Prosecution

Motion to strike plaintiff’s claim for want of prosecution—Tax Court of Canada decision on July 24, 1984 allowing defendant to write off bad debts for income tax purposes as

PRACTICE—Continued

business investment loss—Appeal filed by plaintiff—No proceedings between August 23, 1985 and December 3, 1991—Requirements for dismissal for want of prosecution: delay inordinate, no reasonable explanation for delay, prejudice caused to defendant, met—Under R. 440, applications for dismissal for want of prosecution should be entertained only when no active prosecution being undertaken—Despite inordinate and unjustifiable delay, plaintiff prosecuting claim at time of filing of application—Appropriate case for order staying plaintiff's action under Federal Court Act, s. 50—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 440—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

CANADA v. FRITZ (T-2938-84, Reed J., order dated 11/3/93, 7 pp.)

EVIDENCE

Application to admit as new evidence "Eligible List" for position formerly held by appellant—Appellant's name only one on list—All relevant material must be brought before Trial Judge prior to conclusion of hearing—Appellant's failure to appreciate importance of document no answer to requirement of diligence—Interlocutory application before Trial Division to compel production of documents dismissed before final judgment, not timely appealed—Point raised by proposed new evidence not merely technical—New evidence not practically conclusive of issue on appeal—Application dismissed.

ÉTHIER v. CANADA (RCMP COMMISSIONER) (A-945-91, Huggessen J.A., order dated 25/2/93, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Lubrizol directed to draft and move for judgment—Two paragraphs of proposed judgment contested as departure from reasons for judgment—Lubrizol alleging judgment misapprehended facts as agreed between parties or conceded by Imperial in argument—Court erred as to expiry date of patent and failed to deal with implication of expiration date of Canadian patent before termination of license agreement—Conclusion no infringement by any product before June 30, 1982 now invalid—Referee required to consider infringement of "Meinhardt patent" after March 3, 1981—Prejudgment interest for infringement relating to "ECA 7474 and products containing it" running from date damage suffered or profits made because infringements not inadvertent—Conclusion applied equally to other products in ECA Group, including all products containing it—Consequential clarification made—Consequent on misapprehension of agreed fact as to expiry date of licence, Court not addressing possibility of infringement by certain products before March 16, 1981—Trial Judge correctly stated date plaintiffs first had knowledge of wrongful act operative date—Lubrizol's proposed judgment reflecting correct appreciation of agreed and conceded facts—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(2)(b).

IMPERIAL OIL LTD. v. LUBRIZOL CORP. (A-737-90, Mahoney J.A., judgment dated 14/4/93, 6 pp.)

PRACTICE—Continued**PLEADINGS***Amendments*

Appeal to set aside order of Associate Senior Prothonotary and for order permitting plaintiff to amend statement of claim—Plaintiff and defendant both engaged in assisting taxpayers in completing Income Tax returns—Motion for leave to amend well beyond three-year limitation period under Copyright Act, s. 41 as first copyright infringement allegedly taking place in Winnipeg on or about November 23-30, 1988—Defendant admitting having taught Basic Tax Courses in Winnipeg and throughout Canada between September and late November 1988 and having used plaintiff's copyrighted tax form—Plaintiff relying on admission to seek amendment of statement of claim and to claim damages for conversion—Defendant contending plaintiff trying to add claims after expiry of three year limitation period—Whether new cause of action added and whether Rules of Court applicable to excuse delay—Case law reviewed—Facts giving rise to cause of action known all along to defendant—Changes sought merely to plead with more precision various items comprising quantum of damages being sought—Expiry of limitation period not absolute defence—Plaintiff not seeking to introduce new cause of action—Defendant not taken by surprise or prejudiced in defending against it on facts—Appeal allowed, leave to amend statement of claim granted—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 41.

U & R TAX SERVICES LTD. v. H & R BLOCK CANADA INC. (T-891-89, Walsh D.J., order dated 8/3/93, 13 pp.)

Motion to Strike

Appeal from refusal to strike out statement of claim—Appeal allowed—Trial Judge relying on *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 339 (T.D.)—Since reversed, [1991] 1 F.C. 309 (C.A.)—Plaintiffs seeking to have waivers declared void as illegally extracted—Purpose of waivers under Income Tax Act, s. 152(4) to render out-of-time reassessments valid—Validity of reassessments depending upon validity of waivers—Grounds for invalidity can be given full effect in proceedings appealing reassessments—*Brydges et al. v. Kinsman et al.* (1990), 90 DTC 6463 (F.C.T.D.); affd (1992), 93 DTC 5007 (F.C.A.) applied—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(4)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).

DEVOR v. M.N.R. (A-793-88, Mahoney J.A., judgment dated 28/1/93, 2 pp.)

PRIVILEGE

Solicitor-client privilege—Citizenship and Immigration—S. 28 application to set aside finding by credible basis tribunal applicant not Convention refugee—Applicant's solicitor testifying as to quality of translation at examination under oath—Applicant submitting solicitor's evidence inadmissible on ground of solicitor/client privilege—Evidence not relating to anything subject to solicitor/client privilege—Tribunal's decision not falling under Federal Court Act, s. 18.1(4)—Case to be distinguished from *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] S.C.R. 664 where those present when privilege said breached were judge, lawyers in chambers in client's absence—Application

PRACTICE—Continued

dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

BOAKYE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-652-91, Mahoney J.A., judgment dated 26/1/93, 3 pp.)

VARIATION OF TIME

Motion to extend time to file application record pursuant to R. 1606—Notice of motion and affidavits in support seeking judicial review of Canadian Human Rights Commission decision filed June 12, 1992—Time period to file application record expired August 12, 1992—On November 3, Registry notifying applicant of expiry of time limit and inviting him to file application record within 10 days—File forwarded to Joyal J. on December 7, same day application record filed—Court requiring applicant to file affidavit explaining four-month delay—By way of explanation affidavit stating office of Sudbury Community Legal Clinic overworked, understaffed; referring to counsel's vacation; internal office situation requiring counsel to assume responsibility for more files—Teitelbaum J. holding explanation insufficient—Respondent arguing matter *res judicata* since issue already decided by Teitelbaum J.—Material now before Court identical to that before Teitelbaum J.—Arguing Registry simply forgetting to issue order dismissing application for judicial review on Court's own motion pursuant to R. 1617—Motion denied and application for judicial review dismissed—Reasonable explanation for delay not provided—Four-month delay neither mere administrative slip nor minor compliance with Rules—Even after notification 10 days to respond or have application struck, another month elapsed before attempted to file application record—Matter not *res judicata* as result of Teitelbaum J.'s directions to Registry—Merely advising Registry as to response on late filing of application record—Registry since instructed not to accept for filing documents not filed within required time period under 1600 Rules—Appropriate procedure to submit out-of-time document with motion to Court requesting extension of time within which to file—Motion should set out information demonstrating: (1) continuing intention to pursue appeal; (2) some merit in application; (3) no prejudice arising to respondent as result of delay; (4) reasonable explanation for delay—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1606 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1617 (as enacted *idem*).

BELLEFEUILLE V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-1380-92, Reed J., order dated 25/2/93, 6 pp.)

Applications for extension of time to commence application for judicial review of Acting Commissioner of Corrections' decision dated November 26, 1992 and of National Parole Board decision dated November 27, 1992 granted—Application for applications for judicial review to be heard together granted—Only Court may extend or reduce time limits mentioned in RR. 1603(3), 1606(1), 1607(1) and 1608—Party must have valid reason for making request to reduce time limits—Application to reduce time limits for filing materials under R. 1614 dismissed as no reason given by applicant—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1603 (as enacted by SOR/92-

PRACTICE—Concluded

43, s. 19), 1606 (as enacted *idem*), 1607 (as enacted *idem*), 1608 (as enacted *idem*), 1614 (as enacted *idem*).

BUDREO V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (93-T-68, Teitelbaum J., order dated 3/3/93, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application to review decision of adjudicator on respondent's grievance—Applicant admitted made administrative error in not giving respondent two days of leave to which entitled—However, offered to allow him to take these two days of leave at his convenience—Adjudicator made reasonable error by awarding compensation for administrative error solely as result of fault—Fact person cannot take vacation on dates desired does not in itself cause damage—Disappointment and damage must not be confused—Adjudicator exceeded jurisdiction by awarding punitive damages for error made—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LUSSIER (A-1235-91, Hugessen (dissenting), Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 28/1/93, 7 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Dismissal for cause—Application to set aside Appeal Board decision reversing recommendation employee be released under Public Service Employment Act, s. 31 for incapacity in performance of duties—Employee absent from work because of illness for periods totalling 37 months from September 1987 to August 1991—Warden recommending release of employee as no real likelihood of improvement in medical condition—Appeal Board allowing employee's appeal on basis of new evidence—Error of law by Appeal Board in looking beyond facts in existence at time of recommendation—Evidence adduced can only be of facts existing at time of recommendation—Recommendation to release reasonably made—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (CHAIRPERSON OF APPEAL BOARD—PUBLIC SERVICE EMPLOYMENT ACT) (A-96-92, Décaré J.A., judgment dated 11/3/93, 4 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Appeal from Registrar's decision expunging trade mark "Fascination" for failure to file evidence of use—Appellant owning trade mark "Fascination" for use in association with 80 different wares—Only used for short period in 1988 for two products in hair care field—Appellant filing no evidence in response to s. 45 proceedings—On appeal, argued special circumstances, namely recession, introduction of Goods and Services Tax, signing of Free Trade Agreement, cross-border shopping, justifying non-use—Court may only intervene with

TRADE MARKS—Continued

Registrar's decision when unequivocally convinced error on facts—Appeal dismissed—Onus on registered owner to establish special circumstances excusing non-use—Test for special circumstances justifying non-use set out in *Registrar of Trade Marks v. Harris Knitting Mills Ltd.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 488 (F.C.A.)—Must consider length of time during which trade mark not in use; whether owner's reasons for not using trade mark due to circumstances beyond control; whether serious intention to shortly resume use—Appellant not using trade mark for three years—"Special circumstances" meaning "unusual, uncommon or exceptional"—Poor economic conditions prevailing in 1988 not "special circumstances" pursuant to s. 45—Recession not uncommon or exceptional situation—Market conditions fluctuate—Decision to cease use of trade mark voluntary—Mere intention to resume use not satisfactory—Must be substantiated by factual elements such as purchase orders or specific date of resumption—No evidence of intention to resume use—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45, 56.

LANDER CO. CANADA LTD. v. ALEX E. MACRAE & Co.
(T-506-92, Rouleau J., judgment dated 8/2/93, 7 pp.)

Appeal from decision expunging "Arrowhead Puritas" & Design from register—Registered in 1972, renewed in 1987 for use in association with drinking water—In response to s. 45 notice, appellant filing statutory declaration conceding mark not in use in Canada, but claiming special circumstances, namely appellant's recent purchase of trade mark, unfamiliarity with business, distance between appellant and parent company, justifying absence of use—Also expressing intention to resume use of mark in Canada—Registrar applying test in *Registrar of Trade Marks v. Harris Knitting Mills Ltd.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 488 (F.C.A.) to determine whether circumstances

TRADE MARKS—Concluded

special—Although last date of use could not be substantiated before Registrar, registrant had not used mark in Canada since acquisition in 1987—At date of s. 45 notice, mark not used for one year, nine months—Holding circumstances insufficient to support "special circumstances"—No evidence taking active steps demonstrating serious intention to resume use, merely bare statement—Appeal dismissed—Important in cases where non-use conceded and registrant pleading "special circumstances" that evidence filed provide detail to lend substance to assertion—Insufficient details provided to justify absence of use for almost two years, steps corroborating intention to resume use—Appellant not meeting onus of satisfying Court Registrar failed to properly interpret or consider facts submitted—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45.

ARROWHEAD WATER CORP. v. ARROWHEAD SPRING WATER LTD. (T-737-92, Rouleau J., judgment dated 9/2/93, 7 pp.)

REGISTRATION

Appeal under Trade-marks Act, s. 56(1) from Registrar of Trade-marks decision refusing application to register trade mark "The Mild One" for cigarette tobacco and cigarettes—Appellant disclaiming right to exclusive use of word "Mild" with respect to cigarette tobacco and cigarettes—New evidence filed herein not before Registrar—At least 10 similar trade marks registered in form sought by appellant—Appellant's mark as a whole distinctive—Registration in all other cases accepted—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12(1)(b), 35, 56(1).

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. v. R.J. REYNOLDS TOBACCO Co. (T-237-92, Rothstein J., judgment dated 3/3/93, 6 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résumant les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ALIMENTS ET DROGUES

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *mandamus* contraignant le ministre à examiner des présentations concernant de nouveaux produits médicamenteux appelés Apo-A et Apo-B afin de déterminer si elles établissent de façon adéquate l'innocuité et l'efficacité de ces produits en vue de leur utilisation au Canada «sans poser pour condition préalable que le produit de référence testé dans les études de biodisponibilité comparative soit acheté au Canada, ou que le fabricant du produit de référence canadien certifie que celui-ci est identique au produit de référence étranger».—La requérante sollicite également une ordonnance contraignant l'intimé à délivrer des avis de conformité à l'issue de l'examen si ce dernier est satisfaisant ou, s'il ne l'est pas, à donner son avis sur la présentation avec un exposé détaillé des défauts relevés—Apotex fabrique et distribue des produits pharmaceutiques génériques—Présentations de drogue nouvelle concernant des médicaments dont la Direction générale de la protection de la santé (DGPS) avait approuvé la marque originale pour la vente au Canada et pour lesquels la FDA avait déjà donné son approbation aux É.-U.—Les présentations d'Apotex comprenaient une étude de biodisponibilité comparant le nouveau produit avec un produit de référence non obtenu au Canada, à savoir avec celui du créateur américain—La DGPS a informé la requérante que la présentation était inadéquate parce que l'étude de biodisponibilité était incomplète—Questions fondamentales: (1) portée du pouvoir discrétionnaire dévolu au ministre à l'égard de la preuve dont il doit tenir compte dans une présentation de nouvelle drogue; et (2) norme appropriée d'intervention de la Cour au moyen du contrôle judiciaire relativement à ce pouvoir discrétionnaire—La preuve établit que la DGPS a refusé d'accepter la preuve de l'équivalence des produits des créateurs américain et canadien—La politique selon laquelle l'étude de biodisponibilité visant à établir l'innocuité et l'efficacité des nouveaux produits médicamenteux génériques doit être faite par rapport à un produit qui est déjà sur le marché canadien n'a été établie qu'au cours de l'année qui a suivi la présentation du produit Apo-A par Apotex—Même après, la politique n'était pas uniformément mise en œuvre—Le refus d'examiner l'ensemble de la présentation du produit Apo-A en raison de cette politique constitue un exercice injuste du pouvoir de réglementation ainsi qu'une restriction illicite du pouvoir discrétionnaire du ministre—Apotex a droit à l'examen de son étude de biodisponibilité—Le pouvoir discrétionnaire conféré au directeur exige une expertise spéciale en science pure et en science

ALIMENTS ET DROGUES—Fin

appliquée—Le jugement influe non seulement sur les droits de la requérante, mais aussi sur la santé des autres—Un pouvoir discrétionnaire de ce genre justifie l'application du principe de non-intervention judiciaire, reconnaissant l'expertise et les responsabilités spéciales du ministre et de ses conseillers—Dans le cas d'un contrôle judiciaire exercé contre les tribunaux administratifs spécialisés dont les décisions, fondées sur leurs expertise et expérience particulières, sont définitives sans possibilité d'appel ou de révision, les tribunaux judiciaires n'interviendront que si la loi est interprétée de façon manifestement déraisonnable—Le même critère s'applique en l'espèce—Rien ne permet à la Cour de juger que la condition posée par la DGPS, au sujet d'une étude satisfaisante comparant deux médicaments, est manifestement déraisonnable ou excède le pouvoir discrétionnaire du directeur—Rien ne justifie une ordonnance de *mandamus* à l'égard de la présentation de la nouvelle drogue Apo-A—Les dépens ne sont pas adjugés—La DGPS a parfois agi d'une façon dissimulée, sinon vraiment trompeuse—L'avis de conformité a été émis à l'égard de l'Apo-B après l'audience—La demande, en ce qui concerne le produit Apo-B, n'a qu'un caractère théorique—De même qu'un fait nouveau survenu après le procès et le jugement mais avant l'audition de l'appel peut faire perdre toute valeur pratique aux moyens d'appel, un fait nouveau survenu après l'audition mais avant la décision peut également le faire—Les circonstances énoncées par le juge Sopinka dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, justifiant l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire pour trancher une question sans valeur pratique n'existent pas—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 30(1)—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, C.08.001, C.08.002, C.08.004 (mod. par DORS/85-143, art. 3; 88-257, art. 1).

APOTEX INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1877-91, ordonnance en date du 19-1-93, 48 p.)

ASSURANCE

Action en dommages-intérêts intentée par un assureur personnellement et à titre de subrogé aux droits de ses assurés—Le véhicule des assurés qu'on croyait avoir été volé alors qu'il était garé à l'Aéroport international de Montréal (Mirabel)

ASSURANCE—Fin

avait en fait été égaré à cause d'une erreur dans le relevé de la numérotation de la plaque dudit véhicule—La demanderesse a versé à ses assurés la somme de 16 223,09 \$ pour le remplacement du véhicule et réclame la somme de 5 654,89 \$ à titre de coût de remplacement—La défenderesse a admis devoir la somme de 832,67 \$ pour le coût de location d'une voiture—La réclamation ayant pris naissance au Québec, ce sont les règles de la responsabilité civile délictuelle de l'art. 1053 du Code civil qui s'appliquent—La demanderesse a seulement droit, à titre de subrogée, au montant de 832,67 \$ qu'a reconnu lui devoir la défenderesse—La demanderesse n'a pas un droit direct contre la défenderesse en vertu de l'art. 1053, vu le contrat synallagmatique que constitue la police d'assurance consentie par l'assureur à ses assurés et vu l'absence du lien de causalité entre la faute des préposés de la défenderesse et les coûts, dépenses et pertes résultant de l'exécution, par la demanderesse, de son obligation contractuelle—Action accueillie en partie—Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

SSQ, SOCIÉTÉ D'ASSURANCES GÉNÉRALES INC. C. CANADA (T-259-91, juge Pinard, jugement en date du 22-1-93, 6 p.)

BREVETS

Revendication d'un brevet jugée invalide dans la même affaire ((1989), 28 C.P.R. (3d) 397 (C.F. 1^{re} inst.)) pour le motif qu'elle était vague et imprécise—Appel à la Cour d'appel fédérale accueilli ((1992), 44 C.P.R. (3d) 161); affaire renvoyée au juge de première instance en vue de la poursuite de l'instruction—L'invention revendiquée va au delà de l'invention qui a été faite—Les demanderesses n'ont pas le droit de rédiger des revendications de portée générale, puis d'introduire des limitations dans les revendications afin de les soustraire à l'antériorité—Il appartient à la Cour d'interpréter les revendications et l'ensemble du brevet—Les revendications doivent être interprétées compte tenu du contexte du brevet dans son ensemble, et notamment du mémoire descriptif et des dessins—Une revendication ne saurait être invalidée par suite d'une interprétation trop technique—En l'espèce, les revendications ne décrivent pas l'invention alléguée—La revendication 1 est invalide parce qu'elle a une portée plus grande que l'invention.

RELIANCE ELECTRIC INDUSTRIAL CO. C. NORTHERN TELECOM LTD. (T-566-84, juge Reed, jugement en date du 10-2-93, 16 p.)

CONTREFAÇON

Brevet concernant un assouplisseur de tissus expirant en 1994—Les demanderesses sollicitent un jugement déclaratoire portant que le brevet est valide, des dommages-intérêts ainsi qu'une injonction fondée sur la prétendue contrefaçon du brevet par les défenderesses—Les défenderesses ont présenté une demande reconventionnelle, sollicitant un jugement déclaratoire selon lequel le brevet est invalide ainsi que l'invalidation du brevet—*Obiter*: une réforme s'avère nécessaire dans le domaine des litiges concernant des brevets de nature non mécanique car les juges ne connaissent rien à une matière hermétique (la chimie) ont du mal à discerner, parmi les «vérités scientifiques» celles qui sont plausibles—Des points litigieux sensiblement identiques à ceux dont la Cour est saisie ont été

BREVETS—Suite

réglés devant le tribunal fédéral de première instance du district du New Jersey par une ordonnance sur consentement définitive—Question de savoir si les défenderesses sont dans l'impossibilité, vu l'autorité de la chose jugée, de contester la validité du brevet—La notion de la chose jugée ne s'applique pas: (1) le règlement pragmatique ne règle pas la question de la contrefaçon ou de la validité du brevet; (2) la transaction limite son application au «territoire des États-Unis»; (3) la preuve extrinsèque orale établit que la transaction a été confirmée et expressément limitée aux brevets américains et au territoire des États-Unis; rien n'a été réglé à l'échelle mondiale—Les défenderesses ne sont donc pas plus dans l'impossibilité de contester la validité que les demanderesses ne le sont d'alléguer la contrefaçon—Aucune fin de non-recevoir fondée sur l'acquiescement—Un simple retard ne rend pas une action irrecevable, ni ne trahit un acquiescement—Présomption de validité—Selon la prépondérance des probabilités, les défenderesses ont omis de démontrer l'invalidité—Les contestations du brevet par les défenderesses, fondées sur l'absence de caractère ingénieux, de nouveauté, d'utilité et de procédures en cas de conflit, ou fondées sur le caractère évident, l'ambiguïté et l'antériorité ont été rejetées—Les revendications ne sont pas trop générales (elles ne revendiquent pas plus que ce que l'inventeur a réellement inventé ou décrit dans le brevet): *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555 et *Monsanto Company c. Le commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108—La recommandation que la Cour suprême a faite dans *Burton Parsons*, d'éviter d'être trop formaliste, pointilleux ou trop rusé en invalidant les brevets, est prise en considération—Contrefaçon établie: les défenderesses ont violé le brevet en employant un agent distributeur, le monostérate de sorbitane, SMS, mélangé à un agent d'assouplissement de tissus pour créer une substance constituant le revêtement d'une feuille ou d'une bande de support que renfermaient toutes les formulations du produit «Bounce» qu'elles ont fabriqué ou commercialisé au Canada—Les demanderesses ont droit aux redevances sur toutes les ventes du produit «Bounce» fabriqué au Canada, avec l'intérêt avant jugement sur la demande non liquidée à compter de la date du dépôt de la déclaration ou d'une date antérieure établie par la preuve—Aucune injonction permanente n'est accordée (le fait que le brevet doit expirer en 1994 est pris en considération)—Les dépens entre parties sont adjugés en faveur des demanderesses.

UNILEVER PLC C. PROCIER & GAMBLE INC. (T-2534-85, juge Muldoon, jugement en date du 9-2-93, 125 p.)

Appel du jugement de première instance par lequel il a été conclu que le brevet était valide et que les appelantes étaient coupables de contrefaçon—Appel incident contre le refus d'accorder des dommages-intérêts exemplaires—Depuis 1965, Lubrizol Corp. est titulaire d'un brevet américain (le brevet LeSuer) concernant un dispersant sans cendres utilisé pour garder en suspension les impuretés qui s'accumulent dans l'huile à moteur—Le brevet et tout autre brevet dont Lubrizol était détentrice renfermant des substances visées par le brevet LeSuer, c'est-à-dire par le brevet en litige, ont été donnés sous licence à Exxon et à Imperial—Brevet Meinhart en litige—Imperial soutient qu'un nouveau procès doit être ordonné pour le motif que, dans son examen de la validité du brevet et de la contrefaçon, le juge de première instance a omis de tenir compte d'un grand nombre de questions—Mention d'arrêts

BREVETS—Suite

portant sur la norme de révision en appel—Avant que Lubrizol n'eût demandé une injonction interlocutoire en l'espèce, Exxon avait acquiescé au jugement devant une cour américaine de district et avait accepté de verser 86 millions de dollars à Lubrizol—Jugement déclarant le brevet valide—Le juge de première instance a déclaré que la défenderesse avait fait face à une tâche presque impossible en tentant d'arguer de l'invalidité du brevet—L'acquiescement à un jugement prononcé par une instance étrangère à l'égard d'un brevet équivalent est toujours important mais n'est jamais déterminant à l'égard d'une question particulière—Bien que des brevets étrangers puissent être presque identiques, il est peu probable que le droit étranger le soit et il faut en faire la preuve—Le fait qu'en droit américain, la priorité est fonction du dépôt de la demande, alors que le droit canadien reconnaît la priorité au premier inventeur, est une différence cruciale—Les conclusions tirées par cette Cour dans la demande d'injonction interlocutoire, où il s'agissait de savoir si Lubrizol avait établi qu'elle avait une cause défendable suffisante, quant à la validité, pour justifier l'octroi d'une injonction, et non si le brevet était valide, ne sont pas déterminantes—Le juge de première instance n'a pas accordé de caractère déterminant à la décision américaine ou au jugement interlocutoire—Le juge de première instance n'a pas tiré de conclusion expresse au sujet de la date de l'invention, mais il a conclu que les allégations d'antériorité n'annulaient pas la validité du brevet—Imperial soutient que la date de l'invention est la date effective du dépôt de la demande du brevet canadien, compte tenu de l'art. 61(1) de la Loi sur les brevets, ou la date de priorité—Conflit entre la date de priorité et la date revendiquée par Lubrizol en 1969—Le juge de première instance a apparemment accepté la date d'invention revendiquée par Lubrizol—Le fait que les paramètres de la revendication n'ont pas été couchés par écrit avant que la demande de brevet américain soit finalisée ne mène pas à une conclusion contraire à celle du juge de première instance, quant à la date de l'invention—La loi n'exige pas que les revendications du brevet aient été formulées avant le moment où il est conclu que l'invention a été faite—Si l'inventeur invoque une date d'invention antérieure à la date de priorité, il doit établir cette date par une preuve forte, selon la prépondérance des probabilités—La preuve qu'une composition a été faite d'après l'invention peut être acceptée comme preuve de la date de l'invention—À la fin de 1969, plusieurs compositions avaient été réalisées à l'intérieur des paramètres finalement définis et la commercialisation était envisagée—Cela appuie la conclusion selon laquelle la date de l'invention n'était pas postérieure à 1970—Étant donné que le produit contrefait d'Exxon n'a commencé à être fabriqué qu'au milieu de 1971, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en ne le considérant pas expressément comme précédant l'invention—Étant donné que la date de l'invention n'était pas postérieure à 1970, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en omettant d'examiner la brevetabilité d'une catégorie de substances compte tenu de l'emploi antérieur d'une substance appartenant à cette catégorie—Il n'a pas commis d'erreur en concluant que le brevet était valide—La conclusion tirée par le juge de première instance, que le mémoire descriptif et les revendications avaient été formulés avec précision, équivaut à dire qu'ils parlent adéquatement par eux-mêmes—Le juge de première instance a interprété les revendications—Il n'a pas été établi que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et

BREVETS—Suite

dominante en acceptant ou rejetant certains éléments de preuve permettant de calculer le rapport de succination—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant à la contrefaçon—Le contrat de licence devrait expirer à la date d'expiration du brevet LeSuer ou, en cas de défaut d'Exxon, sur préavis de 60 jours par Lubrizol—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le contrat de licence ne conférait pas à la défenderesse le droit d'utiliser la composition lubrifiante sans violer le brevet des demandereses—En l'absence de conclusion du juge de première instance, la date de l'avis de résiliation par Lubrizol est désignée comme étant le dernier jour de la période pendant laquelle les produits fabriqués par Imperial n'ont pas, en raison de la licence, constitué une contrefaçon—Le juge de première instance a conclu que les demandereses avaient réagi dès qu'elles avaient appris qu'il y avait contrefaçon probable et avaient intenté une action dans le délai qui leur était imparti—L'octroi de la faculté de se prévaloir de la comptabilisation des bénéfices est un redressement de nature discrétionnaire et la cour d'appel ne modifiera la décision que s'il y a eu erreur quant au principe ou appréciation fautive des faits, ou encore si l'ordonnance prononcée n'est pas juste et raisonnable—Le juge n'a commis aucune erreur en accordant à Lubrizol la faculté de se prévaloir de la comptabilisation des bénéfices—Imperial soutient qu'étant donné que certains produits ont été fabriqués et vendus en Alberta, la prescription de deux ans prévue à l'art. 51f) de la Limitation Act de l'Alberta s'applique—Elle soutient qu'étant donné que le droit d'obtenir des dommages-intérêts par suite de la contrefaçon du brevet découle de l'art. 57 de la Loi sur les brevets, la cause d'action provient de la «violation d'une obligation imposée par la loi»—L'art. 51f) ne vise pas la perte purement financière, mais s'applique au préjudice matériel—Puisque l'action en contrefaçon de brevet est une action pour quelque chose qui est arrivé au breveté, et non au brevet, cet article ne s'applique pas à l'objet de l'action—Le délai de prescription pertinent fixé par la loi de l'Alberta est de six ans—Étant donné qu'il n'y a pas eu contrefaçon avant la résiliation de la licence, et que l'action a été intentée dans les six mois suivant cette date, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la question de la période de prescription n'avait aucune importance—Dans ses motifs, le juge de première instance ne mentionne pas les intérêts avant jugement—L'art. 138(1b) de la Loi sur les tribunaux judiciaires confère à celui qui a droit à une ordonnance de paiement d'une somme d'argent le droit aux intérêts avant jugement depuis la date où elle a avisé par écrit le débiteur de sa demande—Selon l'art. 140, le juge peut fixer à sa discrétion le taux des intérêts avant jugement—Imperial n'a été avisée par écrit de la demande de Lubrizol qu'au moment de la signification de la déclaration—Il incombe à la partie qui demande des intérêts pour une période autre que celle prévue à l'art. 138(1b) de justifier la modification du taux fixé—Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable—Imperial a délibérément violé le brevet—Il semble juste et raisonnable d'octroyer des intérêts avant jugement à compter de la date où le dommage a été subi ou les bénéfices réalisés—Jugement modifié en conséquence—Le juge de première instance a manifesté certaines préoccupations au sujet de la conduite de la défenderesse, mais il a statué qu'il ne disposait pas de suffisamment de preuves pour conclure que cette dernière avait manifesté à l'égard des droits des demandereses

BREVETS—Fin

et du système des brevets une complète indifférence justifiant l'octroi de dommages-intérêts exemplaires—Le juge de première instance a mal apprécié la question—Une indifférence complète à l'égard de l'injonction interlocutoire donne ouverture à des dommages-intérêts exemplaires—Le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon incorrecte en refusant d'octroyer des dommages-intérêts exemplaires—Lubrizol a droit à ce qu'il soit statué sur sa demande de dommages-intérêts exemplaires—En l'absence de conclusions de fait pertinentes tirées par le juge de première instance, la Cour d'appel n'est pas en mesure de résoudre la question des dommages-intérêts exemplaires et l'affaire est renvoyée au juge de première instance—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 28(1), 34(2), 43(1), 61(1)—Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-1, art. 4(1), 51—Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45(1)g),h)—Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 138(1)b), 140c)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b)(iii)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 337(2)b).

IMPERIAL OIL LTD. C. LUBRIZOL CORP. (A-737-90, juge Mahoney, jugement en date du 4-12-92, 44 p.)

Appel de la décision ((1991), 35 C.P.R. (3d) 417) par laquelle la Section de première instance a accordé une injonction interdisant à l'appelante de violer le brevet des intimés—Brevet concernant du scaferlati, c'est-à-dire du tabac utilisé pour rouler et faire des cigarettes—L'appelante et l'intimée Rothmans, Benson & Hedges Inc. fabriquent et vendent un produit similaire composé de cartouches de tabac préformées non fumables qui permettent de faire soi-même des cigarettes ainsi que des tubes de papier à cigarette préformés—Le brevet de l'intimée a été redélivré parce que les revendications 1, 19 et 26 n'étaient pas suffisamment distinctes pour les distinguer clairement des revendications faites dans une demande de brevet néerlandaise publiée en 1968 (la demande Velasques)—Appel limité au brevet redélivré—Le juge de première instance a conclu qu'en février 1984, l'invention des intimés n'était pas évidente—L'antériorité et le caractère évident sont des notions différentes—On peut utiliser une invention antérieure pour l'application des deux critères, mais à des fins différentes—La cartouche de tabac revendiquée par les intimés est nouvelle par rapport à ce qui est décrit dans le document Velasques—Le fait que le juge de première instance a conclu que l'invention des intimés n'avait pas été devancée ne constitue pas une erreur manifeste ou dominante—Le caractère évident est une question de fait—Les conclusions tirées par le juge de première instance au sujet de l'évidence ne devraient pas être modifiées à la légère—Le brevet Efka n'était pas évident, et le critère d'ingéniosité décrit dans *Hoechst c. Halocarbon (Ontario) Ltd. et autre*, [1979] 2 R.C.S. 929, a été satisfait—Le succès commercial n'est qu'un des nombreux faits dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a inventivité—Le juge de première instance a bien évalué la preuve—Le succès du produit des intimés tenait pour une large part à son caractère unique—Appel rejeté—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2, 47, 55.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. C. IMPERIAL TOBACCO LTD. (A-398-91, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 12-2-93, 24 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Compétence de la Cour fédérale*

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant que la demande de contrôle judiciaire soit tranchée—Il n'existe pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour permettre au requérant de demander le droit d'établissement depuis le Canada—Le requérant fait l'objet d'une mesure d'expulsion—La mesure n'est pas contestée—La décision rendue dans *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (92-T-1647, ordonnance en date du 17-11-92, C.F. 1^{re} inst., non publiée) est appliquée—Le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi n'est pas accordé si la validité de la mesure n'est pas contestée—L'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale ne s'applique pas—La Cour n'a pas compétence pour accorder le redressement demandé—Demande rejetée.

PAUL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (93-T-86, juge Noël, ordonnance en date du 29-1-93, 4 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant le règlement de la demande d'autorisation d'engager des procédures de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration—En arrivant au Canada en 1988, le requérant, qui venait du Ghana, a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Le 11 avril 1992, il a épousé une citoyenne canadienne—Le 21 avril, il a été conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision rejetée—Le 15 mai, le requérant a demandé à obtenir le droit d'établissement depuis le Canada—La demande a été rejetée, parce que l'agente d'immigration doutait de l'authenticité du mariage—La décision n'a été communiquée au requérant qu'après que la date du renvoi du Canada eut été fixée—En l'absence d'objections à la compétence que possède la Cour d'examiner le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi ou de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, et en dépit des décisions restreignant la compétence de la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour surseoir à la mesure de renvoi, la Cour peut, dans des circonstances appropriées, exercer son pouvoir discrétionnaire pour surseoir à l'exécution de la mesure en vertu de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale, qui lui permet de prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive—Demande accueillie—Une question sérieuse est soulevée en ce qui concerne l'obligation d'équité dont l'agente doit s'acquitter en informant le requérant des doutes particuliers que suscitent des incohérences perçues dans les réponses au questionnaire données par les époux avant d'arriver à une conclusion sur l'authenticité du mariage—La perturbation des interdépendances et des liens familiaux constituerait un préjudice irréparable si l'ordonnance provisoire n'était pas accordée et si l'autorisation de solliciter un contrôle judiciaire était accordée—La prépondérance des inconvénients fait pencher la balance en faveur de l'octroi d'un sursis—Le sursis ne fait que différer l'exercice des responsabilités que la Loi confère au ministre—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 53).

AGYAKWA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1744, juge MacKay, ordonnance en date du 9-3-93, 6 p.)

PRACTIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande d'annulation d'une mesure d'exclusion—À l'enquête sur le minimum de fondement qui a eu lieu en décembre 1990, le requérant, qui est un demandeur du statut de réfugié originaire de la Trinité, a fait savoir qu'il entendait soutenir que les art. 23(4), 34 et 46 de la Loi sur l'immigration étaient inopérants parce qu'on avait omis de prévoir une audience dans un délai raisonnable, en violation de la Charte—En vue de fournir le fondement factuel d'une contestation fondée sur la Charte, comme l'a exigé la Cour suprême dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, et dans *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, le requérant a demandé ou bien (1) un ajournement jusqu'après le 4 février 1991, date à laquelle trois agents d'immigration supérieurs devaient témoigner dans une autre affaire où la même question s'était posée au sujet des motifs du retard, ou bien (2) la délivrance d'une assignation pour exiger que l'un des agents témoigne à cet égard en l'espèce—L'arbitre a d'emblée rejeté les deux requêtes, en déclarant: [TRADUCTION] «Nous n'allons pas attendre jusqu'au 4 février» et: [TRADUCTION] «Je ne vais pas envisager d'assigner des témoins pour que vous articuliez votre cause»—L'art. 112 de la Loi sur l'immigration confère à l'arbitre le pouvoir d'enjoindre par citation aux personnes ayant connaissance de faits se rapportant à l'enquête dont il est saisi de comparaître comme témoin—Demande accueillie—L'omission de demander une assignation lorsque l'arbitre a été saisi de la question pour la première fois ne constitue pas la perte du droit de le faire—Il convient encore de demander l'assignation à l'audience où le tribunal a pour la première fois été constitué—Étant donné que la délivrance des assignations est un pouvoir expressément conféré à l'arbitre par l'art. 112, en l'absence de règles précises, l'assignation ne devrait pas être automatiquement accordée—La délivrance d'une assignation est faite dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire—Dans les affaires pénales, la délivrance des assignations exige l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour décider que la personne devant témoigner présentera probablement des éléments de preuve importants dans la procédure—L'art. 112 exige un exercice similaire du pouvoir discrétionnaire de la part de l'arbitre—Le juge n'a pas déterminé les critères dont l'arbitre doit tenir compte dans l'exercice de ce pouvoir parce que ce dernier a omis de prendre en considération quelque critère que ce soit—L'arbitre a accordé tant d'importance à la condition selon laquelle la procédure devait se dérouler d'une façon expéditive qu'il était impossible de tenir compte d'autres facteurs—En omettant d'exercer son pouvoir discrétionnaire quant à la délivrance de l'assignation, lorsque l'articulation d'une question relative à la Charte exigeait l'établissement d'un fondement factuel auquel la déposition d'un témoin pourrait se rapporter, l'arbitre a refusé au requérant une audience impartiale—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 112—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11, (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/89-103, art. 24(2)—Règles de la Section d'appel de l'immigration, DORS/90-738, art. 31(2).

DIPCHAND C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-619-91, juge MacGuigan, J.A., jugement en date du 10-2-93, 6 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a refusé d'attribuer la citoyenneté à l'appelant pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions de résidence imposées par l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—L'appelant n'avait accumulé que 357 jours sur les 1 095 jours requis—Appel rejeté—L'art. 5(1)c) vise à garantir que quiconque se voit attribuer la citoyenneté canadienne a obligatoirement eu la possibilité quotidienne de «se canadieniser» en côtoyant des Canadiens partout où il est possible de rencontrer des Canadiens et de parler avec eux durant les trois années requises—L'arrêt *Papadogiorgakis (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.) a forcé le sens de l'art. 5(1)c) au point de le rendre presque méconnaissable si son but clair est reconnu et invoqué—Ceux qui veulent obtenir la citoyenneté doivent d'abord partager le sort des Canadiens en vivant parmi eux au Canada durant trois des quatre années précédant la demande, afin de se canadieniser—Ils ne peuvent pas le faire à l'étranger, car la vie et la société canadiennes n'existent qu'au Canada—De nombreux immigrants viennent de pays théocratiques ou autocratiques où la Constitution du Canada, et notamment la Charte canadienne des droits et libertés, avec les libertés qu'elle garantit, ne seraient jamais tolérées—Il faut au moins trois ans pour comprendre les libertés reconnues au Canada et s'y adapter, selon l'art. 5(1)c)—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

POURGHASEMI (RE) (T-80-92, juge Muldoon, jugement en date du 11-3-93, 5 p.)

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a refusé d'attribuer la citoyenneté à l'appelant pour le motif que celui-ci ne remplissait pas les conditions de résidence imposées par l'art. 5(1)c) de la Loi—L'appelant a fréquenté l'école au Canada de 1972 à 1975—En 1988, il a été admis au Canada à titre de résident permanent, en compagnie de son épouse—Avant de venir au Canada, il a vendu sa maison et sa voiture à Hong Kong, a quitté son emploi et a expédié tous ses meubles au Canada—Il a acheté une maison et une voiture au Canada—En 1991, il a constitué une société canadienne sous le nom de laquelle il exerce sa profession d'ingénieur-conseil—Il a obtenu une assurance automobile, a ouvert des comptes de banque et s'est inscrit au régime d'assurance-maladie—Il manque 305 jours sur les 1 095 jours requis—Les conditions de résidence visent à garantir que les requérants qui se voient attribuer la citoyenneté «se canadieniser» en côtoyant des

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

Canadiens, c'est-à-dire à éviter d'attribuer la citoyenneté canadienne à quelqu'un qui est étranger pour ce qui est de son vécu, de son degré d'adaptation sociale, de sa pensée, de sa conception des choses: *Pourghasemi (Re)*, [1993] 1 C.F. F-5 (1^{re} inst.)—Appel accueilli—Le juge de la citoyenneté a commis une erreur en décidant que l'appelant n'avait pas effectivement résidé parmi les Canadiens—Il a passé sous silence le fait que l'appelant était allé à l'école pendant trois ans au Canada—L'appelant a fait tout ce qui était nécessaire pour installer sa demeure et son entreprise au Canada—L'appelant s'est en fait «canadianisé»—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c.

Lo (Re) (T-1908-92, juge Teitelbaum, jugement en date du 18-3-93, 4 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

L'appelant a été arrêté et torturé plusieurs fois dans le Pendjab, en Inde, par suite de son adhésion à la All India Sikh Student Federation—La Commission du statut de réfugié a conclu que les autorités du Pendjab l'avaient persécuté et qu'il aurait été un réfugié au sens de la Convention s'il n'avait pas eu d'autre choix que de fuir l'Inde, mais qu'il avait eu la possibilité de s'installer dans une autre région de l'Inde et d'y vivre en toute sécurité—Le maintien du droit et de l'ordre relève principalement des gouvernements d'États de l'Inde, mais le gouvernement central administre le Pendjab depuis le mois de mai 1987—Les autorités qui ont arrêté, détenu et torturé l'appelant étaient des agents du gouvernement central—L'appelant prétend qu'une personne qui craint avec raison d'être persécutée par les agents du gouvernement central dans le Pendjab a nécessairement raison de craindre d'être persécutée par les mêmes agents ailleurs en Inde—Il soutient que la Section du statut a commis une erreur en concluant qu'il avait la possibilité de se réfugier ailleurs en Inde—Appel rejeté—La Section du statut a dûment examiné les conditions qui prévalaient dans d'autres parties de l'Inde et elle disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que l'appelant soit persécuté par des agents du gouvernement central s'il s'établissait à l'extérieur du Pendjab.

SAINI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-750-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 22-3-93, 3 p.)

COURONNE**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Appel d'un jugement radiant la déclaration pour le motif qu'elle ne révélait pas de cause raisonnable d'action—Dans sa déclaration, l'appelante allègue qu'elle souffre d'une maladie débilitante imputable à un empoisonnement aux pesticides—Elle plaide la violation d'une obligation légale, la violation par négligence de lois et règlements fédéraux par les ministres chargés de leur application, l'omission, par négligence,

COURONNE—Fin

d'adopter des lois qui, si elles avaient été adoptées, auraient apparemment empêché qu'elle soit atteinte de la maladie—Elle plaide également que, pour remplir les obligations imposées par l'art. 7 de la Charte, le ministre était tenu de refuser ou d'annuler l'enregistrement de produits chimiques et de formulations en vue de leur emploi comme produits antiparasitaires qui causent des altérations neurologiques irréversibles—Appel rejeté—Il est bien établi que «la notion d'un délit civil spécial de violation d'une obligation légale qui donnerait droit à des dommages-intérêts sur simple preuve d'une violation et d'un préjudice doit être rejetée»—Il est également bien établi que Sa Majesté ne peut être poursuivie en responsabilité délictuelle relativement aux décisions concernant des questions de nature purement politique, même s'il existe une obligation de diligence, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques—En l'espèce, les décisions sont de nature purement politique, par opposition à des décisions se rapportant à la mise en œuvre d'une politique adoptée—Les ministres eux-mêmes (c'est-à-dire le niveau le plus élevé d'autorité au sein de ces organismes gouvernementaux) ont exercé le pouvoir de décision prévu par les lois et les règlements, dans la mesure où ils sont invoqués comme fondement de la présumée cause d'action en responsabilité délictuelle—La décision du gouvernement du Canada de prendre ou de s'abstenir de prendre des mesures législatives générales traduisant sa politique actuelle ne saurait donner ouverture à une action en responsabilité délictuelle de la part d'un simple citoyen—L'appelante reproche à l'intimée d'avoir fait preuve de négligence en ne l'avertissant pas que les produits antiparasitaires présentaient divers dangers parce qu'il s'agissait de neurotoxines à effet retardé—Comme la décision d'enregistrer et de permettre aux produits antiparasitaires de demeurer enregistrés sont des décisions de politique dont la bonne foi n'est pas contestée (ou déterminait que l'utilisation des produits antiparasitaires dans les circonstances énoncées dans la loi ne présentait aucun danger pour le public), il n'existe aucun motif permettant de conclure que l'intimée a manqué à son devoir d'avertir l'appelante—L'art. 7 de la Charte, qui garantit le droit à la vie et à la sécurité de la personne, n'impose pas au ministre de l'Agriculture l'obligation de refuser ou d'annuler un enregistrement particulier en vertu de la Loi sur les produits antiparasitaires—La validité des dispositions législatives conférant au ministre le pouvoir discrétionnaire d'enregistrer ou de refuser d'enregistrer un produit antiparasitaire n'est pas contestée dans la plaidoirie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7—Règlement sur les produits antiparasitaires, C.R.C., ch. 1253, art. 18d(ii), 20—Loi sur les produits antiparasitaires, L.R.C. (1985), ch. P-9, art. 6—Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16, art. 2a), 15a(ii)—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 4a), b).

KUCZERPA C. CANADA (A-1170-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 3-3-93, 6 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LES DOUANES**

Demande présentée en vertu de l'art. 68 de la Loi sur les douanes en vue de l'obtention de l'autorisation d'interjeter appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur—La requérante a une cause défendable quant au fond car la question soulevée est une question de droit: la définition légale du concept «effectuées» figurant à l'art. 48(5)c) de la Loi sur les douanes—Avis de requête en autorisation de faire appel déposé le 13 octobre 1992—Le délai de quatre-vingt-dix jours prévu à l'art. 68(1) a expiré le 20 octobre 1992—Audition de la demande d'autorisation de faire appel ajournée *sine die* le 26 novembre 1992—La CAF a statué que la Section de première instance avait compétence exclusive pour connaître des appels interjetés sous le régime de l'art. 68(1)—La demande d'autorisation d'appel et la demande d'appel ne sont pas des démarches procédurales distinctes—L'autorisation accordée en vertu de l'art. 68(1) donne un effet rétroactif à l'appel pour qu'il soit considéré comme ayant été interjeté à la date à laquelle la demande d'autorisation de faire appel a été déposée—Demande accueillie—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 48(5)c), 68(1).

NORDIC LABORATORIES INC. C. SOUS-MINISTRE M.R.N.,
DOUANES ET ACCISE (92-T-1636, juge Reed, ordonnance
en date du 9-3-93, 4 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL**DROITS ANCESTRAUX OU ISSUS DE TRAITÉS**

Action visant à forcer le ministre des Pêches et des Océans à délivrer des permis pour récolter des œufs de hareng déposés sur des branches ou des algues—La bande revendique le droit ancestral de pratiquer ce genre de pêche, non seulement à des fins alimentaires et cérémonielles, mais aussi à des fins commerciales—Action rejetée—Historiquement, ce commerce se faisait au moyen du troc avec les autres peuples indiens et avec les non-autochtones—Le volume d'œufs récoltés, principalement à des fins de consommation, sur des branches et non sur des algues, était relativement faible—Il ne s'agissait pas d'un système de commercialisation—Cette pêche ne constituait pas une activité commerciale avant l'arrivée des Européens—Il n'a pas été établi que la récolte commerciale des œufs sur des algues était un droit ancestral—Il n'existe aucun droit aux permis demandés, et aucune obligation, pour le ministre, de délivrer les permis—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

BANDE INDIENNE HEILTSUK C. CANADA (T-1265-89, juge
Collier, jugement en date du 28-2-93, 4 p.)

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

En 1991, la requérante a déposé devant la Commission un projet de tarif pour 1992 pour l'exécution en public ou la com-

DROIT D'AUTEUR—Suite

munication par télécommunication de musique—Le projet a été publié dans la *Gazette du Canada* le 28 septembre, un avis étant donné selon lequel tout utilisateur éventuel ou son représentant pouvait s'opposer par écrit dans les vingt-huit jours—La Commission se préoccupait de ce que le manque d'oppositions était attribuable au fait que les utilisateurs éventuels n'étaient pas au courant des changements proposés—Elle a enjoint à la requérante d'envoyer à tous les titulaires de licences touchés par le tarif 13.B (concernant l'exécution en public de musique à bord des paquebots) un avis sous une forme qu'elle a précisée—La requérante a demandé le contrôle judiciaire de la décision pour le motif que la Commission avait outrepassé sa compétence—Par suite de la publication par la Commission, en 1991, du projet de tarif pour 1992, et après l'expiration du délai, la Commission a reçu des oppositions écrites, dont l'une provenait de la station de radio CFMX—Elle a ordonné à la requérante de répondre par écrit aux oppositions, même si elles avaient été reçues après la date limite—Par la suite, la Commission a conféré le statut d'intervenant à CFMX et lui a permis de participer à un échange de renseignements—(1) Demande d'annulation de la décision par laquelle la Commission enjoignait à la requérante de donner avis à des parties désignées accueillie; (2) demande d'annulation de la décision par laquelle la Commission acceptait, en vue de l'examen, les remarques déposées après la date limite rejetée; (3) demande d'annulation de la décision accordant à CFMX le statut d'intervenant rejetée—Ensemble, les art. 66.6 et 66.7 de la Loi sur le droit d'auteur prévoient maintenant un processus formel d'établissement de règlements, c.-à-d. des règles d'application générale, et un processus moins formel, laissé à la discrétion de la Commission, pour traiter les questions relatives aux audiences, à la réunion d'éléments de preuve, à l'exécution de ses décisions et à «toutes autres questions relevant de sa compétence»—(1) Il est loisible à la Commission de tenter elle-même d'obtenir des remarques d'une source quelconque, mais la Commission n'est pas autorisée à le faire en enjoignant à la requérante d'aviser certaines parties, les titulaires de licences actuels assujettis à des tarifs particuliers—La Commission est peut-être autorisée, en vertu de l'art. 66.6(1), à prévoir, par voie de réglementation générale, que le requérant qui cherche à faire modifier le tarif des droits existants avise les titulaires de licences actuels de cette modification, mais jusqu'à ce qu'elle le fasse, elle n'a pas le pouvoir d'ordonner à l'utilisateur/opposant qui a déposé des oppositions de donner avis de ses propositions, ou de ses oppositions, à une autre partie qui ne prend pas part à la procédure devant elle—Il ne s'agit pas d'une question «relevant de sa compétence» au sens de l'art. 67(1), compte tenu du processus particulier prévu par la Loi pour la prise de règlements concernant l'avis visé à l'art. 66.6(1)—(2) Les observations soumises à la Commission de quelque source ou à quelque moment que ce soit, qui sont considérées comme se rapportant à son rôle, y compris les observations faites en réponse à un avis que la Commission pourrait elle-même donner à d'autres, relèvent du pouvoir et de l'obligation d'examen de la Commission—C'est ce qui se dégage implicitement des pouvoirs que la Commission possède en tant qu'élément se rattachant nécessairement au rôle qu'elle tient de la Loi et cela est conforme au rôle qu'elle a d'agir dans l'intérêt public—Étant donné que la Commission dispose du pouvoir inhabituel de soulever d'office des oppositions, les observations faites par une partie intéressée, et non seulement

DROIT D'AUTEUR—Fin

par des utilisateurs éventuels qui peuvent déposer des oppositions à temps, peuvent servir de fondement aux oppositions de la Commission—Toutefois, seules les oppositions formelles faites sous le régime de la Loi par des utilisateurs/opposants, ou par la Commission elle-même, ainsi que le projet de tarif des sociétés, peuvent servir de cadre dans lequel les points litigieux doivent être tranchés lorsqu'il s'agit de fixer les droits qui peuvent être imposés à des titulaires de licences—(3) La Commission a le pouvoir de conférer le statut d'intervenant aux parties qui, à son avis, sont à même de contribuer à la solution des points litigieux soulevés devant elle, et le pouvoir de déterminer les droits procéduraux des intervenants individuels relève du pouvoir implicite que possède la Commission en tant qu'incident nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans l'intérêt public—Il est implicite au sens de l'art. 66.7(1), en tant que pouvoir relatif à «toutes questions relevant de sa compétence»—Il peut s'agir d'utilisateurs qui n'ont pas déposé d'oppositions dans les délais ou d'autres personnes qui, de l'avis de la Commission, ont un intérêt particulier justifiant leur participation aux procédures en tant qu'intervenants—Le pouvoir de la Commission de conférer le statut d'intervenant est distingué du pouvoir d'enjoindre à la requérante de donner avis à d'autres—La Loi est muette sur le premier point, mais elle prévoit expressément un avis public et l'établissement de règlements relativement à des avis—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2, 5, 66.6 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12), 66.7 (édicte, *idem*), 67 (édicte, *idem*), 67.1 (édicte, *idem*), 67.2 (édicte, *idem*)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (T-2991-91, T-108-92, juge MacKay, ordonnance en date du 12-2-93, 37 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire annuler la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur avait certifié et publié un «projet de tarif» (tarif 2D) devant être payé à SOCAN par Radio-Canada—La décision de la Commission n'est pas une «décision provisoire» en vertu de l'art. 66.51 de la Loi sur le droit d'auteur—La décision fixe, de façon définitive, la formule pour établir le tarif 2D pour 1991 et règle le fond du litige qui avait été soumis à la Commission—La Commission n'a pas outrepassé sa compétence en se fondant sur les paiements effectués par des radiodiffuseurs commerciaux du secteur privé—Les paiements effectués par les radiodiffuseurs privés sans lien de dépendance, relativement à des produits semblables ou identiques, sont utiles pour établir la valeur marchande réelle de ces produits—La compétence que possède la Commission pour décider que le tarif 2D devrait dépendre du tarif 2A n'est pas contestée—Demande rejetée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 66.51 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (A-794-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10-3-93, 5 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande visant à faire annuler une décision d'un tribunal d'appel qui a infirmé la décision d'un premier tribunal concernant la plainte du mis en cause à l'encontre de sa libération des Forces armées canadiennes—Le premier tribunal a décidé en faveur du plaignant en disant que la recommandation de la catégorie médicale du mis en cause avait été modifiée par un médecin militaire sans que ce dernier ait examiné le plaignant—Le tribunal d'appel a statué que l'intervention du médecin en question était pleinement justifiée vu qu'il n'avait d'autre choix que d'appliquer les normes médicales en vigueur—Les moyens invoqués par la Commission canadienne des droits de la personne ne sont pas fondés—Le tribunal d'appel a eu raison de reprocher au premier tribunal de ne pas avoir tenu compte d'une preuve qui n'était entachée d'aucune ambiguïté—Il a également eu raison de reprocher au premier tribunal d'avoir erronément attribué à l'élément d'obésité une place dominante—Le tribunal d'appel n'a pas excédé ses pouvoirs et n'a pas commis d'erreur de droit—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1), 7, 15a).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. FORCES ARMÉES CANADIENNES (A-943-91, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 18-2-93, 5 p.)

FONCTION PUBLIQUE**CESSATION D'EMPLOI**

Renvoi motivé—Demande visant à faire infirmer la décision par laquelle le comité d'appel a annulé la recommandation de renvoyer le fonctionnaire en vertu de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique pour incapacité de remplir ses fonctions—Le fonctionnaire s'était absenté de son travail pour des raisons de santé pendant des périodes totalisant 37 mois, du mois de septembre 1987 au mois d'août 1991—Le directeur a recommandé de renvoyer le fonctionnaire pour le motif que sa santé ne s'améliorerait probablement pas—Le comité d'appel a accueilli l'appel interjeté par le fonctionnaire en se fondant sur de nouveaux éléments de preuve—Le comité d'appel a commis une erreur de droit en ne tenant pas uniquement compte des faits existant au moment de la recommandation—La preuve ne peut porter que sur les faits existant au moment de la recommandation—La recommandation de renvoyer le fonctionnaire était raisonnable—Demande accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PRÉSIDENT DU COMITÉ D'APPEL—LOI SUR L'EMPLOI DANS LA FONCTION PUBLIQUE) (A-96-92, juge Décar, J.C.A., jugement en date du 11-3-93, 4 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande d'annulation d'une décision rendue par un arbitre à la suite du grief de l'intimé—Le requérant a reconnu avoir commis une erreur administrative en n'accordant pas à l'intimé les deux jours de congé auxquels il avait droit—Il lui a cepen-

FONCTION PUBLIQUE—Fin

dant offert de prendre ces deux jours de congé à sa convenance—L'arbitre a commis une erreur déraisonnable en accordant une indemnité pour l'erreur administrative commise et du seul fait de cette faute—Le fait pour une personne de ne pas pouvoir prendre ses vacances aux dates souhaitées ne crée pas en soi un préjudice—Il ne faut pas confondre déception et préjudice—L'arbitre a excédé sa juridiction en accordant des dommages-intérêts punitifs pour l'erreur commise—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LUSSIER (A-1235-91, juges Hugessen (dissident), Desjardins et Létourneau, J.C.A., jugement en date du 28-1-93, 7 p.)

FORCES ARMÉES

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance abrégant le délai entre le dépôt et l'audition d'une requête ainsi qu'en vue de l'obtention d'une mesure provisoire suspendant la mise en garde et la surveillance (MG et S) par les intimés jusqu'à l'audition des moyens à l'appui de l'avis de requête introductif d'instance de la requérante—La requérante, qui est membre des Forces armées canadiennes, s'est vu imposer la MG et S en raison d'un présumé contact avec des stupéfiants—Analyses d'urine au hasard ordonnées—La preuve montre que la requérante n'a pas personnellement consommé des stupéfiants illicites, mais qu'elle a simplement eu un «contact»—La requérante n'a été informée que le 4 novembre 1992 de la décision selon laquelle elle devait immédiatement faire l'objet d'une MG et S—Principes concernant la suspension des décisions administratives dans les affaires de droit public figurant dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110—La requérante cherche principalement à faire annuler la décision lui imposant la MG et S et, subsidiairement, un jugement déclarant la décision en question inopérante—Les militaires doivent exécuter tous les ordres et commandements militaires légitimes de leurs supérieurs—Les procédures administratives, dans le cas de la requérante, constituent une question de mesures disciplinaires, à l'exclusion d'une poursuite au criminel—La Cour n'est pas certaine qu'en l'espèce, la demande de réparation comporte une question sérieuse à trancher—Le premier critère est à peine respecté—Le second critère consiste à déterminer si la requérante subirait un préjudice irréparable en cas de refus de la suspension provisoire—La réputation de la requérante subirait un préjudice irréparable uniquement si celle-ci était soumise à des analyses d'urine extraordinaires—Le troisième critère est celui de la prépondérance des inconvénients—L'«intérêt public», qui est en l'espèce à juste titre considéré comme étant le bon ordre et la discipline des Forces canadiennes, doit être apprécié comme une partie importante de la prépondérance des inconvénients—Il n'a pas été démontré que l'ordre soumettant la requérante à la MG et S était illégitime ou dénué de fondement dans les faits—Demande de suspension rejetée sauf en ce qui concerne l'obligation de se soumettre aux examens d'urine extraordinaires.

GAYLER C. CANADA (DIRECTEUR—ADMINISTRATION DES CARRIÈRES (PERSONNEL NON OFFICIER), QUARTIER GÉNÉRAL DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-2885-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 4-3-93, 18 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a confirmé la cotisation fiscale du ministre pour 1978—La demanderesse, qui est un important fabricant de plastiques, fabrique de grandes quantités de polyéthylène—Elle a besoin d'un approvisionnement constant en éthylène—Elle a établi une coentreprise dans le but de construire et de posséder une usine de fabrication de produits pétrochimiques (Petrosar) qui produirait notamment de l'éthylène—La demanderesse détenait 20 % des actions ordinaires—La somme de 300 000 000 \$, sur le coût estimatif de 371 000 000 \$, devait être financée par les banques—Les actionnaires ont garanti le financement bancaire et ont accepté de financer les paiements d'intérêts et les remboursements obligatoires de capital, au besoin, jusqu'à ce que Petrosar atteigne certains ratios financiers—Les actionnaires ont convenu que s'il s'avérait nécessaire de fournir des fonds supplémentaires, ils souscriraient des débentures subordonnées de Petrosar—Les débentures étaient subordonnées aux prêts bancaires—Les banques ont exigé le refinancement—La structure de capital a été modifiée en 1978—Trois catégories d'actions privilégiées sans droit de vote ont été créées—Les prêts bancaires ont été échangés contre des actions privilégiées de la catégorie A—Les débentures subordonnées, de même que les intérêts exigibles, ont été échangés contre des actions de la catégorie C—Les actions de la catégorie C, d'une valeur nominale de 100 \$ chacune, ne devaient donner lieu à un versement de dividendes que si Petrosar était à jour à l'égard des dividendes des actions de la catégorie A et si certaines conditions relatives au fonds de roulement étaient remplies—Les actions de la catégorie C ne pouvaient être rachetées que si Petrosar était à jour dans ses obligations de rachat des actions de la catégorie A, si leur valeur nominale était supérieure à la moitié de celle des actions de la catégorie A et si les conditions relatives au fonds de roulement étaient remplies—La demanderesse a reçu 282 135 actions de la catégorie C représentant le montant de 25 122 600 \$ à titre de capital, plus 3 090 900 \$ à titre d'intérêts courus éventuels—L'annulation était la seule contrepartie reçue par Petrosar pour l'émission des actions de la catégorie C, et les actions de la catégorie C étaient la seule contrepartie reçue par les actionnaires pour avoir cédé les débentures et les intérêts courus—L'art. 12(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu exige que tout montant reçu par le contribuable dans l'année au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts soit inclus dans le calcul du revenu—La question litigieuse porte sur la valeur des actions de la catégorie C—La demanderesse soutient que les actions ne valent rien et que l'expression «somme» figurant à l'art. 12(1)c) s'entend de la valeur des droits ou des choses exprimée en argent, qui est la valeur réelle—L'art. 248(1) définit l'expression «somme» comme étant «de l'argent, des droits ou des choses exprimés sous forme d'un montant d'argent, ou leur valeur exprimée en argent»—Selon un arrêt américain, les contribuables auxquels on paye une créance en émettant des actions à valeur nominale calculent leur revenu en prenant pour base la valeur réelle desdites actions: *Commissioner of Internal Revenue v. Capento Securities Corporation*, 140 F.2d 382 (1st Cir. 1944) examiné—Comme dans l'arrêt *Capento*, Petrosar a simplement substitué des actions privilégiées à une créance—Action accueillie—La demanderesse s'est acquittée de l'obligation lui incombant quant à la preuve—Les arrêts cités indiquant la façon dont il faudrait traiter d'un point de vue fiscal la question de la valeur

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

réelle sont distingués parce qu'ils portent sur la manière dont la corporation émettrice doit traiter les actions—Les arrêts donnent à penser que c'est la valeur réelle des actions qu'il faut prendre en considération plutôt que leur valeur nominale, même si la corporation émettrice a convenu de les émettre à leur valeur nominale, comme entièrement libérées—Avis de nouvelle cotisation annulé et déferé au ministre pour nouvelle cotisation pour le motif qu'aucun intérêt n'a été reçu sur les actions de la catégorie C en 1978—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)c, 248.

PRAXAIR CANADA INC. c. M.R.N. (T-1570-89, juge suppléant Walsh, jugement en date du 26-1-93, 30 p.)

Appel de la cotisation rejetant le crédit d'impôt pour la recherche scientifique (le CIRS) que le demandeur avait réclamé dans sa déclaration d'impôt sur le revenu de 1985—Question de savoir si la débenture a été émise en faveur du demandeur conformément à des arrangements écrits qui étaient sur le point d'aboutir avant le 10 octobre 1984, en vertu de l'art. 194(4.2)b(ii) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'émission de la débenture structurée pour financer un système d'entretien des pompes a été contestée par Revenu Canada au motif que le 10 octobre 1984, elle n'était pas suffisamment avancée pour tomber sous le coup de la disposition de protection des droits acquis—Le projet de système d'entretien des pompes a été conçu bien avant 1984—Le sens de l'expression «sur le point d'aboutir» a été examiné dans *First Fund Genesis Corporation c. La Reine* (1991), 91 DTC 5361 (C.F. 1^{re} inst.)—L'expression «sur le point d'aboutir» exige que les parties aient fait plus que des progrès symboliques ou insignifiants en vue d'obtenir une opération donnant droit à un CIRS—Cette interprétation est conforme à l'intention qu'avait le législateur en édictant l'art. 194(4.2)b(ii)—Cette disposition est de nature réparatrice; il ne s'agit pas d'une mesure fiscale, ni d'une mesure d'exonération d'impôt en soi—La preuve indique que le projet avait clairement été désigné et conçu en 1982—Des arrangements avaient été pris avant le 10 octobre 1984, et notamment un projet désigné de recherche et de développement pour lequel une émission de CIRS était prévue, une expertise technique quant à l'admissibilité sur le plan fiscal, un budget, le financement par un tiers, des frais d'ingénierie de 112 000 \$, des discussions, constatées par écrit, avec la demande que le projet soit financé au moyen d'une émission de CIRS—L'authenticité du projet n'est pas contestée—Le 10 octobre 1984, des démarches importantes en vue du financement projeté avaient été faites et les éléments essentiels étaient en place—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 194(4.2)b(ii) (édicte par L.C. 1986, ch. 6, art. 103(1)).

MORT C. CANADA (T-1665-89, juge Noël, jugement en date du 22-1-93, 26 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel de la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt concernant la question de savoir si le gain de 40 000 \$ réalisé lors du rachat d'une débenture donnant droit au crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) est un revenu ou un gain en capital—Le contribuable, qui est comptable général,

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

cherchait un abri fiscal—En juillet 1984, il a acquis, au coût de 200 000 \$, une débenture donnant droit à un CIRS émise par Dynaflex Industries (Dynaflex), avec un prix de rachat de 140 000 \$ et, conformément à l'art. 127.3(6) de la Loi de l'impôt sur le revenu, un coût présumé de 100 000 \$—Sur demande, Dynaflex devait payer intégralement la somme de 140 000 \$ au contribuable—En août 1984, Dynaflex a effectué la désignation prévue à l'art. 194(4) de la Loi, permettant au contribuable d'utiliser le crédit d'impôt de 102 000 \$ à l'égard de l'année d'imposition 1984—Le 2 janvier 1985, le contribuable a demandé le rachat—La somme de 140 000 \$, provenant du compte en fiducie de l'avocat, lui a été versée—Le contribuable a produit en retard les formulaires de choix prescrits concernant la disposition de la débenture donnant droit à un CIRS—Le contribuable a réellement déboursé 60 000 \$ à l'égard de la débenture de Dynaflex pour un crédit d'impôt de 102 000 \$—Quatre décisions de la Cour canadienne de l'impôt concernant le programme de CIRS, partagées également quant à la nature du gain—Les décisions anglaises sur lesquelles les juges de la CCI se sont fondées, qui portaient sur le dépouillement interne de dividendes, ne sont pas concluantes puisque la question soulevée peut être distinguée—En l'espèce, le contribuable n'a pas conservé la débenture pour en tirer un revenu en intérêts, mais en a demandé le rachat dès qu'elle a été payée intégralement—Le paiement final, représentant la majeure partie du prix d'achat, n'a jamais été entre les mains de Dynaflex pour être investi dans le cadre de ses activités—Le contribuable a acquis la débenture en vue de réaliser un bénéfice—L'opération ne constituait pas un placement, mais un plan légitime en vue de la production de bénéfices, ou un risque de caractère commercial—La somme de 40 000 \$ constituait un revenu imposable au cours de l'année d'imposition 1985 du contribuable—L'art. 39(4) de la Loi ne permet pas un choix tardif—Le choix tardif du contribuable n'était pas valide—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 39(4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16(2)), 127.3(2)a) (édicte par S.C. 1983-84, ch. 1, art. 73(1)), 127.3(6) (édicte, *idem*), 194(4) (édicte, *idem*, art. 95(1)), 248(1) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 66(3)).

CANADA C. LOEWEN (T-819-90, juge Dubé, jugement en date du 8-2-93, 15 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel interjeté, en vertu de l'art. 56(1) de la Loi sur les marques de commerce, de la décision par laquelle le registraire des marques de commerce avait rejeté la demande présentée en vue de faire enregistrer la marque de commerce «The Mild One» pour du tabac de cigarette et des cigarettes—L'appelante s'est désistée du droit à l'usage exclusif du mot «Mild» concernant du tabac de cigarette et des cigarettes—En l'espèce, on a produit de nouveaux éléments de preuve dont le registraire ne disposait pas—Au moins dix marques de commerce similaires ont été enregistrées sous la forme demandée par l'appelante—La marque de l'appelante est dans son ensemble distinctive—

MARQUES DE COMMERCE—Suite

L'enregistrement dans tous les autres cas est accepté—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12(1)b), 35, 56(1).

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. c. R.J. REYNOLDS TOBACCO Co. (T-237-92, juge Rothstein, jugement en date du 3-3-93, 6 p.)

RADIATION

Appel de la décision par laquelle le registraire a radié la marque de commerce «Fascination» par suite du défaut de production d'une preuve d'emploi—L'appelante est propriétaire de la marque de commerce «Fascination» destinée à être employée en liaison avec 80 marchandises différentes—Elle n'a employé la marque que pendant une courte période en 1988, à l'égard de deux produits pour le soin des cheveux—L'appelante n'a produit aucun élément de preuve en réplique à une procédure fondée sur l'art. 45—En appel, elle a invoqué des circonstances spéciales justifiant le défaut d'emploi, à savoir la récession, l'instauration de la taxe sur les produits et services, la signature de l'accord de libre-échange et le phénomène des achats outre-frontière—La Cour ne peut intervenir que si, compte tenu des faits, elle est convaincue sans l'ombre d'un doute que le registraire a commis une erreur dans sa décision—Appel rejeté—Il incombe au propriétaire inscrit d'établir l'existence de circonstances spéciales justifiant le non-emploi—Critère applicable en ce qui a trait aux circonstances spéciales justifiant le défaut d'emploi énoncé dans *Registraire des marques de commerce c. Harris Knitting Mills Ltd.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 488 (C.A.F.)—Il faut tenir compte de la durée du défaut d'emploi de la marque de commerce et déterminer si le défaut d'emploi par le propriétaire s'explique par des circonstances indépendantes de sa volonté et si le propriétaire a réellement l'intention de reprendre l'emploi dans un bref délai—L'appelante n'emploie pas la marque de commerce depuis trois ans—L'expression «circonstances spéciales» signifie des «circonstances inhabituelles, peu courantes ou exceptionnelles»—Le mauvais climat économique qui régnait en 1988 ne constitue pas des «circonstances spéciales» au sens de l'art. 45—La récession n'est pas une situation courante ou exceptionnelle—Les conditions du marché fluctuent—La décision de cesser d'employer la marque de commerce a été prise de façon volontaire—L'intention de reprendre l'emploi ne suffit pas à elle seule—Elle doit être établie par des éléments factuels comme des bons de commande ou une date certaine de reprise—Absence de preuve de l'intention de reprendre l'emploi—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45, 56.

LANDER CO. CANADA LTD. c. ALEX E. MACRAE & CO. (T-506-92, juge Rouleau, jugement en date du 8-2-93, 7 p.)

Appel de la décision radiant l'enregistrement de la marque de commerce «Arrowhead Puritas» et du dessin y afférent—La marque a été enregistrée en 1972, et son enregistrement a été renouvelé en 1987 en vue de son emploi en liaison avec de l'eau potable—En réponse à l'avis donné en vertu de l'art. 45, l'appelante a soumis une déclaration solennelle reconnaissant que la marque n'était pas employée au Canada, mais alléguant

MARQUES DE COMMERCE—Fin

des circonstances spéciales justifiant le défaut d'emploi, à savoir l'acquisition récente de la marque de commerce par l'appelante, le fait que celle-ci ne connaissait pas bien l'entreprise et la distance entre l'appelante et la société mère—Elle a aussi exprimé son intention de reprendre l'emploi de la marque au Canada—La registraire a appliqué le critère énoncé dans *Registraire des marques de commerce c. Harris Knitting Mills Ltd.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 488 (C.A.F.) pour déterminer s'il existait des circonstances spéciales—On n'a pas démontré à la registraire à quelle date la marque avait été employée pour la dernière fois, mais le titulaire de l'enregistrement n'avait pas employé la marque au Canada depuis son acquisition en 1987—À la date de l'avis prévu par l'art. 45, la marque n'avait pas été employée depuis un an et neuf mois—La registraire a conclu que les circonstances invoquées ne suffisaient pas à appuyer l'existence de «circonstances spéciales»—Rien ne permettait de conclure que l'appelante avait pris des mesures concrètes démontrant sa ferme intention de reprendre l'emploi, si ce n'est une simple déclaration—Appel rejeté—Lorsque le défaut d'emploi a été reconnu et que le titulaire de l'enregistrement invoque des «circonstances spéciales», il importe que la preuve présentée contienne des détails corroborant l'assertion—Les détails fournis ne permettaient pas de justifier le défaut d'emploi pendant près de deux ans et n'indiquaient pas de mesures corroborant l'intention de reprendre l'emploi—L'appelante n'a pas réussi à convaincre la Cour que la registraire n'avait pas bien interprété ou examiné l'affaire qui lui était soumise—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45.

ARROWHEAD WATER CORP. c. ARROWHEAD SPRING WATER LTD. (T-737-92, juge Rouleau, jugement en date du 9-2-93, 8 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de prorogation du délai fixé pour contester le résumé de l'évolution du cas—Le requérant s'est opposé au rapport initial—Le directeur a informé le requérant que le rapport, qui en était à la troisième version, ne serait plus modifié—L'affidavit allègue que le rapport contient des erreurs, ou des éléments de preuve douteux—Demande accueillie—Le délai peut être prorogé s'il y a des explications satisfaisantes de l'intervalle tout entier et si le requérant révèle une cause suffisamment défendable relevant de la compétence de la Cour: *Feder Holdings Ltd. et autres c. M.R.N., Douanes et accise et autres*, [1987] 2 C.T.C. 169 (C.A.F.)—Le requérant a expliqué le retard, mais il n'a pas révélé une cause défendable—L'affidavit ne révèle pas la nature exacte des plaintes du requérant, ni quelles mesures ont été prises, soit pour persuader ceux dont les observations ne plaisaient pas à celui-ci, soit pour faire incorporer la version du requérant dans le rapport—Cependant, étant donné que l'affidavit n'a fait l'objet d'aucun contre-interrogatoire, il est incontesté qu'il y a «des erreurs ou des éléments de preuve douteux» dans le rapport et que le directeur a pris la décision d'ordonner et de ne plus modifier le rapport—Opportunité du contrôle judiciaire de rapports contre lesquels les détenus expriment «un certain désaccord» remise en

PÉNITENCIERS—Fin

question—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

KELLY C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (92-T-1791, juge Muldoon, ordonnance en date du 4-2-92, 5 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Secret professionnel de l'avocat—Citoyenneté et immigration—Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de l'annulation de la conclusion tirée par le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement, selon laquelle la requérante n'était pas un réfugié au sens de la Convention—L'avocat de la requérante a témoigné au sujet de la qualité de la traduction lorsque sa cliente avait été interrogée sous serment—La requérante soutient que le témoignage de l'avocat est inadmissible en raison du secret professionnel—Le témoignage ne se rapportait pas à quelque chose qui puisse faire l'objet du privilège du secret professionnel de l'avocat—La décision du tribunal n'est pas visée par l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale—On doit distinguer cette situation de l'affaire *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] R.C.S. 664, où ceux qui étaient présents au moment où le privilège aurait été violé étaient le juge et les avocats se trouvant dans le cabinet de ce dernier, le client n'y étant pas—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BOAKYE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-652-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 26-1-93, 3 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Il a été ordonné à Lubrizol de préparer un projet de jugement et de présenter la requête nécessaire à cette fin—Deux paragraphes du projet de jugement ont été contestés parce qu'ils s'éloignaient des motifs du jugement—Lubrizol allègue que les faits admis de part et d'autre ou reconnus par Imperial pendant le débat ont été mal appréciés dans les motifs du jugement—La Cour a commis une erreur quant à la date d'expiration du brevet et n'a pas examiné les conséquences de la date d'expiration du brevet canadien avant la résiliation du contrat de licence—La conclusion selon laquelle il n'y a pas eu contrefaçon de quelque produit avant le 30 juin 1982 est maintenant invalide—L'arbitre doit examiner s'il y a eu contrefaçon du «brevet Meinhard» après le 3 mars 1981—Les intérêts antérieurs au jugement en ce qui a trait à la contrefaçon relative à «l'ECA 7474 et aux produits contenant ces substances» devaient courir à compter de la date à laquelle le dommage avait été subi ou les bénéfices réalisés puisque les contrefaçons n'avaient pas eu lieu par inadvertance—La conclusion s'appliquait également aux autres produits du groupe ECA, et notamment à tous les produits contenant cette substance—Des précisions sont par conséquent données—Compte tenu de la

PRATIQUE—Suite

mauvaise appréciation d'un fait avéré, à savoir la date d'expiration de la licence, la Cour n'a pas envisagé la possibilité d'une contrefaçon par certains produits avant le 16 mars 1981—Le juge de première instance a correctement énoncé que la date déterminante était la date à laquelle les demandereses avaient pour la première fois pris connaissance de l'acte illicite—Le jugement proposé par Lubrizol correspond à une appréciation exacte des faits avérés et admis—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 337(2)b).

IMPERIAL OIL LTD. C. LUBRIZOL CORP. (A-737-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 14-4-93, 6 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête en prorogation du délai imparti pour déposer un dossier de demande présentée en vertu de la Règle 1606—L'avis de requête et des affidavits à l'appui en vue du contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne ont été déposés le 12 juin 1992—Le délai de dépôt du dossier de demande a expiré le 12 août 1992—Le 3 novembre, un préposé au greffe a avisé le requérant de l'expiration du délai et l'a invité à déposer le dossier de demande dans les dix jours—Le dossier a été envoyé au juge Joyal le 7 décembre, soit le jour où le dossier de demande a été déposé—La Cour a ordonné au requérant de déposer un affidavit expliquant le retard de quatre mois—À titre d'explication, l'affidavit dit que le bureau du Community Legal Clinic de Sudbury était surchargé de travail et manquait de personnel, que l'avocat était parti en vacances, et que la situation interne du bureau avait obligé l'avocat à prendre en main un plus grand nombre de dossiers—Le juge Teitelbaum a statué que les explications étaient insuffisantes—L'intimée soutient que l'affaire est chose jugée parce que le juge Teitelbaum a déjà tranché la question—Les documents maintenant soumis devant la Cour sont identiques à ceux qui ont été présentés au juge Teitelbaum—L'intimée fait valoir que le greffe a simplement oublié d'émettre l'ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire que la Cour avait rendue de son propre chef en vertu de la Règle 1617—Requête et demande de contrôle judiciaire rejetées—Aucune explication raisonnable n'a été donnée au sujet du retard—Un retard de quatre mois ne constitue ni une simple erreur administrative ni une inobservation mineure des Règles—Même après qu'on eut avisé l'avocat qu'il disposait de dix jours pour répondre ou pour faire radier la demande, un autre mois s'est écoulé avant qu'on ait tenté de déposer le dossier de demande—L'affaire n'est pas chose jugée par suite des directives que le juge Teitelbaum avait données au greffe—Le juge a simplement informé le greffe de la réponse à donner par suite du dépôt tardif du dossier de demande—Le greffe a depuis lors été informé de ne pas accepter pour fins de dépôt les documents non déposés dans le délai prescrit en vertu des Règles 1600 et s.—La procédure appropriée est de soumettre le document produit après l'expiration du délai avec une requête à la Cour demandant que le délai de dépôt soit prorogé—La requête devrait comprendre des renseignements montrant: (1) que le requérant entend toujours poursuivre l'appel; (2) que la demande est justifiée d'une certaine façon; (3) que le retard ne cause aucun préjudice à l'intimée; (4) qu'une explication

PRATIQUE—Suite

raisonnable a été donnée au sujet du retard—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1606 (édicteé par DORS/92-43, art. 19), 1617 (édicteé, *idem*).

BELLEFEUILLE C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1380-92, juge Reed, ordonnance en date du 25-2-93, 7 p.)

Demandes en vue de la prorogation du délai de dépôt d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du commissaire intérimaire du Service correctionnel, rendue le 26 novembre 1992, ainsi que de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles, rendue le 27 novembre 1992, accueillies—La demande visant à ce que les demandes de contrôle judiciaire soient entendues simultanément est accueillie—Seule la Cour peut étendre ou abrégé les délais prévus aux Règles 1603(3), 1606(1), 1607(1) et 1608—Une partie doit avoir des raisons valables de demander qu'un délai soit abrégé—La demande visant à faire abrégé les délais fixés à la Règle 1614 pour le dépôt de documents est rejetée pour le motif que le requérant ne l'a pas motivée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1603 (édicteé par DORS/92-43, art. 19), 1606 (édicteé, *idem*), 1607 (édicteé, *idem*), 1608 (édicteé, *idem*), 1614 (adopté *idem*).

BUDREO C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (93-T-68, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 3-3-93, 3 p.)

PLAIDOIRIES

Modifications

Appel en vue de l'annulation de l'ordonnance rendue par le protonotaire adjoint ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance autorisant la demanderesse à modifier sa déclaration—La demanderesse et la défenderesse aident toutes les deux les contribuables à remplir leurs déclarations de revenus—La requête visant à obtenir l'autorisation de modifier la déclaration excède de beaucoup le délai de prescription de trois ans fixé à l'art. 41 de la Loi sur le droit d'auteur puisque la première violation du droit d'auteur aurait eu lieu à Winnipeg entre le 23 et le 30 novembre 1988—La défenderesse reconnaît avoir offert des cours de fiscalité de base à Winnipeg et partout au Canada entre septembre et la fin de novembre 1988 et avoir utilisé le formulaire de la demanderesse assujetti à un droit d'auteur—La demanderesse se fonde sur cet aveu pour chercher à faire modifier la déclaration et pour réclamer des dommages-intérêts pour appropriation—La défenderesse soutient que la demanderesse tente d'ajouter des réclamations après l'expiration du délai de prescription de trois ans—Question de savoir si une nouvelle cause d'action est ajoutée et si les Règles de la Cour s'appliquent pour excuser le retard—Jurisprudence examinée—La défenderesse connaissait depuis le début les faits donnant naissance à la cause d'action—Les modifications demandées ne visent qu'à plaider avec plus de précision les différents éléments formant le montant des dommages-intérêts demandés—L'expiration du délai de prescription ne constitue pas une défense absolue—La demanderesse ne cherche pas à introduire une nouvelle cause d'action—Compte tenu des faits, la défenderesse n'est pas prise au dépourvu et ne subit pas de préjudice au niveau de sa défense

PRATIQUE—Suite

—Appel accueilli, autorisation de modifier la déclaration accordée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 41.

U & R TAX SERVICES LTD. C. H & R BLOCK CANADA INC. (T-891-89, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 8-3-93, 13 p.)

Requête en radiation

Appel du refus de radier la déclaration—Appel accueilli—Le juge de première instance s'est appuyé sur *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 339 (1^{re} inst.)—Décision ensuite infirmée, [1991] 1 C.F. 309 (C.A.)—Le demandeur cherche à faire déclarer nulles les renonciations pour le motif qu'elles ont été obtenues illégalement—Les renonciations visées à l'art. 152(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu servent à valider les nouvelles cotisations établies hors délai—La validité des nouvelles cotisations dépend de la validité des renonciations—On peut donner plein effet à des motifs d'invalidité soulevés en appel de nouvelles cotisations—*Brydges et al. v. Kinsman et al.* (1990), 90 DTC 6463 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1992), 93 DTC 5007 (C.A.F.) appliqué—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(4)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b(i).

DEVOR C. M.R.N. (A-793-88, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 28-1-93, 2 p.)

PREUVE

Demande visant à faire admettre en preuve la «liste d'admissibilité» pour le poste auparavant détenu par l'appelant—Le nom de l'appelant était le seul qui figurait sur la liste—Tous les documents pertinents doivent être soumis au juge de première instance avant la fin de l'audience—L'omission de l'appelant de comprendre l'importance du document ne le décharge pas de l'obligation de diligence—La demande interlocutoire présentée à la Section de première instance afin de faire produire les documents a été rejetée avant que le jugement définitif ne soit rendu et n'a pas fait l'objet d'un appel en temps opportun—La question soulevée par l'élément de preuve proposé n'est pas simplement technique—Le nouvel élément de preuve n'est pas, dans les faits, déterminant en l'espèce—Demande rejetée.

ÉTHIER C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GRC) (A-945-91, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 25-2-93, 3 p.)

REJET DES PROCÉDURES

Défaut de poursuivre

Requête en radiation de l'action de la demanderesse pour défaut de poursuite—Le 24 juillet 1984, la Cour canadienne de l'impôt a rendu une décision permettant au défendeur de radier, aux fins de l'impôt sur le revenu, de mauvaises créances comme pertes au titre d'un placement d'entreprise—Appel déposé par la demanderesse—Absence de procédure entre le 23 août 1985 et le 3 décembre 1991—Les conditions requises en vue du rejet pour défaut de poursuite (caractère excessif du retard, absence d'explication raisonnable justifiant le retard, préjudice causé au défendeur) sont remplies—En vertu de la

PRATIQUE—Fin

Règle 440, les demandes de rejet pour défaut de poursuite ne devraient être entendues que lorsqu'il n'y a pas à vrai dire de poursuite réellement engagée—Bien qu'il y ait eu un retard excessif et injustifiable, la demanderesse poursuivait l'action au moment du dépôt de la demande—Il y a lieu de rendre une ordonnance suspendant l'action de la demanderesse conformément à l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 440—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

CANADA c. FRITZ (T-2938-84, juge Reed, ordonnance en date du 11-3-93, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire du refus du Conseil canadien des relations du travail d'accréditer un regroupement de syndicats à titre d'agent négociateur—Un rapprochement a été fait entre l'art. 32 du Code canadien du travail, en vertu duquel le Conseil peut accorder l'accréditation d'un regroupement de syndicats, et l'art. 28, qui dispose que le Conseil doit accréditer le syndicat si les conditions prescrites sont remplies—Le pouvoir discrétionnaire conféré au Conseil par l'art. 32(2) laisse nécessairement entendre que ce dernier peut refuser l'accréditation même si la demande d'accréditation est appuyée par la

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

majorité des employés—Le pouvoir discrétionnaire est limité en ce sens que le Conseil ne peut s'immiscer dans les affaires internes et la gestion d'un regroupement de syndicats—Il ne peut pas non plus refuser d'accréditer un regroupement de syndicats pour un motif qui n'a rien à voir avec le fait que le requérant est un regroupement plutôt qu'un syndicat—Il peut évaluer la mesure dans laquelle l'accréditation favorisera les objectifs généraux de relations industrielles qui sont à la base de la rationalisation et de la réorganisation de la structure de négociation—Il peut se fonder sur des facteurs fonctionnels comme la viabilité du regroupement, l'aptitude du regroupement à agir comme agent négociateur et le maintien de l'intégrité et du fonctionnement de l'unité de négociation qu'il juge appropriée conformément à la réorganisation de la structure de négociation—Le Conseil a tenu compte de l'historique des relations de travail entre les parties—Le Conseil n'a pas outrepassé sa compétence et n'a pas commis d'erreur manifestement déraisonnable dans l'exercice de cette compétence—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56), 28, 32—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

CANADIAN COUNCIL OF BROADCAST UNIONS c. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL) (A-931-92, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 24-2-93, 4 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