



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1993, Vol. 3, Part 2**

**1993, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [1993] 3 F.C., 199-380**

**Renvoi [1993] 3 C.F., 199-380**

---



Published by  
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.  
Acting Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par  
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.  
Commissaire à la magistrature fédérale par intérim

---

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, 1994.

---

## CONTENTS

Digests ..... D-13

Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.) ..... 320

Access to information — Application for access to documents compiled by Public Works (PWC), for its use in providing property management and related services as agent to principal, Canada Post Corporation (CPC) — Disclosure breach of agency agreement absent overriding statutory requirement — Access to Information Act, s. 4 giving any citizen right to access on request to any record under control of government institution — CPC not government institution; PWC is — Meaning of "control" — Dictionary definitions suggesting wide variety of meanings depending upon circumstances — Scheme of Act to give public access subject to limited, specific

*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, 1994.

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-15

Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 320

Accès à l'information — Demande d'accès à des documents recueillis par Travaux publics (TPC), qui les utilise dans le cadre de sa prestation de services de gestion des biens et de services connexes à titre de mandataire de la Société canadienne des postes (SCP) — En l'absence de dispositions législatives dérogatoires, la communication viole l'entente prévoyant le mandat — L'art. 4 de la Loi sur l'accès à l'information confère à tout citoyen le droit à l'accès, sur demande, à tout document relevant d'une institution fédérale — La SCP n'est pas une institution fédérale, alors que TPC l'est — Sens de l'expression «relevant de» — Les définitions lexicogra-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

exemptions — Case law and scheme of Act not indicating narrow meaning for “records under the control of a government institution” — Analogy between discovery process and access to information invalid — Manner in which information coming into possession of government institution irrelevant to whether subject to disclosure — Act providing complete code for disclosure — Legal or corporeal possession sufficient for application of Act.

**Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada  
(Attorney General) (T.D.) ..... 199**

Judicial review — Prerogative writs — *Certiorari* — Application to quash import quota allocation for hatching eggs and chicks — Allocation based on market share rather than historical record of imports — Indirect notice of proposed system to some hatcheries, no notice to importing broiler chicken producers — Requirements of fairness varying with nature of decision under review — Minister exercising delegated statutory authority — Implied principle Parliament intending statutory powers would be exercised in accordance with administrative law rules of fairness, including notice to those affected and opportunity to comment thereon — Established market position, economic viability based thereon sufficient interest to found claim for judicial review — Not impractical to give notice — Decision applied as binding — Based on irrelevant considerations — Not unauthorized subdelegation.

Foreign trade — Minister for International Trade deciding to allocate import quotas for hatching eggs and chicks based on market share, rather than on historical record of imports — Export and Import Permits Act, s. 5(1)(b) providing for control of importation of products “for the purpose of supporting any action taken under the Farm Products Marketing Agencies Act” — Reallocation of economic rent main focus of new system — Improper purpose for exercise of Minister’s authority pursuant to Export and Import Permits Act, s. 8(1) — Secretary of State adopted as his own decision made by Minister for International Trade — Not unauthorized subdelegation of authority.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

phiques donnent à entendre que l’expression est susceptible de revêtir plusieurs sens, selon les circonstances — La Loi a pour objet de conférer l’accès au public sous réserve d’exceptions expresses limitées — La jurisprudence et l’esprit de la Loi n’indiquent pas que l’expression «documents relevant d’une institution fédérale» revêt un sens étroit — L’analogie entre la procédure de communication préalable et l’accès à l’information est non fondée — La façon dont les renseignements sont obtenus par l’institution fédérale n’est pas un facteur à prendre en considération pour déterminer s’ils sont susceptibles d’être communiqués — La Loi prévoit un code complet en matière de communication — La possession légale ou matérielle suffit pour entraîner l’application de la Loi.

**Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada  
(Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.)..... 199**

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Certiorari* — Demande d’annulation de la répartition des contingents d’importation pour les œufs d’incubation et les poussins — Répartition en fonction de la part de marché et non des importations antérieures — Certains couvoirs indirectement avisés du système envisagé, défaut d’avis aux producteurs de poulet de chair qui faisaient de l’importation — Les exigences de l’équité varient en fonction de la nature de la décision contrôlée — Le ministre exerçait un pouvoir légal qui lui avait été délégué — Principe implicite selon lequel le législateur voulait que les pouvoirs légaux exercés le soient conformément à des règles d’équité du droit administratif, qui comprenaient l’obligation d’aviser les personnes touchées et de leur donner l’occasion de faire des commentaires — La position établie sur le marché et la viabilité économique fondée sur cette position constituent un intérêt suffisant pour fonder une demande de contrôle judiciaire — Il n’est pas difficile de donner un avis — Décision appliquée comme étant une décision obligatoire — Fondée sur des considérations non pertinentes — La sous-délégation n’est pas illégale.

Commerce extérieur — Le ministre du Commerce extérieur a décidé de répartir les contingents d’importation pour les œufs d’incubation et les poussins en fonction de la part de marché et non des importations antérieures — L’art. 5(1)(b) de la Loi sur les licences d’exportation et d’importation prévoit le contrôle de l’importation pour «appuyer une mesure d’application de la Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme» — Le nouveau système visait principalement la nouvelle répartition du profit — Pas une fin pour laquelle le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire en application de l’art. 8(1) de la Loi sur les licences d’exportation et d’importation — Le secrétaire d’État a fait sienne la décision du ministre du Commerce extérieur — Ce n’était pas une sous-délégation illégale de pouvoir.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Crestbrook Forest Industries Ltd. v. Canada (C.A.) 251**

Practice — Discovery — Examination for discovery — Income tax — Court may order Canadian company to obtain answers to questions posed on examination for discovery from non-resident controlling shareholder companies with which engaged in joint venture, though foreign companies not parties to action — Statement of claim to be struck if answers not forthcoming.

Practice — Evidence — Commission evidence — Commission will not normally issue to obtain discovery evidence — Circumstances insufficiently exceptional to warrant Commission.

Corporations — Examination for discovery — Court may order Canadian company to obtain answers to questions posed upon examination for discovery from non-resident controlling shareholder companies with which engaged in joint venture, even though foreign companies not parties to action — Appropriate to pierce corporate veil to determine principal beneficiaries of business carried out in Canada by respondent — Unconscionable to allow non-resident corporations to structure affairs such as to carry on profitable business in Canada without also being obliged to comply with Canadian law.

### **De Tervagne v. Beloeil (Town) (T.D.)..... 227**

Copyright — Infringement — Who authorized public performance of play within meaning of Copyright Act, s. 3(1)? — Case law reviewed as to meaning of “authorize” — Essential element: defendant’s degree of control over infringer.

### **M.N.R. v. Augart (C.A.)..... 296**

Income tax — Income calculation — Capital gains — Taxpayer selling 8.99 acres, including home and outbuildings, to city for proposed highway interchange — Income Tax Act exempting principal residence, including subjacent and immediately contiguous land not exceeding one acre, provided land reasonably regarded as contributing to taxpayer’s use and enjoyment of home, from capital gains tax — Three-acre minimum lot size for building under zoning by-law when taxpayer acquired property — Prior to disposition replacement by-law requiring 80-acre minimum site area for single detached dwellings — Subdivision restrictions, or minimum site requirements at date of disposition alone not determinative of how much property in excess of one acre deemed necessary for use and enjoyment of home — Appellant legally required to purchase and dispose of 8.99 acres — Entire parcel exempt from capital gains tax — That conveyance to City of portion of property could have been effected under pre-existing severance exemption applicable only to conveyance to legislative body enacting restriction

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Crestbrook Forest Industries Limited c. Canada (C.A.)..... 251**

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Impôt sur le revenu — La Cour peut ordonner à une société canadienne d’obtenir d’actionnaires majoritaires non résidents qui ne sont pas parties à l’action, mais avec lesquels elle a conclu une entente commerciale internationale, les réponses aux questions posées pendant les interrogatoires préalables — La déclaration déposée par l’intimée sera radiée s’il n’est pas répondu aux questions susmentionnées.

Pratique — Preuve — Commission rogatoire — Une commission ne sera normalement pas émise pour obtenir une preuve par un interrogatoire préalable — Les circonstances ne sont pas assez exceptionnelles pour émettre une commission.

Corporations — Interrogatoire préalable — La Cour peut ordonner à une société canadienne d’obtenir d’actionnaires majoritaires non résidents qui ne sont pas parties à l’action, mais avec lesquels elle a conclu une entente commerciale internationale, les réponses aux questions posées pendant les interrogatoires préalables — Il convient de faire abstraction de la personnalité morale pour identifier les principaux bénéficiaires de l’entreprise exploitée au Canada par l’intimée — Il serait déraisonnable de permettre à des corporations non résidentes d’organiser leurs affaires pour qu’elles soient libres d’exploiter, au Canada, une entreprise commerciale rentable sans être également tenues de respecter la loi canadienne.

### **De Tervagne c. Beloeil (Ville) (1<sup>re</sup> inst.)..... 227**

Droit d’auteur — Contrefaçon — Qui a autorisé la représentation publique de l’œuvre au sens de l’art. 3(1) de la Loi sur le droit d’auteur? — Examen de la jurisprudence quant au sens du mot «autoriser» — Éléments essentiels: le degré de contrôle exercé par le défendeur sur l’auteur de la contrefaçon.

### **M.R.N. c. Augart (C.A.)..... 296**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Le contribuable a vendu à la ville un terrain de 8,99 acres, avec maison et bâtiments de ferme, en vue de l’aménagement d’un échangeur d’autoroute — La Loi de l’impôt sur le revenu exempte de l’impôt le gain réalisé à l’aliénation de la résidence principale, qui s’entend aussi du fonds de terre contigu n’excédant pas une acre, à condition que celui-ci puisse raisonnablement être considéré comme facilitant au contribuable l’usage et la jouissance du logement — Au moment où le contribuable acquit la propriété, le règlement de zonage prévoyait une superficie minimum de trois acres pour les terrains sur lesquels il était permis de construire — Juste avant l’aliénation, un nouveau règlement fut adopté qui portait à 80 acres la superficie minimum sur laquelle il était permis de bâtir une maison isolée — Les restrictions de morcellement ou le minimum de superficie requis au moment de l’aliénation ne déterminent pas à eux seuls quelle surface au-delà d’une acre est réputée nécessaire à l’usage et à la jouissance du logement — L’appelant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

irrelevant — Applicability of exemption dependent on matters over which appellant having no say.

### **Mitchell v. M.N.R. (T.D.)..... 276**

Practice — Stay of proceedings — Application to stay Federal Court proceedings for declaratory relief as case before O.C.A. dealing with parallel issues, facts, evidence — Issue estoppel requirement parties be identical in both proceedings not satisfied — Plaintiff herein intervenor in provincial court — Relief sought in two cases different.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Reference in statement of claim to historical events giving rise to Crown's undertaking to recognize Aboriginal right to exemption from duty, taxes on goods imported from U.S.A. — Historical events sufficient to establish reasonable cause for action for breach of fiduciary duty to respect Aboriginal rights — O.C.A. case dealing with similar facts, evidence, issues not rendering these proceedings redundant, prejudicial, or delaying fair trial — No abuse of process — F.C. not bound by provincial court decision.

Estoppel — Requirement for issue estoppel that parties to previous judicial decision be identical to parties to proceedings in which estoppel raised — Plaintiff herein party-intervenor in provincial court action dealing with similar facts, evidence, issues — As not identical status, issue estoppel not applicable.

Native peoples — Taxation — Application to stay action for declaratory relief as to right of Aboriginal peoples to exemption from duty, taxes on goods imported from U.S.A. — Application to strike portions of statement of claim referring to historical events, treaties giving rise to rights — O.C.A. case based on similar facts, evidence, issues recently decided — Issue estoppel not applicable — Different relief sought — Reasonable cause of action raised — No abuse of process — F.C. not bound by provincial court decisions — Latter not dealing with all issues raised herein.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

était contraint d'acheter et d'aliéner l'ensemble des 8,99 acres — L'ensemble du terrain est exempté de l'impôt sur le gain en capital — Peu importe qu'une parcelle du terrain eût pu être vendue à la ville en vertu d'une exemption existante en matière de morcellement, laquelle n'était applicable qu'au transport de propriété en faveur de l'autorité qui avait édicté la restriction — L'applicabilité de l'exemption dépendait de questions qui échappaient à la volonté de l'appelant.

### **Mitchell c. M.R.N. (1<sup>re</sup> inst.) ..... 276**

Pratique — Suspension d'instance — Demande visant à suspendre la demande de jugement déclaratoire introduite devant la Cour fédérale pour le motif qu'une affaire soumise à la C.A.O. soulève des questions, des faits et une preuve identiques — Il n'est pas satisfait à l'exigence en matière d'issue estoppel selon laquelle les parties doivent être les mêmes dans les deux instances — Le demandeur en l'espèce est un intervenant devant une cour provinciale — La réparation demandée dans les deux affaires est différente.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Renvoi dans la déclaration aux événements historiques par suite desquels la Couronne s'est engagée à reconnaître le droit des Indiens d'être exemptés des droits et des taxes sur les marchandises importées des É.-U. — Les événements historiques permettent d'établir une cause raisonnable d'action pour manquement à l'obligation fiduciaire de respecter les droits ancestraux — L'affaire dont est saisie la C.A.O. et qui porte sur des faits, une preuve et des questions identiques ne fait pas en sorte que les présentes procédures sont redondantes, préjudiciables ou retardent l'instruction équitable — Aucun emploi abusif de la procédure — La C.F. n'est pas liée par la décision d'une cour provinciale.

Fin de non-recevoir — Condition en matière d'issue estoppel selon laquelle les parties dans la décision judiciaire antérieure doivent être les mêmes que celles en cause dans l'instance dans laquelle l'estoppel est soulevée — Le demandeur en l'espèce est partie intervenante dans l'action intentée devant la cour provinciale, qui porte sur des faits, une preuve et des questions identiques — Puisqu'il n'a pas la même qualité, l'issue estoppel ne s'applique pas.

Peuples autochtones — Taxation — Demande visant à suspendre une action en jugement déclaratoire sur le droit des autochtones d'être exemptés des droits et des taxes sur les marchandises importées des É.-U. — Demande visant à radier certaines parties de la déclaration portant sur les événements historiques et les traités donnant naissance aux droits — L'affaire soumise à la C.A.O., qui soulève des faits, une preuve et des questions semblables a été récemment tranchée — Issue estoppel ne s'applique pas — La réparation demandée est différente — Cause raisonnable d'action soulevée — Aucun emploi abusif des procédures — La C.F. n'est pas liée par les décisions d'une cour provinciale — Cette dernière ne s'est pas prononcée sur toutes les questions soulevées en l'espèce.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 370**

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Application to quash refusal to refer case to Governor in Council for exemption from requirement application for landed immigrant or permanent resident status be made from outside Canada — In holding reasonable doubts about bona fides of marriage to Canadian citizen, Immigration officer requiring proof beyond reasonable doubt — Standard of proof in civil proceedings proof on balance of probabilities — Department cannot by policy change standard of proof required — Denial of procedural fairness as refusal referring to contradictory information provided by applicant, but applicant not given opportunity to address concerns — Question whether reasonable doubt criterion for bona fides of marriage consistent with proper application of humanitarian and compassionate considerations certified for decision by F.C.A. even if not dispositive of matter — F.C.A. not restricted to deciding question certified — May within its jurisdiction consider all aspects of appeal before it.

### **Seth v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)..... 348**

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Right to silence in face of criminal proceedings not requiring Convention refugee claimant be granted adjournment of credible basis proceedings (where claimant would be compelled to give evidence which might assist Crown in criminal investigation) pending determination of criminal charges laid after arrival in Canada.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Person remaining after visitor status lost — Adjudicator not erring in law in deciding to make deportation order rather than issue departure notice as uncertainty concerning dates and length of trial on criminal charges making it impossible to establish definite date of departure.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Charter, s. 7 not requiring Convention refugee claimant be granted adjournment of credible basis proceedings (where claimant would be compelled to give evidence which might assist Crown in criminal investigation) pending determination of criminal charges laid after arrival in Canada.

Criminal justice — Evidence — Protection given to accused in criminal proceedings where compelled to testify in civil or administrative proceeding — Convention refugee claimant not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.)..... 370**

Citoyenneté et immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande d'annulation du refus de déférer un cas au gouverneur en conseil en vue d'obtenir une dispense de l'obligation de demander, à l'étranger, le statut de résident permanent ou d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement — En entretenant des doutes raisonnables au sujet de l'authenticité du mariage du requérant avec une citoyenne canadienne, l'agent d'immigration exigeait une preuve au-delà du doute raisonnable — Dans les procédures de nature civile, la norme de preuve est celle de la prépondérance des probabilités — Le Ministère ne peut, par une politique, changer la norme de preuve exigée — Il y a eu déni d'équité procédurale car on a refusé de faire référence aux renseignements contradictoires fournis par le requérant, et ce dernier n'a pas eu l'occasion d'éclaircir les doutes soulevés — La question de savoir si le critère du doute raisonnable, en ce qui concerne l'authenticité d'un mariage, est compatible avec une application convenable de raisons d'ordre humanitaire a été certifiée en vue d'une décision de la C.A.F., même si cette question n'était pas déterminante — La C.A.F. n'est pas tenue de trancher uniquement la question certifiée — Elle peut, dans les limites de sa compétence, examiner tous les aspects de l'appel dont elle est saisie.

### **Seth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)..... 348**

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Le droit de garder le silence face à des poursuites au criminel n'exige pas d'accorder au demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention l'ajournement de la procédure au premier palier d'audience (où le demandeur serait être contraint de fournir des éléments de preuve susceptibles de servir à la Couronne dans son enquête criminelle) en attendant l'issue des accusations au criminel portées contre lui après son arrivée au Canada.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personne qui reste au pays après avoir perdu sa qualité de visiteur — L'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit en décidant de prendre une mesure d'expulsion plutôt que de délivrer un avis d'interdiction de séjour car l'incertitude visant la date et la durée du procès criminel rendait impossible la fixation d'une date de départ définitive.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 7 de la Charte n'exige pas d'accorder au demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention l'ajournement des procédures au premier palier d'audience (où le demandeur serait tenu de fournir des éléments de preuve susceptibles de servir à la Couronne dans son enquête criminelle) en attendant l'issue des accusations au criminel portées après son arrivée au Canada.

Justice criminelle et pénale — Preuve — Protection accordée à l'accusé à l'égard de procédures criminelles lorsqu'il est obligé de témoigner dans le cadre d'une procédure administrative

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS (Concluded)**

entitled to adjournment of credible basis proceedings (where claimant would be compelled to give evidence likely to assist Crown in criminal investigation) pending determination of criminal charges laid after arrival in Canada.

## **SOMMAIRE (Fin)**

civile — Le demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas droit à l'ajournement de la procédure au premier palier d'audience (où il serait tenu de fournir des éléments de preuve susceptibles de servir à la Couronne dans son enquête criminelle) en attendant l'issue des accusations au criminel portées contre lui après son arrivée au Canada.



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. 3, Part 2**

**1993, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-2448-90

The Canadian Association of Regulated Importers, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd., Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (Applicants)

v.

Attorney General of Canada, Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency, Canadian Hatchery Federation (Respondents)

*INDEXED AS: CANADIAN ASSN. OF REGULATED IMPORTERS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, January 29; Ottawa, April 1, 1993.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Application to quash import quota allocation for hatching eggs and chicks — Allocation based on market share rather than historical record of imports — Indirect notice of proposed system to some hatcheries, no notice to importing broiler chicken producers — Requirements of fairness varying with nature of decision under review — Minister exercising delegated statutory authority — Implied principle Parliament intending statutory powers would be exercised in accordance with administrative law rules of fairness, including notice to those affected and opportunity to comment thereon — Established market position, economic viability based thereon sufficient interest to found claim for judicial review — Not impractical to give notice — Decision applied as binding — Based on irrelevant considerations — Not unauthorized subdelegation.

Foreign trade — Minister for International Trade deciding to allocate import quotas for hatching eggs and chicks based on market share, rather than on historical record of imports — Export and Import Permits Act, s. 5(1)(b) providing for control of importation of products "for the purpose of supporting any action taken under the Farm Products Marketing Agencies Act" — Reallocation of economic rent main focus of new system — Improper purpose for exercise of Minister's authority

T-2448-90

The Canadian Association of Regulated Importers, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd., Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (requérants)

c.

Procureur général du Canada, Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet à chair, Fédération canadienne des couvoirs (intimés)

*RÉPERTORIÉ: CANADIAN ASSN. OF REGULATED IMPORTERS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 29 janvier; Ottawa, 1<sup>er</sup> avril 1993.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Demande d'annulation de la répartition des contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins — Répartition en fonction de la part de marché et non des importations antérieures — Certains couvoirs indirectement avisés du système envisagé, défaut d'avis aux producteurs de poulet de chair qui faisaient de l'importation — Les exigences de l'équité varient en fonction de la nature de la décision contrôlée — Le ministre exerçait un pouvoir légal qui lui avait été délégué — Principe implicite selon lequel le législateur voulait que les pouvoirs légaux exercés le soient conformément à des règles d'équité du droit administratif, qui comprenaient l'obligation d'aviser les personnes touchées et de leur donner l'occasion de faire des commentaires — La position établie sur le marché et la viabilité économique fondée sur cette position constituent un intérêt suffisant pour fonder une demande de contrôle judiciaire — Il n'est pas difficile de donner un avis — Décision appliquée comme étant une décision obligatoire — Fondée sur des considérations non pertinentes — La sous-délégation n'est pas illégale.

Commerce extérieur — Le ministre du Commerce extérieur a décidé de répartir les contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins en fonction de la part de marché et non des importations antérieures — L'art. 5(1)(b) de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation prévoit le contrôle de l'importation pour «appuyer une mesure d'application de la Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme» — Le nouveau système visait principalement la

*pursuant to Export and Import Permits Act, s. 8(1) — Secretary of State adopted as his own decision made by Minister for International Trade — Not unauthorized subdelegation of authority.*

This was an application to quash the decision of the Minister for International Trade and its adoption by the Secretary of State for External Affairs to allocate import quotas for hatching eggs and chicks to hatcheries across Canada based on market share rather than to traditional importers on the basis of their historical record of imports. Market share is the percentage of the total Canadian production of hatching eggs and chicks which a particular hatchery produces. The applicants also sought an order requiring the Secretary of State for External Affairs to allow them to make representations and submissions on any proposed quota allocation scheme before it is adopted, and an interim order directing the Minister to issue quotas for hatching eggs and chicks to those who have historically imported eggs and chicks. The grounds for the challenge were that the rules of natural justice were not met because the applicants did not have an effective opportunity to make representations with respect to the allocation scheme before it was decided upon; the Minister considered extraneous and irrelevant considerations in reaching his decision; and the Minister who had the authority under the Act to make the decision was not the Minister who made the decision.

Some of the hatcheries had indirect notice of the allocation system being contemplated, but no formal notice was given or representations sought by the Minister. The importing broiler chicken producers did not receive any notice.

The *Export and Import Permits Act*, paragraph 5(1)(b) provides that the importation of products may be controlled for the purpose of supporting any action taken under the *Farm Products Marketing Agencies Act*. The applicant argued that similarly a system of quota allocation should support that purpose.

*Export and Import Permits Act*, subsection 8(1) provides that "the Minister" may issue a permit to import goods which have been placed on the Import Control List, subject to "such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulation". The Secretary of State for External Affairs was the designated Minister for the purpose of that subsection and issued the permits, but the Minister for International Trade initially made the decision as to how quota would be allocated. *Government Organization Act, 1983*, section 4 provides that a Minister for International Trade shall be appointed to assist the Secretary of State for External Affairs in carrying out his responsibilities relating to international trade. Section 6 provides that a minister appointed pursuant to section 4 shall act with the concurrence of the Minister in carrying out his responsibilities.

*nouvelle répartition du profit — Pas une fin pour laquelle le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire en application de l'art. 8(1) de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation — Le secrétaire d'État a fait sienne la décision du ministre du Commerce extérieur — Ce n'était pas une sous-délégation illégale de pouvoir.*

Il s'agissait d'une demande d'annulation de la décision du ministre du Commerce extérieur et de son adoption par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures en vue de la répartition des contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins entre les couvoirs partout au Canada en fonction de la part de marché et non pas des importations antérieures. La part de marché s'entend du pourcentage du total de la production canadienne d'œufs d'incubation et de poussins produits par un couvoir donné. Les requérants ont aussi demandé une ordonnance enjoignant au secrétaire d'État aux Affaires extérieures de leur donner l'occasion d'être entendus et de présenter leurs points de vue sur tout plan de distribution de contingents avant son adoption, ainsi qu'une ordonnance provisoire enjoignant au ministre d'attribuer des contingents pour les œufs d'incubation et les poussins aux particuliers qui ont importé des œufs et des poussins par le passé. Les motifs de la contestation étaient que les règles de la justice naturelle n'avaient pas été respectées du fait que les requérants n'avaient pas eu de véritable occasion de présenter des observations relativement au plan de répartition avant qu'une décision n'ait été prise à cet égard; que le ministre avait tenu compte de considérations étrangères à la question avant de prendre sa décision et que le ministre qui avait pris la décision n'était pas celui qui avait le pouvoir de le faire en vertu de la Loi.

Certains des couvoirs avaient été indirectement avisés du système de répartition envisagé, mais le ministre n'avait pas donné d'avis officiel et n'avait pas sollicité d'observations. Les producteurs de poulets de chair qui faisaient de l'importation n'avaient reçu aucun avis.

L'alinéa 5(1)(b) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* prévoit que l'importation de produits peut être contrôlée pour «appuyer une mesure d'application de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*». Selon l'avocat des requérants, un système de répartition des contingents devrait pareillement servir à cette fin.

Le paragraphe 8(1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* prévoit que «le ministre» peut délivrer une licence pour l'importation de marchandises qui figurent sur la liste des marchandises d'importation contrôlés sous réserve des «autres conditions prévues dans la licence ou les règlements». Le secrétaire d'État aux Affaires extérieures était le ministre chargé de l'application de ce paragraphe et a délivré les licences, mais le ministre du Commerce extérieur a d'abord décidé comment le contingent serait attribué. L'article 4 de la *Loi organique de 1983*, dispose que le ministre du Commerce extérieur est nommé pour assister le secrétaire d'État aux Affaires extérieures dans l'exercice de ses attributions en matière de commerce extérieur. L'article 6 dispose qu'un ministre nommé en application de l'article 4 exerce ses attributions avec l'accord du ministre.

*Held*, the application should be allowed.

The Minister, in deciding how to allocate import quotas, was exercising a statutory power which had been delegated to him. It caused considerable economic harm to the applicants and others. There was an implied principle that Parliament intended that the statutory powers being exercised in this case would be exercised in accordance with the administrative law rules of fairness, which included notice to the applicants of what was being proposed and an opportunity to comment thereon. There need not exist a "right" to bring an application for judicial review. It is sufficient if the applicant can demonstrate an "interest" which justifies the application for judicial review. In some cases that interest may be only a "legitimate expectation". The applicants may not have had a "right to import", but for many years they had been importing in an unregulated environment. They had established a position in the market and an economic viability based on this practice of importing. They established an interest sufficient to found a claim for review of the Minister's decision respecting the allocation of import quotas. It would not have been impractical to give those affected by the allocation decision an opportunity to comment thereon. There were not a large number of persons affected and they were known. Although personal and individual notice to every person affected was not required, some sort of general notice, perhaps by newspaper notice, and an opportunity to submit representations was required before a decision was taken. Policy decisions are not necessarily immune from judicial review. What is important is an assessment of the effects of the decision. The decision was treated as setting down rules according to which permits would be and were strictly issued. These were not guidelines for internal administrative use. It was applied as a binding decision with respect to the issuance of permits. No discretion was left to an official acting in the name of the Minister to depart from the system of quota allocation detailed in the notice to importers. It was clear from the Minister's responses to representations after hatching eggs and chicks were added to the Import Control List that his mind was closed. The responses were framed to justify the decision.

The Minister's decision was based on irrelevant considerations. The quota allocation system adopted had a destabilizing effect on the market. It was not evident that the Ministers were apprised of the fact that the end product market for broiler chickens was a closed market, the effect on the concentration of the markets, or of the disruptive effects which the system would likely cause to the market. There was evidence that the purpose of the allocation system was to remove economic rent from the small number of chicken producers, who operated in Ontario and from hatcheries who depended upon imports, and to transfer that rent arising from imports to the hatcheries generally. The reallocation of economic rent was the main focus of the new system. That was not a proper purpose for an exercise

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Lorsqu'il a décidé comment répartir le contingent d'importation le ministre exerçait un pouvoir légal qui lui avait été délégué. Cela a causé un préjudice économique considérable aux requérants et à d'autres. Il existait un principe implicite selon lequel le législateur voulait que les pouvoirs légaux exercés en l'espèce soient exercés conformément aux règles d'équité du droit administratif, qui comprenaient l'obligation d'aviser les requérants de ce qui était proposé et de leur donner l'occasion de faire des commentaires à ce sujet. Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un «droit» pour pouvoir présenter une demande de contrôle judiciaire. Il suffit que le requérant puisse démontrer l'existence d'un «intérêt» qui justifie sa demande de contrôle judiciaire. Dans certains cas, l'intérêt peut seulement être [TRADUCTION] «une expectative légitime». Les requérants n'avaient peut-être pas un «droit d'importer», mais pendant de nombreuses années, ils importaient dans un marché non réglementé. Ils avaient établi une position sur le marché et une viabilité économique fondée sur l'importation. Ils avaient établi un intérêt suffisant pour fonder une demande de contrôle de la décision du ministre relativement à la répartition des contingents d'importation. Il n'aurait pas été difficile de donner aux personnes touchées par la décision en matière de répartition l'occasion de présenter leurs commentaires. Le nombre des personnes touchées était petit et elles étaient connues. Bien qu'un avis personnel et individuel n'avait pas à être donné à chaque personne touchée, il fallait donner un avis général quelconque, peut-être par la voie des journaux, et fournir l'occasion de présenter des observations avant de prendre une décision. Les décisions de principe ne sont pas nécessairement à l'abri du contrôle judiciaire. Il importe plutôt d'évaluer les effets de la décision. La décision a été traitée comme si elle établissait des règles en vertu desquelles des licences pourraient être strictement délivrées, comme ce fut le cas. Il ne s'agissait pas de lignes directrices administratives d'application interne. La décision a été appliquée comme une décision obligatoire en ce qui a trait à la délivrance de licences. Il ne restait au fonctionnaire qui agissait au nom du ministre aucun pouvoir discrétionnaire qui lui permettait de déroger au système de répartition des contingents précisés dans l'avis aux importateurs. Il ressort clairement des réponses du ministre aux observations après l'ajout des œufs d'incubation et des poussins à la liste des marchandises d'importation contrôlées que sa décision était arrêtée. Ces réponses étaient formulées de manière à justifier la décision.

La décision du ministre était fondée sur des considérations non pertinentes. Le système adopté pour la répartition des contingents a eu un effet déstabilisateur sur le marché. Il n'était pas évident que les ministres avaient été informés du fait que le marché du produit fini, c'est-à-dire les poulets de chair, était lui-même un marché fermé, de l'effet sur la concentration des marchés, ou des effets perturbateurs que le système aurait vraisemblablement sur le marché. Il y avait une preuve selon laquelle le système de répartition avait pour but de priver de profit un petit nombre de producteurs de poulets qui exploitaient leurs entreprises en Ontario et des couvoirs qui dépendaient des importations, et de transférer aux couvoirs en général cet avantage qui découlait des importations. Le nouveau

of the Minister's authority pursuant to subsection 8(1) of the *Export and Import Permits Act*.

While the Minister for International Trade may have made the decision in question, it was done with the approbation of the Secretary of State for External Affairs. The Secretary of State adopted as his own the decision made by the Minister for International Trade. It was not an unauthorized subdelegation of authority.

An interim order that quota be allocated to historical importers may no longer be reasonable as certain shifts of allocation have already taken place. But not to grant the interim order seemed to deny a remedy to which the applicants are entitled: to be retained in the positions they were in prior to the decision which has been successfully challenged, was taken, until a decision is properly made. Therefore an interim order issued directing the Minister not to effect any more retrieval or "claw back" of quota from the historic importers, without prejudice to a revision to that order being made after arguments from the parties with respect to the practicality of issuing an interim order in the terms sought by the applicants.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 5(1)(b), 8(1).  
*Farm Products Marketing Agencies Act*, R.S.C., 1985, c. F-4.  
*Government Organization Act, 1983*, S.C. 1980-81-82-83, c. 167, ss. 4, 5, 6.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *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; *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; affg *Maple Lodge Farms Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Regina v. Liverpool Corpn., Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.); *Can-*

stème visait principalement la nouvelle répartition du profit. Il ne s'agissait pas d'une fin pour laquelle le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe 8(1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*.

<sup>a</sup> Même si le ministre du Commerce extérieur a pu prendre la décision en cause, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures l'avait entérinée. Le secrétaire d'État a fait sienne la décision du ministre du Commerce extérieur. Ce processus n'était pas une sous-délégation illégale de pouvoir.

<sup>b</sup> Une ordonnance provisoire pour que le contingent soit réparti entre les importateurs coutumiers n'était peut-être plus raisonnable du fait que certains changements dans la répartition avaient déjà eu lieu. Le fait de ne pas accorder une ordonnance provisoire semblait priver les requérants d'un redressement auquel ils avaient droit, c'est-à-dire d'être maintenus dans la situation où ils étaient avant la décision qui avait été contestée avec succès, tant qu'une décision valable n'avait pas été prise. Par conséquent, une ordonnance provisoire enjoignait au ministre de ne pas diminuer davantage les contingents dont jouissaient les importateurs coutumiers, sous réserve d'une révision dont cette ordonnance pouvait faire l'objet après les arguments des parties relativement à l'aspect pratique d'une ordonnance provisoire rendue aux conditions demandées par les requérants.

#### <sup>e</sup> LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2).  
*Loi organique de 1983*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 167, art. 4, 5, 6.  
*Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 5(1)(b), 8(1).  
*Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, L.R.C. (1985), ch. F-4.

#### <sup>g</sup> JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; conf. *Maple Lodge Farms Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Regina v. Liverpool Corpn., Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.); *Can-*

*dian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.).

REFERRED TO:

*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; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.).

AUTHORS CITED

Oliver, Dawn. "Is the *Ultra Vires* Rule the Basis of Judicial Review?", [1987] *Pub. L.* 543.  
 Reid, Robert F. and Hillel, David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1978.  
 Wade, E. C. S. and A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, 10th ed., Longman Inc., New York, 1985.  
 Walker, Clive. "Review of the Prerogative: The Remaining Issues", [1987] *Pub. L.* 62.

APPLICATION to quash the decision of the Minister for International Trade and its adoption by the Secretary of State for External Affairs to allocate import quotas with respect to hatching eggs and chicks to hatcheries based on market share rather than to traditional importers based on the basis of their historical record of imports. Application allowed.

COUNSEL:

*Paul J. Stott and John T. Pepall* for applicants.

*P. Christopher Parke* for respondent Attorney General of Canada.

*François Lemieux* for respondents Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency, Canadian Hatchery Federation.

SOLICITORS:

*Abraham, Duggan, Hoppe, Niman, Stott*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.

*Osler, Hoskin and Harcourt*, Ottawa, for respondents Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency, Canadian Hatchery Federation.

*dian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

*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; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.).

DOCTRINE

Oliver, Dawn. «Is the *Ultra Vires* Rule the Basis of Judicial Review?», [1987] *Pub. L.* 543.  
 Reid, Robert F. et Hillel, David. *Administrative Law and Practice*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto: Butterworths, 1978.  
 Wade, E. C. S. et A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, 10<sup>e</sup> éd., Longman Inc., New York, 1985.  
 Walker, Clive. «Review of the Prerogative: The Remaining Issues», [1987] *Pub. L.* 62.

DEMANDE d'annulation de la décision du ministre du Commerce extérieur et de son adoption par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures en vue de la répartition des contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins entre les couvoirs en fonction de leur part de marché et non pas de leurs importations antérieures. Demande accueillie.

AVOCATS:

*Paul. J. Stott et John T. Pepall* pour les requérants.

*P. Christopher Parke* pour le procureur général du Canada, intimé.

*François Lemieux* pour l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet à chair et la Fédération canadienne des couvoirs, intimés.

PROCUREURS:

*Abraham, Duggan, Hoppe, Niman, Stott*, Toronto, pour les requérants.

*Le sous-procureur général du Canada*, pour le procureur général du Canada, intimé.

*Osler, Hoskin and Harcourt*, Ottawa, pour l'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet à chair et la Fédération canadienne des couvoirs, intimés.

## EDITOR'S NOTE

The Executive Editor has decided that Her Ladyship's 42-page reasons for order should be reported as abridged. Omitted are some 20 pages under the heading "Some of the Relevant Facts and the Legislative Framework". An Editor's note provides the substance of the deleted material in a condensed form.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The applicants challenge a decision made by the Minister for International Trade to allocate import quotas with respect to hatching eggs and chicks to hatcheries across Canada on the basis of market share rather than to traditional importers, including the applicants, on the basis of their historical record of imports. Market share in this regard means the number of hatching eggs and chicks which a particular hatchery produces and which are used in the broiler chicken production market as a percentage of the total number of hatching eggs and chicks produced in Canada which are used in that market. The applicants seek an order quashing the import allocation quota decision.

The applicants seek an order in the nature of *mandamus* directing the Minister to issue (at least temporarily) quotas for hatching eggs and chicks to those individuals who have historically imported eggs and chicks. The applicants seek an order of *mandamus* directing the Minister to give them an opportunity to be heard and make submissions on any scheme for the distribution of import quotas for hatching eggs and chicks before its implementation.

The applicants challenge the Minister for International Trade's import allocation decision on the grounds that: (1) the rules of natural justice were not met because the applicants did not have an effective opportunity to make representations with respect to the allocation scheme before it was decided upon; (2) the Minister took into account extraneous and irrelevant considerations in reaching his decision; (3) the

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

Le directeur général a décidé que les motifs de l'ordonnance de quarante-deux pages rendus par Madame le juge Reed devraient être publiés sous forme abrégée. Les quelque vingt pages omises figuraient sous la rubrique «Aperçus de certains faits pertinents et du cadre législatif». Une note de l'arrêviste en présente l'essentiel sous forme condensée.

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

LE JUGE REED: Les requérants contestent une décision par laquelle le ministre du Commerce extérieur a réparti entre des couvoirs partout au Canada des contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins, en fonction de la part du marché plutôt qu'entre les importateurs coutumiers, y compris les requérants, en fonction de leurs importations antérieures. À cet égard, la part du marché s'entend du pourcentage d'œufs d'incubation et de poussins produits par un couvoir donné et mis sur le marché de production de poulets de chair par rapport au nombre total d'œufs d'incubation et de poussins produits au Canada et mis sur ce marché. Les requérants demandent une ordonnance annulant la décision sur la répartition des contingents d'importation.

Les requérants demandent une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant au ministre d'attribuer (du moins temporairement) des contingents pour les œufs d'incubation et les poussins aux particuliers qui ont importé des œufs et des poussins par le passé. Les requérants demandent une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de leur donner l'occasion d'être entendus et de présenter leurs points de vue sur tout plan éventuel de distribution de contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins et ce, avant la mise en œuvre d'un tel plan.

Les requérants contestent la décision du ministre du Commerce extérieur sur la répartition des contingents d'importation pour les motifs suivants: (1) les règles de la justice naturelle n'ont pas été respectées du fait que les requérants n'ont pas eu de véritable occasion de présenter des observations relativement au plan de répartition avant qu'une décision n'ait été prise à cet égard; (2) le ministre a tenu compte de



Minister who has the authority under the Act [*Farm Products Marketing Agencies Act*, R.S.C., 1985, c. F-4] to make the decision was not in fact the Minister who made that decision.

*The Farm Products Marketing Agencies Act provides for the establishment of a National Farm Products Marketing Council which can recommend to the Minister the establishment of marketing agencies for farm products. Public hearings have to be held prior to the making of such recommendation. The Act further provides that marketing agencies may be established by a proclamation of the Governor in Council.*

*By 1983, the importation of hatching eggs and chicks had become a concern for those in the industry who did not import. It was in October of that year that the Canadian Broiler Hatching Egg Producers Association proposed to the Council that a marketing agency for hatching eggs be established. Following public hearings, Council recommended creation of such an agency to the Governor in Council. The Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency was established, by proclamation, in late 1986. It had authority to establish a quota system. The Agency's powers related only to interprovincial and export trade. Since intraprovincial trade falls under provincial jurisdiction, a comprehensive plan could not be put in place absent the cooperation of the provinces. When the Agency was first set up, but three provinces bought into the scheme. Two others came on board later, such that 90% of Canadian broiler hatching egg production was covered. The Agency cannot regulate imports: that is controlled under the Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19. That Act provides for the establishment by the Governor in Council of an Import Control List and gives the Minister power to issue any Canadian resident a permit to import goods included in the List. The Act defines "Minister" as "such member of the Queen's Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council as the Minister for the purposes of this Act". At the relevant time, the Rt. Hon. Joe Clark, the Secre-*

*considérations étrangères à la question avant de prendre sa décision; (3) le ministre qui a pris la décision n'était pas celui qui avait le pouvoir de le faire en vertu de la Loi [Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme, L.R.C. (1985), ch. F-4].*

*La Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme prévoit la création d'un Conseil national de commercialisation des produits de ferme qui peut recommander au ministre d'établir des offices de commercialisation pour les produits de ferme. Des audiences publiques doivent être tenues avant de faire une telle recommandation. La Loi prévoit aussi que le gouverneur en conseil peut créer des offices de commercialisation par proclamation.*

*En 1983, les membres du secteur d'activités qui ne faisaient pas d'importation s'inquiétaient de l'importation d'œufs d'incubation et de poussins. C'est en octobre, cette année-là, que l'Association canadienne des producteurs d'œufs d'incubation de poulet de chair a proposé au Conseil d'établir un office de commercialisation des œufs d'incubation. Après la tenue d'audiences publiques, le Conseil a recommandé au gouverneur en conseil l'établissement d'un tel office. L'Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet de chair (OCCOIPC) a été établi, par proclamation, à la fin de 1986. Il avait le pouvoir d'établir un système de contingentement. Les pouvoirs de l'Office ne visaient que la commercialisation aux fins du commerce interprovincial et du commerce d'exportation. Puisque d'après la Constitution, le commerce intraprovincial relève de la compétence des provinces, il était impossible d'établir un plan global qui réglemente les contingents sans la collaboration de celles-ci. Lorsque l'OCCOIPC a été établi à l'origine, seules trois provinces étaient signataires. Deux provinces s'y sont ensuite ajoutées, et quatre-vingt-dix pour cent de la production canadienne d'œufs d'incubation était donc couverte. L'OCCOIPC n'a pas le pouvoir de réglementer les importations car celles-ci sont contrôlées sous le régime de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19. Cette Loi prévoit que le gouverneur en conseil peut dresser la liste des*

tary of State for External Affairs, was the designated Minister.

In 1987 the Agency approached the Agriculture Minister to get eggs and chicks added to the Import Control List. There could not, however, be a blanket prohibition of imports as this would contravene GATT. Also, the Canadian market had traditionally relied upon imports when domestic production fell short of demand. The Agency's recommendation was that the provincial share of global import be allocated on the basis of historic imports to historic importers with redistribution to be carried out at a later time. Under redistribution, hatcheries within a province would get an allocation based on provincial market share. The industry was thus aware that eggs and chicks might be added to the List and the Government was advised to move quickly to establish import controls to forestall importers from building up their historic import records before imposition of controls. The Government did not, however, act with alacrity and certain producers did exactly as had been anticipated.

At a 1989 meeting held in Ottawa at External Affairs, federal officials put forward a proposition that the first-year quotas be allocated on an historical basis but that in subsequent years the quotas would be gradually removed and given to hatcheries across the country based on percent-

marchandises d'importation contrôlée et que le ministre peut délivrer à tout résident du Canada une licence pour l'importation de marchandises figurant sur la liste des marchandises d'importation contrôlée. La Loi définit le «ministre» comme «le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l'application de la présente loi». À l'époque en cause, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, le très hon. Joe Clark, était le ministre habilité.

En 1987, l'OCCOIPC a demandé au ministre de l'Agriculture d'inscrire les œufs d'incubation de poulet de chair et les poussins sur la liste des marchandises d'importation contrôlée. Une interdiction globale des importations ne pouvait pas être imposée puisque cela aurait été contraire au GATT. De plus, le marché canadien avait toujours fait appel aux importations pour répondre à la demande lorsque les couvoirs canadiens n'y parvenaient pas. L'OCCOIPC recommandait que la part provinciale de l'ensemble des importations soit répartie entre les importateurs coutumiers en fonction de leurs importations antérieures, puis redistribuée plus tard. De cette manière, les contingents d'œufs et de poussins auraient été répartis entre les couvoirs d'une province en fonction de leurs parts respectives du marché provincial. Ainsi, tous les intéressés du secteur d'activités savaient que les œufs d'incubation et les poussins risquaient d'être ajoutés à la liste des marchandises d'importation contrôlée, et le gouvernement était prié d'établir rapidement des contrôles des importations pour empêcher certains importateurs d'augmenter leurs chiffres d'importations de poussins et d'œufs en prévision des mesures de contrôle. Le gouvernement n'a toutefois pas agi rapidement, et il semble clair qu'un certain nombre de producteurs de poulets aient fait exactement ce qui avait été prévu.

Dans une réunion tenue au ministère des Affaires extérieures à Ottawa en 1989, des représentants du gouvernement fédéral ont mis de l'avant une proposition selon laquelle, pendant la première année, le contingent serait réparti en fonction des importations antérieures.

age of national market share held. The Agency and the Canadian Hatchery Federation were allowed one week to respond. The Agency took the position that the proposal would undermine its provincial allocation efforts. The Federation <sup>a</sup> replied that it had been given inadequate time to consult its membership. The importing broiler chicken producers had no notice at all that a non-traditional import quota allocation was under consideration.

A few months later, hatching eggs and chicks were added to the List and importers were notified that quotas would be set with reference to an applicant's average level of annual imports from 1984 to 1988 and that in each subsequent year the amount available to historic importers would be decreased by 25% and re-allocated to federally-registered hatcheries across Canada based on national market share. Operators who complained to the Minister that the new quota arrangements would put them out of business were advised to either buy farms with existing hatcheries or purchase import quota from hatcheries in British Columbia allocated quotas for which they had no use.

#### Natural Justice—Opportunity to be Heard

The applicants concede that some of the hatcheries had indirect notice of the allocation system being contemplated. The Canadian Hatcheries Federation had notified their member associations and there was clearly some trickling down of this information to the hatcheries. At least two hatcheries, the two who are applicants in this case, learned of the proposal and

Au cours des années subséquentes, le contingent leur serait toutefois retiré graduellement pour être réparti entre des couvoirs, en fonction du pourcentage du marché national détenu par chacun. L'Office et la Fédération canadienne des couvoirs disposaient d'une semaine pour donner leurs commentaires sur cette proposition. L'OC-COIPC a répondu que la proposition aurait probablement pour effet de miner ses efforts pour répartir les contingents entre les provinces. La Fédération a répondu que le délai alloué était nettement insuffisant pour en discuter avec ses membres. Les producteurs de poulet de chair qui <sup>b</sup> <sup>c</sup> faisaient de l'importation n'avaient pas été avisés du système envisagé de répartition du contingent d'importation.

Quelques mois plus tard, les œufs d'incubation et les poussins ont été ajoutés à la liste des marchandises d'importation contrôlée, et les importateurs ont été informés que des contingents seraient fixés en fonction du niveau moyen des importations annuelles d'un requérant donné de 1984 à 1988. Cependant, dans chacune des années subséquentes, le contingent qui pouvait être attribué aux importateurs coutumiers diminuerait de 25 % par année, et ce qui serait ainsi récupéré serait réparti entre les couvoirs inscrits sous le régime de la loi fédérale partout au pays, en fonction de leur part du marché national. Il a été proposé aux exploitants qui se sont plaints au ministre du fait que le régime de répartition des contingents les obligerait à fermer leurs portes soit d'acheter des exploitations agricoles qui possédaient déjà des couvoirs en exploitation, soit d'acheter des contingents d'importation de couvoirs de Colombie-Britannique à qui un <sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> contingent avait été attribué sans qu'ils en aient besoin.

#### Justice naturelle—Occasion d'être entendu

Les requérants admettent que certains des couvoirs avaient été indirectement avisés du système de répartition envisagé. La Fédération canadienne des couvoirs avait avisé ses associations membres et il est clair que certains de ces renseignements ont fini par être transmis aux couvoirs. Au moins deux couvoirs, requérants en l'espèce, ont eu connaissance de la pro-

sent the Minister unsolicited representations. No formal notice was given or representations sought however by the Minister.

I think it is conceded that the importing broiler chicken producers did not even receive this indirect notice. Indeed, even if the Ontario Chicken Producers' Marketing Board had been consulted (there is no evidence that this occurred), that organization, the majority of whose members were in competition with those broiler chicken producers who imported chicks, had no interest in either alerting or representing the importing producers. The import activities were not looked upon with favour by that organization.

Counsel for the applicants argues that the principles of natural justice (fairness) require that individuals in the position of the applicants should have been given an opportunity to be heard before a decision adopting a system of allocation was taken, the effect of which was to transfer economic advantages held by them to their competitors and which was potentially to put at least some of them out of business. Counsel argues that the obligation to be fair is not met by consulting only those who will profit from the proposed decision.

Counsel for the respondents argues that: (1) the type of decision made by the Minister was not one which raises obligations to consult with the various individuals who might be affected—it is of a legislative as opposed to an administrative or judicial nature—what is more, to expect consultation with all those who might be affected is impractical; (2) in any event, the notice to importers was not a decision—it was a policy directive and as such could be changed at any time—the Supreme Court decision in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, is relied upon for the characterization of the notice; (3) even if adequate notice had not been given before May 8, 1989, when the notice to importers was issued, any defect on that account was as a practical matter cured because there was adequate opportunity after that date to make representations to the Minister and to have the positions considered before quotas were taken from the traditional import-

position et ont envoyé, de leur propre initiative, des observations au ministre. Cependant, le ministre n'a pas donné d'avis officiel et n'a pas sollicité d'observations.

a

Je crois que d'aucuns admettent que les producteurs de poulet de chair qui faisaient de l'importation n'ont même pas reçu cet avis indirect. En effet, même si la Commission ontarienne de la commercialisation du poulet avait été consultée (et il n'y a aucune preuve à cet effet), cet organisme, dont la plupart des membres faisaient concurrence aux producteurs de poulet de chair qui importaient des poussins, n'avait aucun intérêt à avertir les producteurs importateurs ou à les représenter. Cet organisme ne voyait pas les activités d'importation d'un bon œil.

b

c

d

e

f

L'avocat des requérants plaide qu'en vertu des principes de la justice naturelle (l'équité), ceux qui sont dans la situation des requérants auraient dû se voir offrir l'occasion d'être entendus avant qu'une décision d'adopter un système de répartition n'ait été prise. Cette décision a eu pour effet de transférer à leurs concurrents les avantages économiques qu'eux-mêmes avaient et risquait d'en obliger au moins quelques-uns à fermer leurs portes. Selon l'avocat des requérants, l'on ne s'acquitte pas de l'obligation d'agir équitablement en ne consultant que ceux qui bénéficieront de la décision proposée.

g

h

i

j

L'avocat des intimés fait valoir les arguments suivants: (1) la décision prise par le ministre n'en était pas une qui oblige de consulter les divers individus qui risquent d'être touchés; en effet, la décision est de nature législative et non de nature administrative ou judiciaire; qui plus est, il n'est pas pratique de s'attendre à ce que tous ceux qui risquent d'être touchés soient consultés; (2) de toute façon, l'avis aux importateurs n'était pas une décision; il s'agissait d'une ligne directrice et, comme telle, elle pouvait être changée en tout temps; l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, de la Cour suprême, est invoqué au soutien de cette caractérisation de l'avis; (3) même si un avis suffisant n'avait pas été donné avant le 8 mai 1989, lorsque l'avis aux importateurs a été donné, tout vice à ce chapitre était une question pratique qui a été corrigée, vu que les intéressés ont eu l'occasion voulue, après cette date, de présenter des observations au ministre

ers and allocated to the hatcheries on a nation-wide basis in proportion to their national market share.

With the advent of decisions such as *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, the importance of distinguishing between administrative and judicial or quasi-judicial decision-making has become less important than was previously the case. The law has departed from pigeonholing decisions into compartments carrying functional labels and according rights of judicial review or fairness to some but not to others. The question to be asked now, regardless of the classification of function, is whether the requirements of fairness have been met with respect to the decision-making process in question. These will vary with the nature of the decision under review.

Even before the *Nicholson* decision, there was considerable criticism of the use of function classification as a determinative factor in administrative law. In Reid and David, *Administrative Law and Practice* (2nd ed., 1978), at page 118, the following passage is found:

The usual method of answering any question that arises, such as whether there is a right to receive notice, a right to a hearing, or a right to cross-examine, is to classify the function, which in turn will be the determinative factor on the question asked. This two-fold method is objectionable because it interposes an artificial and unnecessary system of classification between the question and answer sought. It causes the relevance and weight of the various tests available in this branch of the law to be graded for the purpose of classification of the function, rather than for the purpose of answering the question in issue.

That text, as has been noted, was written in 1978 and therefore it refers extensively to the classification of administrative, judicial or quasi-judicial and legislative functions. At the same time, the authors' criticism of the traditional administrative law approach to determining whether rules of natural justice or fairness apply by relying on classification of function is significant.

In a recent article, D. Oliver, "Is the *Ultra Vires* Rule the Basis of Judicial Review?", [1987] *Pub. L.*

et de faire examiner les positions avant que les contingents ne soient retirés des importateurs coutumiers et répartis entre les couvoirs à l'échelle nationale proportionnellement à leur part du marché national.

a

Depuis les arrêts tels que *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, il est dorénavant moins important de faire la distinction entre les décisions administratives, d'une part, et les décisions judiciaires ou quasi judiciaires, d'autre part. Les tribunaux ont cessé de classer les décisions par catégories étanches désignées selon la fonction exercée, ce qui avait pour effet d'accorder des droits au contrôle judiciaire ou à l'équité à certains et non à d'autres. Ce qu'il faut maintenant se demander, indépendamment de la classification de la fonction, est si les exigences de l'équité ont été remplies relativement au processus décisionnel en cause. Ces exigences varieront en fonction de la nature de la décision contrôlée.

b

c

d

Même avant l'arrêt *Nicholson*, la classification des décisions selon la fonction exercée, comme facteur déterminant en droit administratif, a été beaucoup critiquée. Le passage suivant est tiré d'un ouvrage de Reid et David, *Administrative Law and Practice* (2<sup>e</sup> éd., 1978), à la page 118:

[TRADUCTION] La méthode habituelle pour répondre aux questions qui se posent—par exemple de savoir si l'intéressé a le droit d'être avisé, le droit d'être entendu, ou le droit de contre-interroger—est de classer la fonction exercée, laquelle sera à son tour un facteur déterminant pour résoudre la question posée. Cette méthode en deux volets est insatisfaisante parce qu'elle interpose un système de classification artificiel et inutile entre la question et la réponse voulue. Elle oblige à soupeser la pertinence et le poids des divers critères employés dans cette branche du droit afin de classer la fonction plutôt que pour répondre à la question en litige.

f

g

h

Comme nous l'avons noté, ce texte a été rédigé en 1978, si bien qu'il y est abondamment question de la classification des fonctions administratives, judiciaires ou quasi judiciaires et législatives. Néanmoins, la critique de l'auteur sur l'approche traditionnelle, en droit administratif, qui consiste à s'appuyer sur une classification de la fonction, pour savoir si les règles de la justice naturelle ou de l'équité s'appliquent, est pertinente.

i

j

Dans un récent article de D. Oliver, «Is the *Ultra Vires* Rule the Basis of Judicial Review?», [1987]

543, the following commentary is found [at pages 543-545]:

[The] substantive rules that are applied when exercising a supervisory jurisdiction could be grouped together as, . . . "principles of good administration." They include the requirement of "fairness" in its various guises, and they prohibit the fettering or delegation of discretion, abuse of power, arbitrariness, capriciousness, unreasonableness, bad faith, breach of accepted moral standards, and so on. They require, in other words, legality, rationality, procedural propriety and possibly proportionality.

It means that an authority will be regarded as acting *ultra vires* if in the course of doing or deciding to do something that is *intra vires* in the strict or narrow sense, it acts improperly or "unreasonably" in various ways: these ways include disregard of the rules of natural justice, unfairness, taking into account irrelevant considerations, ignoring relevant considerations, bad faith, fettering discretion, attempting to raise taxation, interfering with the free exercise of individual liberties, and so on.

This second limb of the *ultra vires* rule rests on the interpretation of the instrument granting the power: Parliament, or the "donor" of the *vires* of the authority, is presumed not to have intended that the authority should act in breach of these principles of good administration. This presumption is, in theory at least, rebuttable, in the sense that if, but only if, the instrument granting the power clearly intends that these principles are not to apply, the courts will give precedence to the terms of the Act or other instrument. However, the cases on ouster clauses indicate that the courts are very reluctant to allow statute to override these principles. [Footnotes omitted.]

Wade and Bradley in the text *Constitutional and Administrative Law*, (10th ed., 1985), at page 594, describe the underlying principle of judicial review as:

Notwithstanding the supremacy of Parliament, the courts impose standards of lawful conduct upon public authorities as a matter of common law, and it is arguable that the power to impose such standards is a constitutional fundamental.

With the breaking down of the boundary between administrative and quasi-judicial decisions, one would expect that, in a similar way, the boundary between so-called legislative decisions and administrative or quasi-judicial decisions would also fall. The

*Pub. L.* 543, on trouve le commentaire suivant [aux pages 543 à 545]:

[TRADUCTION] [Les] règles de fond qui sont appliquées lorsqu'il y a exercice d'une compétence de surveillance pourraient être groupées sous la rubrique «principes d'une bonne administration». Elles comprennent l'exigence de l'«équité» sous différentes formes et elles interdisent l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la délégation de celui-ci, l'abus de pouvoir, les actes arbitraires ou déraisonnables, la mauvaise foi, la violation de normes morales acceptées et ainsi de suite. Autrement dit, elles exigent la légalité, la rationalité, la rectitude procédurale et peut-être la proportionnalité.

Cela veut dire qu'une autorité sera considérée comme outrepassant ses pouvoirs si, pendant qu'elle fait ou décide quelque chose qui relève de sa compétence au sens strict ou étroit, elle agit de façon irrégulière ou «déraisonnable» de diverses façons, notamment en ne tenant pas compte des règles de la justice naturelle, en agissant de façon inéquitable, en tenant compte de considérations étrangères à la question, en faisant abstraction de considérations pertinentes, en agissant de mauvaise foi, en n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire, en tentant d'augmenter les impôts, en empêchant le libre exercice des libertés individuelles, et ainsi de suite.

Le second volet de la règle de l'*ultra vires* repose sur l'interprétation du texte qui accorde le pouvoir: le législateur, ou l'«auteur» du pouvoir dont jouit l'autorité est présumé ne pas avoir voulu que celle-ci agisse en violation de ces principes de bonne administration. Cette présomption est réfutable, en théorie du moins, en ce sens que si, mais seulement si, le texte qui accorde le pouvoir vise manifestement à ce que ces principes ne s'appliquent pas, les tribunaux accorderont priorité aux termes de la loi ou au texte en cause. Cependant, il ressort de la jurisprudence en matière de clauses d'exclusion que les tribunaux sont très réticents à faire en sorte que la loi l'emporte sur ces principes. [Les renvois ont été omis.]

Dans leur ouvrage *Constitutional and Administrative Law*, (10<sup>e</sup> éd., 1985), à la page 594, Wade et Bradley décrivent en ces termes le principe sous-jacent au contrôle judiciaire:

[TRADUCTION] Malgré la souveraineté du Parlement, les tribunaux imposent aux autorités publiques, en vertu de la common law, des normes de conduite légale et l'on peut prétendre que le pouvoir d'imposer ces normes est un principe constitutionnel fondamental.

Vu que la distinction entre les décisions administratives et les décisions quasi judiciaires n'a plus cours, l'on s'attendrait à ce que pareillement, la distinction entre les décisions qualifiées de «législatives» et les décisions administratives ou quasi judi-

respondents refer to the decision in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, for the proposition that such is not the case. This decision however must be read in the light of subsequent jurisprudence such as *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441. In that case, it was held that decisions taken in exercise of the royal prerogative are reviewable. In the United Kingdom a similar, although less adventuresome<sup>1</sup> approach is being taken; see *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.). I think the question to be asked is whether, in exercising a statutory authority, the decision-maker has acted fairly in giving those who will be affected thereby an effective opportunity to make representations before the decision is made.

Traditionnally, a decision has been classified as being of a legislative nature if it sets out general rules which apply to a large number of persons. This is counterpoised to a decision respecting one specific individual. In the present case, the decision which is challenged sets down rules which govern a very limited segment of the populace. I am not convinced that even under the pre-*Nicholson* jurisprudence, where classification according to function was a primary consideration, that the present decision would have been characterized as being legislative in nature. I note, for example, that in *Regina v. Liverpool Corpn., Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.), a decision which was general in nature and which affected 300 taxi drivers was held to be subject to judicial review. While the main focus of that decision was the fact that representations had been made that a decision would not be taken without an opportunity to be heard being given to the taxi drivers who would be affected (the reasonable expectations doctrine), review was not refused by characterizing the decision as being as a legislative or policy one.

<sup>1</sup> Walker, "Review of the Prerogative: The Remaining Issues", [1987] *Pub. L.* 62, contains some comparative remarks.

cières disparaisse aussi. Les intimés invoquent l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, pour faire valoir que tel n'est pas le cas. Cependant, cet arrêt doit être lu à la lumière de la jurisprudence subséquente, notamment l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441. Dans cet arrêt, la Cour suprême a jugé que les décisions prises dans l'exercice de la prérogative royale étaient assujetties au contrôle judiciaire. Au Royaume-Uni, une approche semblable, quoique moins audacieuse<sup>1</sup> est suivie: voir l'arrêt *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.). Je crois qu'il faut se demander si, dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, l'auteur de la décision a agi équitablement en donnant préalablement à ceux qui seront touchés par la décision une véritable occasion de présenter des observations.

Auparavant, une décision était qualifiée de législative si elle énonçait les règles générales qui s'appliquaient à un grand nombre de personnes. Ce genre de décision s'opposait aux décisions qui intéressaient un individu en particulier. En l'espèce, la décision contestée établit des règles qui régissent une très petite partie de la population. Je ne suis pas convaincue que même d'après la jurisprudence qui précédait l'arrêt *Nicholson*, où la classification selon la fonction exercée était une considération primordiale, la décision prise en l'espèce eût été qualifiée de législative. Je note, par exemple, que dans l'arrêt *Regina v. Liverpool Corpn., Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299 (C.A.), le tribunal a jugé qu'une décision générale qui touchait 300 chauffeurs de taxi était sujette au contrôle judiciaire. Dans cet arrêt, le tribunal s'est surtout intéressé au fait que des déclarations avaient été faites voulant qu'une décision ne serait pas prise tant que les chauffeurs de taxi touchés n'auraient pas eu l'occasion d'être entendus (la théorie de «l'expectative raisonnable»). Toutefois, le tribunal n'a pas refusé de contrôler la décision en la qualifiant de décision législative ou de décision de principe.

<sup>1</sup> L'article de Walker, «Review of the Prerogative: The Remaining Issues», [1987] *Pub. L.* 62, renferme quelques remarques comparatives.

I think it is sufficient in this case to say that the Minister in deciding how to allocate import quota, was exercising a statutory power which had been delegated to him. While the decision made may have been general, it was general only for a small segment of the population and, in its application, it was very particular. The effect of the decision was to cause considerable economic harm to the applicants and others. There surely is an implied principle that Parliament intended that the statutory powers being exercised in this case would be exercised in accordance with the administrative law rules of fairness. These rules surely include notice to the applicants of what is being proposed and an opportunity (an effective opportunity) to comment thereon. This they did not have.

In the present case, arguments were made with respect to the nature of the applicants' "right". The applicants referred to Mr. Justice Le Dain's comments in *Maple Lodge Farms Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 500 (C.A.), at page 509, where he spoke of a "common law right to import". I have not been referred to any authority which discusses the common-law right to import. At the same time, I do not think the classification of the applicants' interest as a "right" is necessary in order that they should be accorded an opportunity to make comments on and representations with respect to the particular quota system which was being adopted before it was imposed. As I read the present jurisprudence, it is not necessary to find that a "right" exists in order to bring an application for judicial review. It is sufficient if the applicant can demonstrate an "interest" which justifies the bringing by him or her of the application for judicial review. Indeed, in some cases that interest may be only a "legitimate expectation". In *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149 (C.A.), at page 170, it was said that a person's right to be heard before an "administrative body . . . depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say."

En l'espèce, je crois qu'il suffit d'affirmer que le ministre exerçait un pouvoir légal qui lui avait été délégué lorsqu'il a décidé comment répartir le contingent d'importation. Bien que la décision prise ait pu être générale, elle ne l'était que pour une petite partie de la population et elle était d'application très particulière. La décision a eu pour effet de causer un préjudice économique considérable aux requérants et à d'autres. Il existe sûrement un principe implicite selon lequel le législateur voulait que les pouvoirs légaux exercés en l'espèce soient exercés conformément aux règles d'équité du droit administratif. Ces règles comprennent sûrement l'obligation d'aviser les requérants de ce qui est proposé et de leur donner l'occasion (une véritable occasion) de faire des commentaires à ce sujet. Or, cette obligation envers les requérants n'a pas été remplie.

d

En l'espèce, les parties ont débattu de la nature du «droit» des requérants. Les requérants ont cité les commentaires de M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 500 (C.A.), à la page 509, où le juge a parlé d'un «droit général d'importer». On ne m'a cité aucun jugement ou texte de doctrine qui traite du droit général d'importer. Par ailleurs, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de qualifier l'intérêt des requérants de «droit» pour qu'ils se voient accorder une occasion de faire des commentaires et de présenter des observations relativement au système de contingentement particulier que l'on adoptait avant qu'il ne soit imposé. D'après mon interprétation de la jurisprudence actuelle, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un «droit» pour pouvoir présenter une demande de contrôle judiciaire. Il suffit que le requérant puisse démontrer l'existence d'un «intérêt» qui justifie l'introduction d'une demande de contrôle judiciaire. En fait, dans certains cas, cet intérêt peut simplement être [TRADUCTION] «une expectative légitime». Dans l'arrêt *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149 (C.A.), à la page 170, le tribunal a affirmé qu'une personne avait le droit d'être entendue devant un [TRADUCTION] «organisme administratif . . . s'il avait un droit ou un intérêt quelconque, ou, j'ajouterais, quelque expectative légitime dont il ne serait pas juste de le priver sans avoir entendu ce qu'il avait à dire».



In the present case the applicants may not have had a “right to import” but, for many years, they had in an unregulated environment been importing. They had established a position in the market and an economic viability based on this practice of importing. There is no doubt they have established an interest sufficient to found a claim for review of the decision taken by the Minister with respect to the allocation of import quotas.

With respect to the argument that it was impractical to give those affected by the allocation decision an opportunity to comment thereon before its adoption, Mr. Drohomereski states in his affidavit that the traditional importers of hatching eggs were approximately 8 to 10 hatcheries out of approximately 65 across the country and that the traditional importers of chicks were a small number of chicken producers in southern Ontario. Counsel for the applicants contests the accuracy of these statements. He notes that the evidence shows that there were a larger number of importing hatcheries (39 out of 47-50), and my reading of the evidence is that there were approximately 32 (or perhaps 45) chicken producers who imported chicks. In any event, it is clear that even if all chick producers, both importing and non-importing, and all hatcheries should have had an opportunity to comment, the number of persons affected was not large. They were known. It would not have been impractical to have provided for notice and an opportunity to make recommendations.

It is trite law that the requirements of fairness differ depending upon a variety of factors including the type of decision being made. I would not want to imply that personal and individual notice to every person affected was required in the present case. But some sort of general notice, perhaps by newspaper advertisement, and an opportunity to submit representations was surely required before a decision was taken. I note that even the umbrella representative organizations, who were consulted, complained about insufficient notice being given to allow for proper consideration of the proposal. (Counsel for the applicants notes that these umbrella organizations now support the scheme since they have discovered how

En l'espèce, les requérants n'avaient peut-être pas un «droit d'importer». Cependant, pendant plusieurs années, ils importaient dans un marché non réglementé. Ils avaient établi une position sur le marché et une viabilité économique fondée sur l'importation. Il n'y a aucun doute qu'ils ont établi un intérêt suffisant pour fonder une demande de contrôle de la décision prise par le ministre relativement à la répartition des contingents d'importation.

Passons maintenant à l'argument voulant qu'il n'était pas pratique de donner aux personnes touchées par la décision en matière de répartition l'occasion de présenter leurs commentaires avant son adoption. Dans son affidavit, M. Drohomereski affirme que les importateurs coutumiers d'œufs d'incubation représentaient de 8 à 10 couvoirs, environ, sur un total d'environ 65 à l'échelle du pays et que les importateurs coutumiers de poussins représentaient un petit nombre des producteurs de poulets du Sud de l'Ontario. L'avocat des requérants conteste l'exactitude de ces affirmations. Il fait remarquer que d'après la preuve, il y avait un plus grand nombre de couvoirs importateurs (soit 39 sur un total de 47 à 50) et d'après mon interprétation de la preuve, il y avait environ 32 (peut-être 45) producteurs de poulets qui importaient des poussins. De toute façon, il est clair que même si tous les producteurs de poussins, à la fois ceux qui faisaient de l'importation et ceux qui n'en faisaient pas, et tous les couvoirs avaient eu l'occasion de faire des commentaires, le nombre de personnes touchées était petit. Ces personnes étaient connues. Il n'aurait pas été difficile de les aviser et de leur donner l'occasion de faire des recommandations.

Selon une règle de droit bien établie, les exigences de l'équité dépendent de plusieurs facteurs, y compris le type de décision rendue. Je ne veux pas dire qu'en l'espèce, un avis personnel et individuel aurait dû être donné à chacune des personnes touchées. Cependant, il fallait sûrement donner un avis général quelconque, peut-être par la voie des journaux, et fournir une occasion de présenter des observations avant de prendre une décision. Je note que même les organisations cadres représentantes, qui ont pourtant été consultées, se sont plaintes d'avoir reçu un avis insuffisant pour leur permettre de bien examiner la proposition. (L'avocat des requérants note que ces organisations cadres appuient maintenant le plan puisqu'elles ont

much of a “win” the new system is for them.) I go no further than to say that the rules of fairness require that the persons affected by the decision taken, particularly those who were going to have economic rents which they enjoyed taken away and given to their competitors, should at least have had general notice of what was contemplated and an opportunity to respond thereto and comment thereon before the decision was taken.

With respect to the argument that the May 8, 1989, notice to importers was a policy decision only and therefore no notice was required, this characterization relies heavily on the Supreme Court decision in *Maple Lodge Farms*. I note first of all that the decision in *Maple Lodge Farms* dealt with a particular aspect of the allocation of import quota which is not in issue in this case. It dealt with the issuance of supplementary import permits. These permits, the directive stated, would “normally” be issued if the product it was sought to import was not available domestically. The chicken producers in that case sought to import live chickens (a different product as far as the usual classification was concerned from eviscerated chickens). The supplementary permit was refused because, while live chickens were not available domestically, a significant quantity of eviscerated chicken was available.

I am not convinced that the decision in the *Maple Lodge Farms* case addresses the present fact situation. As I have indicated, the decision in that case was addressed to the issuance of supplementary import permits with respect to which the Minister clearly had a discretionary decision-making authority. That discretion was provided for by the very terms of the notice. It indicated that if certain conditions were met such permits would “normally” be issued. Secondly, however, I am not convinced that classifying a decision as being of a “policy” nature necessarily immunizes it from judicial review; see, for example, *Regina v. Liverpool Corpn.*, *supra*. For the same reasons that I do not think classifying the decision as “legislative” is useful in the present case, equally I do not think that classifying a decision as a policy decision is helpful either. What is important is an assessment of the effects which actually follow

découvert à quel point le nouveau système leur était favorable.) Je dirai simplement qu’en vertu des règles de l’équité, les personnes touchées par la décision, particulièrement celles qui allaient se voir priver d’un profit au détriment de leurs concurrents auraient au moins dû recevoir un avis général de ce qui était envisagé et une occasion d’y répondre et de formuler leurs commentaires à ce sujet avant que la décision ne soit prise.

J’aborde maintenant l’argument selon lequel l’avis aux importateurs du 8 mai 1989 était uniquement une décision de principe, si bien qu’aucun avis n’était nécessaire. Cette caractérisation s’appuie en grande partie sur l’arrêt *Maple Lodge Farms*, de la Cour suprême. Je note d’abord que l’arrêt *Maple Lodge Farms* portait sur un aspect particulier de la répartition des contingents d’importation, un aspect qui n’est pas en cause en l’espèce. Cet arrêt portait sur la délivrance de licences d’importation supplémentaires. Aux termes de la directive, ces licences seraient émises (*normally be issued*) si le produit que l’on cherchait à importer n’était pas disponible au pays. Dans cette affaire, les producteurs de poulets avaient tenté d’importer des poulets vivants (un produit distinct du poulet éviscéré, selon la classification usuelle). La licence a été refusée parce que, même s’il était impossible de se procurer des poulets vivants au pays, une importante quantité de poulets éviscérés était disponible.

Je ne suis pas convaincue que l’arrêt *Maple Lodge Farms* s’applique aux faits en l’espèce. Comme je l’ai mentionné, cet arrêt intéressait la délivrance de licences d’importation supplémentaires à l’égard desquelles le ministre avait clairement un pouvoir discrétionnaire de décision. Ce pouvoir discrétionnaire était prévu dans le texte même de l’avis. Celui-ci indiquait que si certaines conditions étaient remplies, de telles licences seraient émises (*normally issued*). Par ailleurs, je ne suis pas convaincue que le fait de qualifier une décision de «décision de principe» la mette nécessairement à l’abri du contrôle judiciaire; voir, par exemple, l’arrêt *Regina v. Liverpool Corpn.*, précité. Pour les mêmes motifs que je juge inutile de qualifier la décision de «législative» en l’espèce, je ne crois pas non plus qu’il soit utile de qualifier une décision de «décision de principe». Il importe plutôt d’évaluer les effets que produit réellement la déci-

from the decision. In the present case, the decision was not treated as one according the Minister residual discretionary authority although it is not contested that he could have changed the decision. The decision was treated as setting down rules according to which, permits would be and were strictly issued. These were not administrative guidelines for internal administrative use. After the notice to importers was issued, its terms for issuing permits were followed automatically. The decision was being applied as a binding decision with respect to the issuance of permits. No discretion was left to an official acting in the name of the Minister to depart from the system of quota allocation which was detailed in the notice. The effect of the decision was to visit considerable economic loss on the applicants.

With respect to the last argument, whether the ability to write to the Minister after May 9, 1989, constituted notice and an effective opportunity to be heard, this is easily dealt with. It is clear from the responses of the Minister to representations sent to him after May 8, 1989, that his mind was closed. The responses are framed to justify the decision which had been taken. There is no openness to representation exhibited in them. I could not conclude that the fact that the Minister was theoretically able to change his mind after May 8, 1989, meant that letters sent to the Minister after that date constituted a process of effective representation.

The applicants are entitled to an order quashing the decision in issue and requiring that any decision which is subsequently taken is taken in a context which observes the rules of fairness to the extent of giving those affected thereby an opportunity to respond to and comment on the proposed allocation system.

#### Natural Justice—Irrelevant Considerations

Counsel for the applicant argues that the Minister, in reaching his decision, took into account irrelevant considerations, in fact based his decision on irrelevant considerations, and did not consider relevant

sion. En l'espèce, la décision n'a pas été traitée comme une décision qui accordait au ministre un pouvoir discrétionnaire résiduel, quoiqu'il ne soit pas contesté qu'il aurait pu modifier la décision. La décision a été traitée comme si elle établissait des règles en vertu desquelles des licences pourraient être strictement délivrées, comme ce fut le cas. Il ne s'agissait pas de lignes directrices administratives d'application interne. Après que l'avis aux importateurs eut été donné, les conditions qu'il établissait pour la délivrance de licences étaient automatiquement suivies. La décision était appliquée comme une décision obligatoire en ce qui a trait à la délivrance de licences. Il ne restait au fonctionnaire qui agissait au nom du ministre aucun pouvoir discrétionnaire qui lui permettait de déroger au système de répartition des contingents précisé dans l'avis. La décision a causé un préjudice économique considérable aux requérants.

Pour ce qui est du dernier argument selon lequel la possibilité d'écrire au ministre après le 9 mai 1989 constituait un avis et une occasion véritable d'être entendu, cette question est facile à trancher. Il ressort clairement des réponses du ministre aux observations qui lui ont été envoyées après le 8 mai 1989 que sa décision était arrêtée. Ces réponses sont formulées de manière à justifier la décision qui avait été prise. Elles ne témoignent d'aucune ouverture d'esprit à de nouvelles observations. Je ne saurais conclure que la faculté qu'avait, en théorie, le ministre de changer d'idée après le 8 mai 1989 signifiait que les lettres qui lui avaient été envoyées après cette date constituaient un processus qui permettait de véritablement faire valoir un point de vue.

Les requérants ont le droit d'obtenir une ordonnance annulant la décision en cause et exigeant que toute décision éventuelle soit prise dans un contexte qui respecte les règles de l'équité en donnant à ceux qui sont touchés par la décision l'occasion de faire valoir leur point de vue sur le système proposé de répartition.

#### Justice naturelle—Considérations étrangères à la question

L'avocat des requérants soutient que le ministre, pour prendre sa décision, aurait tenu compte de considérations étrangères à la question, voire qu'il aurait fondé sa décision sur de telles considérations et qu'il

factors. The decision in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.) is relied upon. The *Export and Import Permits Act* [R.S.C., 1985, c. E-19], paragraph 5(1)(b), provides that the importation of products may be controlled "for the purpose of supporting any action taken under the *Farm Products Marketing Agencies Act*". Counsel argues that, similarly, a system of quota allocation should support that purpose. In the present case, it is noted that the allocation system did not support the system of marketing chicks and eggs which had been adopted pursuant to the *Farm Products Marketing Agencies Act*. It did exactly the opposite. It gave quota to hatcheries who did not need it and had never used imports. It assigned quota to hatcheries in provinces where there had never been much, if any, importing of chicks and hatching eggs. It denied quota to chicken producers and hatcheries who had traditionally imported, placing them in a position where they could not obtain supply. The two-year prospective contracting system for supply reflects the life of a hatching egg flock. Thus when import supply was taken away, it could not be immediately replaced by domestic supply.

There is absolutely no evidence demonstrating how the quota system which was adopted would support the domestic or interprovincial supply management of hatching eggs and chicks. Catherine McKinley, First Vice Chair of the Canadian Hatchery Federation, was cross-examined on her affidavit concerning the effects of imports on the Canadian market. She was asked to identify specific instances in which hatcheries had had contracts cancelled at the last moment because purchasers switched to imports. She could not identify a single instance. Counsel asked:<sup>2</sup>

n'aurait pas tenu compte de facteurs pertinents. À cet égard, il invoque l'arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.). L'alinéa 5(1)(b) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* [L.R.C. (1985), ch. E-19] prévoit que l'importation de produits peut être contrôlée pour «appuyer une mesure d'application de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*». Selon l'avocat des requérants, un système de répartition des contingents devrait pareillement servir à cette fin. Il note qu'en l'espèce, le système de répartition n'appuyait pas le système de commercialisation des poussins et des œufs adopté conformément à la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*. Il a eu exactement l'effet contraire. Il a accordé des contingents à des couvoirs qui n'en avaient pas besoin et qui n'avaient jamais fait appel à des importations. Il a attribué des contingents à des couvoirs dans des provinces où l'importation de poussins et d'œufs d'incubation avait toujours été minime, voire inexistante. Il a privé de contingents des producteurs de poulets et des couvoirs qui avaient eu l'habitude d'importer, les privant de leur source d'approvisionnement. Le régime en vertu duquel les contrats d'approvisionnement sont conclus deux ans à l'avance reflète la durée du cycle biologique d'un troupeau élevé pour la production d'œufs d'incubation. Ainsi, lorsque l'approvisionnement sous forme d'importations a été éliminé, il ne pouvait pas être immédiatement remplacé par l'approvisionnement de source canadienne.

Il n'y a absolument aucune preuve qui démontre comment le système de contingents adopté appuierait la gestion nationale ou interprovinciale de l'approvisionnement en œufs d'incubation et en poussins. Catherine McKinley, première vice-présidente de la Fédération canadienne des couvoirs, a été contre-interrogée sur son affidavit relativement aux effets des importations sur le marché canadien. On lui a demandé de donner des exemples précis où des contrats octroyés aux couvoirs avaient été annulés à la dernière minute parce que des acheteurs avaient décidé de s'approvisionner plutôt auprès d'importateurs. Elle ne pouvait citer un seul exemple. L'avocat des requérants a posé la question suivante:<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Applicants' Record, at pp. 857-858.

<sup>2</sup> Dossier des requérants, aux p. 857 et 858.

Q. So paragraph 12, first sentence, is basically false? "When large chick imports arrive from the U.S., chicken producers . . . cancel deliveries from the . . . hatcheries"

[TRADUCTION] Q. Ainsi, la première phrase du paragraphe 12 est essentiellement fausée? «Lorsque d'importantes quantités de poussins sont importées des États-Unis, les producteurs de poulets . . . annulent leurs commandes auprès des . . . couvoirs»

She answered:

*a*

Elle a répondu:

A. That's right.

[TRADUCTION] R. C'est exact.

Similarly she was unable to identify any instance of a chicken producer deferring delivery from a hatchery because of large chick imports from the United States.<sup>3</sup>

*b*

Pareillement, elle n'a pas pu donner d'exemple où un producteur de poulets aurait reporté une commande auprès d'un couvoir parce que d'importantes quantités de poussins avaient été importées des États-Unis<sup>3</sup>.

Q. Now, hatcheries are under contract to their grower; right?

*c*

[TRADUCTION] Q. Maintenant, les couvoirs sont liés par contrat avec leurs éleveurs, n'est-ce pas?

A. To the hatching egg producer?

R. Avec le producteur d'œufs d'incubation?

Q. Yes.

Q. Oui.

A. Yes.

*d*

R. Oui.

Q. Were hatcheries cancelling the purchase of domestic eggs? Did they cancel their contracts?

Q. Est-ce que les couvoirs annulaient leur achat d'œufs canadiens? Est-ce qu'ils annulaient leurs contrats?

A. In Ontario they take out a two-year contract.

R. En Ontario, ils concluent un contrat de deux ans.

Q. So the bottom line, ma'am, is paragraph twelve:

*e*

"When this happens, hatcheries roll back or cancel their purchases of domestic hatching eggs, leaving the hatching egg producer with surplus hatching eggs."

Q. Par conséquent, Madame, il reste le paragraphe douze: «Dans ce cas, les couvoirs réduisent ou annulent leurs achats d'œufs d'incubation canadiens, ce qui laisse le producteur d'œufs d'incubation avec un excédent d'œufs.»

In fact, no hatchery cancelled the purchase of surplus hatching eggs when large chick imports arrive from the United States, did they?

*f*

En fait, aucun couvoir n'a annulé ses achats d'œufs d'incubation excédentaires lorsque d'importantes quantités de poussins ont été importées des États-Unis, n'est-ce pas?

A. "When this happens" refers to the fact that producers who import chicks do not use domestic production . . .

*g*

R. En employant l'expression «dans ce cas», je voulais dire que les producteurs qui importent des poussins ne s'approvisionnent pas auprès des producteurs canadiens . . .

Ms. McKinley stated in her affidavit that the increase of imports by a relatively small number of importers disrupted the orderly flow of chicks to the market and "[T]his is referred to as bunching in the industry". On cross-examination when asked to explain how this occurred, she stated:<sup>4</sup>

*h*

Dans son affidavit, Mme McKinley a affirmé que l'augmentation des importations par un nombre relativement petit d'importateurs perturbait l'écoulement ordonné de poussins sur le marché. [TRADUCTION] «ce phénomène est appelé «engorgement» dans le secteur». En contre-interrogatoire, lorsqu'on lui a demandé d'expliquer comment ce phénomène se produisait, elle a affirmé ce qui suit<sup>4</sup>:

You are absolutely right that they don't cause the problem and they are not the sole reason for the problem in any way . . . bunching is a problem for the whole industry.

*i*

[TRADUCTION] Vous avez absolument raison de dire qu'elles ne sont pas la cause du problème et qu'elles ne sont d'aucune façon la seule source du problème . . . l'engorgement pose un problème pour tout le secteur.

<sup>3</sup> *Ibid.*, at pp. 862-863.

<sup>4</sup> *Ibid.*, at p. 870 and at pp. 846-847.

<sup>3</sup> *Ibid.*, aux p. 862 et 863.

<sup>4</sup> *Ibid.*, à la p. 870 et aux p. 846 et 847.

Q. Isn't the real problem here that these 32 chicken producers were customers of hatcheries and they have gone directly to the source of supply that the hatcheries themselves were using for chicks? Isn't that just the problem? They went around the Canadian hatchery and went directly to the U.S. hatchery for the chick?

A. That is basically —

A. I have no personal knowledge of how those 34 importers learned how to do it.

Ms. McKinley's affidavit also alleges that leaving import quota in the hands of traditional importers would allow holders of import quota to put hatcheries without quota out of business because of the lower price of imports. On cross-examination, she admitted that no hatchery had been put out of business. She was unable to explain how this could in fact happen given that the quantity of imports was controlled and the quantity of end product (broiler chickens) was also controlled by quota and price.<sup>5</sup>

Counsel for the applicants notes that the Minister, in his letter of July 11, 1989 to the Canadian Importers' Association, answers the concerns that have been raised about the allocation system, which has been put in place, by stating that since the system will be phased in over time, there will be time for "new trading patterns to develop". Counsel for the applicants argues that the creation of new trading patterns is not one of the purposes for which the Minister is entitled to exercise his authority.

There is some difficulty in this case ascertaining exactly what considerations were taken into account by the Minister and upon which he made his decision. The Government has refused to disclose the documentation which was in fact considered by the Ministers. Production of that documentation was sought by the applicants. The respondents claimed privilege on the ground that it was a confidence of the Queen's Privy Counsel. That the Court could not require production of that document was decided in

<sup>5</sup> *Ibid*, at p. 920.

Q. N'est-il pas vrai que le véritable problème, dans ce cas, vient du fait que ces 32 producteurs de poulets étaient des clients des couvoirs et qu'ils s'approvisionnent maintenant directement auprès des fournisseurs chez lesquels les couvoirs eux-mêmes s'approvisionnaient pour obtenir des poussins? Ne serait-ce pas justement le problème? Ils ont contourné les couvoirs canadiens et s'approvisionnent maintenant directement auprès des couvoirs américains pour les poussins?

R. C'est essentiellement —

R. Je ne sais pas pour ma part comment ces 34 importateurs ont appris à le faire.

Dans son affidavit, Mme McKinley allègue également que le fait de laisser les contingents d'importation aux importateurs coutumiers permettrait aux titulaires de contingents d'importation d'éliminer les couvoirs n'ayant pas de contingent à cause du prix inférieur des importations. En contre-interrogatoire, elle a admis qu'aucun couvoir n'avait dû fermer ses portes. Elle n'a pas pu expliquer comment cela pouvait se produire dans les faits, vu que la quantité des importations était contrôlée et que la quantité du produit fini (les poulets de chair) était également contrôlée par le contingent et le prix.<sup>5</sup>

L'avocat des requérants note que le ministre, dans sa lettre du 11 juillet 1989 à l'Association des importateurs canadiens, répond aux craintes soulevées par rapport au système de répartition mis en place. Selon le ministre, puisque le système serait établi graduellement, [TRADUCTION] «une nouvelle configuration des échanges aurait le temps de se développer». L'avocat des requérants soutient que la création d'une nouvelle configuration des échanges n'est pas l'une des fins pour lesquelles le ministre a le droit d'exercer son pouvoir.

En l'espèce, il est quelque peu difficile de connaître exactement les considérations dont le ministre a tenu compte, et sur lesquelles il s'est fondé, pour prendre sa décision. Le gouvernement a refusé de divulguer les documents dont les ministres ont effectivement tenu compte. Les requérants avaient demandé la production de ces documents. Les intimés ont invoqué un privilège au motif qu'il s'agissait de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. Dans l'arrêt *Canadian Assn. of*

<sup>5</sup> *Ibid*, à la p. 920.

*Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.). Leave to appeal was refused by the Supreme Court, [1992] 2 S.C.R. v. Mr. Justice Hugessen in rendering his decision in that case stated, at pages 135-140:

... I am extremely concerned by the government's invocation of section 39 of the *Canada Evidence Act* (R.S.C., 1985, c. C-5, in the circumstances of this case. To understand my concern it is necessary to have in mind the scheme of sections 37, 38 and 39 which are grouped together under the heading "*Disclosure of Government Information*":

It can be seen that this scheme sets out an ascending hierarchy of protected categories. The first category, dealt with in section 37, covers the general "public interest" privilege against disclosure. It requires that the person objecting to disclosure specify the type of public interest which is claimed to be endangered; it then subjects that objection to a judicial examination to determine if the public interest in disclosure, which is at the foundation of our system of justice, outweighs the public interest on which the objection is based. The judicial balancing is required to be made by a superior court and is subject to appeal to the relevant court of appeal, and, with leave, to the Supreme Court of Canada.

Section 38 deals with situations in which Parliament has clearly decided that there is a higher public interest against disclosure. It applies when the objection is based on possible harm to Canada's international relations, national defence or security. The objection can only be determined by the Chief Justice of this Court or a judge designated by him . . .

Finally, in section 39, Parliament has decreed an absolute privilege with respect to confidences of the Queen's Privy Council for Canada. The mere taking of the objection by the production of the requisite certificate forecloses not only the disclosure of the information sought but also any inquiry into whether or not the protected interest outweighs the interests of the administration of justice. Indeed the section, by implication, denies that there can be any competing interest. No judge of any court may question the fiat of a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council, no matter how insignificant the protected communication or how vital it may be to the proper resolution of a question before the Court.

We have some clues as to the nature of the documents objected to in this case. They may be briefly described as communications from senior civil servants to the responsible Minister regarding the proposed exercise of a ministerial discretion

*Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.), il a été jugé que la Cour ne pouvait exiger la production de ces documents. L'autorisation d'en appeler a été refusée par la Cour suprême, [1992] 2 R.C.S. v. Dans ses motifs au soutien de cet arrêt, M. le juge Hugessen a affirmé ce qui suit aux pages 135 à 140:

... que l'État invoque l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* (L.R.C. (1985), ch. C-5), dans les circonstances de la présente espèce m'inquiète beaucoup. Pour comprendre cette inquiétude, il est nécessaire d'avoir à l'esprit le texte des articles 37, 38 et 39, tous trois réunis sous l'intitulé "*Divulgaration de renseignements administratifs*":

Comme on peut le voir, il y a dans ce texte un ordre ascendant de catégories protégées. La première de ces catégories, sur laquelle porte l'article 37, couvre le privilège de non-divulgaration pour des raisons d'«intérêt public» en général. La disposition exige que la personne qui s'oppose à la divulgation des renseignements en question précise le type d'intérêt public qui serait en danger; elle soumet ensuite cette opposition à l'examen d'un tribunal afin qu'il soit déterminé si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation des renseignements, un élément qui est à la base de notre système de justice, ont préséance sur les raisons d'intérêt public sur lesquelles repose l'opposition. La décision doit être prise par une cour supérieure et elle est susceptible d'appel devant la cour compétente et, après autorisation, devant la Cour suprême du Canada.

L'article 38 traite des situations où le législateur a jugé clairement que des raisons d'intérêt public supérieures s'opposent à la divulgation des renseignements. Cet article s'applique lorsque l'opposition repose sur le motif que la divulgation pourrait être préjudiciable aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Seul le juge en chef de la Cour fédérale, ou un juge désigné par ce dernier, peut trancher la question . . .

Enfin, à l'article 39, le législateur a décrété un privilège absolu pour ce que l'on appelle les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Le simple fait de s'opposer à la divulgation de tels renseignements en produisant le certificat requis empêche non seulement de divulguer les renseignements demandés mais aussi d'examiner si les intérêts protégés ont préséance ou non sur les intérêts de l'administration de la justice. En fait, l'article nie implicitement qu'il puisse exister un intérêt opposé quelconque. Aucun juge, de quelque cour que ce soit, ne peut mettre en doute l'ordonnance d'un ministre de la Couronne ou du greffier du Conseil privé, indépendamment de l'importance du document protégé ou de l'utilité de ce dernier pour ce qui est du règlement d'une question soumise à la Cour.

Dans l'affaire qui nous occupe ici, nous avons quelques indices sur la nature des documents dont on s'oppose à la divulgation. Il s'agit de documents que des hauts fonctionnaires ont adressés au ministre responsable au sujet de l'exer-

under the *Export and Import Permits Act* (R.S.C., 1985, c. E-19).

The objection, however, was in fact taken under section 39. The only possible justification for this appears to be in the wholly fortuitous circumstance that the internal organization of the Department of External Affairs was such that two Ministers were nominally responsible for the decision. It seems clear from the material that the decision was in fact taken by the Minister for International Trade, but that it required the concurrence of the Secretary of State for External Affairs. That fortuitous circumstance alone could serve to bring the documents within the ambit of paragraphs (d) and (e) of subsection 39(2), as certified by the Clerk of the Privy Council.

In the circumstances, we can, of course, only guess at the true nature of the documents objected to from the few bits of information available. If, however, I am correct in thinking that the documents are as I have described them to be, I consider this case to be a gross abuse of executive power, but one which Parliament, sadly, has clearly intended to be out of reach of judicial scrutiny.

Counsel for the applicants argues that where the Ministers have refused to disclose pertinent information, by relying on a technicality (that the document went to two Ministers instead of one) in order to assert absolute privilege, this should lead to inferences being drawn against the Minister. At the very least he argues that the burden of proving that the Minister took into account only relevant considerations should be borne by the Minister.

As I have noted, there is no evidence demonstrating how the system of allocation was designed to support a domestic supply management program apart from some general statements from self-interested groups that this would be so. The objective evidence is that the quota allocation system adopted had a destabilizing effect on the market(s). It is not evident that the Minister considered factors such as the increased concentration to the market which would arise from the system adopted, the fact that the umbrella organizations which were consulted stated that the time which was given for them to respond was inadequate, had information communicated to them concerning the destabilizing effect of the scheme. There is no evidence that the Minister con-

cise proposé de son pouvoir discrétionnaire en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (L.R.C. (1985), ch. E-19).

<sup>a</sup> Toutefois, c'est l'article 39 qui a été invoqué. La seule justification possible de cette mesure semble résider dans la circonstance tout à fait fortuite que le ministère des Affaires extérieures est structuré de façon telle que deux ministres étaient théoriquement chargés de prendre la décision applicable. <sup>b</sup> D'après la documentation fournie, il semble évident que c'est en fait le ministre du Commerce extérieur qui a pris la décision, mais celle-ci exigeait l'assentiment du secrétaire d'État aux Affaires extérieures. Seule cette circonstance fortuite pourrait être invoquée afin de faire tomber les documents sous le coup des alinéas d) et e) du paragraphe 39(2), ainsi que l'a attesté le greffier du Conseil privé.

<sup>d</sup> Dans les circonstances, nous ne pouvons bien sûr que supposer, à partir des quelques bribes d'information disponibles, quelle était la véritable nature des documents dont on s'opposait à la divulgation. Cependant, si les documents correspondent comme je le crois à la description que j'en ai faite, je considère que cette affaire constitue un abus flagrant du pouvoir exécutif, mais que, malheureusement, le législateur a clairement envisagé de mettre hors de portée d'un examen judiciaire.

<sup>e</sup> Selon l'avocat des requérants, parce que les ministres ont refusé de divulguer des renseignements pertinents, en s'appuyant sur un point de droit formaliste (savoir, que le document a été transmis à deux ministres, plutôt qu'à un seul), pour invoquer un privilège absolu, il y a lieu de tirer des conclusions défavorables à l'égard du ministre. L'avocat des requérants prétend qu'à tout le moins, il incombe au ministre de prouver qu'il n'avait tenu compte que de considérations pertinentes. <sup>g</sup>

<sup>h</sup> Comme je l'ai noté, il n'y a aucune preuve qui démontre en quoi le système de répartition aurait été conçu pour appuyer un programme national de gestion des approvisionnements, à part quelques affirmations générales à cet effet de groupes intéressés. D'après la preuve objective, le système adopté pour la répartition des contingents a eu un effet déstabilisateur sur les marchés. Il n'est pas évident que le ministre ait tenu compte de facteurs comme la concentration accrue sur le marché qui découlerait du système adopté, le fait que les organisations cadres consultées ont affirmé qu'elles n'avaient pas eu suffisamment de temps pour répondre et que des renseignements leur avaient été communiqués sur l'effet déstabilisateur du plan. Il n'y a aucune preuve selon <sup>j</sup>



sidered the Deloitte, Touche study upon which counsel for the applicants relies as a possible ground for the adoption of the allocation system which was chosen. That study did not include a consideration of allocation on the basis of national market share and Mr. Gosselin who was cross-examined on the affidavit he had filed, in support of the respondents' position, stated that he had not read the report and asked why he would.<sup>6</sup> Counsel for the applicants argues that the respondents' reliance on that study as having been a consideration in reaching a decision on the allocation system is a complete "fairy story" given that there is no evidence that, at the time, it was considered by either the relevant departmental officials or the Minister.

Counsel for the applicants argues that the system of allocation which was chosen had as its purpose the transfer of profits earned by the broiler chick importers to the hatcheries. He argues that an income redistribution system is not a purpose which falls within the *Farm Products Marketing Agencies Act*. He argues that the main, if not the only, purpose of the allocation system which was adopted was this reallocation of economic rents. It is useful to quote some of the cross-examination of Pierre Gosselin, who at the time was Director General of the Special Trade Relations Bureau of the Department of External Affairs. Counsel for the applicants continually pressed him to identify the factors which were taken into account in coming to the decision to adopt the allocation system in question. Some of that cross-examination follows:<sup>7</sup>

The reason we did what we did is, as I expressed it to you, we thought that this would be the most equitable and least disruptive approach to a difficult problem of allocation.

Q.236 Q. Was one of your purposes to eliminate an economic advantage over competitors?

A. Yes.

Q.239 Q. Hatcheries now control 41 percent of the production in Ontario by ownership, and about that percentage all across the country? Why target one group and not another?

<sup>6</sup> *Ibid.*, at p. 1153, Q. 136.

<sup>7</sup> Applicants' Record, at pp. 1180-1181 and 1200-1201.

laquelle le ministre aurait tenu compte de l'étude de la firme Deloitte, Touche, étude sur laquelle l'avocat des requérants s'appuie, comme motif éventuel pour l'adoption du système de répartition qui a été choisi.

a Dans cette étude, la répartition du contingent en fonction de la part du marché national n'a pas été examinée. En outre, un certain M. Gosselin qui a été contre-interrogé sur l'affidavit qu'il avait déposé, au soutien de la thèse des intimés, a affirmé ne pas avoir b lu le rapport et il a demandé pourquoi il lui faudrait le faire<sup>6</sup>. Selon l'avocat des requérants, l'allégation des intimés selon laquelle on avait tenu compte de cette étude pour prendre une décision sur le système de c répartition est [TRADUCTION] «une histoire à dormir debout», vu qu'il n'y a aucune preuve qu'à l'époque, les fonctionnaires responsables du ministère, ou le ministre, l'aient examinée.

d L'avocat des requérants soutient que le système de répartition qui a été choisi avait pour but de transférer aux couvoirs les bénéficiaires touchés par les importateurs de poussins de poulets de chair. Il fait valoir qu'un système de redistribution du revenu n'est pas e une fin visée par la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*. Selon lui, le principal but du système de répartition adopté, voire le seul, était cette nouvelle répartition du profit. Il est utile de f citer quelques extraits du contre-interrogatoire de Pierre Gosselin qui était à l'époque directeur général de la Direction générale des relations commerciales spéciales du ministère des Affaires extérieures. L'avocat des requérants l'a sans cesse pressé d'identifier les facteurs dont on a tenu compte avant g d'adopter le système de répartition en cause. Voici un extrait de ce contre-interrogatoire<sup>7</sup>:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle nous avons agi comme nous l'avons fait, comme je vous l'ai dit, nous croyions que ce h serait la solution la plus équitable et la moins perturbatrice à un épineux problème de répartition.

Q.236 Q. Visiez-vous notamment à éliminer un avantage économique sur des concurrents?

i R. Oui.

Q.239 Q. Les couvoirs contrôlent maintenant 41 pour cent de la production en Ontario par les propriétaires, et environ le même pourcentage partout au pays? Pourquoi cibler un groupe plutôt qu'un autre?

<sup>6</sup> *Ibid.*, à la p. 1153, Q. 136.

<sup>7</sup> Dossier des requérants, aux p. 1180 et 1181; 1200 et 1201.

A. Well, I guess—I can't answer that question. What I am saying is that they saw the people who raise the hatching eggs as separate from the hatchery function. All they are saying here is that—

Q. I don't understand that.

A. They are saying, don't give the right to import to chicken growers.

Q.310 A. What we were trying to deal with is to make sure that the economic rent that could result from importing would be spread in such a way as it would not be disruptive to the market.

Q. What evidence did you have in hatching eggs that an historical system would be disruptive to the market?

A. I guess we come back to the same old sources, but we had advice from the people in the trade that that could be the case. We had our own observations—

Q. Where is that advice that the economic rent would be disruptive?

A. The fact that you import confers on you economic rent the moment the domestic price is different from the import price. So by implication that is what the whole allocation issue turns on.

I find counsel's characterization of the evidence persuasive: there is no evidence as to how the allocation system supports any domestic supply management program; there is positive evidence that it had and could be expected to have a disruptive effect on the market; it is not clear that the Ministers were apprised of the fact that the end product market for broiler chickens was itself a closed market; it is not clear that they were made aware of the effect on the concentration of the markets which the system would have; it is not clear that they were made aware of the disruptive effects which the system would likely cause to the market. There is evidence that the purpose of the allocation system was to remove economic rent from the small number of chicken producers, who operated in Ontario and from hatcheries who depended upon imports. There is evidence which make it clear that a purpose, if not the main purpose, of the allocation system was to transfer that rent arising from imports to the hatcheries generally and to take it away from the chicken producers. The fact situation in this case is not one where a reallocation of economic rent is a side effect of a system which is designed to primarily focus on supply management. It is to be expected that such management schemes

R. Bien, je suppose—je ne peux répondre à cette question. Je dis qu'ils considéraient les gens qui élevaient des œufs d'incubation comme étant distincts de ceux qui exploitaient les couvoirs. Tout ce qu'ils disent ici est que—

Q. Je ne comprends pas.

R. Ils disent, n'accordez pas aux éleveurs de poulets le droit d'importer.

Q.310 R. Ce que nous essayions de faire était de s'assurer que l'avantage économique qui pouvait résulter de l'importation soit réparti de manière à ne pas perturber le marché.

Q. Quelle preuve aviez-vous, en ce qui concerne les œufs d'incubation, qu'un système fondé sur les antécédents perturberait le marché?

R. Je suppose que l'on revient aux mêmes vieilles sources, mais nous avions des avis de gens dans le commerce comme quoi cela pouvait se produire. Nous avions nos propres observations—

Q. Où est cet avis comme quoi le profit aurait un effet perturbateur?

R. L'importation vous rapporte un profit dès que le prix canadien diffère du prix d'importation. Toute la question de la répartition y est liée implicitement.

Je suis d'accord avec la manière dont l'avocat des requérants a caractérisé la preuve: aucune preuve ne montre en quoi le système de répartition appuie un quelconque programme national de gestion des approvisionnements; il y a une preuve positive selon laquelle ce système était susceptible d'avoir un effet perturbateur sur le marché et qu'il a eu cet effet; on ne sait pas au juste si les ministres ont été informés du fait que le marché du produit fini, c'est-à-dire les poulets de chair, était lui-même un marché fermé; on ne sait pas au juste si les ministres ont été informés de l'effet qu'aurait le système sur la concentration des marchés; on ne sait pas au juste si les ministres ont été informés des effets perturbateurs que le système aurait vraisemblablement sur le marché. Il y a une preuve selon laquelle le système de répartition avait pour but de priver de profit un petit nombre de producteurs de poulets qui exploitaient leurs entreprises en Ontario et des couvoirs qui dépendaient des importations. Il y a une preuve qui montre clairement qu'un des buts, voire le but principal, du système de répartition était de transférer aux couvoirs en général cet avantage qui découlait des importations et de le retirer des producteurs de poulets. En l'espèce, la nouvelle répartition du profit ne découle pas d'un

will always involve some redistribution of rents. The facts in this case however, disclose that the main focus of the allocation was simply the transfer of profits from one segment of the market to another. As such, it is not a proper purpose for an exercise of the Minister's authority pursuant to subsection 8(1) of the *Export and Import Permits Act*. The applicants are entitled to an order quashing the Minister's decision because it was based on irrelevant considerations and requiring that any subsequent decision be made taking into account relevant considerations only.

système qui est avant tout conçu pour gérer les approvisionnements. Il faut s'attendre à ce que de tels plans de gestion entraînent toujours une certaine redistribution du profit. Cependant, les faits en l'espèce révèlent que la répartition visait principalement le transfert du profit d'un secteur du marché à un autre. En tant que tel, il ne s'agit pas d'une fin pour laquelle le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe 8(1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. Les requérants ont droit d'obtenir une ordonnance annulant la décision du ministre parce que celle-ci était fondée sur des considérations étrangères à la question. L'ordonnance devra également exiger que toute décision subséquente soit prise en tenant compte uniquement de considérations pertinentes.

#### Minister for International Trade—Not the Proper Decision-Maker?

#### Le ministre du Commerce extérieur était-il celui qui pouvait prendre la décision?

As has been noted subsection 8(1) of the *Export and Import Permits Act* provides that "[t]he Minister" may issue a permit to import goods which have been placed on the Import Control List, subject to "such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulation." There is no dispute that the Secretary of State for External Affairs (Mr. Clark) was the designated Minister for the purpose of that subsection. There is also no evidence than anyone other than Mr. Clark issued the permits in question. Mr. Clark was not the Minister however who initially made the decision as to how quota would be allocated. It is conceded that this was done by the Minister for International Trade (Mr. Crosbie).

Comme nous l'avons noté, le paragraphe 8(1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* prévoit que «[l]e ministre» peut délivrer une licence pour l'importation de marchandises qui figurent sur la liste des marchandises d'importation contrôlée sous réserve «des conditions prévues dans la licence ou les règlements». Il est avéré que le secrétaire d'État aux Affaires extérieures (M. Clark) était le ministre chargé de l'application de ce paragraphe. En outre, il n'y a aucune preuve selon laquelle une personne autre que M. Clark aurait délivré les licences en cause. Cependant, M. Clark n'était pas le ministre qui avait d'abord décidé comment le contingent serait attribué. Il est admis que cette décision a été prise par le ministre du Commerce extérieur (M. Crosbie).

Sections 4, 5 and 6 of the *Government Organization Act, 1983* [S.C. 1980-81-82-83, c. 167] provide:

Les articles 4, 5 et 6 de la *Loi organique de 1983* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 167] disposent:

4. A Minister for International Trade shall be appointed by commission under the Great Seal to assist the Minister [Secretary of State for External Affairs] in carrying out his responsibilities relating to international trade.

4. Est nommé par commission sous le grand sceau un ministre du Commerce extérieur, chargé d'assister le ministre dans l'exercice de ses attributions en matière de commerce extérieur.

5. A Minister for External Relations may be appointed by commission under the Great Seal to assist the Minister in carrying out his responsibilities relating to the conduct of Canada's international relations.

5. Il peut être nommé par commission sous le grand sceau un ministre des Relations extérieures, chargé d'assister le ministre dans l'exercice de ses attributions en matière de relations internationales.

6. A minister appointed pursuant to section 4 or 5 shall act with the concurrence of the Minister in carrying out his responsibilities and shall make use of the services and facilities of the Department of External Affairs.

6. Les ministres nommés en application des articles 4 et 5 exercent leurs attributions avec l'accord du ministre et sont tenus de faire usage des services et installations du ministère des Affaires extérieures.

Subsection 24(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 states:

24. . . .

(2) Words directing or empowering a minister of the Crown to do an act or thing, or otherwise applying to that minister by his name or office, include

- (a) a minister acting for that minister or, if the office is vacant, a minister designated to act in the office by or under the authority of an order in council;
- (b) the successors of that minister in the office; and
- (c) his or their deputy.

In the present case, it is argued that the decision of the Minister for International Trade was made in the context of this statutory framework and that in making the decision in question he did so with the concurrence of the Secretary of State for External Affairs. Alternatively, it is argued that the Secretary of State for External Affairs, at the very least, adopted the Minister for International Trade's decision by issuing permits, or authorizing the issue of permits in accordance therewith.

I have been persuaded that while the Minister for International Trade may have made the decision in question, this was done with either the prior or, at least, the eventual approbation of the Secretary of State for External Affairs. I would characterize the decision-making process as one in which the Secretary of State for External Affairs adopted, as his own, the decision which had been made by the Minister for International Trade. I would not characterize this as an unauthorized subdelegation of authority.

#### Remedies

The applicants seek an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Minister for International Trade and its adoption by the Secretary of State for External Affairs which established an import quota allocation system granting, on a phase-in basis, quota to hatcheries only, across Canada on a national market share basis. The applicants seek an order in the nature of *mandamus* requiring the Secretary of State for External Affairs to allow the applicants to make representations and submissions on any proposed quota allocation scheme before it is adopted.

Le paragraphe 24(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 dispose:

24. . . .

(2) La mention d'un ministre par son titre ou dans le cadre de ses attributions vaut mention:

- a) de tout ministre agissant en son nom ou, en cas de vacance de la charge, du ministre investi de sa charge en application d'un décret;
- b) de ses successeurs à la charge;
- c) du sous-ministre du ministère en cause.

En l'espèce, les intimés plaident que la décision du ministre du Commerce extérieur a été prise dans le contexte de ce cadre législatif et que la décision a été prise avec le concours du secrétaire d'État aux Affaires extérieures. À titre subsidiaire, les intimés soutiennent que le secrétaire d'État aux Affaires extérieures a, à tout le moins, adopté la décision du ministre du Commerce extérieur en délivrant des licences ou en autorisant la délivrance de licences conformément à cette décision.

Je suis convaincue que même si le ministre du Commerce extérieur a pu prendre la décision en cause, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures l'a préalablement approuvée ou, du moins, l'a entériné par la suite. À mon sens, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures a fait sienne la décision qu'avait prise le ministre du Commerce extérieur. Je ne caractériserais pas ce processus comme une sous-délégation illégale de pouvoir.

g

#### Redressements

Les requérants demandent une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision du ministre du Commerce extérieur et son adoption par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, décision établissant un système de répartition de contingents d'importation par lequel des contingents étaient graduellement accordés à des couvoirs seulement, partout au Canada, en fonction de la part du marché national. Les requérants demandent une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant au secrétaire d'État aux Affaires extérieures de permettre aux requérants de présenter des observations et des arguments sur tout plan de répartition de contingents avant son adoption.

The applicants ask that an order in the nature of *mandamus* be issued directing the relevant Minister, the Secretary of State for External Affairs, to issue import quotas for hatching eggs and chicks to those individuals and companies who have historically imported eggs and chicks. As I understand this last, the remedy is requested as an interim measure until the Minister's decision is made pursuant to the above-noted *mandamus* order.

I assume as well that the applicants seek an order that the Minister, in making any future decision, must take into account only relevant considerations.

It is clear that the applicants are entitled to an order in the nature of *certiorari* quashing the decision which has been made. It is clear that the applicants are entitled to an order in the nature of *mandamus* requiring the Minister to make a decision only after the applicants have had an opportunity to make representations and on the basis of relevant considerations only. What is more difficult is the request for an interim order that quota be allocated to historical importers. While this may have been a reasonable interim order request in 1990, I have asked myself whether it continues to be so in 1993 when certain shifts of allocation have already taken place. In the circumstances, an interim order will issue directing the Minister not to effect any more retrieval or "claw back" of quota from the historic importers without prejudice to a revision to that order being made after I have heard argument from the parties with respect to the practicality of issuing an interim order in the terms sought by the applicants. Not to grant the applicants an interim order of the type they seek, does in a certain sense seem to deny them a remedy to which they are entitled: to be retained in the position they were in prior to the decision, which has been successfully challenged, was taken, until a decision is properly made. At the same time, the Court is concerned about practicality and effect of any order which might be given. This is the kind of situation in which an agreed solution by the parties would be useful.

Les requérants demandent qu'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* soit rendue pour enjoindre au ministre responsable, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, de délivrer des contingents d'importation d'œufs d'incubation et de poussins aux particuliers et aux compagnies qui ont importé des œufs et des poussins par le passé. À mon sens, cette dernière réparation est demandée à titre provisoire jusqu'à ce que la décision du ministre soit rendue conformément à l'ordonnance de *mandamus* susmentionnée.

Je présume en outre que les requérants demandent une ordonnance portant que le ministre, avant de prendre une décision, doive tenir compte uniquement de considérations pertinentes.

Il est clair que les requérants ont droit d'obtenir une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision rendue. Il est clair que les requérants ont droit d'obtenir une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant au ministre de prendre une décision seulement après que les requérants auront eu l'occasion de présenter des observations et en se fondant uniquement sur des considérations pertinentes. Il est plus difficile de donner suite à la demande d'ordonnance provisoire pour que le contingent soit réparti entre les importateurs coutumiers. Bien que cette demande d'ordonnance provisoire ait pu être raisonnable en 1990, je me suis demandée si elle l'était toujours en 1993, alors que certains changements dans la répartition ont déjà eu lieu. Compte tenu des circonstances, la Cour rendra une ordonnance provisoire enjoignant au ministre de ne pas diminuer davantage les contingents dont jouissent les importateurs coutumiers sous réserve d'une révision dont cette ordonnance pourrait faire l'objet, après que j'aurai entendu les arguments des parties relativement à l'aspect pratique d'une ordonnance provisoire rendue aux conditions demandées par les requérants. En un sens, le fait de ne pas accorder aux requérants une ordonnance provisoire comme celle qu'ils demandent semble les priver d'un redressement auquel ils ont droit, c'est-à-dire d'être maintenus dans la situation où ils étaient avant le décision qui a été contestée avec succès, tant qu'une décision valable n'a pas été prise. Par ailleurs, la Cour est préoccupée par l'aspect pratique et par l'effet de l'ordonnance qui pourrait

### Conclusion

In any event an order will issue, as requested by the applicants, quashing the decision of the Minister for International Trade, as adopted by the Secretary of State for External Affairs, allocating import quota for hatching eggs and chicks to hatcheries only, across Canada, on national market share basis.

An order will issue requiring that the responsible Minister, the Secretary of State for External Affairs, make a decision with respect to the system of import quota allocation only after having received submissions thereon from the applicants and by taking into account only relevant considerations.

An interim order in the nature of an injunction will issue requiring that the Secretary of State for External Affairs not implement any further retrieval or claw back of quota from historic importers until a decision as set out above is taken. The issuance of such an interim order is without prejudice to the right of the applicants to apply to me for a modification of this interim order so as to make it accord with the terms of that sought in their motion. Such application however must demonstrate that the interim order which is sought is a practical interim order.

être rendue. Voilà le genre de situation où il serait utile que les parties s'entendent sur une solution.

### Conclusion

De toute façon, la Cour rendra une ordonnance, comme l'ont demandé les requérants, annulant la décision du ministre du Commerce extérieur et adoptée par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, c'est-à-dire la décision de répartir un contingent d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins entre les couvoirs seulement, partout au Canada, en fonction de la part du marché national.

La Cour rendra une ordonnance enjoignant au ministre responsable, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, de prendre une décision relativement au système de répartition de contingents d'importation, seulement après avoir reçu des observations à ce sujet de la part des requérants et en tenant compte seulement de considérations pertinentes.

La Cour rendra une ordonnance provisoire de la nature d'une injonction empêchant le secrétaire d'État aux Affaires extérieures de mettre en œuvre toute réduction supplémentaire du contingent des importateurs coutumiers tant qu'une décision n'a pas été prise conformément à ce qui précède. La délivrance d'une telle ordonnance provisoire est faite sous réserve du droit des requérants de me demander une modification de cette ordonnance provisoire pour qu'elle soit conforme aux conditions de celles qu'ils demandent dans leur requête. Toutefois, il faudra démontrer, dans cette demande, le caractère pratique de l'ordonnance provisoire demandée.

T-36-91

**Georges De Tervagne and Société des auteurs et compositeurs dramatiques (Plaintiffs)**

v.

**Town of Beloeil, Centre culturel de Beloeil, Les Productions de la Coulisse Inc., Dominique Neveu and Léo Ilial (Defendants)**

*INDEXED AS: DE TERVAGNE v. BELOEIL (TOWN) (T.D.)*

Trial Division, Joyal J.—Montréal, November 3, 24, 1992 and January 12, 1993; Ottawa, May 4, 1993.

*Copyright — Infringement — Who authorized public performance of play within meaning of Copyright Act, s. 3(1)? — Case law reviewed as to meaning of “authorize” — Essential element: defendant’s degree of control over infringer.*

The play *Pique-Nique en Ville* was performed at Beloeil without the author’s consent. The town of Beloeil was the owner of the cultural centre where the play was performed. Les Productions de la Coulisse Inc. was a non-profit corporation established to provide cultural activities to the residents of the town and surrounding area. It made an agreement with the producer, Bossac, who has since made an assignment in bankruptcy, to rent the Centre to him for the performance of the play. Ilial was director of the play, and Neveu the stage designer.

The plaintiffs’ action was for copyright infringement. At the outset, Bossac and his theatrical company had also been named as defendants, but the action was discontinued as against them when Bossac declared bankruptcy. Infringement was admitted. The issue was who authorized the performance of the play within the meaning of the *Copyright Act*.

*Held*, the action should be dismissed.

The fundamental doctrine is that the authorization of any act reserved for the author under the *Copyright Act* without his consent constitutes infringement.

The leading decision in Canada interpreting the concept of authorization is *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.*, [1953] 2 S.C.R. 182, where the Supreme Court of Canada reaffirmed the earlier decision of *Vigneux et al. v. Canadian Performing Rights Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183 (P.C.) and where it applied and laid down three principles: (1) In order to authorize, a person must sanction, approve or countenance something more than the mere use of the equipment that might possibly be used in an actual infringement of a copyright; (2)

T-36-91

**Georges De Tervagne et Société des auteurs et compositeurs dramatiques (demandeurs)**

a c.

**Ville de Beloeil, Centre culturel de Beloeil, Les Productions de la Coulisse Inc., Dominique Neveu et Léo Ilial (défendeurs)**

b

*RÉPERTORIÉ: DE TERVAGNE c. BELOEIL (VILLE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Joyal—Montréal, 3, 24 novembre 1992 et 12 janvier 1993; Ottawa, 4 mai 1993.

c

*Droit d’auteur — Contrefaçon — Qui a autorisé la représentation publique de l’œuvre au sens de l’art. 3(1) de la Loi sur le droit d’auteur? — Examen de la jurisprudence quant au sens du mot «autoriser» — Éléments essentiels: le degré de contrôle exercé par le défendeur sur l’auteur de la contrefaçon.*

d

L’œuvre *Pique-Nique en Ville* a été représentée à Beloeil sans que son auteur y consente. La ville de Beloeil est propriétaire du centre culturel où l’œuvre a été présentée. Les Productions de la Coulisse Inc. est une corporation sans but lucratif constituée aux fins d’assurer un rayonnement culturel au bénéfice des citoyens de la ville et des environs. Elle a convenu avec le producteur, M. Bossac, qui a depuis fait une cession de ses biens, de la location du Centre pour la représentation de la pièce. Ilial était le metteur en scène de celle-ci, et Neveu était le décorateur.

e

L’action intentée par les demandeurs est une action en violation du droit d’auteur. Au début, Bossac et sa compagnie théâtrale avaient également été cités comme défendeurs, mais l’action intentée contre eux a fait l’objet d’un désistement lorsque Bossac a fait une cession de ses biens. La contrefaçon a été admise. La question en l’espèce se pose de savoir qui a autorisé la représentation de la pièce au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*.

g

*Jugement*: l’action doit être rejetée.

h

Selon la doctrine fondamentale, commet une contrefaçon quiconque, sans y être habilité, autorise que soit accompli un acte réservé au titulaire des droits sur une œuvre par la *Loi sur le droit d’auteur*.

i

L’arrêt de base au Canada qui interprète la notion d’autorisation est l’arrêt *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.*, [1953] 2 R.C.S. 182, où la Cour suprême du Canada a confirmé de nouveau l’arrêt antérieur *Vigneux et al. v. Canadian Performing Rights Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183 (P.C.), et où elle a appliqué et posé trois principes: 1) Pour autoriser, une personne doit sanctionner, appuyer ou soutenir quelque chose de plus que la simple utilisation de moyens ou d’équipement qui, possiblement, pourraient servir à commettre un acte de

j

In order to authorize, a person must sanction, approve or countenance more than the mere use of equipment that might possibly be used in an infringing performance but, on the other hand, a person need not go so far as to grant or purport to grant the right to perform; (3) It is possible to establish that a person has sanctioned, approved or countenanced an actual infringing activity if it is shown that certain relationships existed between the alleged authorizer and the actual infringer, or that the alleged authorizer conducted himself in a certain manner.

A survey of the case law relating to the concept of authorization revealed that each case essentially turns on its facts and that the Court must give judgment on those facts. The essential element is the degree of control (often on the basis of the master-servant or employer-employee relationship) exercised by the defendants over the people who committed the infringement.

In the case at bar, the producer of the play, Bossac, alone had control over the play. The other defendants were not in such a position as would have enabled them to authorize the infringement. The mere fact that the town of Beloeil and Les Productions de la Coulisserie Inc. rented the hall to Bossac, even though this in a way made possible or facilitated the infringement, did not support a finding that they authorized the performance of a play which infringed copyright. They could reasonably have assumed that the purpose of renting the hall was to present a play in a lawful manner. The participation of Ilial and Neveu was strictly in their relationship as employees of Bossac. They were at all times subject to his authority.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.

*Civil Code of Lower Canada*.

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 2; S.C. 1988, c. 65, s. 62), 27(1), (5), Schedule II.

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/79-57, s. 37; 87-221, s. 8).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Underwriters' Survey Bureau Ltd. et al. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] Ex.C.R. 103; [1938] 2 D.L.R. 31; (1938), 69 C.C.C. 342; 5 I.L.R. 65; aff'd as to meaning of "authorize" [1940] S.C.R. 218; [1940] 1 D.L.R. 625; (1940), 7 I.L.R. 19; *Vigneux et al. v. Canadian Performing Rights Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183; [1945] 2 D.L.R. 1; (1943), 4 C.P.R. 65; [1945] A.C. 108; [1945] 1 All E.R. 432 (P.C.); *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.*, [1953] 2 S.C.R. 182; (1953), 19 C.P.R. 1; 13 Fox Pat. C. 168.

contrefaçon; 2) Afin d'autoriser une représentation, un défendeur doit sanctionner, appuyer et soutenir l'exécution véritable de l'acte de contrefaçon. Le fait de sanctionner, d'appuyer et de soutenir la simple utilisation de moyens permettant la contrefaçon ne suffit pas. Cependant, une personne n'a pas à aller jusqu'à octroyer, ou prétendre octroyer, le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public; 3) Il est possible de démontrer qu'une personne a sanctionné, appuyé ou soutenu un acte réel de contrefaçon, selon la relation entre la personne qui autorise et la personne ayant commis l'acte de violation, ou encore, selon la conduite de la personne qui autorise même.

Il ressort d'un tour d'horizon sur la jurisprudence touchant le concept de l'autorisation que chaque cas est essentiellement un cas d'espèce où le tribunal doit porter jugement sur les faits. L'élément essentiel réside dans le degré de contrôle (souvent en fonction de la relation maître-serviteur ou employeur-employé) exercé par les défendeurs sur les personnes ayant commis l'acte de violation.

En l'espèce, seul le producteur de la pièce, M. Bossac, possédait un contrôle sur la pièce. Les autres défendeurs n'étaient pas dans une position leur permettant d'autoriser la violation. Le simple fait pour la ville de Beloeil et pour Les Productions de la Coulisserie Inc. d'avoir loué la salle à M. Bossac, même si d'une certaine façon cela a permis ou facilité la violation, ne permet pas de conclure que celles-ci ont autorisé la représentation d'une pièce violant un droit d'auteur. Elles pouvaient raisonnablement présumer que la location était dans le but de présenter une pièce dans les limites de la loi. Quant à la participation d'Ilial et de Neveu, elle se limite à la relation d'employés de M. Bossac. En tout temps, ceux-ci ont été subordonnés à l'autorité de ce dernier.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code civil du Bas-Canada*.

*Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 2; L.C. 1988, ch. 65, art. 62), 27(1), (5), annexe II.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, tarif B (mod. par DORS/79-57, art. 37; 87-221, art. 8).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Underwriters' Survey Bureau Ltd. et al. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] R.C.É 103; [1938] 2 D.L.R. 31; (1938), 69 C.C.C. 342; 5 I.L.R. 65; conf. quant au sens du terme «autoriser» par [1940] R.C.S. 218; [1940] 1 D.L.R. 625; (1940), 7 I.L.R. 19; *Vigneux et al. v. Canadian Performing Rights Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183; [1945] 2 D.L.R. 1; (1943), 4 C.P.R. 65; [1945] A.C. 108; [1945] 1 All E.R. 432 (P.C.); *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.*, [1953] 2 R.C.S. 182; (1953), 19 C.P.R. 1; 13 Fox Pat. C. 168.



## DISTINGUISHED:

*Canadian Performing Rights Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610; [1934] 4 D.L.R. 154 (H.C.); *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1938] O.R. 476; [1938] 2 D.L.R. 621 (H.C.); *Can. Performing Right Soc. v. Ming Yee*, [1943] 4 D.L.R. 732; [1943] 3 W.W.R. 268; (1943), 3 C.P.R. 64; 4 Fox Pat. C. 151 (Alta. Dist. Ct.); *CBS Songs Ltd v. Amstrad Consumer Electronics plc*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.).

## NOT FOLLOWED:

*Moorehouse v. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151 (Aust. H.C.); *RCA Corporation v. John Fairfax & Sons Ltd.*, [1982] R.P.C. 91 (N.S.W.S.C.); *Winstone v. Wurlitzer Automatic Phonograph Co. of Australia Pty. Ltd.*, [1946] V.L.R. 338 (Vict. S.C.).

## CONSIDERED:

*Falcon v. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474 (C.A.); *CBS Inc v. Ames Records & Tapes Ltd*, [1981] 2 All E.R. 812; [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.); *Performing Right Society v. Mitchell & Booker (Palais de Danse), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 762; *Performing Right Society v. Ciry Theatrical Syndicate*, [1924] 1 K.B. 1 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Fox, H. G. Annotation preceding *Vigneux et al. v. Canadian Performing Right Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183 (P.C.), p. 184.  
 Hitchcock, P. D. "Home Copying and Authorization" (1983), 67 C.P.R. (2d) 17.  
 Laddie, Hugh, et al. *The Modern Law of Copyright*. London: Butterworths, 1980.  
 Tamaro, Normand. *The Annotated Copyright Act 1991*. Translated by Christopher McGuire. Toronto: Carswell, 1991.

ACTION for damages for copyright infringement.  
 Action dismissed.

## COUNSEL:

*Alain Riendeau* and *Stéphane Gilker* for plaintiffs.  
*Louis C. Landreville* for defendants Ilial and Neveu.  
*Alain-Claude Desforges* for defendants Les Productions de la Coulisse Inc. and town of Beloeil.

## SOLICITORS:

*Martineau, Walker*, Montréal, for plaintiffs.

*Landreville & Ferreira*, Montréal, for defendants Ilial and Neveu.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canadian Performing Rights Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610; [1934] 4 D.L.R. 154 (H.C.); *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1938] O.R. 476; [1938] 2 D.L.R. 621 (H.C.); *Can. Performing Right Soc. v. Ming Yee*, [1943] 4 D.L.R. 732; [1943] 3 W.W.R. 268; (1943), 3 C.P.R. 64; 4 Fox Pat. C. 151 (C. dist. Alb.); *CBS Songs Ltd v. Amstrad Consumer Electronics plc*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.).

## DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Moorehouse v. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151 (H.C. Aust.); *RCA Corporation v. John Fairfax & Sons Ltd.*, [1982] R.P.C. 91 (N.S.W.S.C.); *Winstone v. Wurlitzer Automatic Phonograph Co. of Australia Pty. Ltd.*, [1946] V.L.R. 338 (Vict. S.C.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Falcon v. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474 (C.A.); *CBS Inc v. Ames Records & Tapes Ltd*, [1981] 2 All E.R. 812; [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.); *Performing Right Society v. Mitchell & Booker (Palais de Danse), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 762; *Performing Right Society v. Ciry Theatrical Syndicate*, [1924] 1 K.B. 1 (C.A.).

## DOCTRINE

Fox, H. G., Annotation preceding *Vigneux et al. v. Canadian Performing Right Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183 (P.C.), p. 184.  
 Hitchcock, P. D. «Home Copying and Authorization» (1983), 67 C.P.R. (2d) 17.  
 Laddie, Hugh, et al. *The Modern Law of Copyright*. London: Butterworths, 1980.  
 Tamaro, Normand. *La Loi sur le droit d'auteur, commentée et annotée*. Montréal: Les Éditions Thémis Inc., 1990.

ACTION en dommages-intérêts pour violation du droit d'auteur. Action rejetée.

## AVOCATS:

*Alain Riendeau* et *Stéphane Gilker* pour les demandeurs.  
*Louis C. Landreville* pour les défendeurs Ilial and Neveu.  
*Alain-Claude Desforges* pour les défenderesses Les Productions de la Coulisse Inc. et la ville de Beloeil.

## PROCUREURS:

*Martineau, Walker*, Montréal, pour les demandeurs.

*Landreville & Ferreira*, Montréal, pour les défendeurs Ilial and Neveu.

*Bélanger, Sauvé*, Montréal, for defendants Les Productions de la Coulisse Inc. and town of Beloeil.

*Bélanger, Sauvé*, Montréal, pour les défenderesses Les Productions de la Coulisse Inc. et la ville de Beloeil.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

JOYAL J.: This is an action for damages brought by the plaintiffs against the defendants for copyright infringement. The plaintiffs contend that the defendants authorized the public performance of the work *Pique-Nique en Ville* without their consent, which was presented at the Centre culturel de Beloeil from June 17 to August 25, 1990. Accordingly, the plaintiffs claim damages representing a lump sum for all of the performances or a sum representing all of the profits realized by the defendants.

LE JUGE JOYAL: Il s'agit en l'espèce d'une action en dommages-intérêts intentée par les demandeurs contre les défendeurs pour violation du droit d'auteur. Les demandeurs soutiennent que les défendeurs ont, sans leur consentement, autorisé la représentation publique de l'œuvre *Pique-Nique en Ville*, qui fut présentée au Centre culturel de Beloeil du 17 juin au 25 août 1990. En conséquence, les demandeurs réclament des dommages-intérêts représentant une somme globale pour l'ensemble des représentations ou une somme représentant la totalité des profits qui ont été réalisés par les défendeurs.

## BACKGROUND

### (1) The parties involved

The plaintiff, Georges De Tervagne, is a French playwright who resides in Paris. He is the author of the dramatic work *Pique-Nique en Ville*, the work which is the subject of this action.

The plaintiff, Société des auteurs et compositeurs dramatiques (hereinafter referred to as the S.A.C.D.), is an association of francophone authors with its head office in Paris. The S.A.C.D. is devoted to defending the material and moral interests of its members.

The defendant town of Beloeil is the owner of the Centre culturel de Beloeil, where the play *Pique-Nique en Ville* was presented during the summer of 1990. The Centre is a theatre or entertainment centre where cultural works are publicly performed or presented. The Centre has no legal standing.

The defendant, Les Productions de la Coulisse Inc., is a non-profit corporation which was formed to provide cultural advantages for the residents of the town of Beloeil and the municipalities or towns in the region. It made an agreement with a Mr. Serge Bossac to rent the Centre to him for the performance of the play in question.

## HISTORIQUE

### (1) Les parties en cause

Le demandeur, M. Georges De Tervagne, est un auteur dramatique français qui réside à Paris. Il est l'auteur de l'œuvre dramatique *Pique-Nique en Ville*, œuvre faisant l'objet du présent litige.

La demanderesse, la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (ci-après la S.A.C.D.), est une société civile d'auteurs francophones qui a son siège social à Paris. La S.A.C.D. se consacre à la défense des intérêts matériels et moraux de ses membres.

La défenderesse, la ville de Beloeil, est propriétaire du Centre culturel de Beloeil, où la pièce *Pique-Nique en Ville* a été présentée au cours de l'été 1990. Le Centre est un théâtre ou local de divertissement pour l'exécution ou la représentation publique d'œuvres culturelles. Ledit Centre n'a aucune capacité juridique.

La défenderesse, Les Productions de la Coulisse Inc., est une corporation sans but lucratif constituée aux fins d'assurer un rayonnement culturel au bénéfice des citoyens de la ville de Beloeil et des municipalités ou villes de la région. Elle a convenu avec un certain M. Serge Bossac de la location du Centre pour la représentation de la pièce en question.

The defendant Léo Iliat is an actor and director who resides in Montréal. He has been a professional actor for nearly 40 years.

The defendant Dominique Neveu has been a commercial artist by trade for more than 20 years and also resides in the province of Quebec.

The original action was also against the producer of the play, Serge Bossac, to whom reference was made earlier, and his theatrical company, the Compagnie théâtrale S.B. Enr. On November 2, 1990, Mr. Bossac made an assignment under the *Bankruptcy Act* [R.S.C., 1985, c. B-3]. The plaintiffs then discontinued their action against Mr. Bossac and his company.

## (2) The plaintiffs' arguments

In their statement of claim, the plaintiffs say that Mr. De Tervagne is a citizen of a country which has adhered to the Convention and Additional Protocol which appear in Schedule II of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (hereinafter referred to as the Act). Accordingly, his work enjoys the protection of that Act. As the author of the work, Mr. De Tervagne is, under subsection 3(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 2; S.C. 1988, c. 65, s. 62], the first owner of the copyright in the work.

Mr. De Tervagne is a member of the S.A.C.D., to which he assigned the management of the rights of adaptation and dramatic performance of the work, and the right to authorize or prohibit the public communication by any process whatsoever of the words, sounds and images of the work, and the reproduction thereof by any means whatsoever and the use thereof for advertising or commercial purposes.

In the July 5, 1990 edition of the Montréal newspaper *La Presse*, the S.A.C.D. discovered that Mr. De Tervagne's work was being presented at the Centre culturel de Beloeil. The S.A.C.D. then immediately contacted the Centre and learned that in fact public performances of the work had been taking place since June 17, 1990, and were to continue until August 25, 1990, inclusive. The S.A.C.D. also learned that the corporation Les Productions de la Coulisse had rented the Centre and that it had contracted with Serge Bossac to enable him to present

Le défendeur, M. Léo Iliat, est un comédien et metteur-en-scène qui réside à Montréal. Il est comédien de métier depuis près de 40 ans.

Le défendeur, M. Dominique Neveu, est artiste commercial de métier depuis plus de 20 ans et il réside également au Québec.

La procédure originale visait également le producteur de la pièce, M. Serge Bossac, dont j'ai déjà fait mention, et sa compagnie, la Compagnie théâtrale S.B. Enr. Le 2 novembre 1990, M. Bossac déposait une cession en vertu de la *Loi sur la faillite* [L.R.C. (1985), ch. B-3]. Les demandeurs se sont par la suite désistés de leur action contre M. Bossac et sa compagnie.

## (2) Les arguments des demandeurs

Dans leur déclaration, les demandeurs indiquent que M. De Tervagne est citoyen d'un pays ayant adhéré à la Convention et au Protocole additionnel figurant à l'annexe II de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 (ci-après la Loi). Ainsi, son œuvre bénéficie de la protection de cette Loi. À titre d'auteur de l'œuvre, M. De Tervagne est, selon le paragraphe 3(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 2; L.C. 1988, ch. 65, art. 62] de la Loi, premier titulaire du droit d'auteur sur celle-ci.

M. De Tervagne est membre de la S.A.C.D., à qui il a fait apport de la gérance des droits d'adaptation et de représentation dramatique de l'œuvre, et du droit d'autoriser ou d'interdire la communication publique par un procédé quelconque des paroles, des sons et des images ainsi que la reproduction par tout procédé, l'utilisation à des fins publicitaires ou commerciales de l'œuvre.

Au cours du mois de juillet 1990, la S.A.C.D. a découvert, dans l'édition du 5 juillet 1990 du journal *La Presse* de Montréal, que l'œuvre de M. De Tervagne était présentée au Centre culturel de Beloeil. La S.A.C.D. a alors immédiatement contacté le Centre et a appris qu'en fait, une représentation publique de l'œuvre était en cours depuis le 17 juin 1990 et que ces représentations devaient se poursuivre jusqu'au 25 août 1990 inclusivement. La S.A.C.D. a également appris que la corporation Les Productions de la Coulisse était locataire du Centre et que celle-ci

his play at the Centre. The S.A.C.D. was also told that Mr. Bossac was producing the work.

avait transigé avec M. Serge Bossac afin de permettre à ce dernier de monter sa pièce dramatique au Centre. On avisait aussi la S.A.C.D. que M. Bossac était le producteur de l'œuvre.

a

On July 10, 1990, after several discussions with Mr. Bossac, the S.A.C.D. sent him, as the producer of the play, a draft contract establishing the terms on which the performances of the work would be authorized.

Le 10 juillet 1990, après plusieurs discussions avec M. Bossac, la S.A.C.D. faisait parvenir à ce dernier, en tant que producteur de la pièce de théâtre, un projet de contrat établissant les conditions aux termes desquels les représentations de l'œuvre seraient autorisées.

b

The terms on which the licence permitting the public performance of the work would be issued, established in accordance with normal S.A.C.D. guidelines, provided, *inter alia*, for payment of royalties equal to the highest of:

Les conditions d'émission de la licence permettant l'exécution publique de l'œuvre, établies selon les barèmes habituels de la S.A.C.D., prévoyaient notamment le versement de redevances égales au plus élevé de:

c

- \$12,500 for all of the performances as a whole;

- 12 500 \$ pour l'ensemble des représentations;

- 10% of the box office receipts, before entertainment tax, generated by each performance;

- 10 % des recettes de guichet, avant taxe d'amusement, générées par chacune des représentations;

d

- 10% of 50% of the box office receipts, before entertainment tax, which would have been generated by each performance, if the performances had been given to a sold out house.

- 10% des 50% des recettes de guichet, avant taxe d'amusement, qu'aurait générées chacune des représentations, si ces représentations avaient été données à guichet fermé.

e

The plaintiffs' statement of claim adds that despite numerous requests and notices to this effect, and although the defendants had acknowledged their obligation to obtain authorization from the plaintiffs to present the work, they never agreed to the licence which had been sent to them by the S.A.C.D. or responded to the requests for payment made by the S.A.C.D., and even continued the performances of the play.

La déclaration des demandeurs ajoute que malgré de nombreuses demandes et mises en demeure à cet effet, et bien qu'ayant reconnu leur obligation d'obtenir l'autorisation des demandeurs afin de présenter l'œuvre, les défendeurs n'ont jamais conclu la licence leur ayant été adressée par la S.A.C.D., ni donné suite aux demandes de paiement de la S.A.C.D., et ont même poursuivi les représentations de la pièce.

f

g

The plaintiffs therefore assert that the defendants, contrary to subsection 3(1) of the Act, authorized the public performance of the play *Pique-Nique en Ville*, and therefore that they are jointly and severally liable for infringing the copyright provided in subsection 27(2) of the Act, and claim damages accordingly.

Les demandeurs allèguent donc que les défendeurs ont, contrairement au paragraphe 3(1) de la Loi, autorisé la représentation publique de la pièce *Pique-Nique en Ville*, et ainsi, sont conjointement et solidairement responsables de la violation du droit d'auteur prévue au paragraphe 27(1) de la Loi, et réclament des dommages-intérêts en conséquence.

h

i

j

(3) The defendants' arguments

(i) Les Productions de la Coulisse Inc. and the town of Beloeil:

The defendant Les Productions de la Coulisse Inc. asserts that in the normal course of its activities it was informed of a proposal to produce the play which is the subject of these proceedings, this proposal having been submitted by Mr. Bossac. The defendant therefore made an agreement with Mr. Bossac to lease him the hall in the Centre culturel de Beloeil and to supply him with certain services, but at no time was it associated with the production of the play.

The defendant town of Beloeil asserts that in addition to the contributions it may be asked to make from time to time to Productions de la Coulisse Inc., that corporation is independent of the town and operates autonomously.

Both defendants assert that at no time were they made aware of the discussions held with or undertakings made to the plaintiffs, nor were they made aware of the demands and claims that might be made against them in respect of the copyright associated with the play, during the period when it was being presented. Moreover, the defendants were unaware that the S.A.C.D. had at one time communicated with the Centre culturel de Beloeil. In view of the representations made by Mr. Bossac as to his experience and standing, neither the town of Beloeil nor Les Productions de la Coulisse had reasonable grounds to suspect that the performance or presentation of the play *Pique-Nique en Ville* constituted an infringement of copyright. For these reasons, the defendants assert that they are not liable for the infringement.

(ii) The defendant Léo Ilial:

In February 1990 the producer of the play, Mr. Bossac, met with Mr. Ilial and retained his services as director. Mr. Bossac had already decided, before that meeting, to stage the play.

In all the years he has worked in the theatre world, the defendant has never been a producer of theatrical shows. However, it appeared that Mr. Bossac had important gaps in his ability to do the producer's

(3) Les arguments des défendeurs

(i) Les Productions de la Coulisse Inc. et la ville de Beloeil:

<sup>a</sup> La défenderesse, Les Productions de la Coulisse Inc., allègue que dans le cours normal de ses activités, il lui fut représenté l'intérêt de la présentation de la pièce faisant l'objet des présentes procédures, le projet ayant été mis de l'avant par M. Bossac. La défenderesse a donc convenu avec M. Bossac de la location de la salle du Centre culturel de Beloeil et de la fourniture de certains services, mais en aucun temps elle n'a été associée à la production de la pièce.

<sup>b</sup>  
<sup>c</sup> La défenderesse, la ville de Beloeil, allègue qu'outre les contributions qu'elle peut être appelée à apporter de temps à autre aux Productions de la Coulisse Inc., celle-ci est une corporation qui lui est indépendante et autonome.

<sup>d</sup> Les deux défenderesses allèguent qu'en aucun temps elles n'ont été mises au fait de pourparlers ou d'engagements en faveur des parties demandresses, non plus qu'elles n'ont été mises au fait des réclamations et prétentions qu'elles pouvaient entretenir quant au droit d'auteur relié à cette pièce, pendant la période où celle-ci a été présentée. De plus, les défenderesses ignoraient que la S.A.C.D. ait à un moment donné communiqué avec le Centre culturel de Beloeil. Compte tenu des représentations faites par M. Bossac quant à son expérience et son statut, ni la ville de Beloeil, ni Les Productions de la Coulisse Inc. n'avaient de motifs raisonnables de soupçonner que l'exécution ou la représentation de la pièce *Pique-Nique en Ville* constituait une violation du droit d'auteur. Pour ces motifs, les défenderesses allèguent qu'elles ne sont pas responsables de la violation.

(ii) Le défendeur Léo Ilial:

<sup>e</sup> En février 1990, le producteur de la pièce, M. Bossac, a rencontré M. Ilial et a retenu ses services comme metteur en scène. M. Bossac avait déjà, avant cette rencontre, élu de monter la pièce.

<sup>f</sup>  
<sup>g</sup>  
<sup>h</sup> Pendant toutes les années où il a travaillé dans le monde du théâtre, le défendeur n'a jamais agi comme producteur de spectacles théâtraux. Cependant, il s'est avéré que M. Bossac accusait d'importantes

work, and so the defendant had agreed, in respect of certain specific mandates, to act as production director. However, at no time did the defendant represent himself as the producer of the play. He conducted himself at all times as the agent of the producer, to the knowledge of all third parties.

It was in the course of these mandates, and because he knew a Mr. Louis Portal, a friend of Mr. De Tervagne, that Mr. Ilial stepped in to put Mr. Bossac in touch with the author. The purpose of this was to negotiate a better deal on the copyright. Once this contact was established, the defendant had no knowledge of how the negotiations as to the copyright on the play proceeded. Mr. Bossac did not disclose any information to him about the production during the period when performances of the play were taking place.

Mr. Ilial therefore denied that he had authorized the public performance of this play. He is himself a creditor in the bankruptcy of Mr. Bossac, being owed \$4,000, the balance owing on the fee that was agreed upon for his participation in the play.

(iii) The defendant Dominique Neveu:

In February 1990, Mr. Bossac, who had already decided to stage the play, met with Mr. Neveu and retained his services as a stage designer. Mr. Neveu had always worked in advertising. This was his first experience in the theatre world. During the staging of the play, he occasionally provided assistance to the producer, as a friend, so that the play could be produced. Moreover, Mr. Ilial never held himself out as being a partner in the production and never was. He conducted himself at all times as the agent of the producer, to the knowledge of all third parties.

It was with Mr. Ilial that Mr. Neveu got involved in discussions with Mr. Portal with respect to securing the copyright in the play *Pique-Nique en Ville*. Mr. Neveu's role in this matter was the same as Mr. Ilial's: to put Mr. Bossac in touch with Mr. Portal.

The defendant is himself a creditor in the bankruptcy of Mr. Bossac, being owed \$15,646, the balance

carences dans son fonctionnement comme producteur, et c'est ainsi que pour certains mandats spécifiques, le défendeur a accepté d'agir à titre de directeur de la production. Cependant, en aucun temps, le défendeur s'est représenté comme producteur de la pièce. Il a toujours agi en tant que mandataire du producteur, et ce, à la connaissance de tous les tiers.

C'est dans le cadre de ces mandats, et parce qu'il connaissait un M. Louis Portal, ami de M. De Tervagne, que M. Ilial est intervenu pour établir le contact entre M. Bossac et l'auteur. Ceci avait pour but de négocier un meilleur marché sur les droits d'auteur. Un fois ces contacts établis, le défendeur n'a pas eu connaissance du déroulement des négociations relativement aux droits d'auteur sur la pièce. M. Bossac ne lui a communiqué aucune information quant à la production pendant la période de l'exécution des représentations de la pièce.

M. Ilial nie donc avoir autorisé la représentation publique de cette pièce. Il est lui-même créancier à la faillite de M. Bossac pour une somme de 4 000 \$, solde dû sur le cachet convenu relativement à sa participation à la pièce.

(iii) Le défendeur Dominique Neveu:

En février 1990, M. Bossac, qui avait déjà décidé de monter la pièce, a rencontré M. Neveu et a retenu ses services en tant que décorateur. M. Neveu avait toujours travaillé dans le domaine de la publicité. Il s'agissait là de sa première expérience dans le domaine théâtral. Au cours du montage de la pièce, il a, à l'occasion, fourni son aide au producteur à titre amical et dans le but d'en permettre la réalisation. Par ailleurs, M. Ilial ne s'est jamais représenté comme étant associé à la production et ne l'a jamais été. Il a toujours agi en tant que mandataire du producteur, et ce, à la connaissance de tous les tiers.

C'est avec M. Ilial que M. Neveu s'est trouvé impliqué dans certaines discussions avec M. Portal portant sur la sollicitation des droits d'auteur sur la pièce *Pique-Nique en Ville*. Le rôle de M. Neveu dans cette affaire était le même que M. Ilial, c'est-à-dire permettre à M. Bossac d'établir contact avec M. Portal.

Le défendeur est lui-même créancier à la faillite de M. Bossac pour une somme de 15 646 \$, solde dû sur

owing on the fee that was agreed upon for his participation in the play. The defendant denies that he authorized the public performance of the play.

### THE ISSUE

The infringement alleged by the plaintiffs is admitted by the defendants. The issue to be determined by this Court is therefore as follows: who authorized the public performance of the play *Pique-Nique en Ville* within the meaning of the *Copyright Act*? Was it the defendants, who might be jointly and severally liable? Was it rather Serge Bossac, who produced the play, but who is judgment-proof?

### THE APPLICABLE LAW

#### (1) Relevant provisions of the *Copyright Act*:

The parties referred in their argument to the following provisions of the Act:

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

(a) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work,

(b) in the case of a dramatic work, to convert it into a novel or other non-dramatic work,

(c) in the case of a novel or other non-dramatic work, or of an artistic work, to convert it into a dramatic work, by way of performance in public or otherwise,

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered,

(e) subject to subsection (2), in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to reproduce, adapt and publicly present the work by cinematograph, if the author has given the work an original character,

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication, and

le cachet convenu relativement à sa participation à la pièce. Le défendeur nie avoir autorisé l'exécution publique de la pièce.

### a QUESTION EN LITIGE

La contrefaçon alléguée par les demandeurs est admise par les défendeurs. Ainsi, la question que doit déterminer cette Cour est la suivante: qui a autorisé la représentation publique de la pièce *Pique-Nique en Ville* au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*? Serait-ce les défendeurs dont la responsabilité pourrait être conjointe et solidaire? Serait-ce plutôt M. Serge Bossac, le producteur de la pièce, mais qui est à l'épreuve de tout jugement?

### DROIT APPLICABLE

#### d (1) Dispositions pertinentes de la *Loi sur le droit d'auteur*:

Les parties ont référé, dans leurs argumentations, aux dispositions suivantes de la Loi:

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:

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;

b) s'il s'agit d'une œuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre œuvre non dramatique;

c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement;

e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique et sous réserve du paragraphe (2), de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'ouvrage par cinématographie, si l'auteur a donné un caractère original à son ouvrage;

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

and to authorize any such acts.

(2) Where the author of any work described in paragraph (1)(e) has not given it any original character, the cinematographic production referred to in that paragraph shall be protected as a photograph.

27. (1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything that, by this Act, only the owner of the copyright has the right to do.

(5) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who for his private profit permits a theatre or other place of entertainment to be used for the performance in public of the work without the consent of the owner of the copyright, unless that person was not aware, and had no reasonable ground for suspecting, that the performance would be an infringement of copyright. [Emphasis added.]

## (2) Review of the case law:

The fundamental doctrine in this area has been expressed as follows: "The legislator specifies that, besides the rights set out elsewhere in s. 3(1), the copyright owner holds the right to authorize any of these acts. Consequently, the authorization of any act reserved for the author without his consent constitutes infringement [at page 151]." "Thus, a person reproducing a work must first obtain the consent of the owner of the copyright or any other person authorized to consent [at page 240]." Otherwise, he or she commits an infringement. (See *The Annotated Copyright Act 1991*, Normand Tamaro, Carswell, 1991.)

The meaning which is to be given to the expression "authorize", as it is used by Parliament in subsection 3(1) of the Act, has been interpreted on a number of occasions in the case law.

First, in England, it was established in *Falcon v. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474 (C.A.), that the expression "authorize" must be interpreted in its ordinary sense as meaning "sanction, approve and

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

(2) Si le caractère original fait défaut dans le cas d'une œuvre décrite à l'alinéa (1)e), la production cinématographique dont il est question jouit de la protection accordée aux œuvres photographiques.

27. (1) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'exécuter.

(5) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur quiconque, dans un but de lucre personnel, permet l'utilisation d'un théâtre ou d'un autre local de divertissement pour l'exécution ou la représentation publique d'une œuvre sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, à moins d'avoir ignoré et de n'avoir eu aucun motif raisonnable de soupçonner que l'exécution ou la représentation constituait une violation du droit d'auteur. [Le souligné est le mien.]

## (2) Revue jurisprudentielle:

La doctrine fondamentale en la matière a été exprimée comme suit: «Le législateur prévoit spécifiquement que le titulaire des droits sur une œuvre jouit, outre des différents droits prévus plus haut à l'article 3(1), du droit exclusif d'autoriser l'exercice de tous les droits d'auteur. Par conséquent, la personne qui, sans y être habilitée, autorise que soit accompli un acte réservé au titulaire des droits sur une œuvre, accomplit un acte réservé à ce dernier [à la page 168]». «Par conséquent, la personne reproduisant une œuvre doit donc obtenir l'autorisation du titulaire des droits sur cette œuvre, ou encore celle de toute autre personne habilitée à donner cette autorisation [à la page 273]». Sans quoi, cette personne commet un acte de contrefaçon. (Voir *La Loi sur le droit d'auteur, commentée et annotée*, Normand Tamaro, Les Éditions Thémis, 1990, aux pages 168 et 273.)

Le sens à donner au terme «autoriser», tel qu'employé par le législateur au paragraphe 3(1) de la Loi, a été interprété à plusieurs reprises dans la jurisprudence.

D'abord, en Angleterre, la cause *Falcon v. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474 (C.A.), a établi que le terme «autoriser» devait être interprété dans son sens ordinaire comme voulant dire «sanctionner,



countenance". In that decision, the author of a dramatic work had assigned the sole performing right in his work in the United Kingdom to the plaintiff. Subsequently, the author sold motion picture rights in his work throughout the world to the defendants. The defendants then produced a film based on the work in question and granted the owner of a theatre in the United Kingdom the right to exhibit the film. The Court of Appeal held that the defendants had authorized the owner of the theatre to exhibit the film, and were therefore liable for infringement of the plaintiff's performing right. Bankes L.J. stated, at page 491:

In the present statute, that language has been deliberately dropped, and for the word "cause" has been substituted the word "authorise"; and the decision of Tomlin J. in *Evans v. Hulton* and the dictum of Buckley L.J. in *Monckton v. Pathé Frères*, both clearly indicate that in the opinion of these learned judges the present expression is to be understood in its ordinary dictionary sense of "sanction, approve, and countenance."

At page 499, Atkin L.J. restricted the definition of the expression "authorize" as follows:

For the purposes of this case it appears to me that to "authorize" means to grant or purport to grant to a third person the right to do the act complained of, whether the intention is that the grantee shall do the act on his own account, or only on account of the grantor . . .

In Canada, three decisions in particular have interpreted the concept of authorization. In *Underwriters' Survey Bureau Ltd. et al. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] Ex.C.R. 103, affirmed [in this respect] by the Supreme Court of Canada at [1940] S.C.R. 218, Maclean J. confirmed, at page 122, that the definition of the expression "authorize" laid down in the English decision in *Falcon's case*, *supra*, applies in Canada:

The word "authorize", in the last line of s. 3 (1) of the Copyright Act has been judicially construed to include anyone who sanctions, approves, or countenances . . .

Another case, which is Canadian in origin although it was decided by the Privy Council, is *Vigneux et al. v. Canadian Performing Right Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183. In that decision the defendants Vigneux Brothers, had supplied a phono-

appuyer et soutenir». Dans cet arrêt, l'auteur d'une œuvre dramatique avait attribué au demandeur le droit exclusif de représentation sur son œuvre au Royaume-Uni. Par la suite, l'auteur a vendu aux défendeurs les droits cinématographiques sur son œuvre à travers le monde. Les défendeurs ont alors produit un film tiré de l'œuvre en question et ont octroyé le droit de présenter le film au propriétaire d'un théâtre au Royaume-Uni. La Cour d'appel a statué que les défendeurs avaient autorisé le propriétaire du théâtre à présenter le film, et ainsi étaient responsables de la violation des droits de représentation du demandeur. Le juge Bankes s'est exprimé comme suit à la page 491:

[TRADUCTION] Dans la loi actuelle, ce langage a délibérément été supprimé, et le mot «causer» a été remplacé par le mot «autoriser»; et la décision du juge Tomlin dans l'affaire *Evans v. Hulton* et l'opinion incidente exprimée par le lord juge Buckley dans l'affaire *Monckton v. Pathé Frères* indiquent toutes deux que, selon ces juges, l'expression actuelle doit être entendue dans son sens ordinaire de dictionnaire, c'est-à-dire dans le sens de «sanctionner, appuyer et soutenir».

À la page 499, le juge Atkin a restreint la définition du terme «autoriser» de la façon suivante:

[TRADUCTION] Aux fins de l'espèce, il me semble que «autoriser» signifie octroyer ou prétendre octroyer à un tiers le droit d'accomplir l'acte reproché, que l'intention soit ou non telle que celui qui reçoit une autorisation doit accomplir l'acte pour son compte, ou seulement pour le compte de celui qui donne l'autorisation . . .

Au Canada, trois décisions en particulier ont interprété la notion d'autorisation. Dans la cause *Underwriters' Survey Bureau Ltd. et al. v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] R.C.É. 103, confirmée [à cet égard] par la Cour suprême du Canada à [1940] R.C.S. 218, le juge Maclean, à la page 122, a confirmé que la définition du terme «autoriser» établie dans la cause anglaise de *Falcon (supra)*, s'applique au Canada:

[TRADUCTION] Le mot «autoriser» figurant à la dernière ligne du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* a été interprété par les tribunaux comme incluant la personne qui sanctionne, appuie ou soutient . . .

Une autre cause canadienne, même si elle fut décidée par le Conseil privé, est celle de *Vigneux et al. v. Canadian Performing Right Society* (1943), 4 Fox Pat. C. 183. Dans cet arrêt, les défendeurs Vigneux avaient fourni un phonographe au restaurant du co-

graph to the restaurant owned by the co-defendant Raes, for which they supplied records in return for a fixed monthly rental. The plaintiff C.P.R.S. asserted that the defendants had authorized the public performance of the musical piece *Star Dust* which had been played on the defendants' machine on one occasion. The Privy Council held that the defendants Vigneux Brothers could not be held liable for having authorized the public performance of the work in question, since they had no control over the use of the machine. At page 194 of the decision, Lord Russell states that Vigneux Brothers did not give the alleged performance, nor did they authorize it:

They had no control over the use of the machine; they had no voice as to whether at any particular time it was to be available to the restaurant customers or not. The only part which they played in the matter was, in the ordinary course of their business, to hire out to Raes one of their machines and supply it with records, at a weekly rental of ten dollars.

At page 152 of his work *The Annotated Copyright Act 1991*, the author Normand Tamaro, *supra*, interprets this passage from the reasons of Lord Russell as follows:

The person authorizing the performance of a work by mechanical means, and not the one simply providing it, is the one who is in control of the instrument.

In other words, the person authorizing the performance is the person making it possible.

[TRANSLATION] It therefore cannot be argued that the person whose role is nothing more than to supply the means by which the public performance of the work is made possible authorizes a public performance.\*

In England, Whitford J. took the same position in *CBS Inc v. Ames Records & Tapes Ltd*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch. D.). In that case, Whitford J. decided that a record shop which rented out records and at the

\* Translator's note: The English versions of passages quoted from Normand Tamaro, *La Loi sur le droit d'auteur commentée et annotée*, are taken from the English translation of that work, cited *supra* (and see page 9). However, the English version is at times quite different from the original and this sentence in particular does not appear in the English version.

défendeur Raes, pour lequel ils fournissaient des disques en contre-partie d'un loyer fixe et mensuel. La demanderesse, C.P.R.S., a allégué que les défendeurs avaient autorisé l'exécution publique de la pièce musicale *Star Dust* qui avait été jouée sur l'appareil des défendeurs à une occasion. Le Conseil privé a déterminé que les défendeurs Vigneux ne pouvaient être tenus responsables d'avoir autorisé l'exécution publique de l'œuvre en question, puisqu'ils ne possédaient pas le contrôle sur l'usage de l'appareil. À la page 194 de la décision, Lord Russell affirme que les défendeurs Vigneux n'ont pas donné la représentation alléguée, pas plus qu'ils ne l'ont autorisée:

[TRADUCTION] Ils n'avaient pas la haute main sur l'utilisation de la machine; ils n'avaient pas voix au chapitre pour ce qui était de la question de savoir si, à un moment donné, cette machine devait être disponible pour les clients du restaurant. Le seul rôle qu'ils ont joué dans cette affaire consistait, dans le cours ordinaire de leurs activités commerciales, à louer à Raes une de leurs machines et à fournir des disques, en contrepartie d'un loyer hebdomadaire de dix dollars.

Dans son ouvrage *La Loi sur le droit d'auteur, commentée et annotée*, l'auteur Normand Tamaro (*supra*), aux pages 169-170, interprète ce passage de Lord Russell comme suit:

Celui qui autorise l'exercice d'un droit d'auteur est celui qui est responsable de l'instrument permettant cet exercice et non pas celui qui se contente de fournir l'instrument. La personne qui autorise est celle qui dispose d'un contrôle sur le moyen et le but.

Autrement dit, celui qui autorise l'exécution publique n'est pas l'intermédiaire n'ayant aucun contrôle sur l'exécution publique mais celui qui la rend effectivement accessible au public.

Il ne peut donc être soutenu que la personne, dont le rôle se résume à fournir le moyen rendant possible l'exécution publique de l'œuvre, autorise une exécution en public.

En Angleterre, le juge Whitford dans la cause *CBS Inc v. Ames Records & Tapes Ltd*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch. D.), abonde dans le même sens. Dans cette affaire, le juge Whitford a décidé qu'une discothèque

same time offered blank cassettes at discount prices was not authorizing copyright infringement. At page 821, he stated:

Any ordinary person would, I think, assume that an authorisation can only come from somebody having or purporting to have authority and that an act is not authorised by somebody who merely enables or possibly assists or even encourages another to do an act, but does not purport to have any authority which he can grant to justify the doing of the act.

However, we should not forget two Australian decisions which adopted a somewhat different interpretation. First, in *Moorhouse v. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151 (Aust. H.C.), a library had installed photocopying services in its premises. On that point, Gibbs J. held [at page 159]:

... a person who has under his control the means by which an infringement of copyright may be committed—such as a photocopying machine—and who makes it available to other persons, knowing, or having reason to suspect, that it is likely to be used for the purpose of committing an infringement, and omitting to take reasonable steps to limit its use to legitimate purposes, would authorise any infringement that resulted from its use. [Emphasis added.]

In another Australian case, *RCA Corporation v. John Fairfax & Sons Ltd.*, [1982] R.P.C. 91 (N.S.W.S.C.), at page 100, Kearney J. approved the following passage taken from *The Modern Law of Copyright* (1980) by Laddie, Prescott and Victoria:

... a person may be said to authorize another to commit an infringement if the one has some form of control over the other at the time of infringement or, if he has no such control, is responsible for placing in the other's hands materials which by their nature are almost inevitably to be used for the purpose of an infringement.

This interpretation by the Australian courts must be rejected in Canada, in view of *Vigneux*, which clearly established that a defendant who simply supplies the means which make the infringement possible cannot be held liable for authorizing the infringement if he or she had no control over the means in question. However, we must note that the decision of the Privy Council in *Vigneux* has often been criticized since it is contrary to the English decisions which

qui louait des disques et offrait simultanément des cassettes vierges en vente rabais n'autorisait pas la contrefaçon du droit d'auteur. À la page 821, il a déclaré:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] À mon avis, une personne ordinaire présumerait qu'une autorisation peut provenir seulement de quelqu'un qui a ou prétend avoir un pouvoir, et qu'un acte n'est pas autorisé par quelqu'un qui ne fait que permettre à un autre d'accomplir un acte ou probablement l'aider ou même l'encourager à le faire, mais qui ne prétend pas avoir une autorisation qu'il peut octroyer pour justifier l'accomplissement de l'acte.

<sup>c</sup> Il ne faut pas oublier, cependant, deux arrêts australiens qui ont adopté une interprétation quelque peu différente. D'abord, dans la cause *Moorhouse v. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151 (H.C. Aust.), une bibliothèque avait installé dans ses locaux les services d'une photocopieuse. À cet effet, le juge Gibbs a affirmé [à la page 159]:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] ... une personne qui a le contrôle des moyens par lesquels un acte de violation du droit d'auteur peut être commis—tel un photocopieur—et qui met ce dernier à la disposition d'autres personnes, sachant ou avant tout lieu de soupçonner qu'il est probable qu'il sera utilisé pour commettre un acte de violation, et omettant de prendre les mesures raisonnables pour limiter l'utilisation à des fins légitimes, autoriserait un acte de violation qui découlait de l'usage de cette machine. [Le souligné est le mien.]

<sup>f</sup> Dans une autre cause australienne, celle de *RCA Corporation v. John Fairfax & Sons Ltd.*, [1982] R.P.C. 91 (N.S.W.S.C.), le juge Kearney, à la page 100, endosse le passage suivant tiré de l'ouvrage de Laddie, Prescott and Victoria, *The Modern Law of Copyright* (1980):

<sup>h</sup> [TRADUCTION] ... on peut dire d'une personne qu'elle autorise à commettre un acte de contrefaçon si elle exerce une certaine forme de contrôle sur l'autre au moment de la contrefaçon ou, si elle n'a pas ce contrôle, qu'elle est responsable pour avoir mis entre les mains de l'autre le matériel qui, de par sa nature, doit presque inéluctablement être utilisé aux fins d'une contrefaçon.

<sup>i</sup> Cette interprétation des tribunaux australiens doit être rejetée au Canada, vu l'arrêt *Vigneux*, qui a clairement établi qu'un défendeur qui fournit tout simplement les moyens rendant possible la contrefaçon ne peut être tenu responsable d'avoir autorisé la violation s'il ne possédait pas le contrôle sur les moyens en question. Il faut cependant noter que la décision du Conseil privé dans l'arrêt *Vigneux* a souvent été critiquée puisqu'elle va à l'encontre des arrêts anglais

preceded it, such as *Falcon's* case. In his annotation preceding *Vigneux* at 4 Fox Pat. C. 183, Fox made the following comment [at page 184]:

In the present case *Vigneux* supplied the gramophone and the record. It received payment for both services and gave into the hands of those who gave the performance the means of causing the copyrighted musical work to be performed. It is therefore difficult to ascertain the basis upon which the Board could hold that *Vigneux* did not authorise the performance. Authorisation does not need to be specific. Even an absence of effort to prevent infringement seems, on the cases, to be sufficient to bring a person within the meaning of the term "authorise". Of course, there must be some control by the person "authorising" over the person performing, but it cannot be said that *Vigneux* were strangers to the arrangement. It would seem, therefore, that this case may cast some doubt on the authority of such decisions as *Performing Right Society v. Mitchell & Booker (Palais de Danse) Ltd.*, [1924] 1 K.B. 762; *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610; *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1938] O.R. 476.

Following the decision in *Vigneux*, the Supreme Court of Victoria decided to the contrary in *Winstone v. Wurlitzer Automatic Phonograph Co. of Australia Pty. Ltd.*, [1946] V.L.R. 338 Vict. S.C. In that case, the defendant had installed a phonograph belonging to the defendant company in his restaurant. The plaintiff asserted that the musical work in which he owned the copyright had been played twice in the defendant's restaurant. The Court held that the owner of the restaurant and the defendant company had authorized the public performance of the work in question. The fact that the defendant company had supplied the records for the phonograph was sufficient to find that it had authorized the public performance of the work since, unlike the facts in *Vigneux*, the defendant company was to receive a share of the profits. This was therefore a joint venture by the defendants, while in *Vigneux* the relationship was simply in the normal course of the business of the defendants' rental firm.

The Supreme Court of Canada had occasion to comment on *Vigneux* in *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.*, [1953] 2 S.C.R. 182. In that case, the Supreme Court of Canada did not consider it appro-

qui l'ont précédé, tel l'arrêt *Falcon*. Dans son commentaire précédant l'arrêt *Vigneux* dans 4 Fox Pat. C. 183, l'auteur Fox a fait le commentaire suivant [à la page 184]:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] En l'espèce, *Vigneux* a fourni le phonographe et les disques. Il a été payé pour les deux services, et il a mis entre les mains de ceux qui ont donné la représentation les moyens d'exécution de l'œuvre musicale protégée par le droit d'auteur. Il est donc difficile de déterminer le fondement permettant à la Commission de conclure que *Vigneux* n'autorisait pas l'exécution. Une autorisation n'a pas à être expresse. Même une absence de tentative de prévenir la contrefaçon semble, en l'occurrence, suffire à faire qu'une personne est visée par le sens du terme «autoriser». Bien entendu, il doit y avoir un contrôle exercé par la personne «qui autorise» sur la personne qui exécute ou représente une œuvre, mais on ne peut dire que *Vigneux* étaient étrangers à l'entente. Il semble donc que l'espèce puisse mettre en doute l'autorité de certaines décisions telles que *Performing Right Society v. Mitchell & Booker (Palais de Danse) Ltd.*, [1924] 1 K.B. 762; *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610; *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1938] O.R. 476.

Suite à sa décision dans l'arrêt *Vigneux*, la Supreme Court of Victoria a rendu une décision contraire dans l'arrêt *Winstone v. Wurlitzer Automatic Phonograph Co. of Australia Pty. Ltd.*, [1946] V.L.R. 338 Vict. S.C. Dans cette affaire, le défendeur avait installé dans son restaurant un phonographe appartenant à la compagnie défenderesse. Le demandeur a allégué que l'œuvre musicale sur laquelle il détenait les droits d'auteur avait été jouée à deux reprises au restaurant du défendeur. Le tribunal a statué que le propriétaire du restaurant et la compagnie défenderesse avaient autorisé l'exécution publique de l'œuvre en question. Le fait que la compagnie défenderesse avait fourni les disques pour le phonographe était suffisant pour conclure que celle-ci avait autorisé la représentation publique de l'œuvre, puisque, contrairement aux faits dans l'affaire *Vigneux*, la compagnie défenderesse devait recevoir une part des profits. Il s'agissait donc d'une co-entreprise des défendeurs, alors que dans *Vigneux*, il ne s'agissait que d'une relation dans le cours normal des affaires de l'entreprise de location des défendeurs.

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de commenter l'arrêt *Vigneux* dans la cause *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.*, [1953] 2 R.C.S. 182. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada n'a

priate to limit the scope of the decision in *Vigneux* or to criticize the decision rendered. Rather, Kellock J. clearly adopted the passage from the reasons of Lord Russell dealing with the element of control, thereby reaffirming the principle established by him. Accordingly, *Vigneux* applies in Canada.

Before moving on to an analysis of *Muzak*, *supra*, however, let us examine the decisions on which the plaintiffs rely in asserting that the defendants authorized the public performance of the play *Pique-Nique en Ville*.

First, in *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610 (H.C.), Rose C.J.H.C. held that the defendants had authorized the public performance of a substantial part of a musical work in which the plaintiffs owned the copyright, when the work in question was played during one of the performances organized by the defendants. Rose C.J.H.C. concluded that, despite the fact that the defendants had not specifically instructed the musicians to play the work in question, they had control over the band and were therefore liable for the negligence of their servants in the performance of their duty. At page 615, Rose C.J.H.C. added that the test for determining whether a person is a servant or an independent contractor was laid down in *Performing Right Society v. Mitchell & Booker (Palais de Danse), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 762, by McCardie J., who stated at page 767: "the final test . . . and certainly the test to be generally applied, lies in the nature and degree of detailed control over the person alleged to be a servant." Also [at page 769]: "[b]y the employer is meant the person who has a right at the moment to control the doing of the act." In the case before him, Rose C.J.H.C. concluded that there was a master-servant relationship between the defendants and the bandmaster, given the degree of control exercised by the defendants over him. Despite the fact that there had been no agreement made between the parties as to the selection of musical works, it was clear that the defendants were able to dictate the conduct of the band.

pas jugé à propos de restreindre la portée de l'arrêt *Vigneux* ou de critiquer la décision rendue. Plutôt, le juge Kellock a clairement adopté le passage de lord Russell portant sur l'élément de contrôle, réaffirmant ainsi le principe établi par ce dernier. L'arrêt *Vigneux* s'applique par conséquent au Canada.

Avant de passer à l'analyse de la cause *Muzak* (*supra*), cependant, examinons les arrêts sur lesquels les demandeurs s'appuient pour affirmer que les défendeurs ont autorisé l'exécution publique de la pièce *Pique-Nique en Ville*.

c

D'abord, dans l'arrêt *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1934] O.R. 610 (H.C.), le juge en chef Rose a considéré que les défendeurs avaient autorisé l'exécution publique d'une partie importante d'une œuvre musicale sur laquelle les demandeurs détenaient les droits d'auteur, lorsque l'œuvre en question fut jouée au cours d'une des représentations organisées par les défendeurs. Le juge en chef Rose a conclu que, malgré le fait que les défendeurs n'avaient pas instruit spécifiquement les musiciens de jouer l'œuvre en question, ils possédaient le contrôle sur l'orchestre et étaient ainsi responsables de la négligence de leurs serviteurs lorsque ceux-ci ont agi dans le cadre de leur emploi. Le juge en chef Rose, à la page 615, a ajouté que le test permettant de déterminer si une personne est un serviteur ou un contracteur indépendant a été établi dans l'arrêt *Performing Right Society v. Mitchell & Booker (Palais de Danse), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 762, par le juge McCardie, qui a déclaré à la page 767: «[TRADUCTION] le test définitif . . . et certainement le test à appliquer de façon générale, est la nature et le degré de contrôle sur la personne qu'on dit être un employé.» Et également [à la page 769]: «[TRADUCTION] [l']employeur est celui qui a le droit à ce moment de contrôler l'accomplissement de l'acte.» En l'espèce, le juge en chef Rose a conclu qu'une relation de maître-serviteur existait entre les défendeurs et le chef d'orchestre, vu le degré de contrôle exercé par les défendeurs sur celui-ci. Malgré le fait qu'aucune entente n'avait été conclue entre les parties quant à la sélection d'œuvres musicales, il est clair que les défendeurs pouvaient dicter la conduite de l'orchestre.

In *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1938] O.R. 476 (H.C.), the defendant had hired Rudy Vallee and his orchestra to play at its dance hall. Greene J. found, at pages 483-484, that the contract between the parties did not give the defendants any control over the selection of musical works or the times when the orchestra was to play. Thus the defendants exercised no control over the orchestra, and under the test established by McCardie J. in *Palais de Danse*, *supra*, the orchestra was not a servant but an independent contractor. Greene J. held, however, that this was not sufficient to relieve the defendant of liability since the defendant had made no effort to ensure that the orchestra did not play works protected by copyright. Greene J. therefore held that the defendant had authorized the public performance, under subsection 3(1) of the Act, since the expression "authorize" had to be interpreted in its ordinary sense of "sanction, approve or countenance".

Finally, in *Can. Performing Right Soc. v. Ming Yee*, [1943] 4 D.L.R. 732 (Alta. Dist. Ct.), the defendant was the owner of a restaurant and had hired an orchestra to play dance music in his restaurant. No agreement had been made with the orchestra leader as to the selection of musical pieces, and the defendant was not aware in advance of what pieces would be played by the orchestra. The evidence revealed, however, that the orchestra leader played whatever piece the defendant called for, and on the other hand would not have played a piece forbidden by the defendant. Ford D.C.J., at pages 734-735, concluded that even if the orchestra leader was not a servant in the strict sense of the word, under the test established by McCardie J. in *Palais de Danse*, *supra*, given the lack of practical control by the defendant over the orchestra, it was nonetheless clearly established that there was a principal-agent relationship. The orchestra leader had acted within the scope of his employment and for the benefit of the defendant. By giving total discretion to the orchestra leader, the defendant tacitly authorized the performance of the two pieces in question. Thus the defendant was liable for the infringement committed by his employee.

Dans la cause *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, [1938] O.R. 476 (H.C.), la défenderesse avait engagé Rudy Vallee et son orchestre pour jouer à son pavillon de danse. Le juge Greene a conclu, aux pages 483 et 484, que le contrat entre les parties ne prévoyait aucun contrôle par les défendeurs quant à la sélection des œuvres musicales ou encore des heures à lesquelles l'orchestre devait jouer. Ainsi, les défendeurs n'exerçaient aucun contrôle sur l'orchestre et, selon le test établi par le juge McCardie dans l'arrêt *Palais de Danse* (*supra*), l'orchestre n'était pas un serviteur mais un contracteur indépendant. Le juge Greene a cependant conclu que ceci n'était pas suffisant pour dégager le défendeur de sa responsabilité puisque le défendeur n'avait fait aucun effort pour s'assurer que l'orchestre ne joue des œuvres protégées par un droit d'auteur. Le juge Greene a donc conclu que le défendeur avait autorisé l'exécution publique en vertu du paragraphe 3(1) de la Loi, puisque le terme «autoriser» devait être interprété dans son sens ordinaire de «sanctionner, approuver et soutenir».

Enfin, dans la cause *Can. Performing Right Soc. v. Ming Yee*, [1943] 4 D.L.R. 732 (C. dist. Alb.), le défendeur était propriétaire d'un restaurant et avait engagé un orchestre pour jouer de la musique de danse dans son restaurant. Aucune entente n'avait été conclue avec le chef d'orchestre quant à la sélection des pièces musicales, et le défendeur n'était pas au courant à l'avance de quelles pièces seraient jouées par l'orchestre. La preuve a cependant révélé que le chef d'orchestre aurait joué n'importe quelle pièce réclamée par le défendeur, ou encore n'aurait pas joué une pièce interdite par le défendeur. Le juge Ford, aux pages 734 et 735, a conclu que même si le chef d'orchestre n'était pas un serviteur dans le sens strict du terme selon le test établi par le juge McCardie dans l'arrêt *Palais de Danse* (*supra*), vu l'absence du contrôle pratique du défendeur sur l'orchestre, la relation mandant-mandataire était quand même clairement établie. Le chef d'orchestre a agi dans le cadre de son emploi et pour le bénéfice du défendeur. En donnant une discrétion totale au chef d'orchestre, le défendeur a implicitement autorisé l'exécution des deux pièces en question. Ainsi, le défendeur devenait responsable de l'acte de contrefaçon commis par son employé.

The final decision which we should examine is the decision of the Supreme Court of Canada in *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.*, *supra*. This is the leading decision in Canada interpreting the concept of authorization. Briefly, the facts are as follows. CAPAC was the owner of the sole right to perform certain musical works in public throughout Canada. CAPAC submitted that Muzak Corporation had authorized the performance of the works by leasing recordings containing the musical works in question to the Canadian ABC franchise (a broadcasting company); these recordings contained the musical pieces in question, which recordings were subsequently broadcast in public by ABC. In its decision, the Supreme Court rejected the authorization connection. First, Rand J. stated that the mere fact of supplying the means which permitted a person to commit an infringement did not amount to authorization. Kellock J. added that unless what was done by a defendant was to sanction, approve or countenance a performance, it cannot be established that such a defendant authorized a performance or representation.

In an article "Home Copying and Authorization" (1983), 67 C.P.R. (2d) 1983, pages 17-49, P. D. Hitchcock offers an excellent analysis of the decision in *Muzak*. At pages 29-33, the author sets out three principles which were applied and laid down by the Supreme Court of Canada in *Muzak*.

"The first principle that was applied in *Muzak* was that in order to 'authorize' within the meaning of the *Copyright Act*, a person must sanction, approve or countenance something more than the mere use of equipment that might possibly be used in an actual infringement of a copyright. Furthermore, the court makes the presumption that a person who authorized an activity authorized that activity only so far as the activity is in accordance with law." On this point, Rand J. stated, at page 189:

Obviously, in one sense, Muzak authorizes Associated to make use of instruments which it owns but that use is to be in accordance with regulations dealing with it. There is not a syllable in the material to suggest that Muzak has made itself a party in interest to the performance either by warranting the right to perform without fee or by anything in the nature of a partnership or similar business relation. If by letting a device the owner is to be taken as engaging himself to its use in defiance of regulations, the very distinction between the right to make a

La dernière décision qu'on devrait examiner est celle de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Muzak Corp. v. Composers, Authors, etc.* (*supra*). C'est l'arrêt de base au Canada qui interprète la notion d'autorisation. Brièvement, les faits sont les suivants. L'association CAPAC était titulaire du droit exclusif d'exécuter en public, à travers le Canada, certaines œuvres musicales. CAPAC soumettait que Muzak Corporation avait autorisé l'exécution des œuvres en louant à la franchise canadienne ABC (compagnie de radiodiffusion), les enregistrements contenant les pièces musicales en question, enregistrements qui par la suite ont été diffusés en public par ABC. Dans sa décision, la Cour suprême du Canada a rejeté le lien d'autorisation. D'abord, le juge Rand a déclaré que le seul fait de fournir les moyens permettant à une personne de commettre un acte de contrefaçon n'équivalait pas à une autorisation. Le juge Kellock a ajouté que, à moins que ce qui a été fait par un défendeur soit de sanctionner, appuyer ou soutenir une exécution, il ne peut être établi qu'un tel défendeur ait autorisé une exécution ou une représentation.

Dans son article «Home Copying and Authorization» (1983), 67 C.P.R. (2d) 1983, pages 17 à 49, P. D. Hitchcock offre une excellente analyse de l'arrêt *Muzak*. Aux pages 29 à 33, l'auteur élabore trois principes qui ont été appliqués et établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Muzak*.

[TRADUCTION] «Le premier principe est que pour "autoriser", en vertu de l'article 3(1) de la Loi, une personne doit sanctionner, appuyer ou soutenir quelque chose de plus que la simple utilisation de moyens ou d'équipement qui, possiblement, pourraient servir à commettre un acte de contrefaçon. La Cour a établi la présomption selon laquelle une personne qui autorise une activité, autorise cette activité seulement dans la limite où celle-ci est légale». Sur ce point, le juge Rand a déclaré à la page 189:

[TRADUCTION] À l'évidence, dans un sens, Muzak autorise Associated à faire usage des instruments qui lui appartiennent, mais l'utilisation doit être conforme aux règlements qui s'y rapportent. Rien dans le document ne laisse entendre que Muzak s'est constituée partie ayant un intérêt dans l'exécution, soit en garantissant le droit d'exécution sans payer de droits, soit en faisant quelque chose qui participe d'une association ou d'une relation commerciale similaire. Si, en louant un appareil, le propriétaire doit être considéré comme encourant sa respon-

record and the right to give a public performance by means of it which Mr. Manning made and the Act provides for, is wiped out. It would be as if a person who lets a gun to another is to be charged with "authorizing" hunting without a game license.

"The second principle establishes, as a matter of law, what constitutes the something more than mere use that must be sanctioned, approved or countenanced before a person has made an authorization within the meaning of the Act. [at page 30]" After a detailed examination of *Falcon's* case, *supra*, Kellock J. concluded that the principles laid down in that case could not apply in *Muzak*, given the distinction between the facts of the two cases. Rather, at page 193, Kellock J. relied on *Vigneux* to establish the following principle:

In *Falcon's* case, Bankes, L.J., with whom Atkin L.J., agreed, approved of earlier expressions of opinion as to the meaning of "authorize", namely, that it is to be understood in its ordinary dictionary sense of "sanction, approve, and countenance". Unless what is done by a defendant is to sanction, approve or countenance actual performance, it cannot be said, in my opinion, that it has "authorized" performance. While it is true that to perform by means of such a mechanical contrivance as is here in question involves the use of recordings, and while the appellant, on the evidence, has authorized the use of the recordings in performing, it has not authorized the performance itself and has, therefore, not invaded any right of the respondent. Performance was clearly contemplated and authorized in *Falcon's* case, while in the case at bar the appellant is in the position of the appellant in *Vigneux's* case, as described by Lord Russell in the passage from the judgment above cited.

The position of Kellock J. may be summarized as follows: "[i]n order to 'authorize' a person must sanction, approve or countenance more than mere use of equipment that might possibly be used in an infringing performance but, on the other hand, a person need not go so far as to grant or purport to grant the right to perform" [at page 31].

"The third important principle to be found in the *Muzak* case is that it is possible to establish that a person has sanctioned, approved or countenanced an

sabilité quant à l'utilisation de cet appareil malgré les règlements, la distinction même entre le droit de faire un disque et le droit de donner une exécution publique au moyen de ce disque, ce que M. Manning a fait et que la Loi prévoit, est anéanti. Ce serait comme si une personne qui loue un fusil à un autre doit être accusée d'avoir «autorisé» la chasse sans permis de chasse.

[TRADUCTION] «Le deuxième principe établit ce qui, en droit, constitue ce quelque chose de plus que le simple usage qui doit être sanctionné, appuyé ou soutenu avant de pouvoir conclure qu'une personne a donné son autorisation» [à la page 30]. Après un examen minutieux de l'arrêt *Falcon* (*supra*), le juge Kellock a conclu que les principes établis dans cette affaire ne pouvaient s'appliquer en l'espèce, vu la divergence des faits entre les deux cas. Plutôt, le juge Kellock, à la page 193, s'est appuyé sur l'arrêt *Vigneux* pour élaborer le principe suivant:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Falcon*, le lord juge Bankes, avec qui le lord juge Atkins est d'accord, a approuvé les avis antérieurs sur le sens du mot «autoriser», savoir qu'on doit l'entendre dans son sens ordinaire de dictionnaire, c'est-à-dire dans le sens de «sanctionner, appuyer et soutenir». À moins que ce qui est fait par un défendeur vise à sanctionner, appuyer ou soutenir l'exécution véritable, j'estime qu'on ne peut dire qu'il a «autorisé» l'exécution. Certes, il est vrai que l'exécution d'une œuvre au moyen d'un appareil mécanique comme le cas de l'espèce nécessite l'utilisation d'enregistrements, et bien que l'appellante, selon la preuve, ait autorisé l'utilisation de l'enregistrement dans l'exécution, elle n'a pas autorisé l'exécution elle-même et n'a pas, dès lors, empiété sur le droit de l'intimée. L'exécution a clairement été envisagée et autorisée dans l'arrêt *Falcon* alors que, en l'espèce, l'appellante se trouve dans la position de l'appellant de l'affaire *Vigneux*, selon la description faite par lord Russell dans le passage extrait du jugement précité.

La position du juge Kellock peut se résumer comme suit: [TRADUCTION] «Afin "d'autoriser" une représentation au sens de l'article 3(1) de la loi, un défendeur doit sanctionner, appuyer et soutenir l'exécution véritable de l'acte de contrefaçon. Le fait de sanctionner, appuyer et soutenir la simple utilisation de moyens permettant la contrefaçon ne suffit pas. Cependant, une personne n'a pas à aller jusqu'à octroyer, ou prétendre d'octroyer, le droit d'exécuter ou de représenter une œuvre en public» [à la page 31].

[TRADUCTION] «Le troisième principe établit qu'il est possible de démontrer qu'une personne a sanctionné, appuyé ou soutenu un acte réel de contrefa-



actual infringing activity (thereby rebutting the presumption that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law), if it is shown that certain relationships existed between the alleged authorizer and the actual infringer, or that the alleged authorizer conducted himself in a certain manner” [at page 32].

According to Hitchcock, at pages 32-33, this principle may be inferred from the decision in *Muzak*. First, Kellock J., at page 191 of his decision, adopts the passage from the reasons of Lord Russell from the *Vigneux* case, *supra*, in which Lord Russell states that the only part the defendants Vigneux Brothers played in the infringement may be summarized as, in the ordinary course of their business, to hire out one of their machines and supply it with records, at a weekly rental. “Similarly, Rand J. implies [at page 189, in the passage quoted *supra*] that certain conduct or relationships would have been sufficient to rebut the presumption that Muzak had authorized the use of the recordings only so far as that use was in accordance with regulations.”

Hitchcock attempted, at pages 34-43, to define the type of conduct or relationship from which it can be concluded that a person in fact authorized the infringement, within the meaning of the Act, by his or her conduct or relationship with the person who infringed the copyright.

According to Hitchcock, this is primarily a question of fact which depends on the circumstances of each case. The first factor to be considered is the degree of control that the defendant exercised over the infringer. That control must be such that he or she could prevent the infringement from being committed. The second factor is that a reasonable person would be led to conclude that the defendant sanctions, approves or countenances the infringements, and that the defendant should have known that his or her words, actions or inaction would be seen as such by a reasonable person. It is Hitchcock’s opinion that such authorization may be express or implied.

This concept of conduct was examined in the English decision *Performing Right Society v. Cyril Theatrical Syndicate*, [1924] 1 K.B. 1 (C.A.). In that case, the managing director of a company which was

çon, réfutant ainsi la présomption selon laquelle une personne autorise une activité seulement dans la limite où celle-ci est légale, selon la relation entre celle-ci et la personne ayant commis la violation, ou encore, selon la conduite de cette personne» [à la page 32].

Selon l’auteur Hitchcock, aux pages 32 et 33, ce principe peut être inféré de la décision dans *Muzak*. D’abord, le juge Kellock, à la page 191 de sa décision, a adopté le passage de lord Russell tiré de l’arrêt *Vigneux* (*supra*), où lord Russell affirme que la seule part jouée par les défendeurs Vigneux dans l’acte de contrefaçon se résume à avoir loué, dans le cours ordinaire de son entreprise, un de ses appareils et d’avoir fourni les disques en contrepartie d’un loyer hebdomadaire. [TRADUCTION] «Également, le juge Rand [à la page 189, dans ce passage cité précédemment], laisse entendre que certaines conduites ou rapports auraient été suffisants pour réfuter la présomption selon laquelle Muzak a autorisé l’utilisation des enregistrements seulement dans la limite où cette utilisation fut effectuée légalement».

L’auteur Hitchcock a tenté de définir aux pages 34 à 43 le genre de conduite ou de rapport qui permet de conclure qu’effectivement, une personne a autorisé, au sens de la Loi, par sa conduite ou sa relation avec celui qui a enfreint les droits d’auteur, la violation.

Pour Hitchcock, c’est d’abord une question de faits qui dépend des circonstances de chaque cas. Le premier facteur à considérer est le degré de contrôle que le défendeur exerce sur le contrevenant. Ce contrôle doit être tel qu’il puisse empêcher l’acte de contrefaçon d’être commis. Le deuxième facteur est qu’une personne raisonnable serait portée à conclure que le défendeur sanctionne, appuie ou soutient les actes de contrefaçon, et que celui-ci aurait dû savoir que ses mots, sa conduite ou son inaction seraient vus par une personne raisonnable comme tel. Pour Hitchcock, une telle autorisation peut être explicite ou implicite.

Cette notion de conduite a été examinée dans l’arrêt anglais *Performing Right Society v. Cyril Theatrical Syndicate*, [1924] 1 K.B. 1 (C.A.). Dans cette affaire, le directeur-gérant d’une compagnie, qui était

the lessee of a theatre had, on behalf of the company, engaged a band to play music at performances of a play in the theatre leased by the company. In his absence and without his knowledge, the band performed certain musical works the copyright in which belonged to the plaintiffs. The plaintiffs then asserted that the defendant, which owned the theatre, had authorized the performance of the works or permitted the use of the theatre for that purpose. The Court of Appeal held that the defendant could not have authorized the performances since the band was the servant of the company and not of the defendant.

In his decision, at page 9, Bankes L.J. referred to the question of conduct as follows; this passage was also quoted by Whitford J. in *CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.), at pages 987-988:

I agree . . . that the court may infer an authorization or permission from acts which fall short of being direct and positive; I go as far as to say that indifference, exhibited by acts of commission or omission, may reach a degree from which authorisation or permission may be inferred. It is a question of fact in each case what is the true inference to be drawn from the conduct of the person who is said to have authorised the performance or permitted the use of a place of entertainment for the performance complained of.

Bankes L.J. concluded, at page 10, that the defendant had not exhibited indifference despite its refusal to take action against the orchestra after the plaintiffs had made it aware of the infringement. He held that since the musicians had been hired by the company and not by the defendant, and since the defendant was not present at the performances in question and was unaware of what pieces would be played by the orchestra, it could not be held liable for having authorized the performance, or for having permitted the use of the theatre for that purpose. At pages 12-13, Scrutton L.J. wrote:

In my opinion, first, a man does not permit who cannot control, and secondly, a man does not permit the use of a place for the performance of a work if he does not know the work is being performed.

In *Winstone v. Wurlitzer Automatic Phonograph Co. of Australia Pty. Ltd.*, *supra*, the Court held that it could be concluded that there was authorization

locataire d'un théâtre, avait engagé, au nom de la compagnie, un orchestre pour jouer de la musique lors des représentations d'une pièce au théâtre loué par la compagnie. En son absence et sans sa connaissance, l'orchestre a exécuté certaines œuvres musicales dont les droits d'auteur appartenaient aux demandeurs. Les demandeurs ont alors allégué que le défendeur, propriétaire du théâtre, avait autorisé l'exécution des œuvres ou permis l'utilisation du théâtre à cette fin. La Cour d'appel a statué que le défendeur ne pouvait avoir autorisé les représentations puisque l'orchestre était le serviteur de la compagnie et non du défendeur.

Dans sa décision, le juge Bankes, à la page 9, a référé à la question de conduite de la façon suivante, passage qui d'ailleurs fut repris par le juge Whitford dans l'arrêt *CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 W.L.R. 973 (Ch. D.), aux pages 987 et 988:

[TRADUCTION] Je conviens . . . que la Cour peut déduire une autorisation ou permission des actes qui ne sont pas du tout directs et positifs; je vais jusqu'à dire que l'indifférence, exhibée par des actes de perpétration ou d'omission, peut atteindre un degré d'où on peut déduire une autorisation ou permission. La véritable conclusion à tirer de la conduite de la personne dont on dit qu'elle a autorisé l'exécution d'une œuvre ou permis l'utilisation d'un local de divertissement pour l'exécution reprochée est une question de fait dans chaque cas.

Le juge Bankes a conclu, à la page 10, que le défendeur n'avait pas fait preuve d'indifférence malgré son refus d'intervenir auprès de l'orchestre après avoir été mis au courant de la violation par les demandeurs. Il a jugé que puisque les musiciens avaient été engagés par la compagnie et non par le défendeur, et puisque celui-ci n'était pas présent lors des représentations en question et ignorait quelles pièces seraient jouées par l'orchestre, il ne pouvait être tenu responsable d'avoir autorisé l'exécution ou encore d'avoir permis l'utilisation du théâtre à cette fin. Aux pages 12 et 13, le juge Scrutton a ajouté:

[TRADUCTION] J'estime, en premier lieu, qu'un homme ne donne pas une autorisation s'il ne peut exercer de contrôle, et, en deuxième lieu, qu'un homme ne permet pas l'utilisation d'un lieu pour l'exécution ou la représentation d'une œuvre s'il ne sait pas que l'œuvre va être exécutée ou représentée.

Dans l'arrêt *Winstone v. Wurlitzer Automatic Phonograph Co. of Australia Pty. Ltd.* (*supra*), le tribunal a statué qu'on pouvait conclure que l'autorisation

from the conduct of the defendants or the indifference they exhibited. At page 345, Herring C.J. stated:

It is, of course, a question of fact in each case what is the true inference to be drawn from the conduct of the person said to have authorised the act complained of. And as the acts that may be complained of as infringements of copyright are multifarious, so, too, the conduct that may justify an inference of authorisation may take on an infinite variety of differing forms. In these circumstances any attempt to prescribe beforehand ready-made tests for determining on which side of the line a particular case will fall, would seem doomed to failure. So, too, will it be impossible to determine any particular case by reference merely to the relationship that may exist between the person said to have authorised the act complained of and the actual infringer, though, no doubt in the case of principal and agent an authorisation may be more readily inferred than in the case of vendor and purchaser. In the end the matter must in each case depend on a careful examination of all the relevant facts.

And, at page 347, the Chief Justice added:

It would appear probable, however, that some measure of control of some sort by the person said to have authorised a public performance will usually be found in cases where the inference can properly be drawn that there has been an authorisation in fact. The type and measure of control, however, will vary from case to case according to the circumstances and particularly the nature of the act complained of, the relationship between the alleged "authoriser" and the actual infringer and the means by which the infringement is carried into effect.

#### ANALYSIS OF THE EVIDENCE

Having completed a survey of the case law relating specifically to the concept of "authorization" in respect of copyright, I find that each case essentially turns on its facts and that the Court must give judgment on those facts. This means that the case law is not always a faithful servant. We would note, for example, the decisions cited by the plaintiffs, in the two *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association* cases, and in *Can. Performing Right Soc. v. Ming Yee*.

In those three decisions, the degree of control exercised by the defendants over the people who committed the infringement was determined on the basis of the master-servant or employer-employee relationship that existed between the parties. In the case at bar, the town of Beloeil and Les Productions de la

existerait selon la conduite des défendeurs ou selon l'indifférence exhibée par ceux-ci. À la page 345, le juge en chef Herring a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] La véritable conclusion à tirer de la conduite de la personne dont on dit qu'elle a autorisé l'acte reproché est, bien entendu, une question de fait dans chaque cas. Et puisque les actes qui peuvent être reprochés comme actes de violation du droit d'auteur sont variés, la conduite qui peut justifier de conclure à une autorisation peut, elle aussi, revêtir une variété infinie de formes différentes. Dans ces circonstances, toute tentative de prescrire à l'avance des critères tout faits pour déterminer le côté de la ligne de démarcation dans lequel tombera un cas particulier semblerait vouée à l'échec. Ainsi donc, il sera également impossible de trancher un cas particulier en se reportant simplement à la relation qui peut exister entre la personne dont on dit qu'elle a autorisé l'acte reproché et la personne ayant commis l'acte de violation, quoique, certainement, dans le cas concernant un mandant et son mandataire, une autorisation puisse être plus facilement déduite que dans le cas concernant un vendeur et un acheteur. En fin de compte, la question doit dans chaque cas dépendre d'un examen attentif de tous les faits pertinents.

Et à la page 347, le juge en chef a ajouté:

[TRADUCTION] Il semblerait toutefois probable qu'un degré de contrôle de quelque sorte de la part de la personne dont on dit qu'elle a autorisé une exécution publique existe habituellement dans les cas où on peut à juste titre conclure qu'il y a eu en fait une autorisation. Toutefois, le type et le degré de contrôle varieront de cas en cas selon les circonstances et particulièrement selon la nature de l'acte reproché, la relation entre la personne qui autorise et la personne ayant commis l'acte de violation et les moyens permettant la contrefaçon.

#### ANALYSE DE LA PREUVE

Ayant complété un tour d'horizon sur la jurisprudence touchant particulièrement le concept de «l'autorisation» en matière de droits d'auteur, je conclus que chaque cas est substantiellement un cas d'espèce où le tribunal doit porter jugement sur les faits. C'est dire que la jurisprudence n'est pas toujours un fiable serviteur. Soulignons par exemple les arrêts cités par les demandeurs dans les deux cas de *Canadian Performing Right Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*, ainsi que dans l'affaire *Can. Performing Right Soc. v. Ming Yee*.

Dans ces trois décisions, le degré de contrôle exercé par les défendeurs sur les personnes ayant commis la violation a été évalué en fonction de la relation maître-serviteur ou employeur-employé qui existait entre les parties. En l'espèce, la ville de Beloeil et Les Productions de la Coulisse Inc. n'exer-

Coulisse Inc. exercised no control over the producer of the play, Mr. Bossac, or over his theatrical troupe. Moreover, there was no master-servant or employer-employee relationship. Rather, there was a strictly business relationship, which was limited, for Les Productions de la Coulisse Inc., to arrangements for renting the hall, and for the town of Beloeil to the fact that it is the owner of that Centre, the town of Beloeil having never had any transactions with Mr. Bossac. With respect to the other defendants, Mr. Ilial and Mr. Neveu, their relationship with Mr. Bossac was one of employer and employee, and therefore, following the reasoning in the three decisions referred to above, it was Mr. Bossac, in his capacity as employer, who was responsible for acts committed by these two defendants in the course of their employment. I therefore cannot see how these three decisions assist the plaintiffs' case. In order for these decisions to apply in this case, the defendants would have had, for example, to have hired Mr. Bossac and the theatre troupe and/or exercised direct control over them or over the methods used in the infringement, which was not the case before me.

One final point which I would like to note relates to the issue of the joint liability of the defendants. In *CBS Songs Ltd v. Amstrad Consumer Electronics plc*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.), at page 495, Lord Templeman stated the following with respect to the defendants' joint liability in an action for copyright infringement:

My Lords, joint infringers are two or more persons who act in concert with one another pursuant to a common design in the infringement.

In the case at bar, it cannot logically be said that the defendants acted in concert with Mr. Bossac to commit the infringement. It is therefore unnecessary to consider this question any further.

### CONCLUSION

Based on the case law I have examined, I cannot find that the defendants have any liability for the copyright infringement committed. The defendants did not authorize the performances of the play *Pique-Nique en Ville* within the meaning of subsection 3(1) of the Act. The question of authorization is a question of fact in each case. In this case, the producer of the

çaient aucun contrôle sur le producteur de la pièce, M. Bossac, ou sur sa troupe de théâtre. De plus, la relation de maître-serviteur ou employeur-employé n'existait pas. Il s'agissait plutôt d'une relation strictement d'affaire se limitant, pour Les Productions de la Coulisse Inc., aux arrangements pour la location de la salle et, pour la ville de Beloeil, au fait qu'elle soit propriétaire dudit Centre, la ville de Beloeil n'ayant jamais transigé avec M. Bossac. Pour ce qui est des autres défendeurs, M. Ilial et M. Neveu, leur relation avec M. Bossac était celle d'employeur-employé, et ainsi, selon le raisonnement des trois décisions précédentes, c'était bien M. Bossac, en sa qualité d'employeur, qui était responsable des actes commis par ces deux défendeurs dans le cadre de leur emploi. Ainsi, je ne peux voir en quoi ces trois décisions aident la cause des demandeurs. Pour que ces décisions aient application en l'espèce, il faudrait par exemple que les défendeurs aient engagé M. Bossac et la troupe de théâtre et/ou qu'ils aient exercé un contrôle direct sur ceux-ci ou sur les moyens ayant permis la violation, ce qui n'est pas le cas devant moi.

Un dernier point que j'aimerais souligner à trait à la question de la responsabilité conjointe des défendeurs. Dans la cause *CBS Songs Ltd v. Amstrad Consumer Electronics plc*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.), à la page 495, lord Templeman a déclaré ce qui suit quant à la responsabilité conjointe des défendeurs dans une action pour violation du droit d'auteur:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, les co-contrefacteurs sont plusieurs personnes qui agissent de concert dans une intention commune de contrefaçon.

Dans le cas en l'espèce, il ne peut être logiquement affirmé que les défendeurs ont agi de connivence avec M. Bossac pour commettre la violation. Il n'est donc pas nécessaire de considérer davantage cette question.

### CONCLUSION

Selon la jurisprudence examinée, je ne peux conclure à une responsabilité quelconque des défendeurs pour la violation du droit d'auteur qui a été commise. Les défendeurs n'ont pas autorisé, au sens du paragraphe 3(1) de la Loi, les représentations de la pièce *Pique-Nique en Ville*. La question d'autorisation est une question de faits propre à chaque cas. En l'es-

play, Mr. Bossac, alone had control over the play. The other defendants were not in such a position as would have enabled them to authorize the infringement. The mere fact that the town of Beloeil and Les Productions de la Coulisserie Inc. rented the hall to Mr. Bossac, even though this in a way made possible or facilitated the infringement, does not support a finding that they authorized the performance of a play which infringed copyright. The defendants could reasonably have assumed that the purpose of renting the hall was to present a play in a lawful manner. Much more would be needed, according to the reasoning set out in *Vigneux* or in *Muzak*, for us to find the defendants liable. The participation of the defendants Ilial and Neveu was strictly in their relationship as employees of Mr. Bossac. They were at all times subject to his authority.

It was Scrutton L.J. in *Ciryl* (*supra*) who emphasized the absence of authority. Moreover, the evidence was that neither the town of Beloeil nor Les Productions de la Coulisserie Inc. had any control whatsoever over the producer, Mr. Bossac, and over the play he staged. It would be difficult for me to find in the relationship between these parties any implied authority to present the play in such a way as would make them liable.

I do admit that the likely result of this finding is to deny the plaintiffs any redress. This situation is particularly unfortunate in that it was as a result of the patience exhibited by the plaintiff, S.A.C.D., starting on July 5, 1990, that it was unable to exercise its rights until it was too late. It assumed too much good faith on the part of Mr. Bossac, or it relied too much on the reputation he had built up in the trade. It could have expressed its impatience or exasperation by seeking injunctions or seizing receipts. I would venture to assume, however, that the policy of the S.A.C.D. is based on a proper recognition on the part of professionals involved in the theatre and in entertainment in general of their duty to respect copyright. By an unfortunate turn of events, the cause, and not the result, of which was Mr. Bossac's ultimate bankruptcy, the S.A.C.D. finds itself stripped of its rights. These are truly exceptional circumstances, but they might not be such as would prompt the S.A.C.D. to change its policy. Moreover, the plaintiffs are not

pièce, seul le producteur de la pièce, M. Bossac, possédait un contrôle sur la pièce. Les autres défendeurs n'étaient pas dans une position leur permettant d'autoriser la violation. Le simple fait pour la ville de Beloeil et pour Les Productions de la Coulisserie Inc. d'avoir loué la salle à M. Bossac, même si d'une certaine façon cela a permis ou facilité la violation, ne permet pas de conclure que celles-ci ont autorisé la représentation d'une pièce violant un droit d'auteur. Les défenderesses pouvaient raisonnablement assumer que la location était dans le but de présenter une pièce dans les limites de la loi. Il faudrait bien davantage, selon le raisonnement dans l'arrêt *Vigneux* ou encore dans l'arrêt *Muzak*, pour conclure à la responsabilité des défenderesses. Quant à la participation des défendeurs Ilial et Neveu, elle se limite à la relation d'employés de M. Bossac. En tout temps, ceux-ci ont été subordonnés à l'autorité de ce dernier.

C'est bien le juge Scrutton dans l'arrêt *Ciryl* (*supra*) qui souligne l'absence d'autorité. De plus, la preuve indique que ni la ville de Beloeil ni Les Productions de la Coulisserie Inc. ne jouissaient d'un contrôle quelconque sur le producteur M. Bossac et sur la pièce qu'il aurait montée. Il me serait difficile de déduire dans les relations entre ces parties une autorisation implicite de présenter la pièce de façon à les rendre responsables.

J'admets bien que cette conclusion est de nature à refuser aux demandeurs tout redressement. Cette constatation est d'autant plus douloureuse que c'est en raison de la patience exercée par la demanderesse, S.A.C.D., à compter du 5 juillet 1990, qu'elle n'aurait pu faire valoir ses droits avant qu'il soit trop tard. Elle aurait trop présumé de la bonne foi de M. Bossac ou elle se serait trop fiée à la réputation que celui-ci avait déjà acquise dans le métier. Elle aurait pu exprimer son impatience ou son exaspération par voie de procédures d'injonctions ou de saisie de recettes. J'ose présumer, cependant, que la politique de la S.A.C.D. était basée sur une bonne reconnaissance chez les professionnels du théâtre et du spectacle en général de leur devoir de respecter le droit d'auteur. Par une conjonction de circonstances, dont la faillite ultime de M. Bossac en est la cause et non le résultat, la S.A.C.D. se trouve dépourvue de ses droits. Ce sont vraiment des circonstances exceptionnelles, mais qui ne seraient peut-être pas de nature à provoquer

the only ones who have suffered a loss in this adventure.

chez la S.A.C.D. une modification à sa politique. D'ailleurs, les demandeurs ne sont pas les seuls à subir une perte dans cette aventure.

#### AWARD

For the purposes of any appeal which the plaintiffs might bring, I would fix the amount of the damages to which they would be entitled at \$14,000 with interest at the rates set out in the *Civil Code of Lower Canada* starting on the date of service.

#### a DOMMAGES

Pour fins de tout appel que les demandeurs pourraient loger, je fixerais le montant des dommages-intérêts auxquels ils auraient droit à 14 000 \$ avec intérêt aux taux prévus au *Code civil du Bas-Canada* à compter de la date d'assignation.

#### JUDGMENT

The plaintiffs' action is dismissed with costs. The defendants town of Beloeil and Les Productions de la Coulisse Inc., and the defendants Ilial and Neveu, will be entitled to their respective disbursements. Each of their counsel will be entitled to the costs set out in Tariff B of the Rules of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-57, s. 37; 87-221, s. 8)].

#### JUGEMENT

L'action des demandeurs doit être rejetée avec dépens. Les défenderesses la ville de Beloeil et Les Productions de la Coulisse Inc. d'un côté, et les défendeurs Ilial et Neveu de l'autre, auront droit à leurs débours respectifs. Chacun de leurs procureurs aura droit aux dépens prévus au Tarif B des Règles de cette Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/79-57, art. 37; 87-221, art. 8)].

A-891-92

A-891-92

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

v.

c.

**Crestbrook Forest Industries Limited** (*Respondent*) (*Plaintiff*)

a

**Crestbrook Forest Industries Limited** (*intimée*) (*demanderesse*)*INDEXED AS: CRESTBROOK FOREST INDUSTRIES LTD. v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CRESTBROOK FOREST INDUSTRIES LIMITED c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Isaac C.J., Stone J.A. and Craig D.J.  
—Vancouver, March 3; Ottawa, April 22, 1993.Cour d'appel, juge en chef Isaac, juge Stone, J.C.A.  
et juge suppléant Craig—Vancouver, 3 mars; Ottawa,  
22 avril 1993.

*Practice — Discovery — Examination for discovery — Income tax — Court may order Canadian company to obtain answers to questions posed on examination for discovery from non-resident controlling shareholder companies with which engaged in joint venture, though foreign companies not parties to action — Statement of claim to be struck if answers not forthcoming.*

c

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Impôt sur le revenu — La Cour peut ordonner à une société canadienne d'obtenir d'actionnaires majoritaires non résidents qui ne sont pas parties à l'action, mais avec lesquels elle a conclu une entente commerciale internationale, les réponses aux questions posées pendant les interrogatoires préalables — La déclaration déposée par l'intimée sera radiée s'il n'est pas répondu aux questions susmentionnées.*

*Practice — Evidence — Commission evidence — Commission will not normally issue to obtain discovery evidence — Circumstances insufficiently exceptional to warrant Commission.*

e

*Pratique — Preuve — Commission rogatoire — Une commission ne sera normalement pas émise pour obtenir une preuve par un interrogatoire préalable — Les circonstances ne sont pas assez exceptionnelles pour émettre une commission.*

*Corporations — Examination for discovery — Court may order Canadian company to obtain answers to questions posed upon examination for discovery from non-resident controlling shareholder companies with which engaged in joint venture, even though foreign companies not parties to action — Appropriate to pierce corporate veil to determine principal beneficiaries of business carried out in Canada by respondent — Unconscionable to allow non-resident corporations to structure affairs such as to carry on profitable business in Canada without also being obliged to comply with Canadian law.*

d

f

*Corporations — Interrogatoire préalable — La Cour peut ordonner à une société canadienne d'obtenir d'actionnaires majoritaires non résidents qui ne sont pas parties à l'action, mais avec lesquels elle a conclu une entente commerciale internationale, les réponses aux questions posées pendant les interrogatoires préalables — Il convient de faire abstraction de la personnalité morale pour identifier les principaux bénéficiaires de l'entreprise exploitée au Canada par l'intimée — Il serait déraisonnable de permettre à des corporations non résidentes d'organiser leurs affaires pour qu'elles soient libres d'exploiter, au Canada, une entreprise commerciale rentable sans être également tenues de respecter la loi canadienne.*

The respondent, Crestbrook Forest Industries Limited (Crestbrook), operated a pulp mill in British Columbia. In 1966, in order to raise capital for the construction of a pulp mill, it entered into a joint venture agreement with two Japanese companies. With the purchase of shares and appointments to the board of directors, the Japanese companies in effect took control of Crestbrook. The joint venture agreement also included a pulp sales agreement providing that Crestbrook would sell pulp to the Japanese companies at a generous discount (5.6%–6%) and would absorb the cost of resale or delivery to their customers.

g

h

i

j

L'intimée, Crestbrook Forest Industries Limited (Crestbrook), exploite une usine de pâte en Colombie-Britannique. En 1966, pour obtenir des capitaux en vue de la construction d'une usine de pâte, Crestbrook a conclu un contrat de coentreprise avec deux compagnies japonaises. Avec l'achat d'actions et les nominations au conseil d'administration, les compagnies japonaises prenaient le contrôle du conseil d'administration. Le contrat de coentreprise comprenait également un contrat de vente de pâte qui prévoyait que Crestbrook vendrait la pâte produite par son usine de pâte aux Japonais avec un abattement généreux (de 5,6 p. 100 à 6 p. 100) et absorberait les coûts de la revente ou de la livraison à leurs clients.

In its income tax returns for the years 1984, 1985 and 1986, Crestbrook reported losses of \$452,715, \$22,632,915 and

Dans ses déclarations de revenus pour les années 1984, 1985 et 1986, Crestbrook a déclaré des pertes de 452 715 \$,

\$934,534 respectively. Concluding that a pulp sales discount rate of 5.6% was excessive, the Minister added to Crestbrook's income the amounts by which the discounts exceeded 2.5%, the rate considered reasonable: \$2,116,665 for 1984, \$1,758,275 for 1985 and \$2,567,153 for 1986. The Minister also assessed Crestbrook for additional tax under Part XIII of the *Income Tax Act* on the basis that the amount of the discount over 2.5% amounted to a deemed dividend paid to non-resident taxpayers for which Crestbrook should have deducted and withheld at source any tax payable.

Crestbrook appealed the Minister's decision. Upon examination for discovery, Crestbrook's representative was asked a number of questions concerning the payment of the pulp price discounts. In fulfilment of his undertakings to inform himself and to provide answers, the representative wrote to the Japanese companies seeking answers to the questions. The companies declined to answer on a voluntary basis.

By notice of motion, the Crown sought an order under Rule 465(18) to compel Crestbrook to supply answers to 22 questions. In the alternative, it asked for an order under Rule 465(20) striking out Crestbrook's action or an order under Rule 477 for the issuance of a commission to examine persons connected with companies in Japan.

The Associate Senior Prothonotary ordered that Crestbrook provide answers to 3 of the 22 questions in issue which related to matters which had arisen after the execution of the joint venture agreement. He ruled that the remaining 19 questions which related to events prior to the joint venture agreement need not be answered.

On appeal to the Trial Division, the Motions Judge found that the 19 questions need not be answered because they were outside the scope of the international business venture which gave rise to the proceedings before the Court. As to the 3 post-venture questions, the Motions Judge held that it was not open to the Court to compel a party to respond to a question, the answer to which was in the power of someone over whom he had no control. He noted that in an appeal under the *Income Tax Act*, the Minister was entitled to base his conclusions on his own assumptions of fact, and that the burden of disproof then fell on the taxpayer.

This was an appeal from that decision.

*Held*, the appeal should be allowed.

The general intention of the *Federal Court Rules* has been to provide all litigants with full and complete discovery prior to trial and to remove as much as possible what used to be known as the "ambush" tactics of the adversary system. The goal was to narrow the issues and reduce as much as possible matters to be determined at trial.

22 632 915 \$ et 934 534 \$, respectivement. Concluant qu'un taux d'abattement de 5,6 p. 100 était excessif, le ministre a ajouté au revenu de Crestbrook les montants des abattements qui dépassaient 2,5 p. 100, le taux qu'il jugeait raisonnable soit, 2 116 665 \$ pour 1984, 1 758 275 \$ pour 1985 et 2 567 153 \$ pour 1986. En outre, le ministre a établi que Crestbrook devait payer des impôts supplémentaires en application de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du fait que le montant de l'abattement qui dépassait 2,5 p. 100 représentait un dividende réputé et versé à des contribuables non résidents, dividende sur lequel Crestbrook aurait dû déduire et retenir à la source l'impôt payable sur ce dividende.

Crestbrook a interjeté appel de la décision du ministre. Aux fins des interrogatoires préalables, le représentant de Crestbrook s'est fait poser un certain nombre de questions sur le paiement des abattements accordés sur le prix de la pâte. Pour remplir ses engagements, soit de s'informer et de fournir des réponses, le représentant a écrit aux compagnies japonaises pour tenter d'obtenir des réponses. Les compagnies ont refusé de répondre volontairement.

Dans un avis de requête, le ministère public a demandé une ordonnance en application de la Règle 465(18) pour obliger Crestbrook à fournir des réponses aux vingt-deux questions. À titre subsidiaire, il demandait une ordonnance conformément à la Règle 465(20) pour radier l'action de Crestbrook, ou une ordonnance en application de la Règle 477 pour émettre une commission rogatoire afin d'interroger au Japon des personnes liées aux compagnies.

Le protonotaire adjoint a ordonné à Crestbrook de répondre à trois des vingt-deux questions en cause qui se rapportaient à des faits survenus après la conclusion du contrat de coentreprise. Il a conclu qu'il n'était pas nécessaire de répondre aux dix-neuf autres questions qui portaient sur des faits antérieurs au contrat de coentreprise.

En appel de la décision de la Section de première instance, le juge des requêtes a statué qu'il n'était pas nécessaire de répondre aux dix-neuf questions puisqu'elles n'avaient effectivement rien à voir avec l'entreprise commerciale internationale qui avait donné lieu à l'instance dont la Cour était saisie. Quant aux trois questions qui portaient sur des faits postérieurs à la coentreprise, le juge des requêtes a statué qu'il n'était pas loisible à la Cour de contraindre une partie à répondre à une question à laquelle seul pouvait répondre un tiers sur lequel la partie n'avait aucun contrôle. Il a noté que dans un appel en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre est autorisé à fonder ses conclusions sur ses propres hypothèses de fait et qu'il incombait alors au contribuable de les réfuter.

Appel de cette décision a été interjeté.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

Le but des Règles de la Cour fédérale a été d'assurer à tous les plaideurs un interrogatoire préalable complet avant l'instruction et à faire obstacle autant que possible à ce qu'on appelle communément les manœuvres «guet-apens» dans le système contradictoire. Le but de l'interrogatoire est de délimiter les points en litige et de réduire le plus possible le nombre des questions qui devront être tranchées au procès.



For the purposes of this case, the limit to those principles was that imposed by Rule 465(15): an individual being questioned was required to "answer any question as to any fact within the knowledge or means of knowledge" of the party for whom he had been put forward. The correct statement of the law on this issue was to be found in *Monarch Marking Systems, Inc. v. Esselte Meto Ltd.*, [1984] 1 F.C. 641 (T.D.): in the appropriate circumstances, this Court does have the power to require the sort of answers sought by the Crown here, where it is shown as a prerequisite that it is in the interests of the administration of justice to look behind the sanctity of the corporate identity.

In this case, the three companies were in an affiliated relationship. The two Japanese companies own a substantial portion of Crestbrook's stock, and the three are bound together in a long-term commercial relationship by the pulp sales agreement. In fact, Crestbrook was under the active control of the Japanese companies. The notion that the Japanese companies were one was supported by the documentary evidence.

The Motions Judge was therefore in error in concluding that the relationship of the Japanese companies *vis à vis* Crestbrook was such that Crestbrook ought not to be compelled to provide responses to the questions ordered by the Associate Senior Prothonotary to be answered.

Since all the questions were clearly relevant, it was inappropriate to make distinctions on the basis of whether questions related to events prior or subsequent to the execution of the joint venture agreement.

Crestbrook was the alter ego of the Japanese companies which exercised control over Crestbrook and always acted as one voice in the exercise of that control. It was within Crestbrook's means to obtain responses to the questions.

In addition to the charge-back of sales commissions, the Japanese companies are alleged to have engaged in the process of "double dipping" whereby they received discounts on the price paid for pulp and thereby caused Crestbrook to incur further losses which were deducted against Crestbrook's, their alter ego's, income. It was therefore appropriate to look behind the corporate veil to see who were the principal beneficiaries of the business being carried out in Canada by Crestbrook. The interests of the administration of justice required that the operating minds behind Crestbrook be obliged to respond to the questions posed by the Crown. It would be unconscionable to allow non-resident corporations to structure their affairs so that they could be free to carry on a profitable business enterprise in Canada without also being obliged to comply with Canadian law.

Commissions will not normally issue to obtain discovery evidence and the circumstances herein were not exceptional enough to justify the issuance of a commission.

Crestbrook should answer all of the questions within a 90-day time limit under pain of the statement of claim being struck out.

Aux fins de l'espèce, la limite pertinente est celle que posait la Règle 465(15) qui obligeait l'individu interrogé à «répondre à toute question sur tout fait» que la partie qu'il représentait «(connaissait) ou (avait) les moyens de connaître». L'état du droit positif en la matière est exprimé dans le jugement *Monarch Marking Systems, Inc. c. Esselte Meto Ltd.*, [1984] 1 C.F. 641 (1<sup>re</sup> inst.): dans les cas appropriés, cette Cour a effectivement le pouvoir d'exiger le genre de réponses que tente d'obtenir le ministère public en l'espèce lorsqu'il est démontré au préalable qu'il y va de l'intérêt de l'administration de la justice de faire abstraction de la personnalité morale.

En l'espèce, les trois compagnies sont liées. Les deux compagnies japonaises possèdent une partie importante du capital-actions de Crestbrook et des rapports commerciaux à long terme lient les trois compagnies en vertu du contrat de vente de pâte. En fait, Crestbrook est assujettie à un contrôle actif des compagnies japonaises. L'idée selon laquelle les compagnies japonaises étaient considérées comme une seule entité est appuyée par la preuve documentaire.

Le juge des requêtes a donc eu tort de conclure que le rapport entre les compagnies japonaises, d'une part, et de Crestbrook, d'autre part, était tel que Crestbrook ne devrait pas être contrainte de fournir des réponses aux questions auxquelles le protonotaire adjoint lui avait ordonné de répondre.

Puisqu'il était clair que toutes les questions étaient pertinentes, il n'y avait pas lieu de faire de distinctions selon que ces questions portaient sur des événements antérieurs ou postérieurs à la conclusion du contrat de coentreprise.

Crestbrook était l'alter ego des compagnies japonaises qui la contrôlaient et qui ont toujours agi de concert dans l'exercice de ce contrôle. Par conséquent, cette dernière était en mesure d'obtenir les réponses aux questions en cause.

En plus de la contre-passation des commissions sur les ventes, il est allégué que les compagnies japonaises procèdent systématiquement à des «doubles prélèvements» par lesquels elles reçoivent des abattements sur le prix payé pour la pâte, permettant ainsi à Crestbrook (leur alter ego) de subir des pertes supplémentaires qui sont défalquées du bénéfice de Crestbrook. Il était donc opportun de faire abstraction de la personnalité morale pour identifier les principaux bénéficiaires de l'entreprise exploitée au Canada par Crestbrook. Il y va de la bonne administration de la justice que les âmes dirigeantes de Crestbrook soient tenues de répondre aux questions posées par le ministère public. Il serait déraisonnable de permettre à des corporations non résidentes d'organiser leurs affaires pour qu'elles soient libres d'exploiter, au Canada, une entreprise commerciale rentable sans être également tenues de respecter la loi canadienne.

Les commissions ne seront normalement pas émises pour obtenir une déposition qui serait obtenue pendant des interrogatoires préalables, et il ne s'agit pas d'un cas exceptionnel qui justifierait d'émettre une commission.

Crestbrook devrait répondre aux vingt-deux questions posées dans les quatre-vingt-dix jours sous peine de la radiation de sa déclaration.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 3.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 465(1),(15), (17),(18),(20), 477.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.6 (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 175), 251 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 126; 1980-81-82-83, c. 140, s. 129; 1984, c. 1, s. 105; c. 45, s. 94).  
*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, R. 30.02(4).  
*Rules of the Supreme Court 1965*, R.S.C., O. 24, rr. 2, 3 (Eng.).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Monarch Marking Systems, Inc. v. Esselte Meto Ltd.*, [1984] 1 F.C. 641; (1983), 75 C.P.R. (2d) 130 (T.D.); *Leitch v. Grand Trunk R. W. Co.* (1890), 13 P.R. 369 (Ont. C.A.); *Irish Shipping Ltd. v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 445 (T.D.); *Champion Truck Bodies Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 245; (1986), 6 F.T.R. 63 (T.D.); *Dallas v. Dallas* (1960), 24 D.L.R. (2d) 746 (B.C.C.A.); *Doyle (JC) v. MNR*, [1978] CTC 597 (F.C.T.D.); *Zingre v. The Queen et al.*, [1981] 2 S.C.R. 392; (1981), 127 D.L.R. (3d) 223; 10 Man. R. (2d) 62; 61 C.C.C. (2d) 465; 23 C.P.C. 259; 38 N.R. 272.

## NOT FOLLOWED:

*Indalex Ltd. v. R.* (1983), 40 C.P.C. 28; [1984] C.T.C. 51; 84 DTC 6018 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Lowho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd.*, [1980] Q.B. 358 (C.A.), affd [1980] 1 W.L.R. 627 (H.L.).

## REFERRED TO:

*Sperry Corporation v. John Deere Ltd. et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Control Data Canada, Ltd. v. Senstar Corp.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 546; 10 F.T.R. 153 (F.C.T.D.); *Indalex Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 219; (1986), 86 DTC 6039; 1 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Indalex Ltd. v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 60; (1987), 88 DTC 6053; 83 N.R. 185 (F.C.A.); *Indalex Ltd. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 570 (C.A.); *Xerox of Canada Ltd. v. IBM Canada Ltd.*, [1976] 1 F.C. 213; (1975), 24 C.P.R. (2d) 175 (T.D.).

## AUTHORS CITED

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*. Toronto: Butterworths, 1970.

APPEAL from a Trial Division decision ((1992), 55 F.T.R. 146) that a corporate party to an action was not required to obtain answers to questions posed upon examination for discovery from the non-resi-

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.6 (éditée par L.C. 1988, ch. 55, art. 175), 251 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 126; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 129; 1984, ch. 1, art. 105; ch. 45, art. 94).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, R. 465(1), (15),(17),(18),(20), 477.  
*Règles de procédure civile*, R. Ont. 560/84, R. 30.02(4).  
*Rules of the Supreme Court 1965*, R.S.C., O. 24, rr. 2, 3 (Angl.).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Monarch Marking Systems, Inc. c. Esselte Meto Ltd.*, [1984] 1 C.F. 641; (1983), 75 C.P.R. (2d) 130 (1<sup>re</sup> inst.); *Leitch v. Grand Trunk R. W. Co.*, (1890), 13 P.R. 369 (C.A. Ont.); *Irish Shipping Ltd. c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 445 (1<sup>re</sup> inst.); *Champion Truck Bodies Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 245; (1986), 6 F.T.R. 63 (1<sup>re</sup> inst.); *Dallas v. Dallas* (1960), 24 D.L.R. (2d) 746 (C.A.C.-B.); *Doyle (JC) c. MRN*, [1978] CTC 597 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Zingre c. La Reine et autres*, [1981] 2 R.C.S. 392; (1981), 127 D.L.R. (3d) 223; 10 Man. R. (2d) 62; 61 C.C.C. (2d) 465; 23 C.P.C. 259; 38 N.R. 272.

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Indalex Ltd. c. R.* (1983), 40 C.P.C. 28; [1984] C.T.C. 51; 84 DTC 6018 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Lowho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd.*, [1980] Q.B. 358 (C.A.), conf. par [1980] 1 W.L.R. 627 (H.L.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Sperry Corporation c. John Deere Ltd. et autre* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Control Data Canada, Ltd. c. Senstar Corp.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 546; 10 F.T.R. 153 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Indalex Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 219; (1986), 86 DTC 6039; 1 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Indalex Ltd. c. La Reine*, [1988] 1 C.T.C. 60; (1987), 88 DTC 6053; 83 N.R. 185 (C.A.F.); *Indalex Ltd. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 570 (C.A.); *Xerox of Canada Ltd. c. IBM Canada Ltd.*, [1976] 1 C.F. 213; (1975), 24 C.P.R. (2d) 175 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Williston, W. B. et R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*. Toronto: Butterworths, 1970.

APPEL d'une décision de la Section de 1<sup>re</sup> instance ((1992), 55 F.T.R. 146) selon laquelle une partie à une action n'était pas obligée d'obtenir d'actionnaires majoritaires non résidents qui ne sont pas

dent controlling shareholders with whom it is engaged in a joint venture and who are not party to the action. Statement of claim to be struck out if answers not furnished within 90 days. Appeal allowed.

COUNSEL:

*John R. Shipley* for appellant (defendant).  
*Loren A. Green* and *Ian H. Pitfield* for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant (defendant).  
*Thorsteinssons*, Vancouver, for respondent (plaintiff).

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

ISAAC C.J.: This is an appeal from the order of a Motions Judge in the Trial Division [(1992), 55 F.T.R. 146] which dismissed an appeal by the appellant, and allowed a cross-appeal by the respondent, from an order of the Associate Senior Prothonotary. By his order, the Associate Senior Prothonotary had directed an officer of the respondent to inform himself and to provide answers to certain questions put by the appellant during an examination for discovery.

This appeal concerns the obligation of a corporate party to an action, who is engaged in an international business arrangement with non-resident controlling shareholders, to obtain from those shareholders who are not parties to the action, answers to questions posed during examinations for discovery which are relevant to the issues in dispute. A related issue, if such an obligation is found to exist, is the legal consequence of failure in its fulfilment.

BACKGROUND

The respondent, Crestbrook Forest Industries Limited ("Crestbrook"), is a joint-stock company incorporated under the laws of British Columbia, with its head office in the city of Cranbrook, B.C. Crestbrook

parties à l'action mais avec lesquels elle a conclu un contrat de coentreprise, qu'ils répondent aux questions posées pendant l'interrogatoire préalable. La déclaration déposée par l'intimée sera radiée si les réponses aux questions susmentionnées ne sont pas fournies dans les quatre-vingt-dix jours. Appel accueilli.

AVOCATS:

*John R. Shipley* pour l'appelante (défenderesse).  
*Loren A. Green* et *Ian H. Pitfield* pour l'intimée (demanderesse).

PROCUREURS:

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

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

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Il s'agit d'un appel contre l'ordonnance d'un juge des requêtes de la Section de première instance [(1992), 55 F.T.R. 146], lequel a rejeté un appel interjeté par l'appelante et a accueilli un contre-appel interjeté par l'intimée, contre une ordonnance du protonotaire adjoint. Dans son ordonnance, le protonotaire adjoint avait enjoint à un dirigeant de l'intimée de s'informer et de répondre à certaines questions posées par l'appelante pendant un interrogatoire préalable.

Dans le présent appel, il faut se demander si une compagnie, partie à une action, est tenue d'obtenir d'actionnaires majoritaires non résidants qui ne sont pas parties à l'action, mais avec lesquels elle a conclu une entente commerciale internationale, les réponses aux questions, posées pendant les interrogatoires préalables, qui sont pertinentes au litige. Si une telle obligation existe, il faut ensuite se demander quelles sont les conséquences juridiques en cas d'inexécution.

HISTORIQUE

L'intimée, Crestbrook Forest Industries Limited («Crestbrook»), est une société par actions constituée en vertu des lois de la Colombie-Britannique, ayant son siège social dans la ville de Cranbrook (C.-B.).

operates a pulp mill in Skookumchuck, in the south-eastern part of that province. Until 1967, Crestbrook's corporate name was Crestbrook Timber Limited ("Crestbrook Timber").

Between 1964 and 1966, in an attempt to raise capital for the construction of a pulp mill, Crestbrook Timber engaged in a series of negotiations with two Japanese companies, Honshu Paper Company ("Honshu") and Mitsubishi Corporation ("Mitsubishi"), which culminated in the execution of a joint venture agreement dated August 15, 1966. The parties to the joint venture agreement were Crestbrook Timber, Honshu and Mitsubishi (who were referred to collectively in the agreement as "Honshu Mitsubishi") and the four principal shareholders in Crestbrook Timber, namely Messrs. V. C. Brown, A. O. Farstad, Alphonse Fabro and Chester Chastek (who were referred to collectively as "the Principals").

The joint venture agreement contained the following recitals, among others:

A. Crestbrook [Timber] has been negotiating with Honshu Mitsubishi for the establishing [*sic*] of a Pulp Mill in south eastern British Columbia on the basis of a Joint Venture involving the incorporation of a new company which would own and operate the Pulp Mill;

. . .

C. Crestbrook is a valid and subsisting company incorporated under the laws of the Province of British Columbia and having an authorized capital stock of \$700,000 divided into 14,000 preferred shares of a nominal value of \$50.00 each and being also authorized to issue 1,500,000 common shares without nominal or par value of which 664,064 common shares are outstanding and in respect of which it is proposed by Crestbrook and the Principals that there be issued a further 29,000 shares in pursuance of arrangements heretofore made, such additional 29,000 shares being for the purposes hereof considered also to be outstanding;

. . .

E. Crestbrook holds Tree Farm Licence No. 14 and a number of Timber Sale Contracts from the Forest Department of the Province of British Columbia for logging and lumbering operations in the East Kootenay area of the said Province and the same are valid and in good standing; and Crestbrook has saw mill operations located at Creston, Cranbrook, Canal Flats and Parson, B.C. and a subsidiary plywood operation located at Fort McLeod, Alberta and has a capacity to produce approxi-

Crestbrook exploite une usine de pâte à Skookumchuck, dans le sud-est de cette province. Jusqu'en 1967, la dénomination sociale de Crestbrook était Crestbrook Timber Limited («Crestbrook Timber»).

a

Entre 1964 et 1966, pour obtenir des capitaux en vue de la construction d'une usine de pâte, Crestbrook Timber a entrepris une série de négociations avec deux compagnies japonaises, Honshu Paper Company («Honshu») et Mitsubishi Corporation («Mitsubishi»). Ces négociations ont abouti à la conclusion d'un contrat de coentreprise en date du 15 août 1966. Les parties au contrat de coentreprise étaient Crestbrook Timber, Honshu et Mitsubishi (dans le contrat, ces deux dernières compagnies étaient collectivement appelées «Honshu Mitsubishi») et les quatre principaux actionnaires de Crestbrook Timber, savoir MM. V. C. Brown, A. O. Farstad, Alphonse Fabro et Chester Chastek (désignés collectivement comme «les principaux actionnaires»).

b

c

d

Le contrat de coentreprise renfermait notamment les attendus suivants:

e

[TRADUCTION] A. Crestbrook [Timber] et Honshu Mitsubishi ont poursuivi des négociations pour établir une usine de pâte dans le sud-est de la Colombie-Britannique dans le cadre d'une coentreprise qui comprendrait la constitution d'une nouvelle compagnie, laquelle serait la propriétaire exploitante de l'usine de pâte;

f

. . .

C. Crestbrook est une compagnie dument constituée en vertu des lois de la province de la Colombie-Britannique, ayant un capital-actions autorisé de 700 000 \$ divisé en 14 000 actions privilégiées d'une valeur nominale de 50 \$ chacune; Crestbrook est également autorisée à émettre 1 500 000 actions ordinaires sans valeur nominale, dont 664 064 sont en circulation; Crestbrook et les principaux actionnaires proposent que soient émises 29 000 actions ordinaires supplémentaires conformément aux ententes intervenues jusqu'ici, attendu que ces 29 000 actions supplémentaires sont, aux fins des présentes, considérées comme étant également en circulation;

g

h

i

E. Crestbrook est titulaire du permis de sylviculture n° 14 et d'un certain nombre de contrats de vente de bois accordés par le ministère des Forêts de la province de Colombie-Britannique pour l'exploitation forestière et le débitage de bois dans la région d'East Kootenay de cette province, lesquels permis et contrats sont valides à tous points de vue; en outre, Crestbrook exploite des scieries situées à Creston, Cranbrook, Canal Flats et Parson (C.-B.) et une usine auxiliaire de contreplaqué située

j

mately 50,000 units of waste wood chips suitable for the operations of the proposed Pulp Mill;

à Fort McLeod (Alberta), et elle peut produire environ 50 000 unités de copeaux de bois qui peuvent être utilisés pour l'exploitation de l'usine de pâte proposée;

G. The Parties have agreed upon the acquisition by Honshu Mitsubishi of an interest in Crestbrook, subject to the commitments of Honshu Mitsubishi hereinafter set forth;

a G. Les parties ont convenu qu'Honshu Mitsubishi acquerrait une participation dans Crestbrook, sous réserve des engagements de Honshu Mitsubishi énoncés ci-après;

By article 1.01 of the joint venture agreement, Crestbrook Timber offered to Honshu Mitsubishi 650,000 common shares of its capital stock at an issue price of \$7.50 per share, to be taken up not later than March 31, 1967, which the latter agreed to accept upon the fulfilment of certain conditions specified in the agreement. The conditions included the following:

b En vertu de l'article 1.01 du contrat de coentreprise, Crestbrook Timber offrait à Honshu Mitsubishi 650 000 actions ordinaires de son capital-actions moyennant un prix d'émission de 7,50 \$ l'action. Livraison de ces actions devait être prise au plus tard le 31 mars 1967. Honshu Mitsubishi a accepté ces actions sous réserve de certaines conditions énoncées dans le contrat, dont les suivantes:

1. that the Principal, Farstad, would, forthwith after execution of the agreement, give to Honshu Mitsubishi or their nominees a proxy irrevocable for ten years to vote 25,000 of his shares at any and every general and extraordinary meeting of the shareholders held during that period (article 1.05);

c [TRADUCTION] 1. le principal actionnaire, Farstad, devait donner à Honshu Mitsubishi, ou à ses prête-noms, dès la conclusion du contrat, une procuration irrévocable de dix ans pour exercer le droit de vote afférent à 25 000 de ses actions aux assemblées générales ou extraordinaires des actionnaires, tenues pendant cette période (article 1.05);

2. that if Honshu Mitsubishi accepted the offer to purchase the 650,000 common shares, they would be free to try to acquire at least 22,000 additional shares in the capital stock of Crestbrook Timber, and that the Principal Shareholders would not impede or hinder Honshu Mitsubishi in their efforts to acquire these additional shares (Article 1.06).

d e 2. si Honshu Mitsubishi acceptait l'offre d'achat des 650 000 actions ordinaires, il lui serait loisible de tenter d'acquérir au moins 22 000 actions supplémentaires du capital-actions de Crestbrook Timber; les principaux actionnaires n'empêcheraient pas Honshu Mitsubishi de tenter d'acquérir des actions supplémentaires (article 1.06).

Article 2.03 of the joint venture agreement provided that Honshu Mitsubishi would endeavour to arrange the entire major financing of the pulp mill project, which was estimated to involve an expenditure of approximately thirty three million dollars.

f g En vertu de l'article 2.03 du contrat de coentreprise, Honshu Mitsubishi devait tenter d'obtenir tout le financement important du projet d'usine de pâte, dont le coût prévu s'élevait à environ trente-trois millions de dollars.

Article 3.02 provided that upon the acceptance of the offer to purchase shares by Honshu Mitsubishi, the principal shareholders would arrange for the resignation of a sufficient number of directors of Crestbrook Timber, and their replacement by nominees of Honshu Mitsubishi, so as to give control of the board of directors to the nominees.

h i En vertu de l'article 3.02, si Honshu Mitsubishi acceptait l'offre d'achat des actions, les principaux actionnaires feraient démissionner un nombre suffisant d'administrateurs de Crestbrook Timber et les remplaceraient par des personnes désignées par Honshu Mitsubishi de manière à donner à ces personnes le contrôle du conseil d'administration.

By articles 3.03 and 3.11, Crestbrook Timber obliged itself to further amend its articles of association to provide for a twelve-person board of directors, six of whom would be chosen by Honshu Mitsubishi

j En vertu des articles 3.03 et 3.11, Crestbrook Timber s'engageait à modifier ses statuts pour que le conseil d'administration soit composé de douze personnes, dont six seraient choisies par Honshu

and the other six by the other shareholders. In addition, the revised articles were to provide that a nominee of Honshu Mitsubishi would be chairman of the board. The Chairman would preside at all meetings of the directors and have a second or casting vote in the event of a tie.

In article 3.06, Honshu Mitsubishi undertook to enter into a pulp sales agreement with Crestbrook Timber in substantially the same form as a draft of such an agreement which was attached to the joint venture agreement as a schedule. As will be seen, the dispute at the heart of the litigation between the Crown and Crestbrook concerns one of the terms of this pulp sales agreement.

Pursuant to the terms of the joint venture agreement, in March of 1967, Honshu and Mitsubishi each acquired 325,000 common shares in the capital stock of Crestbrook Timber. The pulp sales agreement was in turn executed by Crestbrook and Honshu Mitsubishi on September 30, 1967. By article 1 of the pulp sales agreement, Crestbrook agreed to sell to Honshu Mitsubishi all of the pulp produced by its pulp mill and the latter agreed to purchase such pulp jointly. Article 5 provided a formula for determining the price of pulp so sold. Among other things, article 5 distinguished between pulp sold to Honshu for its own consumption (Honshu being a paper manufacturing company) and that which was sold to Honshu Mitsubishi for resale to their customers.

For sales to Honshu for its own consumption, the price to be paid to Crestbrook was one that was "equal to the current quarterly lowest price at which Mitsubishi shall purchase pulp from [Crestbrook] for sales in Japan." With respect to sales to Honshu Mitsubishi for resale to their customers, however, the price to be paid to Crestbrook was to be determined in accordance with a formula which can be summarized as follows:

(a) the actual selling price of the pulp to the customer of Honshu or Mitsubishi, less

Mitsubishi, et six par les autres actionnaires. En outre, les statuts modifiés devaient stipuler qu'une personne désignée par Honshu Mitsubishi serait président du conseil. Le président siégerait à toutes les réunions des administrateurs et il aurait une deuxième voix, ou une voix prépondérante, en cas d'égalité des voix.

À l'article 3.06, Honshu Mitsubishi s'engageait à conclure un contrat de vente de pâte avec Crestbrook Timber à des conditions sensiblement identiques au projet de contrat annexé au contrat de coentreprise. Comme nous le verrons, le différend au cœur du litige qui oppose le ministère public et Crestbrook intéresse l'une des conditions de ce contrat de vente de pâte.

Conformément aux conditions du contrat de coentreprise, en mars 1967, Honshu et Mitsubishi ont chacune acquis 325 000 actions ordinaires du capital-actions de Crestbrook Timber. Le contrat de vente de pâte a ensuite été conclu par Crestbrook et Honshu Mitsubishi le 30 septembre 1967. En vertu de l'article premier du contrat de vente de pâte, Crestbrook a accepté de vendre à Honshu et à Mitsubishi toute la pâte produite par son usine de pâte et celles-ci ont accepté d'acheter conjointement cette pâte. L'article 5 stipulait une formule pour calculer le prix de la pâte ainsi vendue. Entre autres choses, l'article 5 faisait la distinction entre la pâte vendue à Honshu pour sa propre consommation (Honshu était une compagnie fabricante de papier) et celle qui était vendue à Honshu et à Mitsubishi pour être revendue à leurs clients.

Pour la pâte vendue à Honshu pour sa propre consommation, le prix à payer à Crestbrook était [TRADUCTION] «égal au prix trimestriel courant le plus bas auquel Mitsubishi achète la pâte de [Crestbrook] pour les ventes au Japon». Cependant, en ce qui a trait aux ventes à Honshu et à Mitsubishi pour la revente à leurs clients, le prix à payer à Crestbrook devait être calculé conformément à une formule qui peut être résumée comme suit:

a) le prix de vente réel de la pâte au client de Honshu ou de Mitsubishi, moins

(b) all expenses incurred by Honshu Mitsubishi in the delivery of the pulp to their customer from the point of delivery by Crestbrook to them, less

(c) a discount of 5.6% (or 6%, depending on the circumstances).

The pulp sales agreement also provided that Honshu Mitsubishi would review the discount rate after the first ten years of the term of the arrangement and at intervals of five years thereafter. For reasons which will become clear later, it is in my view of no little significance that the agreement spoke of a power of "review" vested in Honshu Mitsubishi as a single entity, rather than an obligation to renegotiate among three distinct parties.

An example of the means by which Honshu and Mitsubishi carried out business, and of the role played by Crestbrook therein, is provided by the case of Gottesman Company. Gottesman, a New York firm, was engaged by Mitsubishi International Corporation, a subsidiary of Mitsubishi, to act as a sales agent for pulp purchased by Mitsubishi from Crestbrook. A part of the arrangement, however, was that all commissions charged to Mitsubishi by Gottesman were, in effect, charged back to Crestbrook. In other words, even though it had ostensibly sold its pulp to Mitsubishi, Crestbrook was forced to bear the cost of its resale to end-consumers.

In filing its income tax returns for the years 1984, 1985 and 1986, Crestbrook reported losses of \$452,715, \$22,632,915 and \$934,534, respectively. The discounts claimed by Crestbrook in these same taxation years were as follows:

	<u>1984</u>	<u>1985</u>	<u>1986</u>
Sales	\$67,060,725	\$55,591,118	\$83,690,773
Discount	\$ 3,793,193	\$ 3,148,053	\$ 4,659,422
Discount as percentage	5.65%	5.66%	5.567%

By notice of reassessment issued under Part I of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], the Minister of National Revenue reassessed Crestbrook for those taxation years. Saying that a pulp sales discount rate of 5.6% was excessive, the Minister added to Crestbrook's income the amounts by which the

b) tous les frais engagés par Honshu et Mitsubishi pour livrer la pâte à leurs clients depuis le point auquel Crestbrook la leurs a livrée, moins

c) un abattement de 5,6 p. 100 (ou 6 p. 100, selon les circonstances).

Le contrat de vente de pâte prévoyait également que Honshu Mitsubishi réviserait le taux d'abattement dix ans après la conclusion du contrat et à des intervalles de cinq ans par la suite. Pour des raisons qui deviendront claires plus loin, j'accorde de l'importance au fait que le contrat conférait un pouvoir de «révision» à Honshu Mitsubishi, en tant qu'entité unique, au lieu d'obliger trois parties distinctes à renégocier.

Le cas de Gottesman Company illustre la façon dont Honshu et Mitsubishi exerçaient leurs activités commerciales et le rôle qu'y jouait Crestbrook. Mitsubishi International Corporation, une filiale de Mitsubishi, a engagé Gottesman, une firme new-yorkaise, pour agir comme agent des ventes pour la pâte que Mitsubishi avait achetée à Crestbrook. Cependant, le contrat prévoyait que toutes les commissions que Gottesman portait au compte de Mitsubishi étaient, de fait, portées au compte de Crestbrook par la suite. Autrement dit, même si elle avait apparemment vendu sa pâte à Mitsubishi, Crestbrook était obligée d'assumer les frais de sa revente aux consommateurs ultimes.

Dans ses déclarations de revenus pour les années 1984, 1985 et 1986, Crestbrook a déclaré des pertes de 452 715 \$, 22 632 915 \$ et 934 534 \$, respectivement. Dans ces mêmes années d'imposition, Crestbrook a déclaré les abattements suivants:

	<u>1984</u>	<u>1985</u>	<u>1986</u>
Ventes	67 060 725 \$	55 591 118 \$	83 690 773 \$
Abattement	3 793 193 \$	3 148 053 \$	4 659 422 \$
Abattement en pourcentage	5,65 p. 100	5,66 p. 100	5,567 p. 100

Dans un avis de nouvelle cotisation donné en application de la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63], le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Crestbrook pour ces années d'imposition. Affirmant qu'un taux d'abattement de 5,6 p. 100 pour

discounts exceeded 2.5%, the rate which he considered reasonable. For each of the years, the amounts added were:

- (a) 1984 – \$2,116,665
- (b) 1985 – \$1,758,275
- (c) 1986 – \$2,567,153

In addition, the Minister assessed Crestbrook for additional tax under Part XIII of the *Income Tax Act* in the following amounts:

- (a) 1984 – \$317,500
- (b) 1985 – \$263,741; and
- (c) 1986 – \$385,073 (all together with interest thereon)

The liability to pay additional tax was founded on the basis that the amount of the discount over and above 2.5% amounted to a deemed dividend paid to non-resident taxpayers for which Crestbrook should have deducted and withheld at source any tax payable.

Crestbrook filed notices of objection to the Part I reassessments and the Part XIII assessments, but the Minister confirmed his conclusions on the basis that the dealings between Crestbrook and Honshu Mitsubishi with respect to the discount arrangement did not reflect a *bona fide* business arrangement. As pleaded in his defence, the Minister's position was that:

- (a) when negotiating the Pulp Sales Agreement, Crestbrook and Honshu Mitsubishi were not dealing at arm's length;
- (b) the commercial reality was that Honshu and Mitsubishi controlled Crestbrook and moreover, that they "acted in concert and with a common mind to negotiate the discount rate";
- (c) in the years in question, a reasonable pulp sales discount did not exceed 2½%;

la vente de pâte était excessif, le ministre a ajouté au revenu de Crestbrook les montants des abattements qui dépassaient 2,5 p. 100, le taux qu'il jugeait raisonnable. Pour chacune des années en cause, les sommes suivantes ont été ajoutées:

- a) 1984 – 2 116 665 \$
- b) 1985 – 1 758 275 \$
- c) 1986 – 2 567 153 \$

En outre, le ministre a établi que Crestbrook devait payer les impôts supplémentaires suivants, en application de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

- a) 1984 – 317 500 \$
- b) 1985 – 263 741 \$
- c) 1986 – 385 073 \$ (en sus des intérêts sur toutes ces sommes)

L'obligation de payer de l'impôt supplémentaire était fondée sur le fait que le montant de l'abattement qui dépassait 2,5 p. 100 représentait un dividende réputé et versé à des contribuables non résidents. Crestbrook aurait donc dû déduire et retenir à la source l'impôt payable sur ce dividende.

Crestbrook a produit des avis d'opposition aux nouvelles cotisations établies en application de la Partie I et aux cotisations établies en application de la Partie XIII. Cependant, le ministre a confirmé ses conclusions au motif que les transactions intervenues entre Crestbrook et Honshu Mitsubishi relativement aux abattements consentis ne correspondaient pas à un accord commercial véritable. Dans sa défense, le ministre a fait valoir ce qui suit:

- a) lorsqu'elles négociaient le contrat de vente de pâte, Crestbrook et Honshu Mitsubishi n'étaient pas véritablement en concurrence;
- b) en réalité, au plan commercial, Honshu et Mitsubishi contrôlaient Crestbrook; en outre, elles «agissaient de concert et dans le but commun de négocier le taux d'abattement»;
- c) dans les années en cause, un abattement raisonnable pour la vente de pâte ne dépassait pas 2,5 p. 100;



- (d) this being the case, the moneys received by Crestbrook from Honshu Mitsubishi in respect of sales of pulp for the years in question did not constitute reasonable amounts; and
- (e) in light of the circumstances, the excess discount would constitute in law a shareholder benefit or appropriation to non-residents which, under paragraph 214(3)(a) of the *Income Tax Act*, constitutes a deemed dividend.

By statement of claim filed in the Trial Division on November 23, 1989, Crestbrook appealed the Minister's decision. On February 13, 1990, the Crown filed its defence. It is clear from the pleadings that the Minister's decision respecting the reasonableness of the quantum of the discount was the central issue in the litigation.

Crestbrook offered as its representative for discovery during the litigation John R. Croll, its Vice-President and Chief Financial Officer. Mr. Croll had joined Crestbrook in March, 1987. Prior to that date, he had had no connection with the company.

During the examinations for discovery, Mr. Croll was asked a number of questions concerning the payment of the pulp price discounts. He admitted that this was something of which he had no knowledge, but he undertook to inform himself and to provide answers. As the transcript of the discovery examinations shows, the questions related to the part played by Honshu Mitsubishi in the establishment of the discount rate.<sup>1</sup>

In fulfilment of his undertakings, Mr. Croll wrote to Honshu and Mitsubishi seeking answers to the questions. Honshu did not respond at all to the request, but Mitsubishi responded by letter dated November 21, 1990, with a refusal to provide the information. Quoted in pertinent part, Mitsubishi's reply reads as follows:

However we must decline, with regret, to answer on a voluntary basis the questions raised in the 'Discoveries' process. As we mentioned in our letter to Revenue Canada on February 1, 1988, we suggest that Revenue Canada will make such formal arrangements as are available to it to have these questions con-

<sup>1</sup> Excerpts therefrom are found at the Appeal Book, at pp. 66-70.

- d) par conséquent, les sommes reçues par Crestbrook de Honshu Mitsubishi relativement aux ventes de pâte pour les années en cause ne constituaient pas des sommes raisonnables;

- <sup>a</sup> e) vu les circonstances, l'abattement excédentaire constituerait, au plan juridique, un avantage ou une attribution de biens en faveur d'actionnaires non résidents, lequel représentait un dividende réputé en vertu de l'alinéa 214(3)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

<sup>b</sup> Dans une déclaration déposée devant la Section de première instance le 23 novembre 1989, Crestbrook a interjeté appel de la décision du ministre. Le 13 février 1990, le ministère public a déposé sa défense. Il ressort clairement des actes de procédure que la principale question en litige était la décision du ministre quant au caractère raisonnable du montant de l'abattement.

<sup>c</sup> Aux fins des interrogatoires préalables tenus en l'espèce, Crestbrook était représentée par John A. Croll, son vice-président et chef des finances. M. Croll s'était joint à Crestbrook en mars 1987. Avant cette date, il n'avait eu aucun lien avec la compagnie.

<sup>d</sup> Pendant les interrogatoires préalables, M. Croll s'est fait poser un certain nombre de questions sur le paiement des abattements accordés sur le prix de la pâte. Il a avoué ne rien savoir à ce sujet, mais il s'est engagé à s'informer et à fournir des réponses. Comme le montre la transcription des interrogatoires préalables, les questions se rapportaient au rôle qu'avait joué Honshu Mitsubishi dans la fixation du taux d'abattement<sup>1</sup>.

<sup>e</sup> Pour remplir ses engagements, M. Croll a écrit à Honshu et à Mitsubishi pour tenter d'obtenir des réponses. Honshu n'a donné aucune réponse à la demande, alors que Mitsubishi a refusé de fournir les renseignements dans une lettre datée du 21 novembre 1990. La partie pertinente de la réponse de Mitsubishi est rédigée en ces termes:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Cependant, nous devons refuser, à regret, de répondre volontairement aux questions posées au cours des interrogatoires préalables. Comme nous l'avons mentionné dans notre lettre à Revenu Canada le 1<sup>er</sup> février 1988, nous suggérons que Revenu Canada prenne les mesures officielles à

<sup>1</sup> Des extraits de cette transcription se trouvent aux p. 66 à 70 du dossier d'appel.

sidered by us, and then we will be pleased to answer such questions as we may be required by Canadian and Japanese law to answer.<sup>2</sup>

The reference to correspondence with Revenue Canada was to a similar response which Mitsubishi had given to an earlier request for information made by Revenue Canada directly.

By notice of motion dated March 13, 1991, the Crown sought an order under the then Federal Court Rule 465(18) [C.R.C., c. 663]<sup>3</sup> compelling Crestbrook to supply answers to twenty-two questions. In the alternative, it asked for an order under Rule 465(20) striking out Crestbrook's action or an order under Rule 477 for the issuance of a commission to examine witnesses from Honshu Mitsubishi in Japan.

On May 23, 1991 (after the Crown had filed its notice of motion), Mr. Croll again wrote to Honshu and Mitsubishi. In his letters, he explained to the Japanese companies in some detail the remedies being sought by the Crown, but notwithstanding this second request, by letter dated May 28, 1991, Mitsubishi replied merely by reiterating its earlier position.<sup>4</sup> Honshu, in turn, responded with a letter dated May 31, 1991, which reads in part:

We have carefully considered your request but we regret that we must decline to answer the questions unless compelled to do so by the law of Canada and Japan.<sup>5</sup>

As the Motions Judge noted at pages 148-149 of his reasons, this was in keeping with the uncooperative attitude displayed by Honshu Mitsubishi to Revenue Canada when it had earlier sought the same information during its audit of Crestbrook.

<sup>2</sup> Appeal Book, Vol. I, at p. 71.

<sup>3</sup> By SOR/90-846, the *Federal Court Rules* were amended in substantial degree to provide new rules relating to examinations for discovery. The new scheme relating to discovery can be found at Rules 455 *et seq.*

<sup>4</sup> Appeal Book, Vol. II, at p. 189.

<sup>5</sup> Appeal Book, Vol. II, at p. 190.

sa disposition pour nous soumettre ces questions et nous serons alors heureux d'y répondre dans la mesure où le droit canadien et le droit japonais nous y obligent<sup>2</sup>.

La lettre à Revenu Canada dont il est question renfermait une réponse semblable que Mitsubishi avait donnée à une demande de renseignements antérieure de Revenu Canada lui-même.

Dans un avis de requête daté du 13 mars 1991, le ministère public a demandé une ordonnance en application de la Règle 465(18) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] en vigueur à l'époque<sup>3</sup> pour obliger Crestbrook à fournir des réponses aux vingt-deux questions. À titre subsidiaire, il demandait une ordonnance conformément à la Règle 465(20) pour radier l'action de Crestbrook, ou une ordonnance en application de la Règle 477 pour émettre une commission rogatoire afin d'interroger au Japon des témoins de Honshu Mitsubishi.

Le 23 mai 1991 (après que le ministère public eut déposé son avis de requête), M. Croll a écrit de nouveau à Honshu et à Mitsubishi. Dans ses lettres, il a donné aux compagnies japonaises une explication assez détaillée des redressements que tentait d'obtenir le ministère public. Cependant, malgré cette deuxième demande, Mitsubishi, dans une lettre de réponse datée du 28 mai 1991, s'est contentée de répéter sa position antérieure<sup>4</sup>. Honshu a répondu à son tour dans une lettre datée du 31 mai 1991, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Nous avons attentivement examiné votre demande, mais nous regrettons de devoir refuser de répondre aux questions à moins d'y être contraint par le droit canadien et le droit japonais<sup>5</sup>.

Comme l'a noté le juge des requêtes aux pages 148 et 149 de ses motifs, ce refus correspondait à l'attitude peu coopérative dont avait fait preuve Honshu Mitsubishi envers Revenu Canada lorsque celui-ci avait demandé les mêmes renseignements pendant sa vérification des comptes de Crestbrook.

<sup>2</sup> Dossier d'appel, vol. I, à la p. 71.

<sup>3</sup> En vertu de DORS/90-846, les *Règles de la Cour fédérale* ont fait l'objet d'importantes modifications établissant de nouvelles règles en matière d'interrogatoires préalables. Le nouveau régime relatif aux interrogatoires préalables est prévu dans les Règles 455 et suivantes.

<sup>4</sup> Dossier d'appel, vol. II, à la p. 189.

<sup>5</sup> Dossier d'appel, vol. II, à la p. 190.

By order dated October 1, 1991, the Associate Senior Prothonotary granted the Crown's application in part and without written reasons ordered that Crestbrook provide answers to the three of the twenty-two questions in issue which related to matters which had arisen after the execution of the joint venture agreement. He concluded that the remaining nineteen questions which pre-dated the execution of the joint venture agreement need not be answered even though they were conceded by the respondent's witness to be relevant to the issues in dispute.

The Crown appealed the Associate Senior Prothonotary's order and Crestbrook filed a cross-appeal in respect of the three questions which it had been directed to answer.

The Motions Judge dismissed the Crown's appeal, but he allowed the cross-appeal. He held that the Associate Senior Prothonotary was correct in holding that questions which related to events prior to the execution of the joint venture agreement need not be answered. This was so, the Motions Judge said, because they were outside the scope of the international business venture which gave rise to the proceedings before the Court.

As to the three post-joint venture questions which the Associate Senior Prothonotary had ordered be answered, the Motions Judge held that it was not open to the Court to compel a party to respond to a question, the answer to which was in the power of someone over whom he had no control. All the Court could do, he said, is to require a party to seek a response, which Crestbrook had already done. The Motions Judge also suggested that contrary to the Crown's claim about the seriousness of its application, the administration of justice was not being hindered by the Crown's inability to force Crestbrook to obtain a response. He noted that in an appeal under the *Income Tax Act*, the Minister is entitled to base his conclusions on his own assumptions of fact, and that the burden of disproof then falls on the taxpayer.

Dans une ordonnance datée du 1<sup>er</sup> octobre 1991, le protonotaire adjoint a accueilli en partie la demande du ministère public et, sans motiver sa décision par écrit, il a ordonné à Crestbrook de répondre à trois des vingt-deux questions en cause qui se rapportaient à des faits survenus après la conclusion du contrat de coentreprise. Le protonotaire adjoint a conclu qu'il n'était pas nécessaire de répondre aux dix-neuf autres questions qui portaient sur des faits antérieurs au contrat de coentreprise, même si le témoin de l'intimée a admis qu'elles étaient pertinentes au litige.

Le ministère public a interjeté appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint et Crestbrook a déposé un contre-appel relativement aux trois questions auxquelles on lui avait ordonné de répondre.

Le juge des requêtes a rejeté l'appel du ministère public, mais il a accueilli le contre-appel. Il a statué que le protonotaire adjoint avait eu raison de conclure qu'il n'était pas nécessaire de répondre aux questions qui se rapportaient aux événements antérieurs au contrat de coentreprise. Selon le juge des requêtes, ces questions n'avaient effectivement rien à voir avec l'entreprise commerciale internationale qui avait donné lieu à l'instance dont la Cour était saisie.

Quant aux trois questions auxquelles le protonotaire adjoint avait ordonné de répondre, c'est-à-dire les questions qui portaient sur des faits postérieurs à la coentreprise, le juge des requêtes a statué qu'il n'était pas loisible à la Cour de contraindre une partie à répondre à une question à laquelle seul pouvait répondre un tiers sur lequel la partie n'avait aucun contrôle. Selon le juge des requêtes, tout ce que la Cour pouvait faire était d'obliger une partie à demander une réponse, ce que Crestbrook avait déjà fait. Le juge des requêtes a également affirmé que, contrairement à l'allégation du ministère public quant au caractère sérieux de sa demande, l'incapacité du ministère public de contraindre Crestbrook à obtenir une réponse ne nuisait pas à l'administration de la justice. Le juge a noté que dans un appel en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre est autorisé à fonder ses conclusions sur ses propres hypothèses de fait et qu'il incombait alors au contribuable de les réfuter.

ISSUES

As noted, the question to be answered in this appeal is whether a corporate party to an action, who is engaged in an international business arrangement with non-resident controlling shareholders, can be required to obtain from those shareholders who are not parties to the action, answers to questions posed during examinations for discovery which are relevant to the issues in dispute. If the answer to this is in the affirmative, then a second issue is raised, namely, the consequence of failure to fulfil that requirement.

ANALYSISThe Scope of Discovery in the Federal Court—General Principles

Since the action was commenced prior to 1990, this proceeding is governed by the discovery rules as they stood before the amendments already referred to. Rule 465 outlined the scope of examinations for discovery:

*Rule 465.* (1) For the purpose of this Rule, a party may be examined for discovery, as hereinafter in this Rule provided,

. . . .

(b) if the party is a corporation . . . by questioning any member or officer of such corporation, body or group,

. . . .

(15) Upon examination for discovery . . . the individual being questioned shall answer any question as to any fact within the knowledge or means of knowledge of the party being examined for discovery that may prove or tend to prove or disprove or tend to disprove any unadmitted allegation of fact in any pleading filed by the party being examined for discovery or the examining party.

. . . .

(17) In order to comply with paragraph (15), the individual being questioned may be required to inform himself and for that purpose the examination may be adjourned if necessary.

. . . .

(20) If any individual to be questioned fails without reasonable excuse to attend and submit to questioning as required by this Rule . . . the party being examined is liable, in the discretion of the Court, if a plaintiff to have his action dismissed. . . . The onus of proof of "reasonable excuse" for the purpose of this Rule is on the party being examined.

QUESTIONS EN LITIGE

Comme nous l'avons mentionné, le présent appel soulève la question de savoir si une compagnie, partie à une action, peut être contrainte à obtenir d'actionnaires majoritaires non résidents, qui ne sont pas parties à l'action, mais avec lesquels elle a conclu une entente commerciale internationale les réponses aux questions posées pendant les interrogatoires préalables et qui sont pertinentes au litige. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander quelles sont les conséquences de l'inexécution de cette obligation.

ANALYSELa portée de l'interrogatoire préalable en Cour fédérale—grands principes

Puisque l'action a été intentée avant 1990, la présente instance est régie par les règles en matière d'interrogatoire préalable en vigueur avant les modifications déjà mentionnées. La Règle 465 énonçait la portée des interrogatoires préalables:

*Règle 465.* (1) Aux fins de la présente Règle, on peut procéder à l'interrogatoire préalable d'une partie, tel que ci-après prévu dans cette Règle,

. . . .

(b) si la partie est une corporation . . . en interrogeant un membre de la direction ou autre membre de cette corporation ou de ce groupe,

. . . .

(15) À un interrogatoire préalable . . . l'individu qui est interrogé doit répondre à toute question sur tout fait que la partie interrogée au préalable connaît ou a les moyens de connaître et qui peut soit démontrer ou tendre à démontrer ou réfuter ou tendre à réfuter une allégation de fait non admis dans une plaidoirie à la cause de la partie qui est interrogée au préalable ou de la partie qui procède à l'interrogatoire.

. . . .

(17) Afin de se conformer à l'alinéa (15), l'individu interrogé peut être requis de se renseigner et, à cet égard, l'interrogatoire peut être ajourné si nécessaire.

. . . .

(20) Si un individu qui doit être interrogé omet sans excuse raisonnable de comparaître et de se soumettre à un interrogatoire comme l'exige la présente Règle . . . la Cour pourra, à sa discrétion, si la partie qui est interrogée est un demandeur, rejeter son action . . . La preuve de «l'excuse raisonnable», aux fins de la présente Règle, incombe à la partie qui est interrogée.

An historical outline of the evolution of the discovery process (including the practice of examining corporate parties through their officers) can be found in the judgment of Osler J.A. in *Leitch v. Grand Trunk R. W. Co.* (1890), 13 P.R. 369 (Ont. C.A.), but in *Irish Shipping Ltd. v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 445 (T.D.), Collier J. succinctly captured the rationale underlying the framing of the rules pertaining to examination for discovery in such broad language. At page 449, he said:

The tendency in the Courts of this country in recent years has been to provide all litigants with full and complete discovery prior to trial and to remove as much as possible what used to be known as the "ambush" tactics of the adversary system. In my view that is the general intention of the Federal Court Rules.

Similarly, in *Champion Truck Bodies Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 245 (T.D.) Strayer J. said at page 247:

It is in the interests of justice that examinations for discovery should be complete and this implies that the questioning should be as relevant as possible. The object is to explore fully the issues raised by the pleadings, to understand the position of the party being examined and to gain admissions from him. This is all in furtherance of the goal of narrowing the issues and reducing as much as possible matters to be determined at trial.

#### Limitations on the Scope of Examination

Despite this broad statement of principle, though, there are some limits on the ambit of the examination, perhaps the most obvious of which is that the Court will not permit the discovery process to be used as a "fishing expedition" (see, e.g., *Sperry Corporation v. John Deere Ltd. et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.)). For the purposes of this case, however, the relevant limit is that imposed by Rule 465 itself. To repeat, paragraph 15 required that an individual being questioned was to "answer any question as to any fact within the knowledge or means of knowledge" [underlining added] of the party for whom he had been put forward. In my view, this creates an obvious presumption that a party can only be expected to answer questions for which it has an ability to find an answer.

Dans l'arrêt *Leitch v. Grand Trunk R. W. Co.* (1890), 13 P.R. 369 (C.A. Ont.), le juge Osler, J.C.A., a fait un historique de l'interrogatoire préalable (y compris la pratique qui consiste à interroger les personnes morales parties à une instance par le biais de leurs dirigeants). Cependant, dans le jugement *Irish Shipping Ltd. c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 445 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Collier a succinctement expliqué pourquoi les règles relatives aux interrogatoires préalables avaient été rédigées en termes aussi larges. Le juge a affirmé ce qui suit, à la page 449:

Nos tribunaux ont eu tendance depuis quelques années à assurer à tous les plaideurs un interrogatoire préalable complet avant l'instruction et à faire obstacle autant que possible à ce qu'on appelait communément les manœuvres «guet-apent» dans le système contradictoire. C'est, à mon avis, le but des Règles de la Cour fédérale.

Pareillement, dans la décision *Champion Truck Bodies Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 245 (1<sup>re</sup> inst.) le juge Strayer a affirmé ce qui suit à la page 247:

Il est dans l'intérêt de la justice que les interrogatoires préalables soient complets, ce qui veut dire que les questions posées doivent être aussi pertinentes que possible. Le but de l'interrogatoire est d'examiner en profondeur les points soulevés dans les plaidoiries écrites, de comprendre la position de la partie interrogée au préalable et d'obtenir des aveux de celle-ci et ce, dans le but de délimiter les points en litige et de réduire le plus possible le nombre des questions qui devront être tranchées au procès.

#### Limites à la portée de l'interrogatoire

Malgré cette large déclaration de principe, toutefois, il y a certaines limites à la portée de l'interrogatoire, dont la plus évidente est peut-être que la Cour ne permettra pas d'employer l'interrogatoire préalable pour obtenir des renseignements «à l'aveuglette» (voir, par exemple, le jugement *Sperry Corporation c. John Deere Ltd. et autre* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Cependant, pour les fins de l'espèce, la limite pertinente est celle que posait la Règle 465 elle-même. Rappelons que le paragraphe 15 obligeait l'individu interrogé à «répondre à toute question sur tout fait» que la partie qu'il représentait «(connaissait) ou (avait) les moyens de connaître» [soulignement ajouté]. À mon avis, cette disposition crée une présomption évidente selon laquelle une partie ne peut répondre qu'aux questions auxquelles elle peut trouver une réponse.

In *Control Data Canada, Ltd. v. Senstar Corp.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 546 (F.C.T.D.), at page 547, Cullen J. reiterated this, holding that normally, the Court cannot compel a person to obtain information from a third party. In *Indalex Ltd. v. R.* (1983), 40 C.P.C. 28 (F.C.T.D.), Walsh J. went even further. Discussing a situation not dissimilar to the one before us, i.e., a case where the Crown sought to compel a related corporate entity to cooperate with proceedings against a corporate taxpayer, he said at pages 47-48:

While it is true that plaintiff has obtained a tax advantage as a result of the manner in which it was directed by the corporations controlling it to carry out its business, and this merits a careful scrutiny of what was done to ascertain whether the various transactions have in fact been carried out in such a manner that they do not constitute a sham, this does not, in my view, after a careful examination of the jurisprudence to which I have referred as well as a number of other cases referred to by both plaintiff and defendant, justify a full inquiry into the business dealings of corporations not parties to the action herein, even if these corporations do control the operations of plaintiff which has a distinct corporate personality, the consequences of which must be recognized and observed.<sup>6</sup>

However, in *Monarch Marking Systems, Inc. v. Esselte Meto Ltd.*, [1984] 1 F.C. 641 (T.D.), Mahoney J. (as he then was), in ordering a corporate officer to answer questions in a patent action concerning matters in the knowledge of foreign affiliated companies, referred to a most important consideration which in my opinion must be taken into account in modern business litigation. At page 646, he said:

Today's commercial reality, with international corporations, large and small, doing business through affiliates across much of the world and treating national boundaries as minor inconveniences to be coped with by organizational means, dictates that the corporate veil ought not be permitted to inhibit the

<sup>6</sup> The decision of the Trial Division on the merits is reported as *Indalex Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 219. An appeal was taken from the trial decision (*Indalex Ltd. v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 60 (F.C.A.)) and a motion was made in the Court of Appeal to join related proceedings (*Indalex Ltd. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 570), but the point in issue here does not seem to have been subsequently addressed.

Dans le jugement *Control Data Canada, Ltd. c. Senstar Corp.* (1987), 13 C.P.R. (3d) 546 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 547, le juge Cullen a confirmé ce principe, statuant que normalement, la Cour ne peut contraindre une personne à obtenir des renseignements d'une tierce partie. Dans le jugement *Indalex Ltd. c. R.* (1983), 40 C.P.C. 28 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Walsh est allé encore plus loin. Dans un cas semblable à celui dont nous sommes saisis, c'est-à-dire une affaire où le ministère public avait tenté de contraindre une personne morale liée à collaborer dans une instance intentée contre une compagnie contribuable, le juge a affirmé ce qui suit aux pages 47 et 48:

Il est vrai que la demanderesse a obtenu un avantage fiscal attribuable à la manière dont les corporations qui la contrôlaient lui disaient comment exploiter son entreprise. Il y a donc lieu d'examiner attentivement ce qui a été fait pour s'assurer que les diverses opérations, de par la manière dont elles ont été mises en œuvre, ne constituaient pas une manœuvre factice. Cependant, à mon avis, après avoir attentivement examiné la jurisprudence que j'ai mentionnée et d'autres arrêts invoqués par la demanderesse et la défenderesse, il n'y a pas lieu de faire une enquête approfondie sur les transactions commerciales de corporations qui ne sont pas parties à la présente action, même si ces dernières contrôlent les opérations de la demanderesse qui a une personnalité juridique distincte, ce qui a des conséquences qu'il faut reconnaître et respecter<sup>6</sup>.

Cependant, dans le jugement *Monarch Marking Systems, Inc. c. Esselte Meto Ltd.*, [1984] 1 C.F. 641 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Mahoney (alors en première instance) a ordonné à un dirigeant d'une compagnie de répondre, dans une action en matière de brevets, à des questions intéressant des faits que connaissaient des compagnies étrangères liées. Dans cette décision, le juge a mentionné une considération très importante dont il faut tenir compte, à mon avis, dans les litiges commerciaux modernes. À la page 646, il a affirmé ce qui suit:

Étant donné la réalité du monde commercial d'aujourd'hui, avec des sociétés internationales, grandes et petites, faisant des affaires presque partout dans le monde par l'entremise de filiales et considérant les frontières nationales comme des inconvéniens négligeables auxquels on peut remédier par des

<sup>6</sup> Le jugement de la Section de première instance sur le fond est publié sous le renvoi *Indalex Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 219. Ce jugement a été porté en appel (*Indalex Ltd. c. La Reine*, [1988] 1 C.T.C. 60 (C.A.F.)) et une requête a été présentée en Cour d'appel pour le cumul d'instances connexes (*Indalex Ltd. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 570). Cependant, la question en litige en l'espèce ne semble pas avoir été traitée par la suite.

administration of justice in Canada. Examination for discovery is an important tool in the administration of justice on its civil side. I have no doubt that, under proper sanctions by the court, Canadian companies can readily and economically obtain from their foreign affiliates answers to proper questions on discovery. I am convinced that they should be required to try and to pay the consequences of their failure or their affiliates' recalcitrance. International businesses ought not be permitted, either as an incident or object of their organizational set-ups, to avoid full compliance with the law of Canada in respect of the business they do here.

In my view what Mahoney J. said was consistent with the philosophy underlying Rule 465 (and its successor, Rule 455). In the appropriate circumstances, this Court does have the power to require the sort of answers sought by the Crown here, but the Court will only do so in special situations, where it is shown as a prerequisite that it is in the interests of the administration of justice to look behind the sanctity of the corporate identity. To the extent, therefore, that the decision of the Court in *Indalex* is in conflict with that in *Monarch Marking Systems Inc. v. Esselte Meto*, the latter should be taken as the correct statement of the law on this issue.

This power, while for understandable reasons used by the courts only sparingly, has been recognized for some time. In *Dallas v. Dallas* (1960), 24 D.L.R. (2d) 746, for example, the British Columbia Court of Appeal ordered that a party to an action could be required to produce documents belonging to a company of which he was the alter ego. Sheppard J.A., speaking for the Court, said at page 748:

In this case the company is a juristic person with the capacity to exercise effective control over these documents, but the evidence shows that the company is an instrument of the defendant and under his sole direction and control. Any nominal control exercised by the company would in reality be the control of the defendant. I am not prepared to hold that the doctrine in *Saloman v. Saloman*, [1897] A.C. 22 does negative the control which this defendant has in fact so as to enable him to

moyens d'organisation, il est indispensable de ne pas permettre au voile de l'anonymat des sociétés de faire obstacle à l'administration de la justice au Canada. L'interrogatoire préalable est un instrument important dans l'administration de la justice civile. Je suis certain que, sous la menace des sanctions judiciaires appropriées, les sociétés canadiennes peuvent facilement et à peu de frais obtenir de leurs filiales étrangères des réponses aux questions valablement posées à l'interrogatoire. Je suis persuadé qu'on devrait leur demander d'essayer de les obtenir et les tenir responsables de leur défaut ou de la réticence de leurs filiales. On ne devrait pas permettre aux entreprises internationales, qu'il s'agisse d'effet secondaire ou de l'objet de leur structure, d'éviter de se conformer à la loi du Canada relativement aux activités commerciales qu'elles y exercent.

À mon avis, les commentaires du juge Mahoney étaient conformes aux principes qui sous-tendaient la Règle 465 (et son successeur, la Règle 455). Dans les cas appropriés, cette Cour a effectivement le pouvoir d'exiger le genre de réponses que tente d'obtenir le ministère public en l'espèce. Cependant, la Cour n'exercera ce pouvoir qu'exceptionnellement, lorsqu'il est démontré au préalable qu'il y va de l'intérêt de l'administration de la justice de faire abstraction de la personnalité morale. Par conséquent, dans la mesure où la décision de la Cour dans l'affaire *Indalex* entre en conflit avec le jugement *Monarch Marking Systems Inc. c. Esselte Meto*, il y a lieu de considérer que c'est ce dernier jugement qui représente l'état du droit positif en la matière.

Ce pouvoir est reconnu depuis assez longtemps, quoique les tribunaux ne l'exercent que rarement, pour des motifs faciles à comprendre. Par exemple, dans l'arrêt *Dallas v. Dallas* (1960), 24 D.L.R. (2d) 746, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué qu'une partie à une action pouvait être tenue de produire des documents qui appartenaient à une compagnie dont elle était l'alter ego. Le juge Sheppard, J.C.A. au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit, à la page 748:

[TRADUCTION] En l'espèce, la compagnie a la personnalité juridique et la capacité d'exercer un véritable contrôle sur ces documents. Cependant, la preuve montre que la compagnie est un instrument du défendeur qui est son seul dirigeant. Tout contrôle apparemment exercé par la compagnie serait en réalité exercé par le défendeur. Je ne suis pas disposé à statuer que la théorie énoncée dans l'arrêt *Saloman v. Saloman*, [1897] A.C. 22 permet de nier que le défendeur en l'espèce avait effective-

escape discovery of relevant documents in his possession by interposing this his controlled creature.<sup>7</sup>

Before leaving this point, I wish to say a few words about the judgment of Lord Denning M.R. in *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd.*, [1980] Q.B. 358 (C.A.), which counsel for Crestbrook offered in argument before us as authority for the proposition that we should not enter into an inquiry into the corporate arrangements standing behind its operations.

In *Lonrho*, the Court of Appeal declined to order the production of documents by African subsidiaries of Shell Petroleum in an action for damages for alleged breach of an oil pipeline agreement during the period of the embargo imposed against Rhodesia after its unilateral declaration of independence in 1965. Crestbrook is quite correct when it says that in the circumstances of that case (and, Crestbrook is quite right to point out, notwithstanding that the companies from whom the documents were sought were wholly-owned subsidiaries of the corporate party) Lord Denning declined to “lift” the corporate veil, as he put it, but in my view it is important to consider his Lordship’s judgment in its entirety when looking at its possible application to this case.

At page 371, for example, he said that in deciding whether to lift the veil, “a great deal depends on the facts of each individual case”. In particular, he envisioned lifting the veil in a situation where one company was the “alter ego” of another (*ibid.*). Furthermore, Lord Denning noted that the English *Rules of the Supreme Court 1965* in question<sup>8</sup> spoke of an obligation to disclose all documents “which the party giving the discovery has or has had in his possession, custody or power” [underlining added] (pages 370-371). The speech of Lord Diplock upholding the Court of Appeal’s decision in the House of Lords ([1980] 1 W.L.R. 627) makes clear the importance of

<sup>7</sup> While the new Ontario *Rules of Civil Procedure* [O. Reg. 560/84] now have a specific provision (Rule 30.02(4)) allowing the court to order production of documents held by affiliated companies, *Dallas v. Dallas* is cited as apparent authority in Williston and Rolls, *The Law of Civil Procedure*, Vol. II, at pp. 899-905.

<sup>8</sup> R.S.C., O. 24, rr. 2, 3.

ment le contrôle de manière à lui permettre de se soustraire à la communication de documents pertinents en sa possession en interposant cette entité qu’il contrôlait<sup>7</sup>.

Avant de passer à une autre question, je voudrais dire quelques mots sur le jugement de lord Denning, M.R. dans l’arrêt *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd.*, [1980] Q.B. 358 (C.A.), que l’avocat de Crestbrook a invoqué devant nous au soutien de la thèse selon laquelle nous ne devrions pas enquêter sur les accords conclus par la compagnie pour exercer ses activités.

Dans l’arrêt *Lonrho*, la Cour d’appel a refusé d’ordonner à des filiales africaines de Shell Petroleum de produire des documents dans une action en dommages-intérêts pour la prétendue violation d’un contrat relatif à un oléoduc pendant l’embargo imposé à la Rhodésie après sa déclaration unilatérale d’indépendance en 1965. Crestbrook a tout à fait raison d’affirmer que dans cette affaire (et ce, comme le fait remarquer Crestbrook à juste titre, même si les compagnies dont on demandait les documents étaient des filiales en propriété exclusive de la compagnie partie à l’action) lord Denning a refusé de «faire abstraction» de la personnalité morale, comme il le disait. Cependant, à mon avis, il est important d’examiner le jugement de sa Seigneurie dans son ensemble afin de savoir s’il peut s’appliquer en l’espèce.

Par exemple, à la page 371, lord Denning a affirmé que la décision de faire abstraction de la personnalité morale [TRADUCTION] «dépendait en grande partie des faits de l’affaire». En particulier, il jugeait que l’on pouvait faire abstraction de la personnalité morale dans un cas où une compagnie était [TRADUCTION] l’«alter ego» d’une autre (*ibid.*). En outre, lord Denning a noté qu’en vertu des Règles de pratique anglaises [*Rules of the Supreme Court 1965*] dont il était question dans cette affaire<sup>8</sup>, il y avait une obligation de divulguer tous les documents [TRADUCTION] «que la partie qui communiquait la preuve avait ou avait déjà eus en sa possession, sous sa garde ou sous

<sup>7</sup> Bien que les nouvelles *Règles de procédure civile* [R. Ont. 560/84] de l’Ontario renferment maintenant une disposition particulière (la Règle 30.02(4)) qui permet au tribunal d’ordonner la production de documents en la possession de compagnies affiliées, l’arrêt *Dallas v. Dallas* est invoqué dans l’ouvrage de Williston et Rolls, *The Law of Civil Procedure*, Vol. II, aux p. 899 à 905.

<sup>8</sup> R.S.C., O. 24, Règles 2, 3.



the specific wording of the English Rule (see pages 634-637).<sup>9</sup> As I have noted, Federal Court Rule 465(15) spoke of providing information within the “means of knowledge” of the person being examined, which arguably implies a somewhat lower standard. For these reasons, I do not think that *Lonrho* can be read as suggesting any limitation on the Court’s power beyond that which I have already stated.

In this case, it is common ground that the three companies, viz. Honshu, Mitsubishi and Crestbrook are in an affiliated relationship. The documentary evidence plainly shows that the two Japanese companies own a substantial portion of Crestbrook’s stock, and the three are bound together in a long-term commercial relationship by the pulp sales agreement. Moreover, I have no doubt whatsoever that the commercial reality, to borrow the words of Mahoney J., is that Crestbrook is under the active control of Honshu Mitsubishi. Not only does the joint venture agreement provide (as I have noted above) that together, Honshu and Mitsubishi were to have control of Crestbrook’s board of directors, but in argument before us, Crestbrook’s counsel admitted that Honshu Mitsubishi always voted together and acted as one.

This notion—that as far as Crestbrook was concerned, Honshu and Mitsubishi were one, is supported by the documentary evidence. Crestbrook’s response to one of the undertakings given during the examinations for discovery makes this clear:

Q: Was the phrase ‘Japanese side’, used in various documents, intended to indicate that Honshu and Mitsubishi acted in concert during the negotiations? Did they ever take different positions and, if so, what were they?

<sup>9</sup> I also want to point out that I consider counsel in this case to have been remiss in not having drawn the Court’s attention to the fact that the case had been appealed to the House of Lords.

son autorité» [soulignement ajouté] (pages 370 et 371). Il ressort clairement des commentaires de lord Diplock, affirmant la décision de la Cour d’appel dans la Chambre des lords ([1980] 1 W.L.R. 627), à quel point le libellé de la règle anglaise était important (voir les pages 634 à 637)<sup>9</sup>. Comme je l’ai noté, dans la Règle 465(15) des *Règles de la Cour fédérale*, il était question de fournir les renseignements que la personne interrogée «[avait] les moyens de connaître», ce qui, pourrait-on prétendre, implique une norme un peu moins exigeante. Pour ces motifs, je ne crois pas que l’on puisse affirmer que l’arrêt *Lonrho* impose aux pouvoirs de la Cour une limite plus grande que celle que j’ai déjà mentionnée.

En l’espèce, il est avéré que les trois compagnies—Honshu, Mitsubishi et Crestbrook—sont liées. La preuve documentaire montre clairement que les deux compagnies japonaises possèdent une partie importante du capital-actions de Crestbrook et que des rapports commerciaux à long terme lient les trois compagnies en vertu du contrat de vente de pâte. En outre je suis tout à fait convaincu que la réalité du monde commercial, pour reprendre les mots du juge Mahoney, est que Crestbrook est assujettie au contrôle actif de Honshu Mitsubishi. L’accord de coentreprise prévoit (comme je l’ai noté ci-dessus) que Honshu et Mitsubishi devaient ensemble exercer le contrôle sur le conseil d’administration de Crestbrook. Qui plus est, dans sa plaidoirie devant nous, l’avocat de Crestbrook a admis que Honshu et Mitsubishi votaient toujours ensemble et agissaient comme une seule entité.

Cette idée, selon laquelle Crestbrook considérait Honshu et Mitsubishi comme une seule entité, est appuyée par la preuve documentaire. Ceci ressort clairement de la réponse de Crestbrook à l’un des engagements donnés pendant les interrogatoires préalables:

[TRADUCTION] Q: Est-ce que l’expression «côté japonais», employée dans les divers documents, était censée indiquer que Honshu et Mitsubishi agissaient de concert pendant les négociations? Ont-elles déjà adopté des positions divergentes et, dans l’affirmative, quelles étaient-elles?

<sup>9</sup> Je voudrais également mentionner qu’à mon sens, les avocats en l’espèce ont eu tort de ne pas avoir signalé à la Cour que l’affaire avait été portée en appel devant la Chambre des lords.

A: [Given by J.R. Croll, Crestbrook's nominee during the examinations] Yes, from Crestbrook's perspective they appeared to act together; no different positions were taken.<sup>10</sup>

The responses to the discovery undertakings also lead to the inference that Honshu Mitsubishi exercised active control over Crestbrook. Referring to the portion of the joint venture agreement by which the principal Farstad agreed to give Honshu Mitsubishi a proxy to vote 25,000 of his shares, the following exchange took place:

Q: Was the Farstad voting trust put into place? From the Plaintiff's perspective, what was the purpose of the arrangement?

A: Yes. The purpose of the voting trust was to secure control of the company in the hands of Honshu and Mitsubishi.<sup>11</sup>

The discovery transcript, too, provides evidence on point. During the examination of Mr. Croll by counsel for the Crown, the following exchange took place:

MR. SHIPLEY [Counsel for the Crown]: . . . It's my understanding that pursuant to this agreement [i.e. the joint venture agreement] Honshu and Mitsubishi collectively obtained 650,000 shares of Crestbrook and approximately a further 25,000 shares, so as to give Crestbrook effective control—excuse me, Honshu and Mitsubishi effective control of Crestbrook; is that correct?

MR. CROLL: Yes. I believe that is the case.

MR. GREEN [Counsel for Crestbrook]: They had voting rights over those latter shares.

MR. SHIPLEY: Approximately.

MR. GREEN: Yes.

MR. SHIPLEY: And the purpose of those—in fact the proxy rights in respect of those 25 additional thousand shares was to ensure that control was in the hands of Honshu and Mitsubishi; is that correct?

MR. CROLL: Yes.

Q: And is it also correct that pursuant to the same agreement, the chairman of the board was to be a nominee of Honshu and Mitsubishi?

A: Yes.

R: [Donnée par J.R. Croll, le représentant de Crestbrook pendant les interrogatoires] Oui, du point de vue de Crestbrook, elles semblaient agir ensemble; elles n'ont pas adopté de positions divergentes<sup>10</sup>.

Les réponses aux engagements donnés à l'interrogatoire préalable amènent également à conclure que Honshu Mitsubishi exerçait un contrôle actif sur Crestbrook. Relativement à la clause du contrat de coentreprise par laquelle le principal actionnaire, Farstad, acceptait d'accorder à Honshu Mitsubishi une procuration pour exercer le droit de vote afférent à 25 000 de ses actions, l'échange suivant a eu lieu:

[TRADUCTION] Q: Est-ce que la convention de vote Farstad a été mise en œuvre? Du point de vue de la demanderesse, quel était le but de l'accord?

R. Oui. La convention de vote avait pour but de conférer à Honshu et à Mitsubishi le contrôle de la compagnie<sup>11</sup>.

La transcription de l'interrogatoire préalable fournit également une preuve à cet égard. Pendant l'interrogatoire de M. Croll par l'avocat du ministère public, l'échange suivant a eu lieu:

M<sup>e</sup> SHIPLEY [Avocat du ministère public]: . . . D'après ce que j'ai compris, conformément à ce contrat [c'est-à-dire le contrat de coentreprise], Honshu et Mitsubishi ont obtenu collectivement 650 000 actions de Crestbrook et environ 25 000 actions supplémentaires de manière à donner à Crestbrook le véritable contrôle—excusez-moi, à Honshu et à Mitsubishi le véritable contrôle de Crestbrook; est-ce exact?

M. CROLL: Oui. Je crois que c'est exact.

M<sup>e</sup> GREEN [Avocat de Crestbrook]: Ils avaient des droits de vote afférents à ces dernières actions.

M<sup>e</sup> SHIPLEY: Grosso modo.

M<sup>e</sup> GREEN: Oui.

M<sup>e</sup> SHIPLEY: Et le but de ces—en fait la procuration accordée relativement à ces 25 000 actions supplémentaires avaient pour but de conférer le contrôle à Honshu et à Mitsubishi, n'est-ce pas?

M. CROLL: Oui.

Q: Et n'est-il pas également vrai que conformément à ce même contrat, le président du conseil d'administration devait être nommé par Honshu et Mitsubishi?

R: Oui.

<sup>10</sup> See question 5/10/37, Appeal Book, Vol. 1, at p. 133.

<sup>11</sup> See question 33/65/256-7, Appeal Book, Vol. I, at p. 138.

<sup>10</sup> Voir question 5/10/37, dossier d'appel, vol. I, à la p. 133.

<sup>11</sup> Voir question 33/65/256-7, dossier d'appel, vol. I, à la p. 138.

Q: And that the chairman would have the casting vote?

A: Yes.<sup>12</sup>

Finally, but not least of all, it is in my opinion telling that in the documentation creating the business relationship among the companies, Honshu Mitsubishi were referred to throughout as a single entity rather than as two companies each with its own interests.

Similarly, there does not appear to be any question that the Crown wants the answers to the questions in issue as part of a fishing expedition. Indeed, the very fact that Mr. Croll undertook to seek answers indicates that as far as Crestbrook was concerned, the questions were relevant to the matters in issue in the proceeding.

All of this being the case, I am of the view that the Motions Judge was in error in concluding that the relationship of Honshu Mitsubishi *vis à vis* Crestbrook was such that Crestbrook ought not to be compelled to provide responses to the questions ordered by the Associate Senior Prothonotary to be answered.

Turning to the questions that he said need not be answered, it is my view that although the Associate Senior Prothonotary was correct in holding that the events covered by them pre-date the contractual relationship among the three parties, they nevertheless provide a context against which the discount provisions of the pulp sales agreement can be properly understood. This was reinforced by the admission of their relevance made by Mr. Croll. In my opinion both the Associate Senior Prothonotary and the Motions Judge were in error in failing to appreciate the necessary connection between the events covered by those questions and the discount provision in issue in these proceedings. To my mind the only question is one of relevance and I am satisfied that, as Mr. Croll rightly concedes, it must be answered in the affirmative. It was, therefore, inappropriate to make distinctions on the basis of whether questions relate to events pre- or post-dating the execution of the joint venture agreement.

Q: Et que le président du conseil d'administration aurait voix prépondérante?

R: Oui<sup>12</sup>.

*a* Dernier point, et non le moindre: il est significatif, à mon sens, que dans les documents créant les rapports commerciaux entre les compagnies, Honshu et Mitsubishi étaient toujours mentionnées comme une seule entité et non pas comme deux compagnies *b* ayant chacune ses propres intérêts.

Pareillement, le ministère public ne paraît absolument pas vouloir obtenir les réponses aux questions en cause par un interrogatoire à l'aveuglette. En fait, *c* le fait même que M. Croll se soit engagé à obtenir les réponses indique que pour Crestbrook, les questions étaient pertinentes au litige en l'instance.

*d* Vu tout ce qui précède, j'estime que le juge des requêtes a eu tort de conclure que le rapport entre Honshu Mitsubishi, d'une part et Crestbrook, d'autre part était tel que Crestbrook ne devrait pas être contrainte de fournir des réponses aux questions auxquelles le protonotaire adjoint lui avait ordonné de répondre. *e*

En ce qui a trait aux questions auxquelles il n'était pas nécessaire de répondre, au dire du protonotaire adjoint, je suis d'avis que même si ce dernier a eu raison de statuer que les événements visés par ces questions précédaient les rapports contractuels entre les trois parties, ils fournissaient néanmoins un contexte qui permettait de bien comprendre les clauses en matière d'abattement stipulées dans le contrat de vente de pâte. M. Croll se trouve à avoir corroboré ceci en avouant que ces questions étaient pertinentes. *f* À mon avis, le protonotaire adjoint et le juge des requêtes ont eu tort de ne pas avoir lié, comme cela s'imposait, les événements sur lesquels portaient ces questions et la clause d'abattement en cause en l'espèce. *g* À mon sens, la seule question est de savoir si ces questions sont pertinentes et je suis convaincu, comme le concède M. Croll, à juste titre, qu'il faut répondre par l'affirmative. Par conséquent, il n'y avait pas lieu de faire de distinctions selon que ces questions portaient sur des événements antérieurs ou *h* postérieurs à la conclusion du contrat de coentreprise. *i* *j*

<sup>12</sup> Appeal Book, Vol. II, at p. 215.

<sup>12</sup> Dossier d'appel, vol. II, à la p. 215.

I conclude that Crestbrook was for all intents and purposes the alter ego of Honshu Mitsubishi. Together, these two corporations exercised control over Crestbrook and, as the documentary evidence suggests and as Crestbrook's counsel admitted, they always acted as one voice in the exercise of that control. Accordingly, although evidence may be proffered to the contrary at the trial on the merits, I am satisfied for the purposes of this application that the commercial reality of the corporate arrangement was that the two Japanese companies were *de facto* engaged jointly in an enterprise in Canada using Crestbrook as their source of supply, and that it is within Crestbrook's means to obtain responses to the questions in issue.

The matters which will have to be decided by the Trial Judge in this case are most serious. In addition to the charge-back of sales commissions already referred to, they include a claim that Honshu and Mitsubishi are engaged in a systematic process of "double dipping" whereby they receive discounts on the price that they pay for pulp and in the process cause Crestbrook to incur further losses which are deducted against Crestbrook's, i.e., their alter ego's, income. In light of the facts as they have been presented to us, it is in my view appropriate to look behind the corporate veil to see who were the principal beneficiaries of the business being carried out in Canada by Crestbrook. Having done so, it is plain to me that the interests of the administration of justice requires that the operating minds behind Crestbrook, namely Honshu and Mitsubishi, be obliged to respond to the questions posed by the Crown. It would in my view be unconscionable to allow non-resident corporations to structure their affairs so that they could be free to carry on a profitable business enterprise in Canada without also being obliged to comply with Canadian law.

In argument, counsel for Crestbrook advanced two arguments based on the *Income Tax Act* which I would like to address before leaving the main issue.

First, he said that since section 251 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 126; 1980-81-82-83, c. 140, s. 129; 1984, c. 1, s. 105, c. 45, s. 94] of the Act defines in some detail the method by which corporate entities

Je conclus que, de fait, Crestbrook était l'alter ego de Honshu et de Mitsubishi. Ensemble, ces dernières contrôlaient Crestbrook; en outre, comme l'indique la preuve documentaire, et comme l'avocat de Crestbrook l'a admis, elles ont toujours agi de concert dans l'exercice de ce contrôle. Par conséquent, même si une preuve contraire était présentée à l'instruction au fond, je suis convaincu, pour les fins de la présente demande, qu'en réalité, au plan commercial, en vertu de l'accord intervenu entre les compagnies en cause, les deux compagnies japonaises étaient engagées de fait dans une coentreprise au Canada, Crestbrook était leur source d'approvisionnement et cette dernière est en mesure d'obtenir les réponses aux questions en cause.

Les questions que devra trancher le juge chargé de l'instruction en l'espèce sont très sérieuses. En plus de la contre-passation des commissions sur les ventes dont il a déjà été question, il est allégué que Honshu et Mitsubishi procèdent systématiquement à des «doubles prélèvements» par lesquels elles reçoivent des abatements sur le prix qu'elles paient sur la pâte, permettant ainsi à Crestbrook (leur alter ego) de subir des pertes supplémentaires qui sont défalquées du bénéfice de Crestbrook. Vu les faits qui nous ont été présentés, j'estime opportun de faire abstraction de la personnalité morale pour identifier les principaux bénéficiaires de l'entreprise exploitée au Canada par Crestbrook. Après quoi, il est évident, à mon sens, qu'il y va de la bonne administration de la justice que les âmes dirigeantes de Crestbrook, savoir Honshu et Mitsubishi, soient tenues de répondre aux questions posées par le ministère public. À mon avis, il serait déraisonnable de permettre à des corporations non résidentes d'organiser leurs affaires pour qu'elles soient libres d'exploiter, au Canada, une entreprise commerciale rentable sans être également tenues de respecter la loi canadienne.

En plaidoirie, l'avocat de Crestbrook a fait valoir deux arguments fondés sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*, arguments que je voudrais commenter avant de clore le débat sur la question principale.

Premièrement, selon l'avocat de Crestbrook, puisque l'article 251 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 126; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 129, 1984, ch. 1, art. 105, ch. 45, art. 94] de la Loi énonçait de façon

are deemed to be related for income tax purposes, the focus of this case should not be on “control” of Crestbrook by Honshu and Mitsubishi, but rather the deemed “relationship” of Crestbrook to the two Japanese companies. I have considered this argument in some depth, and while it may be of some importance with respect to the decision at trial, I do not see that it has any merit at this stage of the litigation. To repeat, what we are concerned with here is the degree to which each of the parties must supply the other with information in order to ensure that the issues raised by the pleadings are explored fully, to borrow the words of Strayer J. in *Champion Truck Bodies Ltd. v. R.* (*supra*). For all of the reasons I have outlined (not least of all including the admission of relevance by Mr. Croll, Crestbrook’s witness), I think that the information sought by the Crown is necessary for such an exploration.

In addition, Crestbrook’s counsel suggested that even if we were of the view that the information sought by the Crown was relevant, we ought not to grant the relief requested, but rather should make an order under section 231.6 [as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 175] of the *Income Tax Act*, which provides a mechanism whereby the Minister can require a person carrying on business in Canada to provide any “foreign-based information”. I have also considered this submission, but the remedy available under the provision, namely the prohibition of the introduction of the information by its owner, is plainly not adequate here.

#### The Issuance of a Commission with Letters Rogatory in Aid

Federal Court Rule 477 provides for the taking of evidence in a foreign jurisdiction by commission. Like Rule 465, Rule 477 is phrased in broad language—it says that “any party” desiring to have the evidence of “any person” may apply to the Court, and that the Court, if it is for any reason “convenient so to do”, “may order the issue of a commission under the seal of the Court for the examination”. Nonetheless,

assez détaillée les modalités selon lesquelles les personnes morales sont réputées liées aux fins de l’impôt sur le revenu, il n’y a pas lieu, en l’espèce, de nous intéresser principalement au «contrôle» qu’exerçaient Honshu et Mitsubishi sur Crestbrook, mais plutôt au «lien» réputé entre Crestbrook et les deux compagnies japonaises. J’ai examiné assez attentivement cet argument et, bien qu’il puisse avoir un certain poids pour la décision à rendre à l’instruction, je n’y vois aucun bien-fondé à cette étape du litige. Encore une fois, ce qui nous intéresse ici est de savoir dans quelle mesure chacune des parties doit informer l’autre afin que les questions soulevées dans les plaidoiries écrites soient examinées en profondeur, pour reprendre les mots du juge Strayer, dans le jugement *Champion Truck Bodies Ltd. c. R.* (précité). Pour tous les motifs que j’ai énoncés (y compris—et ce n’est pas le moindre—l’aveu de pertinence de la part de M. Croll, le témoin de Crestbrook), je crois que l’information demandée par le ministère public est nécessaire pour faire un tel examen.

Deuxièmement, selon l’avocat de Crestbrook, même si nous jugions pertinents les renseignements demandés par le ministère public, nous ne devrions pas accorder la réparation demandée: nous devrions plutôt rendre une ordonnance en application de l’article 231.6 [édicte par S.C. 1988, ch. 55, art. 175] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, qui prévoit un mécanisme par lequel le ministre peut obliger quiconque exploite une entreprise au Canada à fournir des «renseignements étrangers». J’ai également examiné cet argument, mais la réparation prévue dans la disposition, savoir le refus du dépôt en preuve de ces renseignements par son propriétaire, n’est manifestement pas opportune en l’espèce.

#### L’émission d’une commission rogatoire

En vertu de la Règle 477 des *Règles de la Cour fédérale*, une commission peut obtenir une preuve dans un ressort étranger. À l’instar de la Règle 465, la Règle 477 est libellée en termes larges: elle prévoit qu’«une partie» qui veut prendre la déposition d’«une personne» peut demander à la Cour d’«ordonner l’émission, à cette fin, d’une commission rogatoire sous son sceau» et la Cour pourra rendre cette ordon-

and also like Rule 465, the Court has read limitations into the scope of the Rule.

The circumstances when the Court will issue a commission generally have been summarized by Addy J. in *Doyle (JC) v. MNR*, [1978] CTC 597 (F.C.T.D.), at page 600,<sup>13</sup> but for the purposes of this case, it is trite law that commissions will not normally issue to obtain discovery evidence. As Dickson J. (as he then was) said in *Zingre v. The Queen et al.*, [1981] 2 S.C.R. 392, at page 403, it is only in exceptional circumstances that the Court will issue a commission to obtain evidence that would normally be obtained during examinations for discovery. Albeit speaking of the converse of the situation before us, i.e., a request from a foreign court for evidence to be used in a proceeding abroad, his judgment in my view represents an accurate statement of the principles to be applied here:

In general, our courts will only order an examination for the purpose of gathering evidence to be used at a trial, but that is not to say that an order will never be made at the pre-trial stage. . . . I do not think that it would be wise to lay down an inflexible rule that admits of no exceptions. The granting of an order for examination, being discretionary, will depend on the facts and particular circumstances of the individual case. . . . It may well be that, depending on the circumstances, a court would be prepared to order an examination even if the evidence were to be used for pre-trial proceedings.

Even assuming, without deciding the point conclusively, that this Court has the power to issue letters rogatory in aid of a commission granted under Rule

<sup>13</sup> Addy J. adopted the test used by Osler J.A. in *Ferguson v. Millican* (1905), 11 O.L.R. 35 (C.A.). Before a commission will be issued, the Court must be satisfied that: 1. the application is made *bona fide*; 2. the issue is one which the court ought to try; 3. the witnesses to be examined can give evidence material to the issue; and 4. there is some good reason why they cannot be examined within the jurisdiction.

nance si, pour une raison quelconque, «il convient de le faire». Néanmoins, à l'instar de la Règle 465 encore une fois, la Cour a limité la portée de la Règle.

a

Les circonstances dans lesquelles la Cour émettra généralement une commission ont été résumées par le juge Addy dans l'affaire *Doyle (JC) c. MRN*, [1978] CTC 597 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 600<sup>13</sup>, mais, en ce qui concerne l'espèce, il existe une règle de droit bien établie selon laquelle des commissions ne seront normalement pas émises pour obtenir une preuve par un interrogatoire préalable. Comme l'a affirmé le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Zingre c. La Reine et autres*, [1981] 2 R.C.S. 392, à la page 403, ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour émettra une commission pour obtenir une déposition qui serait normalement obtenue pendant des interrogatoires préalables. Bien qu'il s'exprimât sur la situation inverse de celle dont nous sommes saisis—dans cette affaire un tribunal étranger avait demandé une preuve qui devait servir dans une instance à l'étranger—son arrêt, à mon avis, représente un énoncé exact des principes applicables en l'espèce:

En règle générale, nos cours n'ordonneront le tenue d'un interrogatoire que pour recueillir des preuves destinées à être utilisées à un procès, mais cela ne veut pas dire qu'une ordonnance ne sera jamais rendue au stade préalable au procès. . . . Je n'estime pas sage d'établir une règle rigide qui ne souffre aucune exception. L'octroi d'une ordonnance pour la tenue d'un interrogatoire, étant discrétionnaire, dépendra des faits et des circonstances particulières de chaque cas. . . . Il se peut très bien que, suivant les circonstances, un tribunal soit disposé à ordonner la tenue d'un interrogatoire même si la preuve devait servir à des procédures préalables au procès.

Même si nous présumons, sans statuer définitivement sur cette question, que cette Cour a le pouvoir d'émettre une commission rogatoire en application de

<sup>13</sup> Le juge Addy a adopté le critère employé par le juge Osler, J.C.A. dans l'arrêt *Ferguson v. Millican* (1905), 11 O.L.R. 35 (C.A.). Avant d'émettre une commission, la Cour doit être convaincue de ce qui suit: 1. que la requête a été faite de bonne foi; 2. qu'il y a lieu pour le tribunal de connaître du litige; 3. que les dépositions des témoins faisant l'objet de la commission rogatoire sont d'une grande importance pour les questions en litige; 4. qu'il existe un motif valable expliquant que ces témoins ne peuvent être interrogés dans le ressort du tribunal.

477,<sup>14</sup> in my view, this is not one of those exceptional cases and I would decline to issue such an order. I would also note that the Crown has never formally notified Crestbrook of the names of any Japanese representatives which it would like to examine. In light of the opinion from Japanese counsel produced by Crestbrook<sup>15</sup> which indicates that the Supreme Court of Japan would not grant an application to examine unnamed witnesses, even if I would be otherwise inclined to grant the Crown's request for a commission, I would find that in these circumstances, it is premature to do so.

### CONCLUSION

For all of the foregoing reasons, I would allow the appeal and set aside the order of the Motions Judge and of the Associate Senior Prothonotary in so far as it dismissed a portion of the Crown's motion. I would restore the remainder of the order of the Associate Senior Prothonotary. I would allow costs to the Crown, both here and below. In addition, I would direct Crestbrook to provide answers to the twenty-two questions placed before the Associate Senior Prothonotary within ninety days from the date of issue of these reasons. If Crestbrook fails to provide the answers to all of the questions and such further questions as may properly arise out of the answers thereto within the time limited, I would order that its statement of claim be struck out.

STONE J.A.: I agree.

CRAIG D.J.: I agree.

<sup>14</sup> In light of the fact that by virtue of s. 3 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], this Court is constituted a superior court of both civil and criminal jurisdiction, and that the recognition of letters rogatory is a matter of judicial comity, I would have not considered that the point was in doubt. Nonetheless, in light of the decision of Heald J. (as he then was) in *Xerox of Canada Ltd. v. IBM Canada Ltd.*, [1976] 1 F.C. 213 (T.D.), in which he expressed some reservation on the point (see p. 217), and in light of the fact that the point was neither argued before us in depth nor is absolutely necessary for the disposition of this case, I decline from expressing a final opinion.

<sup>15</sup> See Appeal Book, Vol. II, at p. 329.

la Règle 477<sup>14</sup>, à mon avis, il ne s'agit pas ici de l'un de ces cas exceptionnels, et je refuserais de rendre une telle ordonnance. Je ferais également remarquer que le ministère public n'a pas encore, officiellement communiqué à Crestbrook les noms des représentants japonais qu'il veut interroger. Vu l'avis des avocats japonais produit par Crestbrook<sup>15</sup>, indiquant que la Cour suprême du Japon n'accueillerait pas une demande pour que soient interrogés des témoins anonymes, même si j'avais été enclin, par ailleurs, à accueillir la demande de commission rogatoire du ministère public, je conclurais que, dans ce cas, il est prématuré de le faire.

### CONCLUSION

Pour tous les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel et j'annulerais l'ordonnance du juge des requêtes et du protonotaire adjoint dans la mesure où elle rejetait une partie de la requête du ministère public. Je rétablirais le reste de l'ordonnance du protonotaire adjoint. J'adjugerais les dépens au ministère public, en appel et en première instance. En outre, j'ordonnerais à Crestbrook de répondre aux vingt-deux questions posées devant le protonotaire adjoint dans les quatre-vingt-dix jours de la date du prononcé des présents motifs. Si Crestbrook ne répondait pas, dans le délai imparti, à toutes les questions et aux autres questions qui pourraient valablement découler des réponses données, j'ordonnerais la radiation de sa déclaration.

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

LE JUGE SUPPLÉANT CRAIG: Je souscris à ces motifs.

<sup>14</sup> En vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], cette Cour est constituée cour supérieure ayant compétence en matière civile et pénale; en outre, la reconnaissance d'une commission rogatoire est une question de courtoisie internationale. Je n'aurais donc pas cru que cette question pouvait être mise en doute. Néanmoins, vu la décision du juge Heald (tel était alors son titre) dans l'affaire *Xerox of Canada Ltd. c. IBM Canada Ltd.*, [1976] 1 C.F. 213 (1<sup>re</sup> inst.), où il a exprimé une certaine réserve sur la question (voir p. 217), et vu que la question n'a pas été débattue en profondeur devant nous et qu'il n'est pas absolument nécessaire de statuer sur ce point pour trancher le présent litige, je ne me prononcerais donc pas de façon définitive.

<sup>15</sup> Voir dossier d'appel, vol. II, à la p. 329.

T-434-90

**Grand Chief Michael Mitchell also known as Kanantakeron (Plaintiff)**

v.

**The Minister of National Revenue (Defendant)**

*INDEXED AS: MITCHELL v. M.N.R. (T.D.)*

Trial Division, Teitelbaum J.—Ottawa, February 15 and May 17, 1993.

*Practice — Stay of proceedings — Application to stay Federal Court proceedings for declaratory relief as case before O.C.A. dealing with parallel issues, facts, evidence — Issue estoppel requirement parties be identical in both proceedings not satisfied — Plaintiff herein intervenor in provincial court — Relief sought in two cases different.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Reference in statement of claim to historical events giving rise to Crown's undertaking to recognize Aboriginal right to exemption from duty, taxes on goods imported from U.S.A. — Historical events sufficient to establish reasonable cause for action for breach of fiduciary duty to respect Aboriginal rights — O.C.A. case dealing with similar facts, evidence, issues not rendering these proceedings redundant, prejudicial, or delaying fair trial — No abuse of process — F.C. not bound by provincial court decision.*

*Estoppel — Requirement for issue estoppel that parties to previous judicial decision be identical to parties to proceedings in which estoppel raised — Plaintiff herein party-intervenor in provincial court action dealing with similar facts, evidence, issues — As not identical status, issue estoppel not applicable.*

*Native peoples — Taxation — Application to stay action for declaratory relief as to right of Aboriginal peoples to exemption from duty, taxes on goods imported from U.S.A. — Application to strike portions of statement of claim referring to historical events, treaties giving rise to rights — O.C.A. case based on similar facts, evidence, issues recently decided — Issue estoppel not applicable — Different relief sought — Reasonable cause of action raised — No abuse of process — F.C. not bound by provincial court decisions — Latter not dealing with all issues raised herein.*

T-434-90

**Le grand chef Michael Mitchell, également appelé Kanantakeron (demandeur)**

a c.

**Le ministre du Revenu national (défendeur)**

*RÉPERTORIÉ: MITCHELL c. M.R.N. (1<sup>re</sup> INST)*

b

Section de première instance, juge Teitelbaum—Ottawa, 15 février et 17 mai 1993.

*Pratique — Suspension d'instance — Demande visant à suspendre la demande de jugement déclaratoire introduite devant la Cour fédérale pour le motif qu'une affaire soumise à la C.A.O. soulève des questions, des faits et une preuve identiques — Il n'est pas satisfait à l'exigence en matière d'issue estoppel selon laquelle les parties doivent être les mêmes dans les deux instances — Le demandeur en l'espèce est un intervenant devant une cour provinciale — La réparation demandée dans les deux affaires est différente.*

d

*Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Renvoi dans la déclaration aux événements historiques par suite desquels la Couronne s'est engagée à reconnaître le droit des Indiens d'être exemptés des droits et des taxes sur les marchandises importées des É.-U. — Les événements historiques permettent d'établir une cause raisonnable d'action pour manquement à l'obligation fiduciaire de respecter les droits ancestraux — L'affaire dont est saisie la C.A.O. et qui porte sur des faits, une preuve et des questions identiques ne fait pas en sorte que les présentes procédures sont redondantes, préjudiciables ou retardent l'instruction équitable — Aucun emploi abusif de la procédure — La C.F. n'est pas liée par la décision d'une cour provinciale.*

e

f

*Fin de non-recevoir — Condition en matière d'issue estoppel selon laquelle les parties dans la décision judiciaire antérieure doivent être les mêmes que celles en cause dans l'instance dans laquelle l'estoppel a été soulevée — Le demandeur en l'espèce est partie intervenante dans l'action intentée devant la cour provinciale, qui porte sur des faits, une preuve et des questions identiques — Puisqu'il n'a pas la même qualité, l'issue estoppel ne s'applique pas.*

g

h

*Peuples autochtones — Taxation — Demande visant à suspendre une action en jugement déclaratoire sur le droit des autochtones d'être exemptés des droits et des taxes sur les marchandises importées des É.-U. — Demande visant à radier certaines parties de la déclaration portant sur les événements historiques et les traités donnant naissance aux droits — L'affaire soumise à la C.A.O., qui soulève des faits, une preuve et des questions semblables a été récemment tranchée — Issue estoppel ne s'applique pas — La réparation demandée est différente — Cause raisonnable d'action soulevée — Aucun emploi abusif des procédures — La C.F. n'est pas liée par les décisions d'une cour provinciale — Cette dernière ne s'est pas prononcée sur toutes les questions soulevées en l'espèce.*

i

j



These were applications under *Federal Court Act*, subsection 50(1) to stay the proceedings, or to strike out portions of the statement of claim pursuant to Rule 419. Paragraph 50(1)(a) permits the stay of proceedings where the claim is being proceeded with in another Court or jurisdiction, and paragraph 50(1)(b) permits a stay where it is in the interest of justice to do so. Under Rule 419 a pleading may be struck out for failing to disclose a cause of action, because it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of an action or otherwise is an abuse of process.

The plaintiff is the Grand Chief of the Mohawks of Akwesasne. In returning from a trip to the U.S.A. he declared certain goods. As he refused to pay duty and taxes, the goods were forfeited. He now seeks declarations that he had the right to bring goods into Canada without paying any duty or taxes; that certain treaties are recognized in Canada as valid and subsisting; that historical events pleaded result in the legal conclusion that the Crown, through its representatives, and the Indian Nations have made an undertaking which results in the existing treaty rights being entrenched in *Constitution Act, 1982*, sections 35 and 52; that the undertakings and duties under the treaties engage the defendant's fiduciary and constitutional duty to protect these rights, ensure their free exercise and not to interfere with them. Issues of historical treaties and aboriginal rights were raised.

The defendant argued that the proceedings herein should be stayed under subsection 50(1)(a) until those in *R. v. Vincent* in the Ontario Court of Appeal were concluded. The plaintiff, as a Grand Chief, was a party-intervenor in the *Vincent* case, wherein it was argued that the plaintiff, an Indian, was entitled to bring commercial goods (i.e. cigarettes) into Canada without having to pay duties and taxes. The defendant also argued that it would be an injustice to allow this case to proceed as it paralleled the issues, facts and evidence litigated and decided upon in *Vincent*. The defendant submitted that a portion of the statement of claim referring to historical events which gave rise to the Crown's undertaking to recognize the free right of passage by Indians through the now Canada-U.S.A. border, and to several treaties and the *Constitution Act, 1982* which entrenched these rights should be struck out. The grounds for this motion were that the statement of claim failed to disclose a reasonable cause of action and because it would be redundant, prejudicial, a delay of the fair trial and otherwise an abuse of process to allow the impugned pleadings to remain since the historical facts and legal conclusions pleaded are similar to those dealt with in *Vincent*.

*Held*, the applications should be dismissed.

Il s'agit de demandes fondées sur le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* visant à suspendre les procédures ou à radier certaines parties de la déclaration conformément à la Règle 419. L'alinéa 50(1)(a) permet la suspension des procédures si la demande est en instance devant un autre tribunal, et l'alinéa 50(1)(b) permet la suspension lorsque l'intérêt de la justice l'exige. Conformément à la Règle 419, une plaidoirie peut être radiée si elle ne révèle aucune cause d'action, si elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action ou si elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures.

Le demandeur est un grand chef des Mohawks d'Akwesasne. À son retour d'un voyage aux É.-U., il a déclaré certaines marchandises. Parce qu'il a refusé de payer des droits et des taxes, les marchandises ont été confisquées. Il demande aujourd'hui un jugement déclaratoire suivant lequel il a le droit d'apporter des marchandises au Canada sans être tenu de payer ni droits ni taxes; que certains traités sont reconnus au Canada comme valides et toujours en vigueur; que les événements historiques allégués permettent de conclure en droit que la Couronne, par l'intermédiaire de ses représentants, et les nations indiennes, ont conclu une entente en vertu de laquelle les droits existants issus de traités sont reconnus aux articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; que les engagements et les obligations découlant des traités imposent au défendeur l'obligation fiduciaire et constitutionnelle de protéger ces droits, d'en assurer le libre exercice et de ne pas y porter atteinte. Des questions relatives aux traités historiques et aux droits ancestraux ont été soulevées.

Le défendeur soutient que les procédures en l'espèce devraient être suspendues conformément à l'alinéa 50(1)(a) jusqu'à ce que celles de l'affaire *R. c. Vincent* devant la Cour d'appel de l'Ontario soient terminées. Le demandeur, à titre de grand chef, est partie intervenante dans l'affaire *Vincent*, dans laquelle on a soutenu que la demanderesse, une indienne, avait le droit de faire entrer au Canada des marchandises de nature commerciale (c'est-à-dire des cigarettes) sans être tenue de payer les droits et taxes afférents. Le défendeur soutient également qu'il serait injuste de permettre que la présente affaire se poursuive puisque les questions, les faits et la preuve débattus et tranchés dans l'arrêt *Vincent* sont identiques. Le défendeur soutient que la partie de la déclaration qui renvoie aux événements historiques par suite desquels la Couronne s'est engagée à reconnaître le droit des Indiens de circuler librement sur ce qui est aujourd'hui la frontière canado-américaine, et qui ont mené à l'adoption de différents traités et de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît ces droits, devrait être radiée. Il soutient à l'appui de sa requête que la déclaration ne révèle aucune cause d'action, et que permettre que subsistent les plaidoiries contestées serait redondant, causerait un préjudice et retarderait l'instruction équitable de l'action et constituerait par ailleurs un emploi abusif de la procédure, les faits historiques et les conclusions de droit invoqués étant semblables à ceux de l'affaire *Vincent*.

*Jugement*: les demandes doivent être rejetées.

As the *Vincent* case has now been decided, it could no longer be argued that a similar action with the present plaintiff acting as intervenor was being heard in another Court.

The argument under paragraph 50(1)(b) focused on the principle of issue estoppel. The proceedings could not be stayed on that ground because the defendant had failed to establish that the requirement that the parties to the previous judicial decision were the same as those in these proceedings, had been met. The plaintiff herein was an intervenor as part of a class in the *Vincent* case, but a main party in these proceedings. An intervenor has different rights to make evidence and to cross-examine than has a plaintiff. While much of the same evidence will be used in both cases, that alone is insufficient to justify a stay. Furthermore, no stay of proceedings will be granted where the relief sought in one Court is different from that available in another. Here the plaintiff was seeking declaratory relief which was unlike the relief sought in *Vincent*.

Given that Rule 419 should be applied sparingly and only where it is clear that the impugned pleadings disclose no reasonable cause of action, this was not an appropriate case to strike the pleadings. The historical events, as pleaded and deemed to be true, were sufficient to sustain a reasonable cause of action against the Minister of National Revenue for breach of the fiduciary duty to respect Indian peoples' right to be exempted from paying duty and taxes on goods imported into Canada from the U.S.A.

The motion to strike on the basis of issue estoppel failed because the requirement that the parties to the former action be identical to those in the latter proceeding was not satisfied. That the historical facts and legal conclusions flowing in *Vincent* closely paralleled those in the present case did not justify striking the pleadings on the ground that it would be an abuse of process for them to remain. It has been held that the existence of a prior action in a provincial court arising from the same factual circumstances as are pleaded in the Federal Court does not constitute abuse of process. Assuming that all of the issues raised by the plaintiff in the present action were the same as those in *Vincent*, this alone would not estop the plaintiff from taking proceedings in the Federal Court, which has not decided the issues raised. The Federal Court of Canada is bound only by the decisions of the Supreme Court of Canada. Since the decision in the *Vincent* case is not binding on the Federal Court, it would not be an abuse of process to allow the present case to proceed. Furthermore, although the treaty rights issue was determined in *Vincent*, the aboriginal rights issue was not even considered.

Puisque l'affaire *Vincent* est maintenant tranchée, on ne peut plus soutenir qu'une action semblable, à laquelle le demandeur est une partie intervenante, est entendue devant un autre tribunal.

a L'argument fondé sur l'alinéa 50(1)(b) repose sur le principe de l'*issue estoppel*. Les procédures ne peuvent être suspendues sur ce fondement puisque le défendeur n'a pas établi qu'il est satisfait à l'exigence suivant laquelle les parties en cause dans la décision judiciaire antérieure doivent être les mêmes personnes que celles qui sont engagées dans les présentes procédures. Dans l'affaire *Vincent*, le demandeur en l'espèce était un intervenant en sa qualité de membre d'un groupe, alors qu'en l'espèce, il est une partie principale aux procédures. L'intervenant n'a pas les mêmes droits qu'un demandeur de présenter des éléments de preuve et de contre-interroger. Bien qu'une grande partie de la preuve sera utilisée dans les deux affaires, cela est en soi insuffisant pour justifier une suspension. En outre, la suspension des procédures ne sera pas accordée lorsque la réparation demandée à une cour est différente de la réparation offerte par une autre. En l'espèce, le demandeur demande un jugement déclaratoire dont la nature diffère de la réparation demandée dans l'affaire *Vincent*.

Puisque la Règle 419 devrait être appliquée avec modération, dans les seuls cas où il est évident que les plaidoiries contestées ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, il n'est pas indiqué en l'espèce de radier les plaidoiries. Les faits historiques, tels qu'allégués et présumés vrais, permettent d'étayer une cause raisonnable d'action contre le ministre du Revenu national pour manquement à son obligation fiduciaire de respecter le droit des Indiens d'être exemptés des droits et des taxes sur les marchandises entrées au Canada en provenance des É.-U.

La requête en radiation fondée sur l'*issue estoppel* doit être rejetée puisqu'il n'est pas satisfait à la condition que les parties à l'action antérieure doivent être les mêmes que celles en cause dans l'instance subséquente. Bien que les faits historiques et les conclusions juridiques qui découlent de l'affaire *Vincent* soient en grande partie semblables à ceux de la présente affaire, cela ne justifie pas la radiation des plaidoiries pour le motif que leur maintien constituerait un emploi abusif des procédures. On a conclu que l'existence d'une action antérieure devant une cour provinciale, née des mêmes faits que ceux allégués dans une action devant la Cour fédérale, ne constitue pas un emploi abusif de la procédure. À présumer que toutes les questions soulevées par le demandeur dans la présente action sont identiques à celles de l'affaire *Vincent*, cela ne signifie pas que le demandeur est irrecevable à intenter des procédures devant la Cour fédérale, cette Cour n'ayant pas statué sur les questions soulevées. La Cour fédérale du Canada n'est liée que par les décisions de la Cour suprême du Canada. La décision rendue dans l'affaire *Vincent* ne liant pas la Cour fédérale, le fait de permettre à la présente affaire de suivre son cours ne constituerait pas un emploi abusif de la procédure. En outre, bien que la question des droits issus de traités ait été tranchée dans l'affaire *Vincent*, la question des droits ancestraux n'a même pas été considérée.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 31.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 50(1).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 408, 412, 419(1).  
 Jay Treaty (1764), 12 U.S.B.S. 13.  
 Treaty of Ghent (1814), 12 U.S.B.S. 41.  
 Treaty of Utrecht (1713).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Musqueam Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1990] 2 F.C. 351; (1990), 31 F.T.R. 31 (T.D.); *Western Pulp Inc. v. Roxburgh et al.* (1990), 39 F.T.R. 134 (F.C.T.D.); *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare) et al.* (1987), 12 F.T.R. 34 (F.C.T.D.); *Micromar International Inc. v. Micro Furnace Ltd.* (1988), 22 C.I.P.R. 79; 23 C.P.R. (3d) 214 (F.C.T.D.); *Prime Boilers Inc. v. Unilux Manufacturing Co.* (1987), 14 C.I.P.R. 49; 15 C.P.R. (3d) 508 (F.C.T.D.); *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; *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344; (1985), 16 D.L.R. (4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Bertram S. Müller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); *Shogun Seafoods (1985) Ltd. v. Ship "Simon Fraser No. 1" et al.* (1990), 36 F.T.R. 289 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*R. v. Vincent* (1993), 12 O.R. (3d) 427 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (Aust. H.C.); *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283 (C.A.); *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.

APPLICATIONS to stay proceedings for declaratory relief pursuant to *Federal Court Act*, subsection 50(1) and to strike out portions of the statement of claim under Rule 419. Applications dismissed.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 50(1).  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 31.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 408, 412, 419(1).  
 Traité de Ghent (1814), 12 U.S.B.S. 41.  
 Traité d'Utrecht (1713).  
 Traité Jay (1764), 12 U.S.B.S. 13.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bande indienne Musqueam c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1990] 2 C.F. 351; (1990), 31 F.T.R. 31 (1<sup>re</sup> inst.); *Western Pulp Inc. c. Roxburgh et autres* (1990), 39 F.T.R. 134 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) et autres* (1987), 12 F.T.R. 34 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Micromar International Inc. c. Micro Furnace Ltd.* (1988), 22 C.I.P.R. 79; 23 C.P.R. (3d) 214 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Prime Boilers Inc. c. Unilux Manufacturing Co.* (1987), 14 C.I.P.R. 49; 15 C.P.R. (3d) 508 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *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; *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344; (1985), 16 D.L.R. (4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Bertram S. Müller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291; (1986), 31 D.L.R. (4th) 210; 28 C.C.C. (3d) 263; 1 C.E.L.R. (N.S.) 16; 69 N.R. 1 (C.A.); *Shogun Seafoods (1985) Ltd. c. Navire «Simon Fraser No. 1» et autre* (1990), 36 F.T.R. 289 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*R. c. Vincent* (1993), 12 O.R. (3d) 397 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (H.C. Aust.); *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

DEMANDES visant à suspendre la demande de jugements déclaratoires conformément au paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et à radier certaines parties de la déclaration en vertu de la Règle 419. Demandes rejetées.

## COUNSEL:

*Peter W. Hutchins and Anjali Choksi* for plaintiff.  
*Dogan D. Akman* for defendant.

## SOLICITORS:

*Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

TEITELBAUM J.: This is an application by the defendant pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] (hereinafter FCA) and Rule 419(1)(a), (b), (d) and (f) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] (hereinafter FCR) to strike out pleadings in the amended statement of claim, based on certain historical facts made by the plaintiff in respect of an action for declaratory relief pursuant to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the FCA commenced in this Court.

The first motion made by the defendant is for an order pursuant to subsection 50(1) of the FCA to stay the proceedings in the within action until such time as the proceedings in *R. v. Vincent* are concluded and the final judgment is rendered.

At the commencement of the hearing before me, counsel for the defendant informed me that he no longer desires to proceed with the said application for stay in that judgment was rendered in the said case by the Ontario Court of Appeal on January 22, 1993 [(1993), 12 O.R. (3d) 427].

The second motion made by the defendant is for:

1. an order pursuant to rule 419(1)(b), (d) and (f) of the FCR striking out

(a) all pleadings with respect to any and all Indian nations or groups other than the Indian Band (within the meaning of the Indian Act) which is located within Canada and of which the plaintiff is a member;

## AVOCATS:

*Peter W. Hutchins et Anjali Choksi* pour le demandeur.  
*Dogan D. Akman* pour le défendeur.

## PROCUREURS:

*Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE TEITELBAUM: Le défendeur présente une demande fondée sur le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] (ci-après LCF) et la Règle 419(1)a), b), d) et f) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] (ci-après RCF), visant la radiation de plaidoiries dans la déclaration modifiée, compte tenu de certains faits historiques exposés par le demandeur relativement à une action en jugement déclaratoire introduite devant cette Cour conformément à l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la LCF.

Par sa première requête, le défendeur vise à obtenir une ordonnance de suspension des procédures de l'action, conformément au paragraphe 50(1) de la LCF, jusqu'à ce que les procédures dans l'affaire *R. c. Vincent* soient terminées et qu'un jugement final soit rendu.

À l'ouverture de l'audience tenue en ma présence, l'avocat du défendeur m'a informé qu'il désirait abandonner la demande de suspension puisque, le 22 janvier 1993, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu un jugement dans l'affaire [(1993), 12 O.R. (3d) 397].

Par sa deuxième requête, le défendeur cherche à obtenir:

[TRADUCTION] 1. une ordonnance, conformément à la Règle 419(1)b), d) et f) des RCF, radiant

a) la totalité des plaidoiries à l'égard de toute nation ou tout groupe d'Indiens autre que la bande indienne (au sens de la *Loi sur les Indiens*) située au Canada, et dont le demandeur est membre;

(b) all historical events other than those in which the plaintiff's Band was directly involved and which are material and relevant to the claims advanced by the plaintiff on his own behalf;

2. in the alternative, an order pursuant to rule 473 of the Federal Court Rules for special directions for the conduct of the action;

3. an order pursuant to rule 3 of the Federal Court Rules extending the time for the filing of the defence until after the Ontario Court of Appeal has delivered judgment in the *Vincent* case . . . .

The grounds for the above motion are based on the allegation that the plaintiff's pleadings are:

- ambiguous
- inconsistent
- plead a substantial number of matters in respect of aboriginal groups outside of Canada and, as such, are immaterial to the narrow issues raised and will therefore prejudice, embarrass and delay the fair trial
- are an abuse of process because of the principle of *res judicata* and issue estoppel (given that the plaintiff, as a Grand Chief, is a party-intervener in the *Vincent* case, *supra*).

The third motion, as stated in the amended notice of motion, is for:

1. an order pursuant to rule 419(1)(a), (b), (d) of the Federal Court Rules striking out all the pleadings based on:

- a) The alleged promises and undertakings given by representatives of the Crown, i.e. on August 15, 1791 by Lord Dorchester, on August 29, 1795 by Lieutenant Governor Simcoe, on April 30, 1796 by Colonel McKee, on April 27, 1815 and on August 30 and September 1, 1815 by William Claus, Deputy Superintendent General Indian Affairs;
- b) The Treaty of Utrecht of 1713;
- c) The Jay Treaty of 1795;
- d) The Treaty of Ghent of 1815;
- e) The Law of Nations (International Law);
- f) Aboriginal rights;
- g) Fiduciary obligations of the Crown; and
- h) Section 35(1) of the Constitution Act, 1982.

The grounds for this order, as stated in the amended notice of motion are:

b) tous les événements historiques autres que ceux auxquels la bande du demandeur a pris part et qui sont essentiels et pertinents aux demandes que le demandeur a fait valoir en son propre nom;

2. subsidiairement, une ordonnance, conformément à la Règle 473 des Règles de la Cour fédérale, en vue d'obtenir des instructions spéciales pour la conduite de l'action;

3. une ordonnance, conformément à la Règle 3 des Règles de la Cour fédérale, prorogeant le délai applicable au dépôt de la défense jusqu'à ce que la Cour d'appel de l'Ontario ait rendu jugement dans l'affaire *Vincent* . . . .

À l'appui de la requête susmentionnée, le défendeur allègue que les plaidoiries du demandeur:

- sont ambiguës
- sont illogiques
- soulèvent de nombreuses questions qui, parce qu'elles sont relatives à des groupes autochtones situés à l'extérieur du Canada, ne sont pas essentielles aux questions uniques et bien précises soulevées; elles causeront par conséquent un préjudice, et gêneront et retarderont l'instruction équitable de l'action
- constituent un emploi abusif des procédures de la Cour compte tenu du principe de l'autorité de la chose jugée et de l'*issue estoppel* (étant donné qu'à titre de grand chef, le demandeur est partie intervenante dans l'affaire *Vincent*, précitée).

Aux termes de l'avis de requête modifié, la troisième requête vise à obtenir:

[TRADUCTION] 1. une ordonnance, conformément à la Règle 419(1)a), b) et d) des Règles de la Cour fédérale, en radiation de la totalité des plaidoiries fondées sur:

- a) les prétendues promesses et engagements pris par les représentants de la Couronne, soit le 15 août 1791 par Lord Dorchester, le 29 août 1795 par le lieutenant-gouverneur Simcoe, le 30 avril 1796 par le colonel McKee, le 27 avril 1815, le 30 août et le 1<sup>er</sup> septembre 1815 par William Claus, surintendant général adjoint des affaires indiennes;
- b) le traité d'Utrecht de 1713;
- c) le traité Jay de 1795;
- d) le traité de Ghent de 1815;
- e) le droit des nations (droit international);
- f) les droits ancestraux;
- g) les obligations fiduciaires de la Couronne;
- h) le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

Aux termes de l'avis de requête modifié, les motifs de cette ordonnance sont les suivants:

... that on the weight of judicial authorities, the said pleadings do not disclose a reasonable cause of action, are immaterial and will prejudice, embarrass and delay the fair trial of the action.

[TRADUCTION] ... compte tenu de la jurisprudence, les plaidoiries ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, elles ne sont pas essentielles, elles causeront préjudice et elles gêneront et retarderont l'instruction équitable de l'action.

## BACKGROUND

These matters arise within the context of an application for declaratory relief, commenced by the plaintiff, in this Court, by statement of claim filed on February 16, 1990, and by an amended statement of claim, filed on May 19, 1992, concerning the aboriginal right of the plaintiff to pass and repass freely across what is now the Canada-U.S. boundary with his goods without having to pay any duty or taxes to any Canadian government or authority.

The plaintiff's claim is founded on allegations of breach of fiduciary obligation and non-compliance with historical treaties and aboriginal rights made pursuant to undertakings accepted by the Crown at several historical conferences; contained in the Treaty of Utrecht (1713), the Treaty of Ghent [(1814), 12 U.S.B.S. 41], the Jay Treaty [(1794), 12 U.S.B.S. 13]; and entrenched in the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

The relief sought by the plaintiff consists of a variety of declarations. I have endeavoured to summarize them, and they include that:

1. The plaintiff has the right to bring goods into Canada without having to pay any duty or taxes to any Canadian government or authority;
2. The above-stated treaties are recognized in Canada as valid and subsisting treaties;
3. The historical events pleaded result in the legal conclusion that the Crown, through its representatives and the Indian Nations have made an undertaking which results in the existing treaty rights being entrenched in sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982*.
4. The undertakings and the duties under the treaties engage the defendant's fiduciary and constitutional

## <sup>a</sup> LES FAITS

Ces questions, soulevées dans le cadre d'une demande de jugement déclaratoire introduite par le demandeur devant cette Cour par voie de déclaration déposée le 16 février 1990 et par voie de déclaration modifiée, déposée le 19 mai 1992, portent sur le droit ancestral du demandeur de franchir librement avec ses marchandises, ce qui est maintenant la frontière canado-américaine, sans être tenu de payer ni droits ni taxes à quelque autorité ou gouvernement canadien que ce soit.

Le demandeur allègue, à l'appui de sa demande, que la Couronne a manqué à son obligation fiduciaire et aux traités historiques et aux droits ancestraux, établis conformément aux engagements qu'elle a pris lors de diverses conférences historiques, qui sont contenus dans le traité d'Utrecht (1713), le traité de Ghent [(1814), 12 U.S.B.S. 41] et le traité Jay [(1794), 12 U.S.B.S. 13], et reconnus dans la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

Le demandeur cherche à obtenir divers jugements déclaratoires, que j'ai tenté de résumer. Ils prévoient que:

1. Le demandeur a le droit d'apporter ses marchandises au Canada sans être tenu de payer ni droits ni taxes à quelque autorité ou gouvernement canadien que ce soit;
2. Les traités susmentionnés sont reconnus au Canada comme valides et toujours en vigueur;
3. Les événements historiques allégués permettent de conclure en droit que la Couronne, par l'intermédiaire de ses représentants, et les nations indiennes, ont conclu une entente en vertu de laquelle les droits existants issus de traités sont reconnus aux articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
4. Les engagements et les obligations découlant des traités imposent au défendeur l'obligation fiduciaire

duty to protect these rights, ensure the free exercise of these rights and not to interfere with these rights.

(See paragraph 42 of the amended statement of claim for the details for the relief sought by the plaintiff.)

Particulars of the claim were provided to the defendant on November 25, 1992.

The pertinent facts, as alleged in the amended statement of claim, are as follows:

1. The Plaintiff, Michael Mitchell is a Grand Chief of the Mohawks of Akwesasne, who are part of the Six Nations of the Iroquois Confederacy.
2. The Plaintiff resides at Cornwall Island, in Ontario, at what is known as the St. Regis Indian Reserve No. 15.
3. On or about March 22, 1988 the plaintiff entered Canada, in a vehicle at the Cornwall International Bridge, from New York state, with the following goods:
  - 1 washing machine
  - 10 blankets
  - 20 bibles
  - used clothing
  - 1 case lubricating Motor oil
  - 10 loaves of bread
  - 2 pounds of butter
  - 4 gallons of whole milk
  - 6 bags of cookies
  - 12 cans of soup
4. Plaintiff alleges that these goods were a gift to the Mohawks of Tyendinaga and that with the exception of the motor oil (which was destined for resale) all the goods were for personal or community consumption.
5. Upon arrival at the Canadian border point, the plaintiff made a formal oral declaration and was asked to pay duty and taxes on the goods.
6. The plaintiff declined, stating his alleged aboriginal rights under the treaties and the Constitution. He left and, on or about Sept. 15, 1989 he was served with a notice of ascertained forfeiture stating that he willfully evaded payment of the required duty, pursuant to section 31 of the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1].

et constitutionnelle de protéger ces droits, d'en assurer le libre exercice et de ne pas y porter atteinte.

(Voir le paragraphe 42 de la déclaration modifiée en ce qui concerne les détails de la réparation demandée par le demandeur.)

Le 25 novembre 1992, les détails de la demande ont été fournis au défendeur.

Les faits pertinents, allégués dans la déclaration modifiée, sont les suivants:

1. Le demandeur, Michael Mitchell, est un grand chef des Mohawks d'Akwesasne, qui font partie des six nations de la confédération des Iroquois.
2. Le demandeur réside à Cornwall Island (Ontario), dans ce qu'on appelle la réserve Indienne de Saint-Régis, n° 15.
3. Le ou vers le 22 mars 1988, le demandeur s'est présenté dans un véhicule au pont international de Cornwall, en provenance de l'état de New York, avec les marchandises suivantes:
  - machine à laver (1)
  - couvertures (10)
  - bibles (20)
  - vêtements usagés
  - caisse d'huile à moteur lubrifiante (1)
  - pains (10)
  - beurre (2 livres)
  - gallons de lait entier (4)
  - sacs de biscuits (6)
  - boîtes de soupe (12)
4. Le demandeur allègue que ces marchandises étaient destinées aux Mohawks de Tyendinaga, et qu'à l'exception de l'huile à moteur (destinée à la revente), toutes les marchandises étaient destinées à sa consommation personnelle ou à celle de la communauté.
5. À son arrivée au poste de douane canadien, le demandeur a fait une déclaration orale formelle, et il a été requis de payer des droits et des taxes sur les marchandises.
6. Le demandeur a refusé, invoquant ses prétendus droits ancestraux découlant des traités et de la Constitution. Il a quitté le poste et, vers le 15 septembre 1989, un avis de confiscation compensatoire lui a été signifié, dans lequel il était allégué qu'il s'était sciemment soustrait au paiement des droits requis conformément à l'article 31 de la

*Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1].

## ISSUES

There are several issues raised by the following motions:

1. Whether the impugned pleadings should be struck out pursuant to rule 419(a), (b), (d) and (f)?

a) Are the pleadings redundant, prejudicial, embarrass, delay the fair trial and otherwise an abuse of process because the issues and facts raised therein are res judicata and issue estopped?

## RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

The relevant provisions [of the *Federal Court Rules*] are as follows:

*Rule 408.*(1) Every pleading must contain a precise statement of the material facts on which the party pleading relies.

(2) Without limiting the generality of paragraph (1), the effect of any document or the purport of any conversation referred to in the pleading must, to the extent that it is material, be briefly stated, and the precise words of the document or conversation should not be stated, except in so far as those words themselves are material.

(4) A statement that a thing has been done or that an event has occurred, being a thing or event the doing or occurrence of which, as the case may be, constitutes a condition precedent necessary for the case of a party, is to be implied in his pleading.

*Rule 412.*(1) A party may by his pleading raise any point of law.

(2) Raising a question of law or an express assertion of a conclusion of law . . . shall not be accepted as a substitute for a statement of material facts on which the conclusion of law is based.

*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,

## QUESTIONS EN LITIGE

Les requêtes soulèvent les questions de savoir:

[TRADUCTION] 1. si les plaidoiries contestées devraient être radiées conformément à la Règle 419(a), (b), (d) et (f);

a) si les plaidoiries sont redondantes, si elles causent préjudice, gênent et retardent l'instruction équitable de l'action, et constituent par ailleurs un emploi abusif de la procédure parce que les questions et les faits qui y sont invoqués relèvent de la chose jugée ou de l'*issue estoppel*.

## LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

Les dispositions pertinentes [des *Règles de la Cour fédérale*] sont les suivantes:

*Règle 408.*(1) Chaque plaidoirie doit obligatoirement contenir un exposé précis des faits essentiels sur lesquels se fonde la partie qui plaide.

(2) Sans restreindre la portée générale de l'alinéa (1), l'effet de tout document ou l'incidence de tout entretien mentionnés dans la plaidoirie doivent nécessairement, dans la mesure où ils sont essentiels, être brièvement énoncés, et les termes mêmes du document ou de la conversation ne devraient pas être énoncés sauf dans la mesure où ces termes sont eux-mêmes essentiels.

(4) La déclaration qu'une chose a été faite ou qu'un événement s'est produit, lorsque ce fait constitue une condition préalable sur laquelle doivent nécessairement se fonder les conclusions d'une partie, doit être considérée comme implicitement énoncée dans sa plaidoirie.

*Règle 412.*(1) Une partie peut, par sa plaidoirie, soulever tout point de droit.

(2) Le fait de soulever une question de droit ou d'affirmer expressément une conséquence juridique . . . ne doit pas être accepté comme remplaçant un exposé des faits essentiels sur lesquels se fonde la conséquence juridique.

*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) 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.

(2) No evidence shall be admissible on an application under paragraph (1)(a).

### ANALYSIS

#### Defendant's Motion to Stay the Proceedings per Subsection 50(1)

With respect to the subsection 50(1) argument, in my opinion, there is, as all parties agree, no longer a basis to sustain a motion on this ground. The *Vincent* case was heard on September 15-18, 1992 and a decision of the Ontario Court of Appeal was rendered on January 22, 1993. As such, the claim that the present proceedings should be stayed as a similar action, with the present plaintiff acting as intervenor, is being heard in another court, is no longer relevant.

Furthermore, if my understanding of defendant's submission is correct and notwithstanding that counsel for defendant stated, I believe, that he withdrew his section 50 application, he continued to make submissions with regard to paragraph 50(1)(b).

The second ground submitted by the defendant/applicant with regard to section 50, if my understanding of the submissions is correct, is based on paragraph 50(1)(b) of the FCA. Specifically, the defendant submits that it would be an injustice to allow the instant case to proceed given that this action parallels the issues, facts and evidence litigated and decided on by the Ontario Court of Appeal in the *Vincent* case. Here, the defendant argues that having the Court relitigate on matters previously dealt with would be prejudicial to the defendant, delay a fair trial, and waste Court time, human energy and monetary expenses.

This argument is focused on the principle of issue estoppel/*res judicata*. In dealing with this principle of law it is worthy to cite the summary provided by Mr.

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 elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible sur une demande aux termes de l'alinéa (1)a).

### ANALYSE

#### La requête du défendeur en suspension des procédures, fondée sur le paragraphe 50(1)

À mon avis, en ce qui concerne l'argument fondé sur le paragraphe 50(1), il n'y a plus de raison, comme toutes les parties en conviennent, d'accueillir une requête fondée sur ce paragraphe. L'affaire *Vincent* a été entendue du 15 au 18 septembre 1992, et la Cour d'appel de l'Ontario a rendu jugement le 22 janvier 1993. À ce titre, la demande visant la suspension des présentes procédures parce qu'une action semblable, à laquelle le demandeur est une partie intervenante, est entendue devant un autre tribunal, n'est plus pertinente.

En outre, si je comprends bien l'argument du défendeur, et nonobstant le fait que son avocat a indiqué, je crois, qu'il retirait sa demande fondée sur l'article 50, il a continué à faire des observations relatives à l'alinéa 50(1)b).

Le deuxième motif invoqué par le défendeur/demandeur concernant l'article 50, si je comprends bien ses observations, est fondé sur l'alinéa 50(1)b) de la LCF. Particulièrement, le défendeur soutient qu'il serait injuste de permettre que la présente affaire se poursuive puisque la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Vincent*, s'est déjà prononcée sur des questions, des faits et une preuve identiques. En l'espèce, le défendeur soutient que si la Cour se penchait sur des questions déjà tranchées, il en découlerait un préjudice au défendeur, l'instruction équitable serait retardée et la Cour y perdrait du temps et des ressources humaines et financières.

Cet argument repose sur le principe de l'*issue estoppel*/autorité de la chose jugée. En ce qui a trait à ce principe de droit, il convient de citer le résumé du

Justice Joyal in *Musqueam Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1990] 2 F.C. 351 (T.D.), at pages 361-369. Joyal J. attempts to explain the distinction between *res judicata* and issue estoppel. Citing from the decision of *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (Aust. H.C.) at pages 560-561, Mr. Justice Joyal writes [at page 362]:

I fully recognize the distinction between the doctrine of *res judicata* where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and the doctrine of estoppel where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided (I may call it "issue-estoppel").

There are three requirements necessary to find issue estoppel. They are as follows: (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create estoppel was final; (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies. See *Musqueam, supra*, at page 362.

I am satisfied that the issue estoppel argument cannot succeed for failure to meet all three of the requirements. Although the defendant submits that the plaintiff was represented in *Vincent* by virtue of the intervenor, the Grand Chiefs of Ontario, I disagree. In *Vincent* the plaintiff was an intervenor as part of a class, however, in the instant case the plaintiff is a main party to the proceedings.

Moreover, I believe the conclusions of Strayer J. in *Western Pulp Inc. v. Roxburgh et al.* (1990), 39 F.T.R. 134 (F.C.T.D.) are extremely applicable to this issue. In this case Strayer J. considered the question whether it was appropriate for the Federal Court to exercise its discretion against granting *certiorari* where the applicant appeared as an intervenor in the same action brought before the B.C. Supreme Court.

juge Joyal dans l'arrêt *Bande indienne Musqueam c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1990] 2 C.F. 351 (1<sup>re</sup> inst.), pages 361 à 369. Le juge Joyal a tenté d'expliquer la distinction entre la *res judicata* (autorité de la chose jugée) et l'*issue estoppel*. Il a repris les propos tenus [à la page 362] dans l'arrêt *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (H.C. Aust.), aux pages 560 et 561:

[TRADUCTION] Je reconnais pleinement la distinction entre le principe de l'autorité de la chose jugée applicable lorsqu'une demande est intentée pour la même cause d'action que celle qui a fait l'objet d'un jugement antérieur, et cette théorie de la fin de non-recevoir qu'on applique lorsqu'il arrive que la cause d'action est différente mais que des points ou questions de fait ont déjà été décidés (laquelle je puis appeler théorie de l'«*issue estoppel*»).

Pour conclure à l'*issue estoppel*, il doit être satisfait aux trois conditions suivantes: (1) la même question doit avoir été décidée; (2) la décision judiciaire invoquée comme créant l'*estoppel* doit être définitive; (3) les parties en cause dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, doivent être les mêmes personnes que celles qui sont engagées dans l'affaire dans laquelle l'*estoppel* est invoqué. Voir l'arrêt *Bande indienne Musqueam*, précité, à la page 362.

Je suis convaincu que l'argument fondé sur l'*issue estoppel* ne peut être retenu puisque les trois conditions ne sont pas respectées. Le défendeur soutient que le demandeur était représenté dans l'affaire *Vincent* par l'entremise des intervenants, les grands chefs de l'Ontario, mais je ne suis pas d'accord. Dans l'affaire *Vincent*, le demandeur était un intervenant en sa qualité de membre d'un groupe, alors qu'en l'espèce, le demandeur est une partie principale aux procédures.

De plus, j'estime que les conclusions tirées par le juge Strayer dans *Western Pulp Inc. c. Roxburgh et autres* (1990), 39 F.T.R. 134 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), sont tout à fait applicables à la présente question. Dans cette affaire, le juge Strayer s'est demandé s'il convenait que la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire pour refuser un bref de *certiorari* lorsque le demandeur a comparu à titre d'intervenant dans la

In rendering judgment, His Lordship, at page 138, reasoned as follows:

I can see no injustice in the certiorari application being dealt with in the present proceedings in which the plaintiffs in the Supreme Court action have appeared only as intervenors. [Also intervenor may not be granted same rights as a party to make evidence, to cross-examine, etc. and thus would be an injustice for this reason alone. I would stay proceedings.]

I agree with this finding. An intervenor is a different party than a plaintiff in a subsequent action, therefore the defendant has failed to meet the test to establish issue estoppel and, as such, the proceedings should not be stayed on these grounds.

Notwithstanding that there are insufficient grounds to sustain an argument for issue estoppel, it is still open to the Court to stay the proceedings where to permit the claim to proceed would be an abuse of process. In *Musqueam Indian Band, supra*, at pages 368-369, Joyal J. commented on when it is appropriate for the Court to stay an action based on grounds other than issue estoppel. Citing with approval the words of Goff L.J. in *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283 (C.A.) at pages 330-331, Joyal J. states [at page 364]:

... the court clearly has a discretionary power to stay an action on the ground that the plaintiff is seeking to raise again a question already judicially decided against him, where he has had a full opportunity of presenting his whole case, even though the parties are different so that there is technically no estoppel. In my judgment also this power can be exercised at an early stage on application to strike out, although its exercise then calls for great caution . . . .

Thus, according to the jurisprudence, the Court should only grant a stay in the clearest of cases. In *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare) et al.* (1987), 12 F.T.R. 34 (F.C.T.D.), the Court summarized the test and upon whom the burden rests to meet the test to grant a stay of proceedings. McNair J. states, at page 36:

même action intentée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans son jugement, le juge a exposé le raisonnement suivant, à la page 138:

a Je ne vois aucune injustice dans le fait de statuer sur la demande de bref de *certiorari* dans les présentes procédures où les demandeurs dans l'action devant la Cour suprême n'ont comparu qu'à titre d'intervenants. [En outre, l'intervenant peut ne pas avoir les mêmes droits qu'une partie de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger, etc., ce qui, pour ce seul motif, constitue une injustice. Je suis d'avis de suspendre les procédures.]

b Je souscris à cette conclusion. L'intervenant dans une action n'est pas la même partie que le demandeur dans une action subséquente. Par conséquent, le défendeur n'a pas satisfait au critère permettant d'établir l'*issue estoppel* et, pour cette raison, les procédures ne peuvent être suspendues sur ce fondement.

c Même en l'absence de motifs suffisants pour accueillir un argument fondé sur l'*issue estoppel*, la Cour peut toujours suspendre les procédures lorsque le déroulement de l'action constituerait un emploi abusif des procédures. Dans l'arrêt *Bande indienne Musqueam*, précité, aux pages 368 et 369, le juge Joyal a commenté les cas où il serait approprié que la Cour suspende une action pour des motifs autres que celui de l'*issue estoppel*. Il a cité [à la page 364], en les approuvant, les propos du lord juge Goff dans l'arrêt *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283 (C.A.) aux pages 330 et 331:

d [TRADUCTION] . . . le tribunal a de toute évidence le pouvoir discrétionnaire de suspendre une action au motif que le demandeur tente de soulever à nouveau une question sur laquelle un tribunal lui a déjà donné tort, lorsqu'il a eu amplement l'occasion de faire valoir tous ces arguments, même si les parties sont différentes, de sorte que, techniquement, il n'y a pas *estoppel*. À mon sens, le tribunal peut exercer ce pouvoir dès le début du procès lorsqu'il est saisi d'une requête en radiation, même si l'exercice de ce pouvoir exige alors une grande prudence . . . .

e Ainsi, selon la jurisprudence, la Cour ne devrait accorder la suspension que dans les cas les plus évidents. Dans *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) et autres* (1987), 12 F.T.R. 34 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a résumé le critère applicable et indiqué la partie à qui incombe la charge de satisfaire au critère pour qu'il y ait suspension des procédures. À la page 36, le juge McNair écrit:

A stay of proceedings is never granted as a matter of course. The matter is one calling for the exercise of a judicial discretion in determining whether a stay should be ordered in the particular circumstances of the case. The power to stay should be exercised sparingly and stay will only be ordered in the clearest of cases. In an order to justify a stay of proceedings two conditions must be met, one positive and the other negative: (a) the defendant must satisfy the court that the continuance of the action would work an injustice because it would be oppressive or vexatious to him or would be an abuse of the process of the court in some other way; and (b) the stay must not cause an injustice to the plaintiff. On both the burden of proof is on the defendant. Expense and inconvenience to a party or the prospect of the proceedings being abortive in the event of a successful appeal are not sufficient special circumstances in themselves for the granting of a stay: **Communications Workers of Canada v. Bell Canada**, [1976] 1 F.C. 282 (T.D.); **Weight Watchers Int'l Inc. v. Weight Watchers of Ontario Ltd.** (1972), 25 D.L.R. (3d) 419 (F.C.T.D.); **Baxter Travenol Laboratories Ltd. v. Cutter (Canada) Ltd.** (1981), 54 C.P.R. (2d) 218 (F.C.T.D.).

Turning to the case at bar, the defendant submits that the proceedings should be stayed (struck) because the evidence being led and the historical facts relied upon are substantially similar to that which was used in the *Vincent* case. In support of this allegation, the defendant relies upon the evidence attached to the affidavit of Margaret Watts, employee with the Department of Justice. Specifically, at Tab "E" is Exhibit "A", which is a true copy of the factum filed on behalf of the Chiefs of Ontario in the *Vincent* case, it may be noted that much of the evidence and legal issues and historical facts argued in *Vincent* are being relied upon by the plaintiff in the instant case. Thus, the defendant submits that requiring them to relitigate, with respect to these matters, will cause them a prejudice but will not harm the plaintiff because the Chiefs of Ontario continue to have access to other Courts, and may return to this Court to have the stay removed.

While I am satisfied that much of the same evidence will, in all likelihood, be used in the present case, the fact that evidence in one action is similar to evidence led in another is, in and of itself, insufficient to justify a stay: *Micromar International Inc. v. Micro Furnace Ltd.* (1988), 22 C.I.P.R. 79 (F.C.T.D.) at page 84.

Une suspension d'instance n'est jamais accordée automatiquement. La question nécessite l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire pour déterminer si on doit suspendre l'instance vu les faits particuliers de l'affaire. Le pouvoir de suspendre doit être exercé de façon raisonnable et une suspension d'instance sera ordonnée seulement dans les cas les plus évidents. Une ordonnance pour justifier une suspension d'instance doit satisfaire à deux conditions, l'une positive et l'autre négative: (a) le défendeur doit convaincre le tribunal que la poursuite de l'action entraînerait une injustice parce qu'elle serait oppressive ou vexatoire pour lui ou qu'elle constituerait un abus des procédures du tribunal d'une façon ou d'une autre; et (b) la suspension d'instance ne doit causer aucune injustice au demandeur. Dans les deux cas, la charge de la preuve incombe au défendeur. Les dépenses et les inconvénients causés à une partie et l'éventualité d'un rejet de l'action si l'appel est accueilli ne constituent pas des faits particuliers suffisants pour accorder une suspension: **Communications Workers of Canada c. Bell Canada**, [1976] 1 C.F. 282 (1<sup>re</sup> inst.); **Weight Watchers Int'l Inc. c. Weight Watchers of Ontario Ltd.** (1972), 25 D.L.R. (3d) 419 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); **Baxter Travenol Laboratories Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd.** (1981), 54 C.P.R. (2d) 218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Dans l'affaire qui nous occupe, le défendeur soutient que les procédures devraient être suspendues (radiées) parce que la preuve présentée et les faits historiques invoqués sont substantiellement identiques à ceux de l'affaire *Vincent*. À l'appui de cette allégation, le défendeur invoque la preuve jointe à l'affidavit de Margaret Watts, employée du Ministère de la Justice. Plus précisément, à l'onglet «E» de la pièce «A», qui est une copie conforme du mémoire déposé au nom des chefs indiens de l'Ontario dans l'affaire *Vincent*, on peut noter que la plus grande partie de la preuve, des questions juridiques et des faits historiques plaidés dans l'affaire *Vincent* sont invoqués par le demandeur dans la présente affaire. Le défendeur soutient donc que s'il doit les plaider de nouveau, il en subira un préjudice, alors que le demandeur n'en souffrira aucunement puisque les chefs indiens de l'Ontario ont encore accès à d'autres tribunaux et peuvent revenir devant cette Cour pour faire lever la suspension.

Bien que je sois convaincu qu'une grande partie de cette même preuve sera, selon toute vraisemblance, utilisée en l'espèce, le fait que la preuve dans une action est semblable à la preuve dans une autre est, en soi, insuffisant pour justifier une suspension: *Micromar International Inc. c. Micro Furnace Ltd.* (1988), 22 C.I.P.R. 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 84.

In addition, the Federal Court has held in *Prime Boilers Inc. v. Unilux Manufacturing Co.* (1987), 14 C.I.P.R. 49 (F.C.T.D.), a case which was cited with approval in *Micromar, supra*, at page 82, that no stay of proceedings will be granted where the relief sought in one Court could be distinguished from the relief available in another. I am of the view that this principle is equally applicable to the case at bar. Here the plaintiff is seeking declaratory relief which is unlike the nature of the relief sought in *Vincent* before the Court of Appeal.

In sum, I am satisfied that the defendant has not met the heavy burden of proof placed upon him, pursuant to a paragraph 50(1)(b) motion. This is not a clear case of whether the stay should be granted, and in the absence of this clarity of vision, I believe I should allow the claim to proceed to trial.

However, while the defendant's first motion, to stay the proceedings, cannot be sustained, it is still important for me to determine if there are grounds to strike the whole or a portion of the plaintiff's statement of claim pursuant to Rule 419.

#### Defendant's Motion to Strike Out Pleadings in the Statement of Claim

##### General principles of law

The defendant submits that a portion of the pleadings contained in the statement of claim should be struck out as it discloses no reasonable cause of action, is prejudicial, repetitive, will delay the fair trial and is otherwise an abuse of process, pursuant to Rule 419(1)(a), (b), (d) and (f).

The provisions of Rule 419 afford the Federal Court a prompt and summary method of disposing of what may be termed as groundless actions. As the Court is proceeding in a summary fashion, the facts pleaded in a statement of claim are deemed to be true. See *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 740; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 486-487.

En outre, la Cour fédérale a décidé dans *Prime Boilers Inc. v. Unilux Manufacturing Co.* (1987), 14 C.I.P.R. 49 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), un arrêt cité avec approbation dans *Micromar*, précité, à la page 82, que la suspension des procédures ne sera pas accordée lorsque la réparation demandée à une cour pourrait être différente de la réparation offerte par une autre. Je suis d'avis que ce principe est également applicable en l'espèce. Dans l'affaire qui nous occupe, le demandeur demande un jugement déclaratoire dont la nature diffère de la réparation demandée dans l'affaire *Vincent* devant la Cour d'appel.

Bref, je suis convaincu que le défendeur ne s'est pas acquitté de la lourde charge qui lui incombe dans le cadre d'une requête fondée sur l'alinéa 50(1)(b). En l'espèce, il ne va pas de soi que la suspension devrait être accordée et, pour ce motif, j'estime que je devrais permettre à la demande d'être instruite.

Si la première requête du défendeur pour suspendre les procédures ne peut être accueillie, il est tout de même important de déterminer s'il existe des motifs justifiant la radiation de la totalité ou d'une partie de la déclaration du demandeur conformément à la Règle 419.

#### La requête du défendeur pour radier les plaidoiries de la déclaration

##### Principes généraux de droit

Le défendeur soutient qu'une partie de la plaidoirie contenue dans la déclaration devrait être radiée puisqu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action, elle cause préjudice, elle est redondante et elle retardera l'instruction équitable de l'action, et qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour, comme le prévoit la Règle 419(1)(a), (b), (d) et (f).

Les dispositions de la Règle 419 offrent à la Cour fédérale une méthode rapide et sommaire de statuer sur des actions qu'on peut qualifier de non fondées. Puisque la Cour agit sommairement, il faut tenir les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 740; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 486 et 487.

Re: 419(1)(a)—no reasonable cause of action

The test to strike out pleadings under Rule 419(1)(a) has been clearly established in the jurisprudence of the Supreme Court of Canada and applied in the case law emanating from this Court such that the Court should only strike out a pleading in plain and obvious cases. This has been authoritatively stated by Estey J. in *Tapirisat*, *supra*, at page 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the Court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (App. Div.).

Accordingly, the jurisdiction afforded this Court, by virtue of Rule 419, should be applied sparingly. See also *Operation Dismantle*, *supra*.

In accordance with Rule 408, which governs the principles of pleading, every pleading must contain a precise statement of the material facts on which the party pleading relies. Based on this general principle of law, combined with the jurisprudence on when the Court can invoke Rule 419(1)(a), if the Court is not persuaded that material facts have been pleaded which can sustain the causes of action alleged, the statement of claim must be struck out. However, the motion to strike cannot be granted unless it is clear that the impugned pleading discloses no reasonable cause of action. If the action is not absolutely unsustainable then the Court must allow the case to go forward and allow the Judge, hearing the merits of the case, to settle the matters at hand.

In the present case, the impugned pleadings consist largely of historical facts, which are contained at paragraphs 24 and 27 through 39 of the amended statement of claim. Summarily, these paragraphs make reference to historical events which gave rise to the Crown's undertaking to recognize the free right of passage of Indians through the now Canada-U.S. border, and to several treaties and the *Constitution Act, 1982* which entrenched these rights.

Re: 419(1)(a)—aucune cause raisonnable d'action

Le critère applicable à la radiation des plaidoiries en vertu de la Règle 419(1)(a) a été clairement établi dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et appliqué dans la jurisprudence de la Cour fédérale: la Cour ne devrait radier une plaidoirie que dans les cas évidents. Le juge Estey l'a affirmé avec autorité dans *Tapirisat*, précité, à la page 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (Div. App.).

En conséquence, la compétence conférée à notre Cour par la Règle 419 devrait être exercée de façon raisonnable. Voir également *Operation Dismantle*, précité.

En conformité avec la Règle 408, qui énonce les principes régissant les plaidoiries, chaque plaidoirie doit obligatoirement contenir un exposé précis des faits essentiels sur lesquels se fonde la partie qui plaide. Compte tenu de ce principe de droit général, ainsi que de la jurisprudence portant sur les cas où la Cour peut invoquer la Règle 419(1)(a), la déclaration doit être radiée si la Cour n'est pas convaincue que les faits essentiels allégués peuvent étayer la cause d'action alléguée. Toutefois, la requête en radiation ne peut être accueillie que s'il est évident que la plaidoirie contestée ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Si l'action n'est pas absolument insoutenable, la Cour doit alors permettre que l'affaire se poursuive et permettre au juge, qui entend l'affaire au fond, de statuer sur les questions dont il est saisi.

En l'espèce, les plaidoiries contestées consistent en grande partie en des faits historiques, qui sont exposés aux paragraphes 24 et 27 à 39 de la déclaration modifiée. En bref, ces paragraphes renvoient aux événements historiques par suite desquels la Couronne s'est engagée à reconnaître le droit des Indiens de circuler librement sur ce qui est aujourd'hui la frontière canado-américaine, et qui ont mené à l'adoption de différents traités et de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît ces droits.

These historical events are, by virtue of Rule 419, deemed to be true and pursuant to Rule 419(2) “No evidence shall be admissible on an application under paragraph (1)(a).” Having consideration to the truth of the pleadings, I believe that there lies herein a reasonable cause of action. For example, in paragraph 29, the plaintiff specifies that Article III of the Jay Treaty recognizes and affirms the Indians’ right of free passage and to freely carry on trade and commerce across the boundary line and to pass and repass the line with their own proper goods and effects without the imposition of tax or duty. At paragraph 32 reference is made to the Treaty of Ghent and how this treaty again restored the above-stated right of passage.

I am satisfied that these historical facts, as pleaded and deemed to be true, are sufficient to sustain a reasonable cause of action against the Minister of National Revenue, for breach of the fiduciary duty to respect Indian peoples’ right to be exempted from paying duty and taxes on goods imported into Canada from the U.S.

Thus, given that Rule 419(1)(a) of the *Federal Court Rules* should be applied by the Court sparingly, only in cases where it is clear that the impugned pleadings disclose no reasonable cause of action, I do not believe that this is an appropriate case where the impugned pleadings in the statement of claim should be struck out.

Re: Rule 419(1)(b), (d) & (f)—redundant, prejudice, delay & otherwise abuse of process

The defendant submits that since the historical facts and legal conclusions, as pleaded, are similar to those pleaded and dealt with in the *Vincent* case, it would be redundant, prejudicial, delay the fair trial and otherwise be an abuse of process to allow the impugned pleadings to remain.

The impugned pleadings are, as previously stated, contained largely at paragraphs 24, 27-39 of the amended statement of claim. It is also argued that all pleadings which make reference to the general class of Indians, as compared to the specific plaintiff, should be struck out on the basis that the pleadings

Ces événements historiques sont, en vertu de la Règle 419, présumés être vrais et, conformément à la Règle 419(2), «[a]ucune preuve n’est admissible sur une demande aux termes de l’alinéa (1)a.» Étant donné la véracité des plaidoiries, j’estime que ces dernières révèlent une cause raisonnable d’action. Par exemple, au paragraphe 29, le demandeur précise que l’article III du traité Jay reconnaît et confirme le droit des Indiens de circuler librement d’un côté à l’autre de la frontière et d’y exploiter librement un commerce et de franchir cette frontière avec leurs marchandises et biens sans se voir imposer ni taxes ni droits. Le paragraphe 32 renvoie au traité de Ghent et à la façon dont ce dernier a rétabli le droit de circuler, susmentionné.

Je suis convaincu que ces faits historiques, tels qu’allégués et présumés vrais, permettent d’étayer une cause raisonnable d’action contre le ministre du Revenu national, pour manquement à son obligation fiduciaire de respecter le droit des Indiens d’être exemptés des droits et des taxes sur les marchandises entrées au Canada en provenance des États-Unis.

Ainsi, puisque la Règle 419(1)a des *Règles de la Cour fédérale* devrait être appliquée avec modération par la Cour, dans les seuls cas où il est évident que les plaidoiries invoquées ne révèlent aucune cause raisonnable d’action, je ne crois pas indiqué en l’espèce de radier les plaidoiries de la déclaration qui sont contestées.

Re: Règle 419(1)b, d) et f)—redundance, préjudice, retard et emploi abusif de la procédure

Le défendeur soutient que, les faits historiques et les conclusions de droit invoqués étant semblables à ceux de l’affaire *Vincent*, permettre que subsistent les plaidoiries contestées serait redondant, causerait un préjudice et retarderait l’instruction équitable de l’action et constituerait par ailleurs un emploi abusif de la procédure.

Les plaidoiries contestées sont, comme je l’ai mentionné précédemment, contenues en grande partie aux paragraphes 24, et 27 à 39 de la déclaration modifiée. Il est également soutenu que la totalité des plaidoiries qui renvoient au groupe d’Indiens, par opposition au demandeur particulier, devraient être radiées pour le

are too general, and unnecessarily enlarge the issues at hand.

It is entirely appropriate, by virtue of the rules of pleadings stated in Rule 408 and Rule 412, for the plaintiff to plead material facts and the legal results flowing therefrom. Where conclusions of law are pleaded this does not mean, however, that the pleader is bound by that result: *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344 (C.A.); *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291 (C.A.). Thus, with reference to the present case, it is entirely appropriate for the plaintiff to have pleaded references to the various treaties, undertakings and international law conventions, and the anticipated legal results flowing therefrom which give rise to the alleged exemption from duty and taxes.

However, as I understand the defendant's submissions, the motion to strike the pleadings is founded on the doctrine of issue estoppel, and in the alternative on the position that it would be an abuse of process. The defendant argues that the Court is being asked to entertain pleadings which have already been fully adjudicated and the issues, with respect to the legal rights of Indians to be exempted from paying duty and taxes on goods imported into Canada from the U.S. Therefore, the defendant argues that these issues and those pleadings of historical facts, upon which the legal determinations are based, should not now be resurrected.

The test to strike a pleading under Rule 419(1)(f) is as stringent as the test under Rule 419(1)(a), if not more so (see *Micromar*, *supra*).

The argument to strike the impugned pleadings on the basis of issue estoppel must fail because of the necessary requirement that the parties to the former action be identical to those in the latter proceeding is not satisfied. However, the Court has demonstrated a willingness to strike pleadings if it would be an abuse of process to allow them to stand.

In the instant case, the defendant relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Vincent*, to justify striking the impugned pleadings. As such, I believe it is important to briefly outline the

motif qu'elles sont trop générales et élargissent inutilement les questions soulevées.

En vertu des règles régissant les plaidoiries, énoncées à la Règle 408 et Règle 412, il convient parfaitement que le demandeur allègue les faits essentiels et les conclusions de droit qui en découlent. Cela ne signifie toutefois pas que la partie qui allègue des conclusions de droit est liée par le résultat: *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344 (C.A.); *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291 (C.A.). Ainsi, en l'espèce, le demandeur pouvait très bien renvoyer à différents traités, engagements et conventions de droit international et aux conclusions juridiques prévues qui en découlent, lesquelles donneraient naissance à l'exemption de droits et de taxes.

Toutefois, je déduis des observations du défendeur que la requête en radiation des plaidoiries est fondée sur la doctrine de l'*issue estoppel*, et subsidiairement sur le fait que les plaidoiries constitueraient un emploi abusif des procédures. Le défendeur soutient que la Cour est saisie de plaidoiries qui ont été définitivement décidées, et de questions portant sur le droit des Indiens d'être exemptés des droits et des taxes sur les marchandises importées au Canada en provenance des États-Unis. En conséquence, le défendeur soutient que ces questions et les allégations relatives aux faits historiques, sur lesquelles les décisions judiciaires sont fondées, ne devraient pas être reprises.

Le critère applicable à la radiation d'une plaidoirie en vertu de la Règle 419(1)(f) est tout aussi rigoureux que le critère prévu à la Règle 419(1)(a), si non plus (voir *Micromar*, précité).

L'argument portant que les plaidoiries contestées doivent être radiées sur le fondement de l'*issue estoppel* doit être rejeté puisqu'il n'est pas satisfait à la condition que les parties à l'action antérieure doivent être les mêmes que celles en cause dans l'instance subséquente. Toutefois, la Cour s'est montrée bien disposée à radier les plaidoiries si leur maintien constituerait un emploi abusif de la procédure.

En l'espèce, le défendeur s'appuie largement sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Vincent* pour justifier la radiation des plaidoiries contestées. J'estime donc important d'exposer briève-



facts of that case and the decision rendered by the Court (I have been informed by counsel for plaintiff that an application is to be made by Vincent to the Supreme Court of Canada for leave to appeal the Ontario Court of Appeal decision [Supreme Court of Canada. *Bulletin of Proceedings*, 1993, page 933]). The plaintiff in the first instance and appellant before the Court of Appeal was Elizabeth Vincent, a Huron Indian who re-entered Canada at the Cornwall International Bridge with several cartons of cigarettes. The Ontario (Provincial Court) found her liable to pay the necessary duties and taxes on the imported goods. On appeal, the plaintiff and her intervenor, the Chiefs of Ontario, argued that she was, as an Indian, entitled to bring goods into Canada of a commercial nature without having to pay the duties and taxes. The issue before the Court of Appeal hinged upon the determination of whether this historical right existed and, if so, whether this right was entrenched in the *Constitution Act, 1982*.

In rendering its decision, the Court of Appeal found that: (1) the international law relied upon was not binding upon the Sovereign, Canada; (2) the Jay Treaty did entitle Indians to bring into Canada goods and effects for personal or community use; but (3) even if the Jay Treaty was entrenched under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, in light of several Supreme Court of Canada decisions, this did not confer upon the appellant the right to import goods for commercial use without paying duty and taxes on them.

Although the historical facts and legal conclusions flowing in *Vincent* closely parallel those in the instant case, this alone does not justify striking the pleadings on the ground that it would be an abuse of process for them to remain. It has been held that the existence of a prior action in provincial court arising from the same factual circumstances as are pleaded in the Federal Court action does not constitute an abuse of process: *Shogun Seafoods (1985) Ltd. v. Ship "Simon Fraser No. 1" et al.* (1990), 36 F.T.R. 289 (F.C.T.D.).

ment les faits de cette affaire et la décision de la Cour (l'avocat du demandeur m'a informé que Vincent doit demander à la Cour suprême du Canada l'autorisation de se pourvoir de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario) [Cour suprême du Canada *Bulletin des procédures*, 1993, page 933]. La demanderesse en première instance et l'appelante devant la Cour d'appel était Elizabeth Vincent, une Huronne qui est revenue au Canada par le pont international de Cornwall, en possession de plusieurs cartouches de cigarettes. La Cour provinciale de l'Ontario a jugé qu'elle était tenue de payer les droits et taxes imposés sur les marchandises importées. En appel, la demanderesse et les intervenants, les chefs Indiens de l'Ontario, ont soutenu qu'en sa qualité d'Indienne, elle avait le droit de faire entrer au Canada des marchandises de nature commerciale sans être tenue de payer les droits et les taxes afférents. La question dont la Cour d'appel était saisie était de savoir si le droit historique existait et, dans l'affirmative, si le droit était reconnu par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans sa décision, la Cour d'appel a conclu que (1) le droit international invoqué ne liait pas le Canada souverain; (2) le traité Jay permettait aux Indiens d'apporter au Canada des marchandises et des biens destinés à la consommation personnelle et à celle de la communauté; mais que, (3) même si le traité Jay était reconnu par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, compte tenu de plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada, il ne conférait pas à l'appelante le droit d'importer des marchandises destinées à l'usage commercial sans payer ni droits ni taxes à leur égard.

Bien que les faits historiques et les conclusions juridiques qui découlent de l'affaire *Vincent* soient en grande partie semblables à ceux de la présente affaire, cela seul ne justifie pas la radiation des plaidoiries pour le motif que leur maintien constituerait un emploi abusif des procédures. On a conclu que l'existence d'une action antérieure devant une cour provinciale, née des mêmes faits que ceux allégués dans une action devant la Cour fédérale, ne constitue pas un emploi abusif de la procédure: *Shogun Seafoods (1985) Ltd. c. Navire «Simon Fraser No. 1» et autre* (1990), 36 F.T.R. 289 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

However, counsel for defendant submits that the Ontario Court of Appeal in *Vincent* in arriving at its decision considered not only the treaty rights but also considered the aboriginal rights of the native people and thus all of the issues raised by the plaintiff in the present case have been decided. It, thus, would be an abuse of process to allow the plaintiff's claim to proceed.

Assuming it to be correct to say that all of the issues raised by the plaintiff in the present action are the same issues raised in the *Vincent* case or any other case decided by a Court other than the Federal Court of Canada, this alone does not mean that the plaintiff is estopped from proceedings in the Federal Court of Canada which Court has not decided the issues raised.

The Federal Court of Canada is not bound by the decisions of any other court of Canada other than the decisions of the Supreme Court of Canada. Thus, a Trial Court Judge of the Federal Court of Canada is bound by no other court other than the Supreme Court of Canada and the decisions of the Federal Court of Appeal.

Thus, the decision in the *Vincent* case is not binding on the Federal Court of Canada. This is not to say that I should give no weight to a decision of a court of appeal of a province of Canada.

Defendant submits that all of the issues raised by the plaintiff in the present action have been decided on a number of occasions by various courts and particularly in the *Vincent* case. Counsel for defendant submits that the *Vincent* case not only determined the issue of the treaty rights of the plaintiff but also determined the issue of aboriginal rights. He submits that inasmuch as both the treaty rights and aboriginal rights of plaintiff have been determined, it would be an abuse of process to allow the present case to proceed any further.

I am satisfied from having read the decision in the *Vincent* case that the treaty rights issue has been determined. I am not satisfied that the aboriginal rights issue was determined or even considered by

Toutefois, l'avocat du défendeur soutient qu'en arrivant à sa décision dans l'affaire *Vincent*, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré non seulement les droits issus de traités, mais également les droits ancestraux des peuples autochtones et que, par conséquent, toutes les questions soulevées par le demandeur en l'espèce ont été décidées. Aussi, permettre que la demande du demandeur poursuive son cours constituerait un emploi abusif de la procédure.

À présumer qu'il est vrai que toutes les questions soulevées par le demandeur dans la présente action sont identiques à celles de l'affaire *Vincent* ou de toute autre affaire décidée par une cour autre que la Cour fédérale du Canada, cela ne signifie pas que le demandeur est irrecevable à intenter des procédures devant la Cour fédérale du Canada, cette Cour n'ayant pas statué sur les questions soulevées.

La Cour fédérale du Canada n'est pas liée par les décisions d'un tribunal canadien autre que la Cour suprême du Canada. Ainsi, le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada n'est lié que par les décisions de la Cour suprême du Canada et celles de la Cour d'appel fédérale.

Par conséquent, la décision rendue dans l'affaire *Vincent* ne lie pas la Cour fédérale du Canada. Cela ne signifie pas que je ne devrais accorder aucune importance aux décisions d'une cour d'appel d'une province canadienne.

Le défendeur soutient que toutes les questions soulevées par le demandeur dans la présente action ont été tranchées à quelques reprises par différents tribunaux et particulièrement dans l'affaire *Vincent*. L'avocat du défendeur soutient que l'affaire *Vincent* tranche non seulement la question des droits du demandeur issus de traités, mais également la question des droits ancestraux. Il soutient que, dans la mesure où tant les droits issus de traités que les droits ancestraux du demandeur ont été déterminés, le fait de permettre à la présente affaire de poursuivre son cours constituerait un emploi abusif de la procédure.

Je suis convaincu, lecture faite de la décision rendue dans l'affaire *Vincent*, que la question des droits issus de traités a été tranchée. Je ne suis toutefois pas convaincu que la question des droits ancestraux a été

the Justices of the Court of Appeal in handing down their decision in the *Vincent* case.

Counsel for defendant submits that this issue, aboriginal rights, was considered and determined by the Justices of the Court of Appeal. After reading the material filed by the defendant, I am not satisfied that I can conclude that the Ontario Court of Appeal in the *Vincent* case gave consideration concerning aboriginal rights.

Assuming the Ontario Court of Appeal, in deciding as it did, gave consideration to the issue of aboriginal rights, the Trial Division of the Federal Court of Canada is not bound by this decision. I do not believe that it would be an abuse of the Court's procedure to allow the present case to proceed.

The applications to strike and to stay are denied. Costs in the cause.

tranchée ni même considérée par les juges de la Cour d'appel dans leur décision.

L'avocat du défendeur soutient le contraire. Mais après avoir lu les documents déposés par le défendeur, je ne peux conclure que la Cour d'appel de l'Ontario a, dans l'affaire *Vincent*, tenu compte des droits ancestraux.

En présumant que, dans sa décision, la Cour d'appel de l'Ontario ait considéré la question des droits ancestraux, la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada n'est pas liée par cette décision. Je ne crois pas que cela constituerait un emploi abusif de la procédure que de permettre que la présente affaire se poursuive.

Les demandes en radiation et en suspension sont rejetées. Les dépens suivront l'issue de la cause.

A-1586-92

A-1586-92

**Elmar Augart (Appellant)****Elmar Augart (appelant)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Respondent)****a Sa Majesté la Reine (intimée)***INDEXED AS: M.N.R. v. AUGART (C.A.)**RÉPERTORIÉ: M.R.N. c. AUGART (C.A.)***Court of Appeal, Heald, Linden and Robertson J.J.A. — Ottawa, May 11 and 26, 1993.****b Cour d'appel, juges Heald, Linden et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 11 et 26 mai 1993.**

*Income tax — Income calculation — Capital gains — Taxpayer selling 8.99 acres, including home and outbuildings, to city for proposed highway interchange — Income Tax Act exempting principal residence, including subjacent and immediately contiguous land not exceeding one acre, provided land reasonably regarded as contributing to taxpayer's use and enjoyment of home, from capital gains tax — Three-acre minimum lot size for building under zoning by-law when taxpayer acquired property — Prior to disposition replacement by-law requiring 80-acre minimum site area for single detached dwellings — Subdivision restrictions, or minimum site requirements at date of disposition alone not determinative of how much property in excess of one acre deemed necessary for use and enjoyment of home — Appellant legally required to purchase and dispose of 8.99 acres — Entire parcel exempt from capital gains tax — That conveyance to City of portion of property could have been effected under pre-existing severance exemption applicable only to conveyance to legislative body enacting restriction irrelevant — Applicability of exemption dependent on matters over which appellant having no say.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Le contribuable a vendu à la ville un terrain de 8,99 acres, avec maison et bâtiments de ferme, en vue de l'aménagement d'un échangeur d'autoroute — La Loi de l'impôt sur le revenu exempte de l'impôt le gain réalisé à l'aliénation de la résidence principale, qui s'entend aussi du fonds de terre contigu n'excédant pas une acre, à condition que celui-ci puisse raisonnablement être considéré comme facilitant au contribuable l'usage et la jouissance du logement — Au moment où le contribuable acquit la propriété, le règlement de zonage prévoyait une superficie minimum de trois acres pour les terrains sur lesquels il était permis de construire — Juste avant l'aliénation, un nouveau règlement fut adopté qui portait à 80 acres la superficie minimum sur laquelle il était permis de bâtir une maison isolée — Les restrictions de morcellement ou le minimum de superficie requis au moment de l'aliénation ne déterminent pas à eux seuls quelle surface au-delà d'une acre est réputée nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement — L'appellant était contraint d'acheter et d'aliéner l'ensemble des 8,99 acres — L'ensemble du terrain est exempté de l'impôt sur le gain en capital — Peu importe qu'une parcelle du terrain ait pu être vendue à la ville en vertu d'une exemption existante en matière de morcellement, laquelle n'était applicable qu'au transport de propriété en faveur de l'autorité qui avait édicté la restriction — L'applicabilité de l'exemption dépendait de questions qui échappaient à la volonté de l'appellant.*

This was an appeal from the trial judgment holding that only three of 8.99 acres were part of the appellant's principal residence, the remaining 5.99 acres being subject to capital gains tax.

**h** Appel contre le jugement de première instance disant que seule une fraction de trois acres du terrain de 8,99 acres faisait partie de la résidence principale du contribuable, les 5,99 acres restantes étant soumises à l'impôt sur le gain en capital.

*Income Tax Act, paragraph 40(2)(b) exempts a taxpayer from paying capital gains tax on the disposition of a principal residence, which, under paragraph 54(g), includes subjacent and contiguous land not exceeding one acre in area, provided that such land may reasonably be regarded as contributing to the taxpayer's use and enjoyment of the home.*

**i** L'alinéa 40(2)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu exempte de l'impôt le gain réalisé à l'aliénation de la résidence principale, laquelle, aux termes de l'alinéa 54(g), comprend le fonds de terre contigu n'excédant pas une acre, à condition que celui-ci puisse raisonnablement être considéré comme facilitant au contribuable l'usage et la jouissance du logement.

In 1966 the appellant bought 8.99 acres of land including a house. At that time the zoning by-law required a minimum three-acre lot for any building and prohibited the subdivision of any parcel of land smaller than 10 acres. A replacement zoning by-law, which came into force March 31, 1980, provided that the minimum site area for a single detached dwelling was 80 acres, but deemed any existing sites less than that as con-

**j** En 1966, l'appellant acheta un terrain de 8,99 acres sur lequel se trouvait une maison. À l'époque, le règlement de zonage prévoyait qu'aucun bâtiment n'était permis sur un terrain de moins de trois acres et interdisait le lotissement de terrains de moins de 10 acres. Un nouveau règlement de zonage, entré en vigueur le 31 mars 1980, prévoyait que la superficie minimum sur laquelle il était permis de bâtir une maison isolée

forming. After that date the appellant could not have subdivided the 8.99-acre parcel into two or more parcels. In August 1980 the municipality offered to buy five acres for a proposed highway interchange. The subdivision restrictions did not apply to a conveyance to the city for that purpose. When the taxpayer objected because the remaining 3.99 acres did not include his home and outbuildings, the city agreed to purchase the entire parcel. The Minister reassessed the appellant on the basis that the house and contiguous three acres constituted the appellant's principal residence. The remaining 5.99 acres did not qualify for the capital gains exemption. The Tax Court held that the entire parcel was the minimum amount required by law and qualified as a principal residence. The Trial Judge held that the capital gains exemption was limited to three acres, the minimum amount of property upon which the taxpayer was entitled to have a residence in 1980 under the previous by-law, i.e. holdings which conformed to the minimum of the previous by-law whose legality was continued by the "grandfather" provision in the 1980 by-law.

The appellant argued that the entire acreage should be deemed his principal residence. The subdivision requirements during his ownership of the property, which prevented him from subdividing and selling a section of his land meant that he was forced to purchase and own the entire 8.99 acres. The respondent argued that the appellant could have sold five of his 8.99 acres to the city, and that subdivision restrictions dictating minimum lot size are not "akin" to minimum lot size requirements found in zoning by-laws and therefore the former are irrelevant.

*Held* (Linden J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Robertson J.A. (Heald J.A. concurring): The appellant was legally required to purchase and dispose of 8.99 acres.

To conclude that after the passage of the replacement by-law the appellant was required to "occupy" a minimum of three acres of land ignores the reality that the only practical way in which the appellant could possibly breach that requirement is by effecting a sale of at least six of the 8.99 acres. The appellant could not legally subdivide his land either at the date of purchase or after enactment of the replacement by-law. For all intents and purposes, he was required to treat the 8.99 acres as an integral part of his home.

The amount of land which contributes to the use and enjoyment of a home does not depend on what can lawfully be bought and sold. Zoning by-laws prohibiting the construction of dwellings on lots having less than a minimum site area, and subdivision restrictions have been found relevant to the amount of land exceeding one acre necessary to the use and enjoyment of one's home. The appellant's prerogative to exercise his

était de 80 acres, mais que les terrains déjà bâtis, d'une superficie inférieure, étaient réputés conformes. Après cette date, l'appelant n'aurait pu morceler le terrain de 8,99 acres en deux parcelles ou davantage. En août 1980, la ville offrit d'acheter cinq acres en vue de l'aménagement d'un échangeur d'auto-route. Les restrictions de morcellement ne s'appliquaient pas en cas de transport de propriété à cette fin. L'appelant ayant rejeté l'offre puisque sa maison et ses bâtiments de ferme se trouvaient sur la parcelle que la ville voulait acheter, celle-ci a accepté d'acheter le terrain tout entier. Le ministre a établi contre l'appelant une nouvelle cotisation par ce motif que seuls la maison et le terrain contigu de 3 acres constituant sa résidence principale, les 5,99 acres restantes n'étaient pas admissibles à l'exemption de l'impôt sur le gain en capital. La Cour canadienne de l'impôt a jugé que l'ensemble du terrain représentait la superficie minimum requise par la loi et constituait la résidence principale. Le juge de première instance a conclu que la superficie bénéficiant de l'exemption de l'impôt sur le gain en capital était limitée à trois acres, savoir la superficie minimum sur laquelle le contribuable avait le droit d'avoir une résidence en 1980 sous le régime du règlement précédent, c'est-à-dire la superficie conforme au minimum autorisé par ce dernier et dont la légalité a été prorogée par la disposition relative aux droits acquis du règlement de 1980.

L'appelant soutient que la superficie totale devait être réputée constituer sa résidence principale. La réglementation en matière de lotissement en vigueur à l'époque où il était le propriétaire du terrain et qui lui interdisait de morceler ce dernier et d'en vendre une parcelle, faisait qu'il était obligé d'acheter et de détenir l'ensemble des 8,99 acres. L'intimée réplique qu'il aurait pu vendre 5 de ses 8,99 acres à la ville, et que les restrictions de morcellement qui prescrivent une superficie minimum ne sont pas «apparentées» à l'impératif de superficie minimum prévu aux règlements de zonage et que, par conséquent, elles n'ont aucun rapport avec les points en litige.

*Arrêt* (le juge Linden, J.C.A., dissident): l'appel doit être accueilli.

Le juge Robertson, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge Heald, J.C.A.): L'appelant était tenu d'acheter et d'aliéner 8,99 acres.

Conclure qu'après l'adoption du nouveau règlement, l'appelant était tenu d'«occuper» un minimum de 3 acres de terre reviendrait à ignorer cette réalité: le seul moyen pour ce dernier de contrevenir à cet impératif serait de vendre au moins 6 des 8,99 acres. Il ne lui était légalement possible de morceler son terrain ni au moment de l'achat ni après l'adoption du nouveau règlement. Dans les faits, il était tenu de traiter les 8,99 acres comme partie intégrante de son logement.

La superficie de terre contribuant à l'usage et à la jouissance du logement ne dépend pas de ce qui peut être légalement acheté et vendu. Il a été jugé que les règlements de zonage qui interdisaient la construction de logements sur les terrains dont la superficie était inférieure au minimum ainsi que les restrictions de lotissement entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider si l'excédent de terre au-delà d'une acre est néces-

common-law right of alienation was subject to the provisions of the replacement by-law which required that he convey the entire 8.99-acre parcel of land. The appellant had to dispose of the entire 8.99 acres to exercise his right of alienation or to "enjoy" his residence. As to whether the right of alienation affects enjoyment of a housing unit as a residence, subdivision restrictions, or minimum site requirements, in force at the date of disposition alone are not determinative. The appellant was required to purchase a minimum of 8.99 acres in order to occupy the dwelling unit as a residence because the original by-law would not allow the parcel to be subdivided. The prohibition against subdividing remained in effect even after passage of the replacement by-law. The Trial Judge erred in presuming that prior to the enactment of that by-law the appellant could have retained three acres and sold off the remaining 5.99 acres.

That a sale of a portion of the property could have been effected under a pre-existing severance exemption, applicable only in the event of a conveyance to the legislative body which enacted the restriction, was irrelevant when determining minimum lot size at the time of disposition. Whether or not the home was situated on the retained portion was also irrelevant. The exemption was not enacted for the benefit of landowners, but to enable municipal governments to avoid the effects of their own legislation. The applicability of the exemption was dependent on whether the municipality needed the lands for the purposes set out in the by-law. Those are matters over which the appellant had no say. Had the zoning by-law prescribed a general scheme by which landowners could seek and obtain an exemption from the subdivision restrictions, the appellant's legal argument would no longer be compelling.

Linden J.A. (*dissenting*): The three-acre minimum was the amount of land that was necessary for the use and enjoyment of the appellant's housing unit as a residence. The exception in paragraph 54(g) to the one-acre standard does not apply where greater acreage merely contributes to the use and enjoyment of the housing unit. It is aimed only at situations where land beyond one acre is necessary for the use and enjoyment of the housing unit as a residence. *R. v. Yates* should be distinguished because there there was a legal impediment to the occupation of a residence, not to its sale or subdivision. The minimum acreage required in order to occupy the residence was 10 acres from the date of acquisition and throughout the Yates' ownership. The initial minimum requirement herein was three acres under the zoning by-laws at the time the taxpayer acquired the property. It was not increased until 14 years later.

The subdivision requirements affecting the purchase and sale of land do not determine the tax consequences of a disposition of a principal residence. The ability to buy or sell a par-

saire à l'usage et à la jouissance du logement. La prérogative dont jouissait l'appellant d'exercer son droit de disposition, reconnu en common law, était subordonnée aux dispositions du nouveau règlement en application desquelles l'aliénation devait porter sur l'ensemble des 8,99 acres. L'aliénation des 8,99 acres était nécessaire si l'appellant voulait exercer son droit de disposition ou son droit de «jouissance» de sa résidence. Quant à savoir si le droit de disposition a un rapport avec la jouissance d'un logement à titre de résidence, les restrictions de morcellement ou l'impératif de superficie minimum, en vigueur à la date de l'aliénation, ne sont pas le facteur déterminant. L'appellant était contraint d'acheter un minimum de 8,99 acres afin d'y occuper le logement à titre de résidence, parce que le règlement initial ne permettait pas le morcellement du terrain. L'interdiction de morceler le terrain demeurait en vigueur même après l'adoption du nouveau règlement. Le juge de première instance a commis une erreur en présumant qu'avant l'adoption de ce dernier, l'appellant aurait pu conserver 3 acres et vendre les 5,99 acres restantes.

Le fait qu'une parcelle du terrain aurait pu être vendue en vertu d'une exemption existante en matière de morcellement, laquelle n'était applicable qu'au transport de propriété en faveur de l'autorité qui avait édicté la restriction, n'a aucun rapport avec la conclusion sur la superficie minimum au moment de l'aliénation. Que la maison se trouve ou non sur la parcelle restante ne présente non plus aucune importance. L'exemption n'a pas été prévue au bénéfice des propriétaires fonciers, mais pour permettre aux administrations municipales de se soustraire aux effets de leur propre réglementation. L'applicabilité de l'exemption dépendait de ce que la municipalité avait ou non besoin de terres pour les fins prévues au règlement. Il s'agit là de questions qui échappaient à la volonté de l'appellant. Si le règlement de zonage avait prescrit un régime général en vertu duquel les propriétaires fonciers pouvaient demander et obtenir une exemption des restrictions de morcellement, l'argument juridique de l'appellant ne serait plus concluant.

Le juge Linden, J.C.A. (*dissident*): Le minimum de trois acres représentait la superficie nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence. L'exception prévue à l'alinéa 54g) à la norme d'une acre ne s'applique pas lorsqu'une surface plus grande ne fait que contribuer à l'usage et à la jouissance du logement. Elle ne vise que le cas où l'ex-cédent de terre au-delà d'une acre est nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence. Il faut distinguer entre l'affaire en instance et la cause *R. c. Yates*, où il y avait un obstacle juridique à l'occupation, et non pas à la vente ou au morcellement. La superficie minimum du terrain que les Yates devaient avoir afin d'y occuper leur résidence était de 10 acres au moment de l'acquisition et pendant tout le temps où ils en étaient les propriétaires. En l'espèce, le minimum initial était de 3 acres aux termes du règlement de zonage en vigueur au moment où le contribuable acheta la propriété. Ce minimum n'a été relevé que 14 ans après.

Les conditions de lotissement affectant l'achat et la vente d'un fonds de terre ne déterminent pas les conséquences fiscales de l'aliénation de la résidence principale. La possibilité

cel of land and the ability to occupy that land are two different things. While the right of alienation is a feature of the right to enjoy one's land, that cannot govern the tax consequences of selling a principal residence. According to paragraph 54(g), the tax consequences flow from whether the land is necessary for the use and enjoyment of a housing unit as a principal residence. The right of alienation of land may have to do with the enjoyment of land but it does not concern the enjoyment of the housing unit as a principal residence.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 40(2)(b) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 17), 54(g) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 14; 1980-81-82-83, c. 140, s. 23; 1985, c. 45, s. 23).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Yates*, [1983] 2 F.C. 730; [1983] CTC 105; (1983), 83 DTC 5158 (T.D.); affd [1986] 2 C.T.C. 46; (1986), 86 DTC 6296 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Watson (SK and T) v. MNR*, [1985] 1 CTC 2276; (1985), 85 DTC 270 (T.C.C.); *Joyner v. M.N.R.*, [1989] 1 F.C. 306; [1988] 2 C.T.C. 280; (1988), 88 DTC 6459; 22 F.T.R. 104 (T.D.); *Rudeloff (C) v. MNR*, [1984] CTC 2674; (1984), 84 DTC 1548 (T.C.C.); *James (HM and RC) v. MNR*, [1985] 2 CTC 2001; (1985), 85 DTC 290 (T.C.C.); *Michael (S) v. MNR*, [1985] 2 CTC 2122; (1985), 85 DTC 455 (T.C.C.); *D.J. Mintenko v. Canada*, [1989] 1 C.T.C. 40; (1988), 88 DTC 6537; 22 F.T.R. 300 (F.C.T.D.); *Rode (E and E) v. MNR*, [1985] 1 CTC 2324; (1985), 85 DTC 272 (T.C.C.); *S.E. Lewis Estate v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2011; (1989), 89 DTC 291 (T.C.C.); *Raper (S.J.) Estate v. M.N.R.*, [1986] 2 C.T.C. 2052; (1986), 86 DTC 1513 (T.C.C.); *Windrim (G.M.) v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 271; (1991), DTC 5221 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*J. & A. Lewis Estates v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2060 (T.C.C.); *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] S.C.R. 101; [1948] 2 D.L.R. 1; *Baird (EB) v. MNR*, [1983] CTC 2651; (1983), 83 DTC 582 (T.C.C.).

#### AUTHORS CITED

Oosterhoff, A. H. and W. B. Rayner. *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1985.

Rogers, Ian MacF. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973.

APPEAL from trial judgment (*The Queen v. Augart, E.* (1992), 92 DTC 6610 (F.C.T.D.); revg *E.*

d'acheter ou de vendre une parcelle de terre n'a rien à voir avec l'autorisation de l'occuper. Si le droit de disposition est un élément du droit de jouissance d'un fonds de terre, il ne régit pas les conséquences fiscales de la vente de la résidence principale. Selon l'alinéa 54g), celles-ci découlent de la question de savoir si le fonds de terre est nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence principale. Le droit d'aliéner le fonds de terre peut bien être un élément de la jouissance de ce fonds, mais n'a rien à voir avec la jouissance du logement à titre de résidence principale.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 40(2)b) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 17), 54g) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 14; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 23; 1985, ch. 45, art. 23).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. c. Yates*, [1983] 2 C.F. 730; [1983] CTC 105; (1983), 83 DTC 5158 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1986] 2 C.T.C. 46; (1986), 86 DTC 6296 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Watson (SK et T) c. MRN*, [1985] 1 CTC 2276; (1985), 85 DTC 270 (C.C.I.); *Joyner c. M.R.N.*, [1989] 1 C.F. 306; [1988] 2 C.T.C. 280; (1988), 88 DTC 6459; 22 F.T.R. 104 (1<sup>re</sup> inst.); *Rudeloff (C) c. MRN*, [1984] CTC 2674; (1984), 84 DTC 1548 (C.C.I.); *James (HM et RC) c. MRN*, [1985] 2 CTC 2001; (1985), 85 DTC 290 (C.C.I.); *Michael (S) c. MRN*, [1985] 2 CTC 2122; (1985), 85 DTC 455 (C.C.I.); *D.J. Mintenko c. Canada*, [1989] 1 C.T.C. 40; (1988), 88 DTC 6537; 22 F.T.R. 300 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Rode (E et E) c. MRN*, [1985] 1 CTC 2324; (1985), 85 DTC 272 (C.C.I.); *Succession S.E. Lewis c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2011; (1989), 89 DTC 291 (C.C.I.); *Succession Raper (S.J.) c. M.R.N.*, [1986] 2 C.T.C. 2052; (1986), 86 DTC 1513 (C.C.I.); *Windrim (G.M.) c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 271; (1991), 91 DTC 5221 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Successions J. & A. Lewis c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2060 (C.C.I.); *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] R.C.S. 101; [1948] 2 D.L.R. 1; *Baird (EB) c. MRN*, [1983] CTC 2651; (1983), 83 DTC 582 (C.C.I.).

#### DOCTRINE

Oosterhoff, A. H. and W. B. Rayner. *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto: Canada Law Book, 1985.

Rogers, Ian MacF. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973.

APPEL formé contre le jugement de première instance (*La Reine c. Augart, E.* (1992), 92 DTC 6610

*Augart v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2353; (1989), 89 DTC 263 (T.C.C.) holding only three of 8.99 acres included as principal residence and exempt from capital gains tax. Appeal allowed.

COUNSEL:

*H. George McKenzie* for appellant.  
*Ian S. MacGregor* and *Kathleen Lyons* for respondent.

SOLICITORS:

*Felesky Flynn*, Calgary, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

LINDEN J.A. (*dissenting*): I am unable to agree.

The issue in this case is a simple but important one. Proceeds from the sale of a taxpayer's principal residence are exempt from capital gains under paragraph 40(2)(b) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 17)]. The question to be decided in this case concerns the amount of land that can be included along with a taxpayer's principal residence, pursuant to paragraph 54(g) [as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 14] of the *Income Tax Act*.

The appellant, Elmar Augart, purchased 8.99 acres of land including a house in 1966 for \$50,000. Under a zoning by-law in effect at that time, the appellant was required to own a minimum of three acres in order to occupy the residence on his land which was a modest three-bedroom bungalow. The appellant lived in the house until 1980, when he sold it to the city of Calgary for \$899,000 for a highway project. In 1980, prior to the sale of the property, a new zoning by-law was enacted, requiring a minimum of 80 acres of land for a residence. The appellant, however, was exempt from this by-law because his residence was a non-conforming use, allowing him to continue to live on his 8.99-acre parcel of land. Throughout the period of his ownership of the property, the appellant was prohibited from subdividing his land.

(C.F. 1<sup>re</sup> inst.), qui infirmait la décision *E. Augart c. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2353; (1989), 89 DTC 263 (C.C.I)) et disant que du terrain de 8,99 acres, seulement trois acres faisaient partie de la résidence principale et sont exemptées de l'impôt sur le gain en capital. Appel accueilli.

AVOCATS:

*H. George McKenzie* pour l'appellant.  
*Ian S. MacGregor* et *Kathleen Lyons* pour l'intimée.

PROCUREURS:

*Felesky Flynn*, Calgary, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (*dissident*): Je ne peux souscrire aux conclusions de mon collègue.

La question en litige est simple mais importante. Le produit de la vente de la résidence principale d'un contribuable est exempté de l'impôt sur le gain en capital par l'alinéa 40(2)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 17)]. Il échet d'examiner en l'espèce quelle superficie de terre peut être incluse dans la résidence principale du contribuable au regard de l'alinéa 54g) [mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 14] de la même Loi.

L'appellant, Elmar Augart, a acheté en 1966 pour 50 000 \$ un terrain de 8,99 acres sur lequel se trouvait une maison. Selon le règlement de zonage en vigueur à l'époque, il lui fallait avoir un minimum de trois acres pour occuper la résidence qui se trouvait sur ce fonds de terre, un modeste bungalow avec trois chambres à coucher. L'appellant occupait cette maison jusqu'en 1980, date à laquelle il l'a vendue pour 899 000 \$ à la ville de Calgary qui en avait besoin pour un projet de construction routière. Toujours en 1980, avant que la propriété ne fût vendue, un nouveau règlement de zonage avait été adopté qui fixait à 80 acres la superficie minimum pour les résidences. L'appellant était cependant exempté de l'application de ce règlement du fait que sa résidence représentait un usage dérogatoire, ce qui lui permettait de conti-



The appellant contends that the entire 8.99 acres should be exempt from tax as part of his principal residence, whereas the Crown supports the decision of Mr. Justice Strayer [(1992), 92 DTC 6610 (F.C.T.D.)], reversing the Tax Court [[1989] 1 C.T.C. 2353], to the effect that only three acres were part of the principal residence, the remaining 5.99 acres being subject to capital gains tax. In my view, Mr. Justice Strayer was correct in concluding that only three acres were properly included as part of his principal residence and exempt from tax.

Paragraph 40(2)(b) of the *Income Tax Act* exempts a taxpayer from paying capital gains tax on the disposition of a principal residence. The definition of principal residence is set out in paragraph 54(g) of the *Income Tax Act*. The relevant part of paragraph 54(g) provides:

54. . . .

(g) . . . "principal residence" of a taxpayer for a taxation year shall be deemed to include . . . the land subjacent to the housing unit and such portion of any immediately contiguous land as may reasonably be regarded as contributing to the taxpayer's use and enjoyment of the housing unit as a residence, except that where the total area of the subjacent land and of that portion exceeds one acre, the excess shall be deemed not to have contributed to the individual's use and enjoyment of the housing unit as a residence unless the taxpayer establishes that it was necessary to such use and enjoyment;

Under this definition, the ordinary situation is one in which the taxpayer sells a principal residence with less than one acre of land. In that event, the entire property will be treated as part of the principal residence and will be exempted from capital gains tax as long as it "may reasonably be regarded as contributing to the taxpayer's use and enjoyment of the housing unit as a residence".

However, if the principal residence sits on more than one acre, paragraph 54(g) deems the acreage above that amount "not to have contributed to the individual's use and enjoyment of the housing unit as

nuer à vivre sur sa parcelle de 8,99 acres. Durant tout le temps où il en était propriétaire, il lui était interdit de la morceler.

L'appelant soutient que la totalité des 8,99 acres devait être exonérée puisque cette superficie faisait partie de sa résidence principale; de son côté, la Couronne fait valoir le jugement par lequel le juge Strayer [(1992), 92 DTC 6610 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] a infirmé la décision de la Cour de l'impôt [[1989] 1 C.T.C. 2353], par ce motif que 3 acres seulement faisaient partie de la résidence principale et que les 5,99 acres restantes étaient soumises à l'impôt. À mon avis, le juge Strayer a eu raison de conclure que seulement 3 acres pouvaient être considérées comme faisant partie de la résidence principale et, de ce fait, exemptées d'impôt.

L'alinéa 40(2)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* exempte de l'impôt sur le gain en capital, le produit de la vente de la résidence principale. La définition de résidence principale figure à l'alinéa 54g) de la même Loi, dont voici le passage applicable en l'es-

54. . . .

g) . . . la «résidence principale» d'un contribuable pour une année d'imposition est réputée comprendre le fonds de terre sur lequel repose le logement et toute partie d'un fonds de terre contigu qui peut raisonnablement être considéré comme facilitant au contribuable l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence, sauf que, si la superficie totale du fonds de terre sous-jacent et de cette partie dépasse une acre, l'excédent est réputé ne pas avoir facilité au particulier l'usage et la jouissance du logement considéré comme résidence, à moins que le contribuable ne prouve que cet excédent était nécessaire à cet usage et à cette jouissance;

Dans le cadre de cette définition, le cas ordinaire est celui où le contribuable vend sa résidence principale qui occupe moins d'une acre. Dans ce cas, la propriété tout entière est considérée comme faisant partie de la résidence principale et est exemptée de l'impôt sur le gain en capital, tant qu'elle «peut raisonnablement être considéré[e] comme facilitant au contribuable l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence».

Si cependant la résidence principale occupe un terrain de plus d'une acre, l'excédent est réputé, aux termes de l'alinéa 54g), «ne pas avoir facilité au particulier l'usage et la jouissance du logement consi-

a a residence, unless the taxpayer establishes that it was necessary to such use and enjoyment". In that event, the taxpayer will be exempted from capital gains tax on the amount of the land shown to be necessary for the use and enjoyment of the housing unit as a residence. To get an exemption for more than one acre is a "difficult task", which is subject to a "stringent test."

The effect of paragraph 54(g) was well summarized by Christie A.C.J.T.C. in *Rode (E and E) v. MNR*, [1985] 1 CTC 2324 (T.C.C.), at page 2326:

... [t]he area encompassed by a principal residence is a variable depending upon the pertinent circumstances. I am also of the view that the test to be applied in determining what that area is, is flexible . . . if the taxpayer is not contending that the subjacent and immediately contiguous land comprising his principal residence exceeds one acre. In such cases significant weight should be attached in favour of an appellant to credible evidence that can be sensibly regarded as making the kind of contribution described [in paragraph 54(g)]. If, on the other hand, the appellant is contending that the parameters of his principal residence exceed one acre, he is faced with a significantly altered and more difficult task. In these circumstances the law provides that the excess shall be *deemed* not to have contributed to the appellant's use and enjoyment of the housing unit as a residence unless he establishes that it was *necessary* to such use and enjoyment. The emphasized words are key. The word "deemed" in paragraph 54(g) has this consequence. Even if an appellant establishes beyond controversy that what exceeds one acre did in fact make an important contribution to his use and enjoyment of the housing unit as a residence, this does not assist him because the fact has been nullified by the legislation unless he proves necessity. Therefore what an appellant must do in order to establish that his principal residence exceeds one acre is to prove that the excess was "necessary" to the use and enjoyment of the housing unit as a residence. I believe that in its context this requirement dictates that a stringent test shall be applied in determining the acreage of a principal residence.

This is a sensible approach to deciding the amount of land that may be treated as part of a principal residence under paragraph 54(g). This provision, along with paragraph 40(2)(b), was included in the *Income Tax Act* primarily to protect ordinary homeowners who sell their residences. It was not intended as a tax bonanza to the owners of large estates. Parliament demonstrated this when it set the one-acre dividing line, which amount of land is more than that surrounding the vast majority of homes in Canada today. Paragraph 54(g) of the Act allows for exceptions to

déré comme résidence, à moins que le contribuable ne prouve que cet excédent était nécessaire à cet usage et à cette jouissance». Dans ce dernier cas, le contribuable aura droit à l'exemption de l'impôt sur le gain en capital pour la superficie dont il aura prouvé qu'elle était nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence. Obtenir l'exemption pour plus d'une acre est une «tâche difficile», laquelle est soumise à un «critère rigoureux».

Les effets de l'alinéa 54g) ont été bien résumés par le juge en chef adjoint Christie de la Cour canadienne de l'impôt dans *Rode (E et E) c. MRN*, [1985] 1 CTC 2324 (C.C.I.), à la page 2326, comme suit:

... la superficie qu'occupe une résidence principale varie selon les circonstances. J'estime également que le critère à appliquer pour déterminer cette superficie n'est pas rigide si le contribuable ne prétend pas que le fonds de terre sur lequel repose sa résidence principale et qui est contigu à celle-ci dépasse une acre. Dans ce cas, nous devons accorder un poids considérable à toute preuve plausible favorable à l'appelant, qui peut raisonnablement être considérée comme le genre d'aide décrit [à l'alinéa 54g)]. Par contre, si celui-ci affirme que les limites de sa résidence principale dépassent une acre, il doit s'acquitter d'un fardeau sensiblement différent et beaucoup plus lourd. Dans ce cas-là, la loi prévoit que l'excédent est *réputé* ne pas lui avoir facilité l'usage et la jouissance du logement considéré comme résidence, à moins qu'il ne prouve que cet excédent était *nécessaire* à cet usage et à cette jouissance. Les mots soulignés sont essentiels. Le terme «réputé» figurant à l'alinéa 54g) entraîne cette conséquence. Même si un appellant établit clairement que la partie du terrain qui excède une acre lui a en fait grandement facilité l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence, ce fait ne lui est d'aucune utilité en raison de la loi, à moins qu'il ne prouve que cet excédent était nécessaire. Par conséquent, pour réussir à établir que sa résidence principale excède une acre, il doit prouver que l'excédent était «nécessaire» à l'usage et à la jouissance du logement en tant que résidence. À mon sens, cette exigence considérée dans son contexte prescrit l'application d'un critère rigoureux pour déterminer la superficie d'une résidence principale.

Il s'agit là d'une approche judicieuse pour décider quelle superficie de terre peut être considérée comme faisant partie de la résidence principale au regard de l'alinéa 54g). Cette disposition, ainsi que l'alinéa 40(2)(b), a été incluse dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour protéger au premier chef les propriétaires ordinaires qui vendent leur résidence. Elle n'était pas destinée à servir de prime fiscale aux propriétaires de grands domaines. Le législateur a marqué sa volonté en ce sens lorsqu'il a fixé la limite d'une acre, qui est bien plus que la superficie du terrain entourant la

the one-acre standard, but only in those rare circumstances where more than one acre is necessary for the use and enjoyment of the housing unit as a residence.

This exception clearly does not apply where greater acreage merely contributes to the use and enjoyment of the housing unit (*Rudeloff (C) v. MNR*, [1984] CTC 2674 (T.C.C.)). Every one would enjoy their homes more if the lots were larger, but this does not mean that the capital gains tax upon sale can be reduced because of that.

The exception described in paragraph 54(g) is aimed only at situations where extra land beyond one acre is necessary for the use and enjoyment of the housing unit as a residence. One example furnished by counsel for the Crown was where more than one acre is required for a driveway to reach the house. Another supplied by him was where a house is built into the side of a hill and needs more than one acre to support it. There are certainly numerous other situations akin to these.

A further situation that has been developed in the jurisprudence is where it is impossible to occupy a residence on a parcel of land less than one acre because of a local by-law to that effect. In *R. v. Yates*, [1983] 2 F.C. 730 (T.D.); affd [1986] 2 C.T.C. 46 (F.C.A.), the taxpayers were forced to purchase a 10-acre parcel of land on which to build their home because of a zoning by-law which stipulated that 10 acres was the minimum residential parcel then permitted. In order to occupy a residence in that community, therefore, a property owner was required to own at least 10 acres of land. When the Yates sold the bulk of their land to the Crown to avoid expropriation, a dispute arose as to whether the proceeds of disposition were taxable as a capital gain or exempt as proceeds from the sale of a principal residence. Mahoney J., at page 732, *supra*, concluded:

The defendants could not legally have occupied their housing unit as a residence on less than ten acres. It follows that the entire ten acres, subjacent and contiguous, not only "may rea-

grande majorité des maisons au Canada de nos jours. L'alinéa 54g) de la Loi permet de déroger à la norme d'une acre, mais seulement dans les rares cas où une superficie supérieure est nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence.

Cette exception ne s'applique évidemment pas lorsqu'une superficie plus grande ne fait que contribuer à l'usage et à la jouissance du logement (*Rudeloff (C) c. MNR*, [1984] CTC 2674 (C.C.I.)). Tout chacun jouirait davantage de sa maison si le terrain était plus grand, mais cela ne signifie pas que l'impôt sur le gain en capital réalisé à la vente peut être réduit pour cette raison.

L'exception prévue à l'alinéa 54g) ne vise que les cas où l'excédent de terre au-delà d'une acre est nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence. L'exemple donné à ce sujet par l'avocat de la Couronne est celui où une superficie de plus d'une acre était nécessaire vu l'aménagement d'une allée carrossable d'accès à la maison. Un autre exemple donné est celui de la maison bâtie à flanc de coteau, qui avait besoin de plus d'une acre pour avoir une fondation solide. Il y a certainement de nombreux autres cas semblables.

Un autre cas illustré par la jurisprudence est celui où un règlement municipal fait qu'il est impossible d'occuper une résidence sur une parcelle de moins d'une acre. Dans *R. c. Yates*, [1983] 2 C.F. 730 (1<sup>re</sup> inst.); confirmée [1986] 2 C.T.C. 46 (C.A.F.), les contribuables étaient contraints, pour construire leur maison, d'acheter une parcelle de dix acres parce que selon le règlement de zonage en vigueur à l'époque, c'était là la superficie minimum requise pour un terrain à usage résidentiel. Pour être à même d'occuper une résidence dans cette localité, tout propriétaire était tenu d'avoir une parcelle d'au moins dix acres. Lorsque les Yates vendirent la plus grande partie de leur terrain à la Couronne afin d'éviter l'expropriation, un litige s'est fait jour sur la question de savoir si le produit de la vente était imposable au titre du gain en capital ou exempté d'impôt en tant que produit de la vente de la résidence principale. Le juge Mahoney a tiré à la page 732, *supra*, la conclusion suivante:

Les défendeurs ne pouvaient légalement occuper leur logement à titre de résidence sur une superficie inférieure à dix acres. Il s'ensuit non seulement que l'on «peut raisonnable-

sonably” be regarded as contributing to their use and enjoyment of their housing unit as a residence; it must be so regarded. It also follows that the portion in excess of one acre was necessary to that use and enjoyment.

I feel obliged to observe, with respect, that I entertain doubts about the correctness of certain aspects of the *Yates* decision, including the so-called objective test, but, even if it is right, it does not resolve the issue in this case. In *Yates*, the minimum acreage required in order for the Yates to occupy their residence was 10 acres from the date of acquisition and throughout their ownership of the property to the moment before disposition. The decision alleviated the perceived injustice of the situation where there was a legal impediment to the occupation of a residence, not to its sale nor subdivision.

It should be noted that at the actual time of disposition, though, the 10-acre minimum was relaxed for the Yates who sold 9.3 acres to the Government and continued to reside on the remaining 0.7 acres. Accordingly, Mr. Justice Mahoney’s statement in *Yates, supra*, at page 732, that “the critical time is the moment before disposition” is meant to distinguish between the “moment before disposition”—when 10 acres was the required minimum—and the “actual time of disposition”—when only .7 acres sufficed in order to occupy the residence. In choosing between the moment before disposition and the actual time of disposition, the *Yates* decision did not address the implications of changes between the date of acquisition and the date of disposition of the minimum required acreage for occupying a residence. This is not surprising, since the minimum acreage required to occupy the residence in the *Yates* case remained constant throughout the ownership of the property.

The same is not true in this case where the initial minimum requirement of three acres under the zoning by-laws was later raised. Fourteen years after Mr. Augart purchased his property, a by-law came into force changing the zoning from RC—Residential Country to UR—Urban Reserve District, raising the

ment» considérer que l’ensemble des dix acres, sous-jacents et contigus, facilite au contribuable l’usage et la jouissance du logement à titre de résidence, mais aussi qu’il faut conclure en ce sens. Il s’ensuit également que l’excédent était nécessaire à cet usage et à cette jouissance.

a

Je dois avouer que j’ai des doutes quant au bien-fondé de certaines conclusions de la décision *Yates*, dont celle portant sur le soi-disant critère objectif, mais quand bien même elle serait judicieuse, elle ne contribue pas à la solution de la question qui nous intéresse en l’espèce. Dans *Yates*, la superficie minimum du terrain que les Yates devaient avoir afin d’y occuper leur résidence était de dix acres tout au long de la période où ils en étaient les propriétaires, depuis le moment de l’acquisition jusqu’au moment précédant l’aliénation. Cette décision palliait l’injustice apparente du cas où il y avait un obstacle juridique à l’occupation, et non pas à la vente ou au morcellement.

d

Il y a lieu de noter qu’au moment même de l’aliénation, les Yates se sont vu accorder une dispense de la règle du minimum de dix acres: ils ont vendu 9,3 acres au gouvernement et ont continué à vivre sur le terrain restant de 0,7 acre. La conclusion tirée par le juge Mahoney dans *Yates, supra*, en page 732, savoir qu’«il faut prendre en considération la période qui a précédé la disposition», signifie qu’il faut distinguer entre la «période qui a précédé la disposition»—où la superficie minimum requise était de dix acres—et le «moment de la disposition effective»—où un terrain de 0,7 acre était suffisant pour permettre l’occupation de la résidence. En choisissant entre le moment précédant l’aliénation et le moment même où elle-ci eut lieu, la décision *Yates* n’a pas pris en considération les conséquences possibles des changements, entre la date de l’acquisition et celle de l’aliénation, dans la superficie minimum requise pour l’occupation de la résidence. Cela n’a rien d’étonnant puisque dans l’affaire *Yates*, la superficie minimum requise est restée la même pendant tout le temps où les deux contribuables étaient propriétaires du terrain.

i

Il n’en est pas de même dans l’affaire en instance où le minimum initial de trois acres, prévu au règlement de zonage, a été relevé par la suite. Quatorze ans après que M. Augart eut acheté la propriété, un règlement est entré en vigueur qui fit passer le zonage de RC—Zone résidentielle rurale à UR—District de

j

minimum required acreage for occupying a residence to 80 acres. Owing only 8.99 acres, Mr. Augart was granted a non-conforming use exemption which allowed him to continue to occupy his residence. Under this exemption, the minimum acreage on which Mr. Augart was able to reside was 8.99 acres. Yet at the time when the appellant purchased his property, and throughout most of the period of his ownership of that property, Mr. Augart was only compelled to hold three acres in order to occupy his residence. This fact must be considered relevant to determining the amount of land necessary for the use and enjoyment of the appellant's principal residence. I agree, therefore, with Mr. Justice Robertson that, while the date of disposition may be the appropriate date in most cases, it should not be considered definitive.

In argument before us, the Crown submitted that the three acres, which the appellant was required to own in order to occupy his residence at the time of acquisition and throughout most of his ownership of the property, is the amount of land necessary for the use and enjoyment of the housing unit as a residence. That was the conclusion reached by Mr. Justice Strayer in the Court below [at page 6612]:

In the present case the minimum amount of property upon which the taxpayer was entitled to have a residence in 1980, after the bylaw had been amended, was the minimum permitted by the previous bylaw. It was holdings which conformed to the minimum of the previous bylaw, namely those of 3 acres, whose legality was continued by the "grandfather" provision in the 1980 bylaw. It is true that the taxpayer here had always owned more than the minimum but the 5.99 acres in excess of that minimum would not, objectively, have been regarded as part of the principal residence prior to the adoption of the bylaw on March 31, 1980. Presumably, the taxpayer could have disposed of that remaining property for residential purposes prior to the adoption of the new bylaw. I see no reason why, with the adoption of the new bylaw, the taxpayer should suddenly become entitled to a windfall of an additional 5.99 acres of principal residence when he was quite legally entitled, by virtue of the non-conforming use provision to continue to reside on 3 acres after the coming into force of the bylaw and at the time of the actual disposition. I think this conclusion is also consistent with *H.M. the Queen v. Joyner*, [1988] 2 C.T.C. 280 (F.C.T.D.).

réserve urbaine et porta à 80 acres la superficie minimum requise pour l'occupation d'une résidence. Étant le propriétaire de 8,99 acres seulement, M. Augart s'est vu accorder une exemption d'usage dérogatoire qui lui permettait de continuer à occuper sa résidence. En vertu de cette exemption, la superficie minimum sur laquelle M. Augart pouvait habiter était de 8,99 acres. Il se trouve cependant qu'au moment où il acquit son fonds de terre et durant presque tout le temps où il en était le propriétaire, il n'était tenu d'avoir que trois acres pour occuper sa résidence. C'est ce qu'il faut prendre en considération pour décider quelle superficie était nécessaire à l'usage et à la jouissance de la résidence principale de l'appellant. Je dois convenir à ce propos avec le juge Robertson que si la date de l'aliénation est celle qui compte dans la plupart des cas, il ne faut pas la considérer comme déterminante.

Dans son argumentation devant la Cour, la Couronne soutient que les trois acres, que l'appellant était tenu d'avoir pour occuper sa résidence au moment de l'acquisition et pendant presque tout le temps où il était le propriétaire du fonds de terre, constituaient la superficie nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence. Telle a été la conclusion tirée par le juge Strayer en première instance [à la page 6612]:

En l'espèce, la superficie minimale de terrain sur laquelle le contribuable avait le droit d'avoir une résidence en 1980, après la modification du règlement, était le minimum autorisé par le règlement précédent, c'est-à-dire 3 acres. La légalité de cette superficie a été prorogée par la disposition relative aux droits acquis prévue dans le règlement de 1980. Il est vrai que le contribuable en l'espèce avait toujours possédé une superficie supérieure au minimum; cependant, la superficie de 5,99 acres qui dépassait ce minimum n'aurait pas été objectivement considérée comme faisant partie de la résidence principale avant l'adoption du règlement, le 31 mars 1980. Je présume que le contribuable aurait pu disposer de la fraction restante de ce terrain, à des fins résidentielles, avant l'adoption du nouveau règlement. Je ne vois pas pourquoi, à cause de l'adoption du nouveau règlement, le contribuable devrait tout à coup avoir droit à un bénéfice exceptionnel d'une superficie supplémentaire de 5,99 acres de résidence principale, alors qu'il avait légalement le droit, en vertu de la disposition relative à l'usage dérogatoire, de continuer à résider sur le terrain de 3 acres après l'entrée en vigueur du règlement et au moment de la disposition effective. Je crois que cette conclusion est également conforme au jugement *S.M. La Reine c. Joyner*, [1988] 2 C.T.C. 280 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Therefore the *Yates* decision properly applied means that objectively the minimum amount of land associated with the principal residence would be 3 acres, the minimum amount which the owner of any residence in this area was entitled to continue to live on as a non-conforming use under the bylaw of March 31, 1980.

I agree with these reasons to the effect that the three-acre minimum is the amount of land that was necessary for the use and enjoyment of the appellant's housing unit as a residence. Therefore, Mr. Augart should be entitled to claim three acres of land as part of his principal residence exemption, with the remaining 5.99 acres subject to capital gains tax.

It was urged upon us by counsel for the appellant that the subdivision requirements in place during the appellant's ownership of the property, which prevented him from subdividing and selling a section of his land, meant that the appellant was forced to purchase and own the entire 8.99 acres. With respect, the authorities do not persuade me of the correctness of counsel's position; rather they more strongly support the contrary conclusion. In *Windrim (G.M.) v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 271 (F.C.T.D.), at page 279, Mr. Justice Muldoon observed:

Finally the plaintiff . . . pleads that he could not subdivide the land but had to sell it *en bloc*, if it were to be sold. The Court asks, so what? Is the result not in sweet accord with the intent of the legislator and with the provisions of the legislation? . . .

That he could not sever them for separate sale . . . produces a result quite consonant with the better administration of this law of Canada, the *Income Tax Act*.

The same point was made by the Court in *Watson (SK and T) v. MNR*, [1985] 1 CTC 2276 (T.C.C.), at page 2278 where Bonner T.C.J. stated:

In my view the definition of "principal residence" contained in paragraph 54(g) is such that considerations as to what can lawfully and effectively be conveyed are irrelevant. The amount of land which contributes to the use and enjoyment of a housing unit is not, by paragraph 54(g) of the *Income Tax Act*, made to depend on what can lawfully be bought and sold.

Consequently, it is the language of the *Income Tax Act* that governs liability for tax, not the municipal subdivision by-laws that happen to be in force at the time.

Par conséquent, l'arrêt *Yates* signifie, en réalité, que la superficie minimale de fonds de terre associée à la résidence principale serait objectivement de 3 acres, c'est-à-dire la superficie minimale que le propriétaire d'une résidence dans cette zone avait le droit d'occuper à titre d'usage dérogatoire, conformément au règlement du 31 mars 1980.

Je partage cette conclusion, savoir que le minimum de trois acres représentait la superficie nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence de l'appelant. Il s'ensuit que M. Augart peut réclamer l'exemption d'impôt pour ces trois acres au titre de sa résidence principale, les 5,99 acres restantes étant soumises à l'impôt sur le gain en capital.

L'avocat de l'appelant soutient que les restrictions de morcellement en vigueur à l'époque où celui-ci était propriétaire du fonds de terre, l'empêchaient de démembrement le terrain et d'en vendre une partie, ce qui signifie qu'il était contraint d'acheter la totalité des 8,99 acres et d'en conserver la propriété. Les précédents cités ne démontrent pas à mes yeux le bien-fondé de cette thèse; au contraire ils engagent fortement à la conclusion contraire. Dans *Windrim (G.M.) c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 271 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) à la page 279, le juge Muldoon a fait l'observation suivante:

Enfin, le demandeur . . . prétend qu'il ne pouvait pas lotir le terrain mais, en cas de vente, aurait dû le vendre en bloc. La Cour ne voit pas où veut en venir le demandeur. Le résultat obtenu n'est-il pas en parfait accord avec l'intention du législateur et les dispositions de la loi? . . .

Le fait qu'il n'ait pas pu les disjointre pour les vendre séparément . . . aboutit à un résultat parfaitement conforme à la loi canadienne intitulée *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La même conclusion a été tirée par le juge Bonner de la Cour canadienne de l'impôt dans *Watson (SK et T) c. MRN*, [1985] 1 CTC 2276 (C.C.I.), à la page 2278:

À mon avis, la «résidence principale» est définie de façon telle, à l'alinéa 54g), que ce qui peut légalement et effectivement être transféré n'entre pas en ligne de compte. La superficie du terrain qui contribue à l'usage et à la jouissance d'un logement ne dépend pas, d'après l'alinéa 54g) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de ce qui peut légalement être acheté et vendu.

En conséquence, ce sont les termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et non pas le règlement municipal de lotissement en vigueur au moment considéré, qui déterminent l'obligation fiscale.

This view was echoed in *S.E. Lewis Estate v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2011 (T.C.C.) where the Court specifically distinguished *Yates* on the basis that the latter involved minimum requirements for occupying a residence while the former involved subdivision requirements. Similarly, in *Rudeloff (C) v. MNR*, [1984] CTC 2674 (T.C.C.) the Court permitted only one acre to be included with the principal residence even though the minimum parcel into which land could be subdivided was five acres.

A contrary view was entertained in *Raper (S.J.) Estate v. M.N.R.*, [1986] 2 C.T.C. 2052 (T.C.C.) and in *Michael (S) v. MNR*, [1985] 2 CTC 2122 (T.C.C.), although in the latter case there was a suggestion that the limitation on severance was economic rather than legal.

A number of other cases have avoided the issue, because there were no subdivision restrictions in place either at the time of acquisition or at the time of disposition (*Joyner v. M.N.R.*, [1989] 1 F.C. 306 (T.D.)); because there was only an economic restraint on subdivision not a legal restriction (*James (HM and RC) v. MNR*, [1985] 2 CTC 2001 (T.C.C.)); or, because there was no evidence of a restriction on subdividing the land in question (*D.J. Mintenko v. Canada*, [1989] 1 C.T.C. 40 (F.C.T.D.)).

I am, therefore, not persuaded that subdivision requirements affecting the purchase and sale of land determine the tax consequences of a disposition of a principal residence. The ability to buy or sell a parcel of land and the ability to occupy that land are two different things. And, while it is clear that the right of alienation is a feature of the right to enjoy one's land, that cannot govern the tax consequences of selling a principal residence. According to paragraph 54(g) of the *Income Tax Act*, the tax consequences flow from whether the land is necessary for the use and enjoyment of a housing unit as a principal residence. The right of alienation of land may have to do with the enjoyment of the land but it does not concern the enjoyment of the housing unit as a principal resi-

Cette vue se retrouve dans *Succession S.E. Lewis c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2011 (C.C.I.) où la Cour canadienne de l'impôt a expressément distingué l'affaire en instance de la cause *Yates* par ce motif que cette dernière portait sur la superficie minimum requise pour l'occupation d'une résidence, alors que la première portait sur les conditions de lotissement. De même, dans *Rudeloff (C) c. MRN*, [1984] CTC 2674 (C.C.I.), la Cour n'autorisait que l'inclusion d'une acre dans la résidence principale bien que la superficie minimum des parcelles qui pourraient résulter d'un démembrement du terrain fût fixée à cinq acres.

L'avis contraire est illustré par les décisions *Succession Raper (S.J.) c. M.R.N.*, [1986] 2 C.T.C. 2052 (C.C.I.) et *Michael (S) c. MRN*, [1985] 2 CTC 2122 (C.C.I.), bien que dans cette dernière cause, la limitation relative au morcellement semblât motivée par des considérations économiques et non pas juridiques.

D'autres décisions n'ont pas prononcé sur cette question parce qu'il n'y avait aucune restriction de morcellement en vigueur au moment de l'acquisition ou au moment de l'aliénation (*Joyner c. M.R.N.*, [1989] 1 C.F. 306 (1<sup>re</sup> inst.)); parce que la restriction de morcellement était économique et non juridique (*James (HM et RC) c. MRN*, [1985] 2 CTC 2001 (C.C.I.)); ou parce qu'il n'y avait aucune preuve que le terrain en cause était soumis à une restriction quelconque en matière de morcellement (*D.J. Mintenko c. Canada*, [1989] 1 C.T.C. 40 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

Je ne pense donc pas que les conditions de lotissement affectant l'achat et la vente d'un fonds de terre déterminent les conséquences fiscales de l'aliénation de la résidence principale. La possibilité d'acheter ou de vendre une parcelle de terre n'a rien à voir avec l'autorisation de l'occuper. Et s'il est indiscutable que le droit de disposition est un élément du droit de jouissance d'un fonds de terre, il ne régit pas les conséquences fiscales de la vente de la résidence principale. Aux termes de l'alinéa 54g) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ces conséquences fiscales découlent de la question de savoir si le fonds de terre est nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement à titre de résidence principale. Le droit d'aliéner le fonds de terre peut bien être un élément de la jouissance de ce

dence. I am of the view, then, that subdivision requirements affecting the purchase and sale of land are not relevant for determining whether more than one acre is necessary for the use and enjoyment of the principal residence in order to avoid the capital gains tax consequences upon disposition.

Accordingly, I would dismiss the appeal, with costs.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A.: The appellant maintains that he is entitled to a tax-free capital gain on the sale of his home and surrounding lands encompassing 8.99 acres. For the most part, the legal issues to be addressed herein are of little relevance to those who have opted for the advantages associated with urban living. Under the *Income Tax Act*, the disposition of a family home that qualifies as a "principal residence", composed of subjacent and contiguous land not exceeding one acre in area, is exempt from capital gains treatment provided that such land may reasonably be regarded as contributing to the taxpayer's use and enjoyment of his or her home.<sup>1</sup> (The Act [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 23; 1985, c. 45, s. 23] now reads "½ hectare" (1.24 acres)).

<sup>1</sup> S. 54(g) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 as amended, reads:

54. . . .

(g) . . . for the purposes of this paragraph the "principal residence" of a taxpayer for a taxation year shall be deemed to include, except where the property consists of a share of the capital stock of a co-operative housing corporation, the land subjacent to the housing unit and such portion of any immediately contiguous land as may reasonably be regarded as contributing to the taxpayer's use and enjoyment of the housing unit as a residence, except that where the total area of the subjacent land and of that portion exceeds one acre, the excess shall be deemed not to have contributed to the individual's use and enjoyment of the housing unit as a residence unless the taxpayer establishes that it was necessary to such use and enjoyment;

fonds, mais n'a rien à voir avec la jouissance du logement à titre de résidence principale. Je conclus donc que les conditions de lotissement affectant l'achat et la vente du fonds de terre n'entrent pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si plus d'une acre est nécessaire à l'usage et à l'utilisation de la résidence principale, en vue de l'exemption de l'impôt sur le gain en capital à la vente.

Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: L'appelant soutient qu'il a droit à l'exemption de l'impôt sur le gain en capital réalisé à la vente de sa maison et du terrain sur lequel elle est bâtie, d'une superficie totale de 8,99 acres. La plupart des points de droit à trancher en l'espèce ne présentent guère d'intérêt pour ceux qui ont opté pour les avantages de la vie en milieu urbain. Sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le produit de la vente de la demeure familiale, qui a tous les attributs d'une «résidence principale» et dont le terrain sous-jacent et contigu ne dépasse pas une acre, est exempté de l'impôt sur le gain en capital à condition que ce terrain puisse être raisonnablement considéré comme facilitant au contribuable l'usage et la jouissance de ce logement<sup>1</sup>. (La Loi [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 23; 1985, ch. 45, art. 23] telle qu'elle est en vigueur à l'heure actuelle prévoit

<sup>1</sup> L'art. 54g) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, ensemble ses modifications, prévoit entre autres ce qui suit:

54. . . .

g) . . . aux fins du présent alinéa, la «résidence principale» d'un contribuable pour une année d'imposition est réputée comprendre, sauf dans le cas où le bien consiste en une action du capital-actions d'une coopérative d'habitation constituée en corporation, le fonds de terre sur lequel repose le logement et toute partie d'un fonds de terre contigu qui peut raisonnablement être considéré comme facilitant au contribuable l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence, sauf que, si la superficie totale du fonds de terre sous-jacent et de cette partie dépasse une acre, l'excédent est réputé ne pas avoir facilité au particulier l'usage et la jouissance du logement considéré comme résidence, à moins que le contribuable ne prouve que cet excédent était nécessaire à cet usage et à cette jouissance;



With respect to lot size, most urban residential properties will not exceed the prescribed limit. However, in the case of rural properties, and those that would have remained as such were it not for the phenomenon of urban sprawl, lot sizes frequently exceed one acre. As a result, the intricacies of the tax legislation cannot be avoided in the event of a sale at a gain. In order to claim a capital gains exemption for land in excess of one acre the taxpayer faces the onerous task of establishing that the excess was “necessary” to the use and enjoyment of the housing unit as a residence.

Arguably, the acreage prescribed by the *Income Tax Act* fails to reflect the reality of rural living and also the extent to which provincial and municipal governments are able to regulate the development and use of land. The opposing policy argument is premised on the understanding that planning restrictions cannot be invoked as a legal basis to insulate substantial tracts of land from capital gains treatment.

This appeal must necessarily focus on the relevance of land use legislation when determining whether the sale of the 8.99 acres may be deemed a disposition of a principal residence or, alternatively, whether any of the lands in excess of one acre qualify for the capital gains exemption.

### BACKGROUND

In 1966, the appellant acquired an 8.99 acre parcel of land on which a modest three-bedroom bungalow (30 feet x 40 feet) had been constructed. The purchase price was \$50,000. At the time of purchase, the land was zoned “RC—Country Residential District”, pursuant to Zoning By-law 4916 of the City of Calgary (hereinafter referred to as the “original by-

une superficie totale admissible d’un demi-hectare (1,24 acre)).

En ce qui concerne la superficie du terrain, rares sont les résidences urbaines qui dépassent la limite prescrite. Par contre, les propriétés rurales et celles qui seraient demeurées telles n’eût été le phénomène de l’extension urbaine dépassent souvent une acre. Ce qui fait qu’on se heurte inévitablement aux complexités de la législation fiscale en cas de vente avec bénéfice. Pour pouvoir prétendre à l’exemption de l’impôt sur le gain en capital réalisé à la vente d’un fonds de terre excédant une acre, le contribuable doit s’acquitter de la lourde charge qui lui incombe de prouver que l’excédent était «nécessaire» à l’usage et à la jouissance du logement à titre de résidence.

On pourrait soutenir que la superficie fixée par la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne tient pas compte de la réalité de la vie rurale ni du pouvoir qu’ont les autorités provinciales et municipales de réglementer le lotissement et l’utilisation des terres. L’argument politique opposé est fondé sur le postulat qu’on ne saurait invoquer les restrictions en matière d’aménagement du territoire comme moyen de droit pour soustraire d’importantes parcelles de terre à l’impôt sur le gain en capital.

Dans cet appel, la Cour doit nécessairement focaliser son attention sur les effets de la législation en matière d’utilisation des terres pour examiner si la vente des 8,99 acres peut être assimilée à l’aliénation d’une résidence principale ou, en d’autres termes, si une fraction quelconque du terrain excédant l’acre est admissible à l’exemption de l’impôt sur le gain en capital.

### LES FAITS DE LA CAUSE

En 1966, l’appelant acheta pour 50 000 \$ un terrain de 8,99 acres sur lequel se trouvait un modeste bungalow (30 pieds x 40 pieds) avec trois chambres à coucher. Au moment de l’achat, le terrain était classé «RC—Country Residential District» (zone résidentielle rurale) en application du Règlement de zonage 4916 de la ville de Calgary (ci-après appelé le «règle-

law"). With respect to minimum lot size, this by-law dictated that no building could be located on a site less than three acres in area.<sup>2</sup> It also prohibited the subdivision of lands if the parcel to be subdivided was less than 10 acres in size.<sup>3</sup>

After 1966, the appellant acquired a number of out buildings which he moved to or constructed on the property. These buildings included a barn made of two double garages, a well house, a shed to shelter livestock, a granary to store feed, a tool shed and a greenery made of two single garages with a common glass roof.

From the date of purchase until the property was sold in 1980, the appellant carried on an egg-jobbing operation out of his home and garage. He would purchase eggs from farmers, re-sort them and then sell them to commercial purchasers such as local restaurants. From time to time, the appellant kept riding horses for his personal use and that of his wife. He also carried on a small farming business which involved raising and selling from time to time pigs, horses, calves, turkeys, etc. However, the appellant's principal source of income was derived from egg jobbing.<sup>4</sup>

On March 3, 1980, the city of Calgary enacted By-law 2P80, a zoning by-law, which came into effect on March 31, 1980 (hereinafter referred to as the "replacement by-law"). Pursuant to this by-law, the appellant's lands were designated "UR—Urban Reserve District". Under that designation the minimum site area for a single detached dwelling was 32 hectares (80 acres). The purpose of the "UR" zone was to protect against the premature subdivision of lands and future small scale developments. The replacement by-law deemed any existing sites less

<sup>2</sup> See Appeal Book II, at p. 141, Exhibit R-5, Zoning By-Law 4916 City of Calgary, Table "C". This minimum lot size applied to unserviced lots in a RC zone. From the evidence, it would appear the appellant's lands were unserviced.

<sup>3</sup> See *ibid.*, at p. 110, para. 35(2). This finding of fact is dealt with *supra*.

<sup>4</sup> The appellant did not pursue the argument that all but one acre of the lands had been used in connection with a farming business. That argument had been rejected by the Minister from the outset.

ment initial»). En ce qui concerne la superficie minimum, ce règlement prévoyait qu'aucun bâtiment n'était permis sur un terrain de moins de trois acres<sup>2</sup>. Il interdisait aussi le lotissement de terrains de moins de 10 acres<sup>3</sup>.

Après 1966, l'appelant a acquis certains bâtiments de ferme qu'il a transplantés ou érigés sur son terrain. Il s'agit d'une grange constituée de deux garages doubles, d'une cabane de puits, d'une étable, d'un grenier, d'une remise et d'une serre constituée de deux garages simples recouverts d'une toiture vitrée commune.

Entre l'achat et la vente de la propriété en 1980, l'appelant tenait un commerce d'œufs chez lui et dans son garage. Il achetait les œufs aux fermiers, les triait puis les vendait aux gros acheteurs comme les restaurants de la localité. De temps à autre, l'appelant avait dans sa propriété des chevaux de selle pour son usage personnel et celui de sa femme. Il exploitait aussi un petit élevage de cochons, de chevaux, de veaux, de dindes, etc., destinés à la vente. Sa principale source de revenu était cependant le commerce d'œufs<sup>4</sup>.

Le 3 mars 1980, la ville de Calgary a pris le règlement de zonage 2P80, lequel est entré en vigueur le 31 mars 1980 (appelé ci-après le «nouveau règlement»). Par suite de ce règlement, le fonds de terre de l'appelant a été classé «UR—Urban Reserve District» (zone de réserve urbaine), cette classification signifiant que la superficie minimum sur laquelle il était permis de bâtir une maison isolée était de 32 hectares (80 acres). Le zonage «UR» avait pour but de prévenir le lotissement prématuré des terres ainsi que le morcellement en petites parcelles à l'avenir.

<sup>2</sup> Voir dossier d'appel II, à la p. 141, pièce R-5, Règlement de zonage 4916 de la ville de Calgary, Tableau «C». Cette superficie minimum s'appliquait aux parcelles dénuées de services publics dans une zone RC, ce qui était le cas du terrain de l'appelant selon les preuves produites.

<sup>3</sup> *Ibid.*, à la p. 110, par. 35(2). Cette conclusion sur les faits est évoquée *supra*.

<sup>4</sup> L'appelant n'a pas poursuivi l'argument qu'à l'exception d'une acre, le terrain servait à l'exploitation agricole. Cet argument avait été rejeté dès le début par le ministre.

than 32 hectares as conforming.<sup>5</sup> The evidence also establishes that after March 31, 1980, the appellant could not have subdivided the 8.99-acre parcel into two or more parcels.<sup>6</sup>

On August 31, 1980, the city of Calgary purchased the appellant's lands as they were needed for a proposed highway interchange. Initially, the city offered to purchase only five of the 8.99 acres. Apparently, the appellant objected to this offer because all of the outbuildings and his home were situated on the portion to be sold to the city.<sup>7</sup> However, the latter eventually agreed to purchase the entire parcel of land for the princely sum of \$899,000. The Minister of National Revenue reassessed the appellant on the basis that the house and contiguous lands totalling three acres in area constituted the appellant's principal residence. Hence, the remaining 5.99 acres did not qualify for the capital gains tax exemption. The appellant appealed that reassessment to the Tax Court of Canada arguing that the entire parcel was exempt.

The learned Tax Court Judge was of the view that based on actual use the appellant required only one acre for the use and enjoyment of his residence. However, in light of the decision of Mahoney J. (as he then was) in *R. v. Yates*, [1983] 2 F.C. 730 (T.D.), affirmed [1986] 2 C.T.C. 46 (F.C.A.), the Tax Court Judge concluded that the entire 8.99-acre parcel qualified as his principal residence and hence the sale was exempt from capital gains treatment.

The decision of Mr. Justice Mahoney in *Yates* was regarded as "precedent-setting"<sup>8</sup> and remains as such. In fact both parties are relying on the reasoning therein to support their respective positions. At this point, it is convenient to set out the facts and reasoning in that case.

<sup>5</sup> Such a provision is unnecessary as it merely affirms a well established common law principle; see *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] S.C.R. 101.

<sup>6</sup> Transcript evidence, McKenzie, at pp. 46-48.

<sup>7</sup> Transcript evidence, Augart, at p. 20.

<sup>8</sup> 5 *Canada Tax Service* (Carswell), at pp. 54-128A.

Aux termes du nouveau règlement, les terrains déjà bâtis et qui avaient moins de 32 hectares étaient réputés conformes<sup>5</sup>. Il ressort également des témoignages produits qu'après le 31 mars 1980, l'appellant n'aurait pu morceler son terrain en deux parcelles ou davantage<sup>6</sup>.

Le 31 août 1980, la ville de Calgary a acheté le terrain de l'appellant en vue de l'aménagement d'un échangeur d'autoroute. Au début, elle n'offrait d'acheter que 5 des 8,99 acres. Il appert que l'appellant a rejeté cette offre puisque tous ses bâtiments de ferme et sa maison se trouvaient sur la parcelle que la ville voulait acheter<sup>7</sup>. Celle-ci a finalement accepté d'acheter le terrain tout entier au prix princier de 899 000 \$. Le ministre du Revenu national a établi contre l'appellant une nouvelle cotisation par ce motif que seuls la maison et le terrain contigu de 3 acres constituant sa résidence principale, les 5,99 acres restantes n'étaient pas admissibles à l'exemption de l'impôt sur le gain en capital. L'appellant a porté l'affaire devant la Cour canadienne de l'impôt en soutenant que le terrain tout entier était exonéré.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'en termes d'usage réel, l'appellant n'avait besoin que d'une acre pour l'usage et la jouissance de sa résidence. Il s'est cependant fondé par la décision rendue par le juge Mahoney (qui siégeait à l'époque à la Section de première instance) dans *R. c. Yates*, [1983] 2 C.F. 730 (1<sup>re</sup> inst.), confirmée [1986] 2 C.T.C. 46 (C.A.F.), pour décider que l'ensemble du terrain de 8,99 acres représentait la résidence principale de l'appellant et que par conséquent, le produit de la vente n'en était pas soumis à l'impôt sur le gain en capital.

La décision *Yates* du juge Mahoney a fait et fait toujours jurisprudence<sup>8</sup>. En fait l'une et l'autre parties ont cité le raisonnement qui y est tenu à l'appui de leurs arguments respectifs. Il y a donc lieu d'évoquer les faits de cette cause ainsi que le raisonnement qui a présidé à cette décision.

<sup>5</sup> Pareille disposition est inutile puisqu'elle ne fait que confirmer un principe bien établi de common law; Voir *Central Jewish Institute v. City of Toronto*, [1948] R.C.S. 101.

<sup>6</sup> Transcription des témoignages, McKenzie, aux p. 46 à 48.

<sup>7</sup> Transcription des témoignages, Augart, à la p. 20.

<sup>8</sup> 5 *Canada Tax Service* (Carswell), aux p. 54-128A.

In *Yates*, the taxpayers purchased a 10-acre parcel of vacant land on which they had constructed a home in the year of purchase (1964). At that time, the zoning by-law required that a residential lot have a minimum area of 10 acres. However, they did not use more than one acre for residential purposes. The balance was rented to a neighbouring farmer who grew crops on it. In time the by-law was amended to require a minimum of 25 acres. In 1978, the taxpayers sold 9.3 acres to the city of Guelph under the threat of expropriation. They continued to reside on the remaining .7 acre while claiming a capital gains tax exemption for the portion sold. In upholding the taxpayers' position, Mahoney J. stated [at page 732]:

In my opinion, the critical time is the moment before disposition. It is possible that a subjective test, involving the actual contribution of the immediately contiguous land to the taxpayer's use and enjoyment of the unit as residence, may be admissible. Perhaps such factors as are commonly taken into account in applying subsection 24(6) of the *Expropriation Act* could be relevant in appropriate circumstances. However, whether or not a subjective test is properly to be applied, an objective test surely is and if, in its application, it is found that the taxpayer has discharged the onus on him, it is unnecessary to consider the subjective.

The defendants could not legally have occupied their housing unit as a residence on less than ten acres. It follows that the entire ten acres, subjacent and contiguous, not only "may reasonably" be regarded as contributing to their use and enjoyment of their housing unit as a residence; it must be so regarded. It also follows that the portion in excess of one acre was necessary to that use and enjoyment.

Against this backdrop, the Tax Court Judge in the present case concluded that when determining how much property in excess of one acre can be deemed necessary for the use and enjoyment of a home one must look to the minimum amount of property legally required for a residence at the time of its disposition. He concluded that the entire 8.99 acres was the minimum amount required by law.

The finding of the Tax Court Judge was appealed by trial *de novo* to the Trial Division of this Court (now reported (1992), 92 DTC 6610 (F.C.T.D.)). The learned Trial Judge held that the meaning of the rul-

Dans *Yates*, les contribuables ont acheté un terrain non bâti de 10 acres sur lequel ils ont construit une maison au cours de l'année de l'achat (1964). À l'époque, le règlement de zonage prévoyait que les terrains résidentiels devaient avoir une superficie de 10 acres au moins. Les intéressés n'utilisaient cependant pas plus d'une acre aux fins résidentielles. Le reste était donné à bail à un agriculteur des environs qui le cultivait. Par la suite, le règlement a été modifié pour porter le minimum à 25 acres. En 1978, les contribuables vendirent à la ville de Guelph 9,3 acres qui étaient menacées d'expropriation. Ils continuaient à habiter le fonds de terre restant de 0,7 acre, tout en réclamant l'exemption de l'impôt sur le gain en capital réalisé sur la partie vendue. En faisant droit aux prétentions des contribuables, le juge Mahoney s'est prononcé en ces termes [à la page 732]:

À mon avis, il faut prendre en considération la période qui a précédé la disposition. Il se peut qu'un critère subjectif, tel que la contribution du fonds de terre contigu à l'usage et à la jouissance par le contribuable de son logement à titre de résidence, soit acceptable. Les facteurs dont on tient compte habituellement pour appliquer le paragraphe 24(6) de la *Loi sur l'expropriation* pourraient éventuellement être pris en considération dans les circonstances appropriées. Cependant, qu'il y ait lieu ou non d'appliquer un critère subjectif, il faut certainement appliquer un critère objectif et si, dans ce cas, on juge que le contribuable s'est acquitté du fardeau de la preuve, il devient inutile de prendre en considération le critère subjectif.

Les défendeurs ne pouvaient légalement occuper leur logement à titre de résidence sur une superficie inférieure à dix acres. Il s'ensuit non seulement que l'on «peut raisonnablement» considérer que l'ensemble des dix acres, sous-jacents et contigus, facilite au contribuable l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence, mais aussi qu'il faut conclure en ce sens. Il s'ensuit également que l'excédent était nécessaire à cet usage et à cette jouissance.

Vu ce précédent, le juge de la Cour de l'impôt a décidé en l'espèce que pour savoir quelle superficie en sus de l'acre peut être considérée comme nécessaire à l'usage et à la jouissance d'un logement, on doit tenir compte de la superficie minimum requise pour une résidence au moment de l'aliénation. Il en a conclu que l'ensemble des 8,99 acres était le minimum requis par la loi.

La décision du juge de la Cour de l'impôt a été portée en appel devant la Section de première instance de cette Cour qui a repris l'affaire depuis le début (décision maintenant parue dans le recuei

ing in *Yates* had been misconstrued. At page 6612, he concluded:

In the present case the minimum amount of property upon which the taxpayer was entitled to have a residence in 1980, after the bylaw had been amended, was the minimum permitted by the previous bylaw. It was holdings which conformed to the minimum of the previous bylaw, namely those of 3 acres, whose legality was continued by the "grandfather" provision in the 1980 bylaw. It is true that the taxpayer here had always owned more than the minimum but the 5.99 acres in excess of that minimum would not, objectively, have been regarded as part of the principal residence prior to the adoption of the bylaw on March 31, 1980. Presumably, the taxpayer could have disposed of that remaining property for residential purposes prior to the adoption of the new bylaw. I see no reason why, with the adoption of the new bylaw, the taxpayer should suddenly become entitled to a windfall of an additional 5.99 acres of principal residence when he was quite legally entitled, by virtue of the non-conforming use provision to continue to reside on 3 acres after the coming into force of the bylaw and at the time of the actual disposition.

It is apparent that both judges asked the same question: what was the minimum amount of land which the taxpayer was legally obliged to have in connection with his residence at the time of disposition? The basis on which their opinions differ is equally apparent. The Tax Court Judge believes that the proper response is 8.99 acres while the Trial Judge has concluded that the capital gains tax exemption must be limited to three of the 8.99 acres. On appeal, the argument also focussed on the amount of land required at the time of purchase and the relevance of subdivision restrictions affecting minimum lot sizes.

#### ANALYSIS

The appellant argued that the learned Trial Judge erred when he concluded that the minimum amount of property required after the passage of the replacement by-law in 1980, and at the moment before disposition, was three acres. The appellant maintains that on enactment of the replacement by-law the three-acre minimum lot size requirement, found in the original by-law, was no longer of any legal significance. There is no provision in the replacement by-law which had the effect of continuing the mini-

(1992), 92 DTC 6610 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Le juge de première instance a conclu que le sens de la décision *Yates* avait été mal interprété, par cette constatation à la page 6612:

<sup>a</sup> En l'espèce, la superficie minimale de terrain sur laquelle le contribuable avait le droit d'avoir une résidence en 1980, après la modification du règlement, était le minimum autorisé par le règlement précédent, c'est-à-dire 3 acres. La légalité de cette superficie a été prorogée par la disposition relative aux droits acquis prévue dans le règlement de 1980. Il est vrai que le contribuable en l'espèce avait toujours possédé une superficie supérieure au minimum; cependant, la superficie de 5,99 acres qui dépassait ce minimum n'aurait pas été objectivement considérée comme faisant partie de la résidence principale avant l'adoption du règlement, le 31 mars 1980. Je présume que le contribuable aurait pu disposer de la fraction restante de ce terrain, à des fins résidentielles, avant l'adoption du nouveau règlement. Je ne vois pas pourquoi, à cause de l'adoption du nouveau règlement, le contribuable devrait tout à coup avoir droit à un bénéfice exceptionnel d'une superficie supplémentaire de 5,99 acres de résidence principale, alors qu'il avait légalement le droit, en vertu de la disposition relative à l'usage dérogatoire, de continuer à résider sur le terrain de 3 acres après l'entrée en vigueur du règlement et au moment de la disposition effective.

<sup>e</sup> Il est manifeste que les deux juges se sont posé cette même question: quelle était la superficie minimum requise pour la résidence du contribuable au moment de l'aliénation? La raison qui présidait à leur divergence d'opinions est également manifeste. Le juge de la Cour de l'impôt pense que la bonne réponse est 8,99 acres, alors qu'aux yeux du juge de première instance, l'exemption de l'impôt sur le gain en capital devait être limitée à 3 acres sur le total de 8,99 acres. En appel, les arguments proposés portent aussi sur la superficie requise au moment de l'achat et la pertinence des restrictions de morcellement affectant les superficies minimum.

#### ANALYSE

L'appelant soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la superficie minimum requise après l'adoption du nouveau règlement de 1980 et au moment précédant la vente, était de 3 acres. Que dès l'adoption du nouveau règlement, la superficie minimum de 3 acres prévue au règlement initial n'avait plus application. Le nouveau règlement ne comportait aucune disposition visant à maintenir en vigueur la superficie minimum prévue au règlement initial. Il soutient en outre qu'à l'égard

imum lot size found in the original by-law. Furthermore, it was argued that the effect of the replacement by-law in relation to the appellant's land was simply to deem it, as well as all other non-conforming properties in the municipality, as conforming. Hence, so long as the appellant continued to use and occupy his home, as he had in the past, the replacement by-law was of no consequence.

The appellant's legal analysis of the effect of an amending by-law reflects well-accepted principles in the area of planning law.<sup>9</sup> In my respectful view, it is not reasonable to conclude that after the passage of the replacement by-law the appellant was required to "occupy" a minimum of three acres of land. If that were the case then one would have to ignore the reality that the only practical way in which the appellant could possibly breach that requirement is by effecting a sale of at least six of the 8.99 acres. But as the evidence clearly discloses, it was not legally permissible to effect a subdivision of the appellant's land either at the date of purchase or after enactment of the replacement by-law. For all intents and purposes, the appellant was required to treat the 8.99 acres as an integral part of his home. Thus the appellant maintains that the entire acreage should be deemed his principal residence.

The respondent counters by emphasizing that the appellant could have sold five of his 8.99 acres to the city of Calgary, notwithstanding the subdivision restrictions. As well, it is argued that subdivision restrictions dictating minimum lot size are not "akin" to minimum lot size requirements found in zoning by-laws and therefore the former are irrelevant to the issue under consideration. I shall deal with this objection first.

In *Watson (SK and T) v. MNR*, [1985] 1 CTC 2276, at page 2278, the Tax Court concluded that the *Income Tax Act* does not require that the amount of land which contributes to the use and enjoyment of a home depend on what can lawfully be bought and sold. A similar view was expressed in *J. & A. Lewis Estates v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2060 (T.C.C.), at page 2064. What was deemed relevant in those cases

<sup>9</sup> See transcript evidence, McKenzie, at pp. 46-47, and generally Rogers, Ian MacF. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973, at p. 210.12.

de son terrain, le nouveau règlement n'avait pour effet que de le présumer conforme, au même titre que toutes les autres propriétés non conformes se trouvant dans les limites de la municipalité. Il s'ensuit que tant que l'appellant continuait à utiliser et à occuper son logement, le nouveau règlement n'avait pas application à son égard.

L'analyse juridique par l'appellant des effets d'un règlement modificatif s'accorde avec les principes juridiques reconnus en matière d'aménagement du territoire<sup>9</sup>. À mon avis, il ne serait pas raisonnable de conclure qu'après l'adoption du nouveau règlement, l'appellant était tenu d'«occuper» un minimum de 3 acres de terre. Pareille conclusion reviendrait à ignorer cette réalité: le seul moyen pour l'appellant de contrevenir à cet impératif serait de vendre au moins 6 des 8,99 acres. Mais comme le montrent clairement les preuves et témoignages produits, il ne lui était légalement possible de morceler son terrain ni au moment de l'achat ni après l'adoption du nouveau règlement. Dans les faits, l'appellant était tenu de traiter les 8,99 acres comme partie intégrante de son logement. C'est ainsi qu'il soutient que la superficie totale devait être réputée constituer sa résidence principale.

À cela l'intimée réplique que l'appellant aurait pu vendre 5 de ses 8,99 acres à la ville de Calgary, malgré les restrictions en matière de morcellement. Que ces restrictions qui prescrivent une superficie minimum ne sont pas «apparentées» à l'impératif de superficie minimum prévu aux règlements de zonage, et que, par conséquent, les premières n'ont aucun rapport avec les points en litige. J'examinerai cette objection en premier lieu.

Dans *Watson (SK et T) c. MRN*, [1985] 1 CTC 2276, à la page 2278, la Cour de l'impôt conclut que la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'exige pas que la superficie de terre contribuant à l'usage et à la jouissance du logement dépende de ce qui peut être légalement acheté et vendu. La même conclusion a été tirée dans *Successions J. & A. Lewis c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2060 (C.C.I.), à la page 2064. Ce qui était

<sup>9</sup> Voir transcription des témoignages, McKenzie, aux p. 46 à 47; et Rogers, Ian MacF. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973, à la p. 210.12.

were the provisions of the zoning by-law which prohibited the erection of dwellings on lots having less than a minimum site area, as was the case in *Yates*. Yet, it is not surprising that the majority of cases have proceeded on the basis that subdivision restrictions are relevant to determining whether land in excess of one acre can be deemed necessary to the use and enjoyment of one's home.<sup>10</sup> More often than not the minimum lot size on which, for example, a single-family dwelling can be erected under the site requirements of a zoning by-law will mirror that prescribed for each of the lots created by a subdivision of land. Though the reasons for judgment in *Yates* make no reference to the subdivision restrictions which existed at either the time of acquisition or disposition, that fact does not of itself preclude consideration of the relevance of subdivision restrictions touching on minimum lot sizes.

As Mr. Justice Muldoon noted in *Windrim (G.M.) v. Canada, supra* (at page 279), the meaning to be ascribed to the term "enjoyment" under the Act embraces the exercise of a legal right, such as that of possession. But it is also a basic right of a landowner to effect a transfer of all or a portion of his or her lands. The right of alienation is regarded as a fundamental tenet in the law governing real property.<sup>11</sup> In the instant case, the appellant's prerogative to exercise his common law right of alienation was subject

<sup>10</sup> See *Joyner v. M.N.R.*, [1989] 1 F.C. 306 (T.D.), where the right of the taxpayer to subdivide at the time of disposition was decisive. In *Rudeloff (C) v. MNR*, [1984] CTC 2674 (T.C.C.), it was determined that although the zoning by-law imposed a minimum lot size of five acres there was evidence that the lands could have been subdivided into two or more parcels. In *James (HM and RC) v. MNR*, [1985] 2 CTC 2001 (T.C.C.), the taxpayer's argument that it was not economically feasible to subdivide his lands was rejected. In *Michael (S) v. MNR*, [1985] 2 CTC 2122 (T.C.C.), it was questionable whether the property could be legally subdivided or whether it was simply uneconomic to do so. In *D.J. Mintenko v. Canada*, [1989] 1 C.T.C. 40 (F.C.T.D.), the taxpayer failed to adduce any evidence of a municipal by-law or provincial regulation imposing minimum lot sizes. See also *Windrim (G.M.) v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 271 (F.C.T.D.), which reveals the length to which some taxpayers are prepared to go in order to come within the ambit of the *Yates* decision, but to no avail.

<sup>11</sup> A. H. Oosterhoff and W. B. Rayer. *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1985 at pp. 48, 51, 326.

considéré comme pertinent dans ces affaires, c'était les dispositions du règlement de zonage qui interdisaient la construction de logements sur les terrains dont la superficie était inférieure au minimum, comme c'était le cas dans *Yates*. Il n'y a cependant rien d'étonnant à ce que la majorité des causes aient été instruites compte tenu des restrictions de lotissement lorsqu'il s'agit de décider si la terre excédant une acre peut être réputée nécessaire à l'usage et à la jouissance de la demeure<sup>10</sup>. Le plus souvent, la superficie minimum sur laquelle il est permis de construire une demeure unifamiliale en application du règlement de zonage est celle prévue pour chacune des parcelles résultant d'un lotissement. Bien que les motifs du jugement *Yates* ne fassent pas état des restrictions de lotissement en vigueur au moment de l'acquisition ou de l'aliénation, ce fait n'empêche pas à lui seul de tenir compte de ces restrictions concernant la superficie minimum des parcelles.

Comme l'a noté le juge Muldoon dans *Windrim (G.M.) c. Canada, supra* (à la page 279), le sens à donner au terme «jouissance» figurant dans la Loi embrasse l'exercice d'un droit légal, tel le droit de possession. Or l'un des droits fondamentaux dont jouit le propriétaire foncier est celui d'aliéner tout ou partie de son ou ses fonds de terre. Le droit de disposition est considéré comme l'un des éléments fondamentaux du droit immobilier<sup>11</sup>. En l'espèce, la prérogative dont jouissait l'appelant d'exercer son droit de

<sup>10</sup> Voir *Joyner c. M.R.N.*, [1989] 1 C.F. 306 (1<sup>re</sup> inst.), où le facteur décisif était le droit qu'avait le contribuable de morceler son terrain au moment de l'aliénation. Dans *Rudeloff (C) c. MRN*, [1984] CTC 2674 (C.C.I.), il a été jugé que bien que le règlement de zonage imposât une superficie minimum de 5 acres, il ressortait des preuves produites que le fonds de terre en cause aurait pu être divisé en deux parcelles ou davantage. Dans *James (HM et RC) c. MRN*, [1985] 2 CTC 2001 (C.C.I.), la Cour de l'impôt a rejeté l'argument du contribuable selon lequel il n'était pas économiquement faisable de morceler son terrain. Dans *Michael (S) c. MRN*, [1985] 2 CTC 2122 (C.C.I.), il s'agissait de savoir si la propriété pouvait être légalement lotie ou s'il n'était pas rentable de le faire. Dans *D.J. Mintenko c. Canada*, [1989] 1 C.T.C. 40 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le contribuable n'a pu produire la preuve d'aucun règlement municipal ou provincial imposant une superficie minimum. Voir aussi *Windrim (G.M.) c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 271 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), qui montre à quel extrême certains contribuables sont disposés à aller pour pouvoir invoquer le précédent *Yates*, mais en vain.

<sup>11</sup> A. H. Oosterhoff et W. B. Rayer. *Anger & Honsberger Law of Real Property*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto: Canada Law Book, 1985, aux p. 48, 51, 326.

to the provisions of the replacement by-law which made it necessary that he convey the entire 8.99-acre parcel of land. In other words, a disposition of 8.99 acres was necessary in order for the appellant to exercise his right of alienation or, to trace the language of the Act, to the “enjoyment” of his residence.

Counsel for the respondent argued that that approach had the effect of “collapsing” the definition of principal residence prescribed by the *Income Tax Act*. Therein, the exemption is premised on the excess land being necessary to the individual’s use and enjoyment of the housing unit as a residence. The respondent maintains that the right of alienation and of severance might have a bearing on whether a housing unit can be enjoyed, but not on whether a housing unit can be enjoyed as a residence.

I would agree with the respondent, but only to the extent that subdivision restrictions, or for that matter minimum site requirements, in force at the date of disposition cannot be determinative of the issue under consideration. A determination regarding the area of land to be deemed a principal residence should not, in my opinion, be resolved by the mechanical application of a single criterion such as a minimum lot size on the date of disposition. Certainly, the reasoning in *Yates* does not support such an approach. In fact, minimum lot size at the time of acquisition was specifically addressed. At page 731, Mr. Justice Mahoney stated:

When they bought, the defendants did not want ten acres; they wanted only enough land for their residence but had to buy at least ten acres. They did not use more than an acre for residential purposes. [Emphasis is mine.]

In the instant case, it is common ground that at the time of acquisition the original by-law would not permit the 8.99-acre parcel to be subdivided. That is to say the appellant was obligated to purchase a minimum of 8.99 acres in order to occupy the dwelling unit as a residence. Moreover, the prohibition against subdividing the land remained in effect even after passage of the replacement by-law. On this point, the

disposition, reconnu en common law, était subordonnée aux dispositions du nouveau règlement en application desquelles l’aliénation devait porter sur la totalité des 8,99 acres de terre. En d’autres termes, l’aliénation des 8,99 acres était indispensable si l’appelant voulait exercer son droit de disposition ou, pour reprendre le vocabulaire de la Loi, son droit de «jouissance» de sa résidence.

L’avocat de l’intimée soutient que pareille approche avait pour effet de faire échec à la définition de résidence principale prévue à la *Loi de l’impôt sur le revenu*, aux termes de laquelle l’exemption est subordonnée à la condition que l’excédent de terre soit nécessaire à l’usage et à la jouissance du logement comme résidence principale. Et que le droit de disposition et de lotissement pourrait avoir un rapport avec la jouissance d’un logement, mais non avec la jouissance de ce logement à titre de résidence.

Je suis enclin à convenir avec l’intimée, mais seulement dans la mesure où les restrictions de morcellement ou même l’impératif de superficie minimum, en vigueur à la date de l’aliénation, ne sont pas le facteur déterminant de la solution du litige. La décision relative à la superficie de terre réputée constituer la résidence principale ne saurait, à mon avis, se fonder sur l’application mécanique d’un seul critère comme celui de la superficie minimum au moment de l’aliénation. Pareille approche n’est certainement pas justifiée par le raisonnement tenu dans *Yates*. En fait, il y était expressément question de la superficie minimum au moment de l’acquisition. Le juge Mahoney a tiré la conclusion suivante en page 731:

Les défendeurs ne souhaitaient pas acheter un terrain de dix acres, mais ont été contraints de le faire alors qu’ils voulaient seulement un fonds de terre assez grand pour y habiter. Ils n’ont pas utilisé plus d’un acre pour leur habitation. . . . [Non souligné dans le texte.]

En l’espèce, il est constant qu’au moment de l’acquisition, le règlement initial ne permettait pas le morcellement de la parcelle de 8,99 acres. Ce qui veut dire que l’appelant était contraint d’acheter un minimum de 8,99 acres afin de pouvoir y occuper le logement à titre de résidence. Qui plus est, l’interdiction de morceler le terrain demeurerait en vigueur même après l’adoption du nouveau règlement. À cet



learned Trial Judge was in error by presuming, as he did, that prior to the enactment of that by-law the appellant could have retained three acres and sold off the remaining 5.99 acres (at page 6612).<sup>12</sup> If in fact that had been the case, I would have little difficulty in dismissing this appeal. However, after examining the relevant by-law provisions and in light of the fact that counsel for the respondent conceded this point (subject to the argument outlined below), I must accept that at law the appellant had no choice but to purchase the entire 8.99 acres if he wished to occupy the home situate thereon. Thereafter and until the moment before disposition, the appellant could not effect a legal subdivision of his lands.

In summary, the appellant was required to purchase and dispose of 8.99 acres. Similarly in *Yates*, the taxpayers were obligated to acquire and retain 10 acres until the "moment before disposition". In my view, the facts of the present case are, for all intents and purposes, indistinguishable from those found in *Yates* except in one insignificant respect. In the latter case, the lot size was addressed in terms of minimum site requirements imposed under the zoning provisions. Here, minimum lot size was addressed in terms of subdivision restrictions. Putting aside that distinction, the facts of these two cases parallel one another even to the extent that the taxpayers sold their respective properties to the municipality which had imposed the planning restrictions in the first instance. Therein lies the respondent's final argument.

The respondent seized upon the fact that the appellant could have legally subdivided his land had he agreed to sell five of the 8.99 acres to the city of Calgary. Normally, a sale of a portion of the taxpayer's land would be considered cogent evidence that the land sold was not necessary to the use and enjoyment of the dwelling unit: *Baird (E B) v. MNR*, [1983] CTC 2651 (T.C.C.). As noted earlier, the appellant was not interested in retaining the residual 3.99-acre portion because it did not include his home and out buildings. Nonetheless, it is true that the five acres needed for the proposed highway interchange could,

<sup>12</sup> On appeal, counsel for the appellant acknowledged that the provisions of the original by-law were not fully addressed during the hearing below.

égard, le juge de première instance a commis une erreur en présumant qu'avant l'adoption de ce dernier règlement, l'appellant aurait pu conserver trois acres et vendre les 5,99 acres restantes (en page 6612)<sup>12</sup>. S'il en avait été vraiment ainsi, je n'aurais aucun mal à rejeter cet appel. Cependant, après examen des dispositions applicables du règlement et étant donné que l'avocat de l'intimée a concédé ce point (sous réserve de l'argumentation rappelée *infra*), je dois admettre qu'en droit, l'appellant n'avait pas d'autre choix que d'acheter l'ensemble des 8,99 acres s'il voulait occuper la demeure qui s'y trouvait. Par la suite et jusqu'au moment précédant l'aliénation, l'appellant n'avait pas le droit de morceler son terrain.

En résumé, l'appellant était tenu d'acheter et d'aliéner 8,99 acres. De même dans *Yates*, les contribuables étaient contraints d'acquérir et de conserver 10 acres jusqu'à «la période qui a précédé la disposition». À mon avis, les faits de la cause en instance sont pratiquement identiques à ceux de la cause *Yates*, à l'exception d'un point qui n'a guère d'importance. Dans la dernière affaire, la superficie du terrain était envisagée sous l'angle du minimum prévu par le règlement de zonage. En l'espèce, la superficie minimum est envisagée sous l'angle des restrictions de morcellement. À part cette distinction, les faits sont parallèles: dans l'une et l'autre causes, les contribuables ont vendu leur propriété respective à la municipalité qui avait imposé en premier lieu les restrictions en matière d'aménagement du territoire. C'est sur ce point que se fonde l'argument final de l'intimée.

L'intimée invoque le fait que l'appellant aurait pu légalement morceler son terrain s'il avait accepté de vendre 5 de ses 8,99 acres à la ville de Calgary. Normalement, la vente d'une parcelle du terrain du contribuable serait considérée comme preuve concluante que cette parcelle n'était pas nécessaire à l'usage ou à la jouissance du logement; voir *Baird (E B) v. MRN*, [1983] CTC 2651 (C.C.I.). Comme noté *supra*, cela n'intéressait pas l'appellant de retenir les 3,99 acres restantes parce que ni sa maison ni les bâtiments de ferme ne s'y trouvaient. Il est néanmoins vrai que les 5 acres nécessaires à la construction de l'échangeur

<sup>12</sup> En appel, l'avocat de l'appellant a reconnu que les dispositions du règlement initial n'avaient pas été pleinement prises en considération en première instance.

at any time, have been validly conveyed to the city as the subdivision restrictions did not apply to conveyances for such a purpose.

In my view, the fact that a sale of a portion of the property could have been effected under a pre-existing severance exemption, applicable only in the event of a conveyance to the legislative body which enacted the restriction in the first instance, must be deemed irrelevant when determining minimum lot size at the time of disposition. Whether or not the home is situate on the retained portion is equally irrelevant. The exemption was not enacted for the benefit of landowners *per se*, but rather to enable municipal governments to avoid the effects of their own legislation. The applicability of the exemption was dependent on whether the municipality needed the lands for the purposes set out in the by-law. Those are matters over which the appellant had no say. I hasten to add that had the zoning by-law in question prescribed a general scheme by which landowners could seek and obtain an exemption from the subdivision restrictions, the appellant's legal argument would no longer be compelling.

In my view, the conveyance to the city of Calgary is more akin to an involuntary sale, as was alluded to in *Yates* and where in fact the taxpayers did retain a portion of their "principal residence". As is commonly known, the threat or even the possibility of expropriation often serves as an incentive for parties to reach a mutually acceptable compromise.

In conclusion, the minimum amount of property, zoned for residential use, that the appellant was legally required to have both at the time of purchase and at the moment before disposition was 8.99 acres.

I would allow the appeal with costs both here and in the Trial Division, set aside the judgment of the Trial Division dated November 23, 1992, and refer the matter back to the Minister of National Revenue for reassessment on the basis that the disposition of

d'autoroute auraient pu, à tout moment, être valide- ment cédées à la municipalité puisque les restrictions de morcellement ne s'appliquaient pas en cas de transport de propriété effectué à cette fin.

a

À mon avis, le fait qu'une parcelle du terrain aurait pu être vendue dans le cadre d'une exemption existante en matière de morcellement, laquelle n'était applicable qu'au transport de propriété en faveur de l'autorité qui avait édicté la restriction en premier lieu, doit être réputé n'avoir aucun rapport avec la conclusion sur la superficie minimum au moment de l'aliénation. Que la maison se trouve ou non sur la parcelle restante ne présente non plus aucune importance. L'exemption n'a pas été prévue au bénéfice des propriétaire fonciers en tant que tels, mais pour permettre aux administrations municipales de se soustraire aux effets de leur propre réglementation. L'applicabilité de l'exemption dépendait de ce que la municipalité avait ou non besoin de terres pour les fins prévues au règlement. Il s'agit là de questions qui échappaient à la volonté de l'appelant. Je dois ajouter que si le règlement de zonage dont s'agit avait prescrit un régime général en vertu duquel les propriétaires fonciers pouvaient demander et obtenir une exemption des restrictions de morcellement, l'argument juridique de l'appelant ne serait plus concluant.

f

À mon avis, le transport de propriété en faveur de la ville de Calgary s'apparente davantage à une vente forcée, comme c'était le cas dans *Yates*, où les contribuables conservaient en fait une fraction de leur «résidence principale». Il est de notoriété publique que la menace, voire la possibilité d'expropriation, constitue souvent un incitatif poussant les parties à parvenir à un compromis mutuellement acceptable.

h

En conclusion, la superficie minimum de terre, classée à usage résidentiel, que l'appelant était tenu d'avoir au moment de l'achat comme au moment précédant l'aliénation, était de 8,99 acres.

Je me prononce pour l'accueil de l'appel, avec dépens en appel comme en première instance, pour l'infirmité du jugement en date du 23 novembre 1992 de la Section de première instance, et pour le renvoi de l'affaire au ministre du Revenu national

the 8.99-acre parcel of land by the appellant was a disposition of part of his principal residence for the purposes of the Act.

HEALD J.A.: I agree.

pour nouvelle cotisation par ce motif que l'aliénation de la parcelle de 8,99 acres par l'appellant était l'aliénation d'une fraction de sa résidence principale au sens de la Loi.

<sup>a</sup>

HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

T-2059-91

T-2059-91

**Canada Post Corporation (Applicant)****Société canadienne des postes (requérante)**

v.

c.

**Minister of Public Works and Michael Duquette (Respondents)****Ministre des Travaux publics et Michael Duquette (intimés)***INDEXED AS: CANADA POST CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Toronto, April 1; Ottawa, June 3, 1993.

Section de première instance, juge Rothstein—Toronto, 1<sup>er</sup> avril; Ottawa, 3 juin 1993.

*Access to information — Application for access to documents compiled by Public Works (PWC), for its use in providing property management and related services as agent to principal, Canada Post Corporation (CPC) — Disclosure breach of agency agreement absent overriding statutory requirement — Access to Information Act, s. 4 giving any citizen right to access on request to any record under control of government institution — CPC not government institution; PWC is — Meaning of “control” — Dictionary definitions suggesting wide variety of meanings depending upon circumstances — Scheme of Act to give public access subject to limited, specific exemptions — Case law and scheme of Act not indicating narrow meaning for “records under the control of a government institution” — Analogy between discovery process and access to information invalid — Manner in which information coming into possession of government institution irrelevant to whether subject to disclosure — Act providing complete code for disclosure — Legal or corporeal possession sufficient for application of Act.*

*Accès à l'information — Demande d'accès à des documents recueillis par Travaux publics (TPC), qui les utilise dans le cadre de sa prestation de services de gestion des biens et de services connexes à titre de mandataire de la Société canadienne des postes (SCP) — En l'absence de dispositions législatives dérogatoires, la communication viole l'entente prévoyant le mandat — L'art. 4 de la Loi sur l'accès à l'information confère à tout citoyen le droit à l'accès, sur demande, à tout document relevant d'une institution fédérale — La SCP n'est pas une institution fédérale, alors que TPC l'est — Sens de l'expression «relevant de» — Les définitions lexicographiques donnent à entendre que l'expression est susceptible de revêtir plusieurs sens, selon les circonstances — La Loi a pour objet de conférer l'accès au public sous réserve d'exceptions expresses limitées — La jurisprudence et l'esprit de la Loi n'indiquent pas que l'expression «documents relevant d'une institution fédérale» revêt un sens étroit — L'analogie entre la procédure de communication préalable et l'accès à l'information est non fondée — La façon dont les renseignements sont obtenus par l'institution fédérale n'est pas un facteur à prendre en considération pour déterminer s'ils sont susceptibles d'être communiqués — La Loi prévoit un code complet en matière de communication — La possession légale ou matérielle suffit pour entraîner l'application de la Loi.*

This was an application for an initial determination of whether certain documents are “under the control of a government institution” within the meaning of the *Access to Information Act*, subsection 4(1). Canada Post Corporation (CPC) was not a “government institution” and its records were not subject to disclosure under the Act. Its position was analogous to that of any private citizen. As a department of the government of Canada, Public Works Canada (PWC) was a government institution. CPC retained PWC to manage its real properties and to provide related technical and professional services. The relationship between CPC and PWC was that of principal and agent, and the agency agreement contemplated that PWC as agent would keep all CPC information confidential. In the absence of overriding statutory provisions, PWC could not, of its own volition, disclose CPC information in its possession without breaching the agency agreement. The records requested by a private citizen under the Act, section 4 were compiled by PWC, for its use, in the course of providing services to CPC.

Il s'agit d'une demande visant à ce qu'une première décision soit rendue sur la question de savoir si certains documents «rel[èvent] d'une institution fédérale» au sens du paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. La Société canadienne des postes (SCP) n'étant pas une «institution fédérale», ses documents ne sont pas susceptibles d'être communiqués sous le régime de la Loi. Elle est dans la même situation que n'importe quel citoyen. À titre de ministère du gouvernement du Canada, Travaux publics Canada (TPC) est une institution fédérale. La SCP a retenu les services de TPC pour la gestion de ses biens et la prestation de services techniques et professionnels connexes. La relation entre la SCP et TPC est une relation de mandat, et l'entente prévoit que TPC, en sa qualité de mandataire, gardera confidentiels tous les renseignements concernant la SCP. En l'absence de dispositions législatives dérogatoires, TPC ne peut, de son propre gré, divulguer des renseignements concernant la SCP qui sont en sa possession sans manquer à l'entente prévoyant son mandat. Les documents demandés par un citoyen en vertu de l'article 4 de la Loi

*Access to Information Act*, subsection 4(1) gives Canadian citizens and permanent residents the right of access to any record under the control of a government institution. The scheme of the Act is that all information under the control of the government shall be subject to the right of access by the public unless it falls under a specific exemption to disclosure stipulated by the Act or is government information to which the Act specifically does not apply. "Control" is not defined in the Act.

The applicant submitted that a record that was in the possession of a government institution because of the agency relationship was not under the control of the government institution. It argued: (1) "control" according to its ordinary meaning connotes control in a proprietary sense and some dominance or direction over the thing in question; (2) CPC information is not government information and therefore was not under the control of a government institution for purposes of the Act; (3) "control" in the context of the Act means more than possession; it contemplates the power to use and dispose of information as the purposes of the government institution dictate; (4) even if control is equated with possession, possession must mean legal (in the sense that a party is authorized to deal with the property), not just physical possession. PWC did not have legal possession of CPC records.

*Held*, the documents requested were "under the control of a government institution" within the meaning of Act, subsection 4(1).

(1) While a principal usually exercises some form of dominance or direction over an agent, the definition of "control" also includes the authority to manage, direct, superintend, administer or oversee. An agent would have such power with respect to its records and documents including those it maintained or controlled for its principal. The dictionary definitions of "control" did not clearly lead to the conclusion that CPC had control in the sense used in the Act over the records in question, and that PWC did not. They did suggest that "control" has a wide variety of meanings depending upon the circumstances in which it is used. Dictionary definitions are merely suggested meanings. The true meaning must necessarily flow from the context within the entire statute. It was not appropriate to rely on a dictionary definition of "control" without more.

(2) "Government information" is not defined in the Act. Nothing in the Act suggests that information other than information pertaining to the government and the workings of government in the possession of the government may not also be government information for the purposes of the Act. In fact,

ont été recueillis par TPC, qui les utilise dans le cadre de la prestation de ses services à la SCP.

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* confère aux citoyens canadiens et aux résidents permanents le droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale. La Loi a pour objet de soumettre tous les documents relevant du gouvernement au droit d'accès du public, sauf si ces documents entrent dans les exceptions expresses qui sont prévues dans la Loi ou que cette dernière prévoit expressément sa non-application à certains documents du gouvernement. Le terme «*control*» de la version anglaise n'est pas défini dans la Loi.

La requérante soutient qu'un document en la possession d'une institution fédérale du fait de la relation de mandant et mandataire n'est pas un document relevant de l'institution fédérale [«*under the controls*»]. Elle fait valoir que 1) le sens ordinaire du mot anglais «*control*» comporte une idée de propriété et une certaine autorité ou direction quant à l'objet en question; 2) les documents concernant la SCP ne sont pas des documents du gouvernement et, par conséquent, aux fins de la Loi, ils ne relèvent pas d'une institution fédérale; 3) dans le contexte de la Loi, l'expression «*relève de*» [«*controls*»] envisage plus qu'une simple possession; il s'agit du pouvoir d'utiliser le document et d'en décider conformément aux objets de l'institution fédérale; 4) même si l'expression «*relève de*» [«*controls*»] équivaut à une possession, celle-ci doit être légale (celle qui permet à une partie d'agir à sa guise à l'égard du bien) et non seulement matérielle. TPC n'avait pas la possession légale des documents de la SCP.

*Jugement*: les documents demandés «*rel[èvent] d'une institution fédérale*» au sens du paragraphe 4(1) de la Loi.

(1) Si le mandant exerce généralement un certain pouvoir sous forme d'autorité ou de direction à l'égard du mandataire, la définition de «*control*» inclut également une notion de gestion, direction, surveillance, administration ou supervision. Le mandataire détiendrait un tel pouvoir à l'égard de ses registres et documents, dont ceux qu'il tient ou surveille [«*control*»] pour son mandant. Les définitions lexicographiques du terme anglais «*control*» ne permettent pas de conclure avec certitude que la SCP exerce un pouvoir [«*control*»] sur les documents en question dans le sens où le terme est utilisé dans la version anglaise de la Loi, et qu'il n'en est pas ainsi pour TPC. Par contre, les définitions de dictionnaire donnent à entendre que le terme anglais «*control*» est susceptible de revêtir plusieurs sens, selon les circonstances dans lesquelles il est utilisé. Les dictionnaires ne font que suggérer des définitions, car le sens véritable d'un mot dépend nécessairement du contexte dans lequel il s'insère dans une loi considérée dans son entier. Il ne convenait pas de s'appuyer exclusivement sur une définition du dictionnaire du mot anglais «*control*».

(2) L'expression «*documents de l'administration fédérale*» n'est pas définie dans la Loi. Rien dans la Loi ne donne à entendre que le document en la possession de l'administration fédérale, autre que celui qui porte sur le gouvernement et ses activités, ne peut être considéré comme un document de l'ad-

subsection 2(1) suggests that government information means all information in records under the control of a government institution. If this interpretation is correct, the focus should not be on "government information", but on "control". The scheme of the Act did not support the proposition that third party information in the possession of a government institution acting as agent for the third party was not subject to the Act at all.

(3) There is no express statement or inference in the Act that "control" is to be modified by some test as to how information is to be used by a government institution or the extent to which a government institution may dispose of it. Nor is there any indication that "control" as used in the Act can be affected by a private agreement between a government institution and a third party. Treasury Board's guidelines on the Act represented merely Treasury Board's opinion and were not binding on the Court. Although the definition of "control" therein supported the applicant's position, the guidelines also said that a record in the possession of or held by a government institution is presumed, in the absence of evidence to the contrary, to be under its control. "Evidence to the contrary" must be construed in light of the words of the Act and case law interpreting it. There were convincing reasons based on the scheme of the Act and *dicta* in *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)* that "control" contemplates records in the possession of a government institution. "Records under the control of a government institution" was not intended to have a narrow meaning.

(4) The argument that PWC should not be required to disclose documents of which it did not have legal possession was based on an analogy to discovery of documents. That analogy was invalid. The discovery process is adversarial and relevancy is the predominant test for disclosure. Exceptions to production on discovery are guided by these considerations. By contrast, the public interest in disclosure, not the private interest of litigants, is the foundation of the *Access to Information Act*. While the obligation to disclose under the Act may be broader than that on discovery, the exemptions are different and in some respects more extensive. The manner in which information came into the possession of a government institution is not a consideration in deciding whether or not the information is subject to disclosure under the Act. The considerations for disclosure and confidentiality under the Act constitute a code in themselves which cannot be interpreted by reference to considerations in the discovery process. Possession by a government institution of a record, whether in a legal or corporeal sense, is sufficient for such records to be subject to the Act.

ministration fédérale aux fins de la Loi. En effet, le paragraphe 2(1) semble suggérer que l'expression «les documents de l'administration fédérale» désigne tous les renseignements contenus dans les documents relevant d'une institution fédérale. Si cette interprétation est juste, l'accent ne devrait pas être mis sur l'expression «document de l'administration fédérale», mais plutôt sur l'expression «relevant de» [*control*]. L'objet de la Loi ne permet pas d'affirmer que les documents d'un tiers qui sont en la possession d'une institution fédérale agissant à titre de mandataire du tiers ne sont pas visés par la Loi.

(3) La Loi ne contient aucune déclaration expresse ou conclusion que l'expression «relevant de» doit être atténuée par un test visant à établir la façon dont une institution fédérale entend utiliser les documents ou la mesure dans laquelle elle peut en disposer. On ne trouve pas davantage d'indication que l'expression «relevant de», telle qu'elle est utilisée dans la Loi, peut être modifiée par une entente privée entre une institution fédérale et un tiers. Les lignes directrices du Conseil du Trésor concernant la Loi ne représentent que l'opinion du Conseil du Trésor et ne lient pas la Cour. Bien que les lignes directrices donnent à l'expression «relevant de» qui s'y trouve un sens qui appuie la position de la requérante, elles énoncent également qu'un document en la possession d'une institution fédérale est présumé relever de cette institution à moins de «preuve du contraire». L'expression «preuve du contraire» doit être interprétée dans le contexte du libellé de la Loi et de la jurisprudence qui l'interprète. Il existe de fortes raisons, compte tenu de l'esprit de la Loi et de l'opinion exprimée dans l'arrêt *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, de conclure que l'expression «relevant de» vise les documents qui sont en la possession d'une institution fédérale. L'expression «documents relevant d'une institution fédérale» n'est pas consécutive revêtir un sens étroit.

(4) L'argument suivant lequel il ne devrait pas être ordonné à TPC de communiquer des documents dont elle n'a pas la possession légale est fondé sur l'analogie avec la communication préalable de documents. Cette analogie n'est pas fondée. La procédure de communication préalable est de type accusatoire, et le critère principal qui s'y applique est la pertinence. Les exceptions à la communication préalable sont régies par ce critère. Par contraste, l'accès en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* repose sur l'intérêt du public dans la communication et non sur l'intérêt privé des parties en litige. Si, en vertu de la Loi, l'obligation de communiquer peut être plus large que dans le cas d'une communication préalable, les exceptions sont différentes et, à certains égards, plus considérables. La façon dont une institution fédérale a obtenu les documents n'est pas un facteur à considérer pour déterminer si le document est susceptible de communication en vertu de la Loi. Les conditions applicables à la communication et au caractère confidentiel des documents dans le cadre de la Loi constituent un code en elles-mêmes, qu'on ne peut régulièrement interpréter en se reportant aux considérations spécifiques au processus de communication préalable. Le fait qu'une institution fédérale ait en sa possession des documents, dans le sens légal ou matériel du terme, suffit pour que ces documents soient visés par la Loi.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 3, 4, 18, 19, 20, 68 (as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32; 1992, c. 1, s. 143), 69.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.
- Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 19), ss. 97, 98 (as enacted *idem*, s. 47).
- Competition Tribunal Act*, S.C. 1986, c. 26, s. 9(3).
- Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.
- The Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1970, c. 374, s. 11 (as am. by S.O. 1976, c. 19, s. 1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143; [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (T.D.); *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.); *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

- Pacific Press Ltd. v. Vancouver (City)*, [1989] B.C.J. No. 1107 (S.C.) (Q.L.) (not reported); affd [1990] B.C.J. No. 1688 (C.A.) (Q.L.) (not reported); *Berardinelli v. Ontario Housing Corp'n. et al.*, [1979] 1 S.C.R. 275; (1978), 90 D.L.R. (3d) 481; 8 C.P.C. 100; 23 N.R. 298.

## AUTHORS CITED

- Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990, "control".
- Canada. Treasury Board. *Access to Information and Privacy Policies and Guidelines*. Ottawa: Treasury Board of Canada, 1992.
- Treasury Board Canada. *Interim Policy Guide: Access to Information Act and The Privacy Act*, Part II. Canada: Minister of Supply and Services, 1983.

APPLICATION for an initial determination of whether documents relating to properties owned or

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 3, 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 18, 19, 20, 68 (mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32; 1992, ch. 1, art. 143), 69 (mod., *idem*, art. 144).
- Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (mod. par L.C. 1986, ch. 26, art. 19), art. 97, 98 (édicte, *idem*, art. 47).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38, 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.
- Loi sur le tribunal de la concurrence*, L.C. 1986, ch. 26, art. 9(3).
- Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6.
- The Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1970, ch. 374, art. 11 (mod. par S.O. 1976, ch. 19, art. 1).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143; [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (1<sup>re</sup> inst.); *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (1<sup>re</sup> inst.); *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

- Pacific Press Ltd. v. Vancouver (City)*, [1989] B.C.J. No. 1107 (C.S.) (Q.L.) (inédit); conf. [1990] B.C.J. No. 1688 (C.A.) (Q.L.) (inédit); *Berardinelli c. Ontario Housing Corp'n. et autre*, [1979] 1 R.C.S. 275; (1978), 90 D.L.R. (3d) 481; 8 C.P.C. 100; 23 N.R. 298.

## DOCTRINE

- Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1990, «control».
- Canada. Conseil du Trésor. *Politiques et lignes directrices concernant l'information et la protection des renseignements personnels*. Ottawa: Conseil du Trésor du Canada, 1992.
- Conseil du Trésor du Canada. *Lignes directrices provisoires: Loi sur l'accès à l'information et Loi sur la protection des renseignements personnels*, Partie II. Canada: Ministère des Approvisionnements et services, 1983.

DEMANDE d'une première décision sur la question de savoir si certains documents, relatifs à des

leased by Canada Post, which is not a government institution, compiled by Public Works as agent of Canada Post were "under the control of a government institution" (Public Works) within the meaning of *Access to Information Act*, subsection 4(1). The question was answered in the affirmative.

COUNSEL:

*John B. Laskin and Mark R. Hemingway* for applicant.

*Paul J. Evraire and Nanette Rosen* for respondent Minister of Public Works.

*Timothy G. M. Hadwen* for respondent Michael Duquette.

SOLICITORS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Public Works.

*Cavalluzzo, Hayes & Shilton*, Toronto, for respondent Michael Duquette.

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

ROTHSTEIN, J.: The issue in this case is whether information of a commercial nature concerning a third party, but in the custody or possession of a government institution acting as agent for the third party, is within the control of the government institution and is therefore subject to disclosure pursuant to subsection 4(1) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Subsection 4(1) states:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

The parties, their status in the context of the *Access to Information Act* and how this issue comes before

biens dont la Société canadienne des postes, qui n'est pas une institution fédérale, est propriétaire ou locataire, et recueillis par Travaux publics à titre de mandataire de la Société canadienne des postes, «rel[èvent] d'une institution fédérale» (Travaux publics) au sens du paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. La question reçoit une réponse affirmative.

AVOCATS:

*John B. Laskin et Mark R. Hemingway* pour la requérante.

*Paul J. Evraire et Nanette Rosen* pour l'intimé le ministre des Travaux publics.

*Timothy G. M. Hadwen* pour l'intimé Michael Duquette.

PROCUREURS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, pour la requérante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le ministre des Travaux publics.

*Cavalluzzo, Hayes & Shilton*, Toronto, pour l'intimé Michael Duquette.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: En l'espèce, la question est de savoir si les documents de nature commerciale qui concernent un tiers et qui sont sous la garde ou en la possession d'une institution fédérale agissant à titre de mandataire pour le tiers, sont des documents relevant de l'institution fédérale et doivent par conséquent être communiqués, conformément au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144], qui porte que:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

Des précisions sur les parties, leur qualité dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information* et la



the Court are set forth in paragraphs 1 to 5 of the agreed statement of facts:

1. Canada Post Corporation ("CPC") is a federal Crown corporation established pursuant to the *Canada Post Corporation Act*, R.S.C. 1985, c. C-10. CPC has the mandate to, among other things, establish and operate a postal service for Canada.

2. CPC is not listed in Schedule I to the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (the "Act"). CPC is therefore not a "government institution" within the meaning of that term in the Act. It is, accordingly, a "third party" within the meaning of that term in s. 3 of the Act.

3. Public Works Canada ("PWC") is a department of the government of Canada and is a "government institution" within the meaning of that term in the Act.

4. Mr. Duquette is a Canadian citizen who has made a request under s. 4(1) of the Act for access to certain documents.

5. CPC believes that the documents to which Mr. Duquette has requested access are documents which are under its control, and not under the control of PWC, as that term is used in the Act, and that, accordingly, the Act cannot apply so as to require that the documents be disclosed. Mr. Duquette believes the documents are under the control of PWC and so the Act applies to require disclosure. CPC, PWC and Mr. Duquette have therefore agreed to ask the Court to make an initial determination, on this agreed statement of facts, as to whether the documents in question are under the control of PWC within the meaning of the Act.

The relationship between Canada Post Corporation ("CPC") and the Minister of Public Works for Canada ("PWC") is set out in paragraphs 15 to 18, 20 and 22 to 24 of the agreed statement of facts:

15. Upon the coming into force of the *Canada Post Corporation Act* in 1981, the administration and control of all real property of or leased to Her Majesty in right of Canada of which the Post Office Department was the sole or principal tenant was transferred to CPC.

16. All real property now owned or leased by CPC, including the properties to which the documents to which access has been requested relate, is under the administration and control of CPC.

17. CPC has retained PWC to manage such properties and to provide related technical and professional services.

18. CPC and PWC have entered into two agreements which govern their relationship:

(1) Comprehensive Realty Management and Services Agreement, dated August 30, 1984 (the "1984 Agreement"), as amended from time to time; and

nature du litige dont la Cour est saisie sont exposées aux paragraphes 1 à 5 de l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION] 1. La Société canadienne des postes («SCP») est une société d'État constituée en vertu de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10. La SCP a pour mission, entre autres, de créer et d'exploiter un service postal au Canada.

2. La SCP n'étant pas énumérée à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la «Loi»), elle n'est pas une «institution fédérale» au sens de la Loi. Elle est par conséquent un «tiers» au sens de l'art. 3 de la Loi.

3. Travaux publics Canada («TPC») est un ministère fédéral et une «institution fédérale» au sens de la Loi.

4. Citoyen canadien, M. Duquette a présenté une demande en vertu de l'art. 4(1) de la Loi en vue d'obtenir l'accès à certains documents.

5. La SCP estime que les documents auxquels M. Duquette a demandé accès relèvent d'elle [«are under its control»] et non de TPC, tel que cette expression est utilisée dans la Loi, et que, par conséquent, on ne peut invoquer la Loi pour en exiger la communication. M. Duquette estime que les documents relèvent de TPC et qu'en vertu de la Loi, il peut en demander la communication. La SCP, TPC et M. Duquette ont par conséquent consenti à demander à la Cour de rendre une première décision, en se fondant sur le présent exposé conjoint des faits, sur la question de savoir si les documents en cause relèvent de TPC au sens de la Loi.

La nature de la relation entre la Société canadienne des postes («SCP») et le ministre des Travaux publics du Canada («TPC») est énoncée aux paragraphes 15 à 18, 20 et 22 à 24 de l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION] 15. Dès l'entrée en vigueur en 1981 de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, la gestion et le contrôle des biens immobiliers dont Sa Majesté du chef du Canada était propriétaire ou locataire et dont le ministère des Postes était le seul ou le principal occupant ont été transférés à la SCP.

16. Les biens immobiliers de la SCP ou loués par cette dernière, dont ceux auxquels se rapportent les documents dont l'accès a été demandé, sont gérés et contrôlés par la SCP.

17. La SCP a retenu les services de TPC pour la gestion de ces biens et la prestation de services techniques et professionnels connexes.

18. La SCP et TPC ont conclu deux ententes régissant leurs relations:

(1) L'Entente détaillée sur la gestion des biens immobiliers et les services, conclue le 30 août 1984 (l'«entente de 1984»), telle que modifiée à l'occasion;

(2) Grants in Lieu of Taxes Management Agreement, dated July 14, 1988 (the "1988 Agreement").

Documents in relation to CPC properties are kept by PWC pursuant to one or more of these agreements.

20. In connection with the properties to which the documents to which access has been requested relate, PWC acts as CPC's consultant/service agent pursuant to clause 1.0(c) of the 1984 Agreement.

22. Pursuant to clause 3.2 of the 1984 Agreement, CPC has instructed PWC, as its consultant/agent, on how to deal with information with respect to CPC leases, and contracting or project matters. A copy of the instructions is attached as Schedule G.

23. The instructions require that under no circumstances is PWC to "release information concerning any CPC lease to anyone without the prior written consent of CPC".

24. The instructions further require PWC, as CPC's consultant/agent, not to discuss or impart any information of any kind regarding CPC to anyone outside of PWC. PWC is to treat CPC matters as confidential business information of CPC.

The records in question are described in paragraph 26 of the agreed statement of facts:

26. The records in question in this matter relate to 280 Progress Avenue and 415 Milner Avenue, which, as noted in paragraph 7 above, are owned and leased, respectively, by CPC. The records are compiled by PWC, for their use, in the course of performing the property management and related services for CPC. The records include correspondence between PWC and third parties (generally, contractors) with respect to tenders and work to be performed, and memos and correspondence between CPC and PWC regarding decisions and approval of decisions with respect to work on the properties and PWC internal documents and memos relating to work done by PWC and CPC. Amongst these records are contracts, blueprints, specifications and tender documents. All of the records contain information concerning CPC facilities which are not open to the public and information in respect of which is not generally available.

The applicant submits that the relationship between CPC and PWC is that of principal/agent and, pursuant to such relationship, the records in question are under the control of CPC and not PWC. The applicant says that because the records in question are under the control of CPC and not PWC, subsection 4(1) does not apply to the records and they are

(2) La Convention de gestion relative aux subventions en remplacement d'impôts, conclue le 14 juillet 1988 (l'«entente de 1988»).

Les documents se rapportant aux biens de la SCP sont détenus par TPC conformément à l'une ou l'autre de ces ententes, ou aux deux.

20. Conformément à l'alinéa 1.0c) de l'entente de 1984, TPC est l'expert-conseil ou l'intermédiaire de services de la SCP relativement aux biens auxquels se rapportent les documents dont l'accès a été demandé.

22. Conformément à l'article 3.2 de l'entente de 1984, la SCP a donné à TPC, qui agit à titre d'agent/expert-conseil, des directives sur le traitement des renseignements relatifs aux baux de la SCP, ses marchés et ses projets. Une copie des directives est jointe à l'annexe G.

23. Aux termes des directives, TPC ne peut [TRADUCTION] «divulguer à qui que ce soit des renseignements sur les baux de la SCP sans obtenir préalablement son consentement écrit.

24. Conformément aux directives, à titre d'expert-conseil/agent de la SCP, TPC ne peut divulguer aucun renseignement, quel qu'il soit, concernant la SCP à quiconque n'appartient pas à TPC, ni en discuter. TPC doit considérer ces renseignements comme des renseignements d'affaires confidentiels de la SCP.

Les documents en question sont décrits au paragraphe 26 de l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION] 26. Les documents en question en l'espèce se rapportent, comme il est indiqué au paragraphe 7 ci-dessus, au 280, Progress Avenue, qui est un bien de la SCP, et au 415 Milner Avenue, qui est loué par cette dernière. TPC recueille les documents pour les utiliser dans le cadre de la prestation de ses services de gestion immobilière et services connexes pour la SCP. Les documents comprennent des lettres échangées par TPC et des tiers (en général des entrepreneurs) relativement à des soumissions et à des travaux à exécuter, des notes de services et des lettres échangées par la SCP et TPC relativement à des décisions et à l'approbation de décisions concernant des travaux dont les biens ont fait l'objet, des documents internes de TPC et des notes de services portant sur les travaux exécutés par TPC et la SCP. On y retrouve des contrats, des plans, des cahiers de charge et des documents de soumissions. Tous les documents contiennent des renseignements sur les installations de la SCP qui ne sont pas accessibles au public et des renseignements qui ne sont généralement pas accessibles.

La requérante soutient que la relation entre la SCP et TPC tient du mandat et du mandataire, et qu'en vertu de cette relation, les documents relèvent de la SCP et non de TPC. Elle ajoute que les documents relevant d'elle, le paragraphe 4(1) ne s'applique pas et les documents ne peuvent, sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, être communiqués.

not subject to disclosure under the *Access to Information Act*.

Prior to dealing with the arguments raised by the applicant, I will comment on the status of the parties and the contractual relationship between them. In the material before me, mention was made of the fact that Mr. Duquette is a union representative of the Canadian Union of Postal Workers and that the CPC is a Crown Corporation but not a government institution under the *Access to Information Act*. Under subsection 4(1) of the Act, the right of access to a record under control of a government institution belongs to Canadian citizens or permanent residents. No other qualification is specified in the Act. While at a policy level it may be argued that the right of access should be conditional, no conditions are specified in the Act. Perhaps CPC views Mr. Duquette in an adversarial role because of his association with the Canadian Union of Postal Workers, but this is not a relevant consideration in deciding whether or not he is entitled to access to the records in question in this case. As long as he is a Canadian citizen or permanent resident, he is entitled to invoke subsection 4(1) of the *Access to Information Act*.

That CPC is a Crown Corporation is also not a relevant consideration for purposes of the *Access to Information Act*. Section 3 of the Act defines a "government institution":

3. In this Act,

. . .

"government institution" means any department or ministry of state of the Government of Canada listed in Schedule I or any body or office listed in Schedule I;

CPC is not listed in Schedule I to the Act. Therefore, its records are not subject to disclosure under the *Access to Information Act*. In this sense, it is in a position analogous to any private citizen or corporation in so far as this Act is concerned.

"Third party" is defined in the Act in section 3:

3. In this Act,

. . .

Avant d'analyser les arguments de la requérante, je commenterai la qualité des parties et la relation contractuelle qui les unit. Dans le dossier qui m'est soumis, on mentionne le fait que M. Duquette est un représentant syndical du Syndicat des postiers du Canada et que la SCP est une société d'État et non une institution fédérale au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le paragraphe 4(1) de la Loi donne aux citoyens canadiens et aux résidents permanents l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale. La Loi ne prévoit aucune autre qualité. Si, en principe, on peut soutenir que le droit d'accès devrait être conditionnel, aucune condition n'est précisée à la Loi. Peut-être la SCP voit-elle M. Duquette dans le rôle de l'adversaire en raison de son lien avec le Syndicat des postiers du Canada. Il ne s'agit toutefois pas d'un élément à considérer pour déterminer si M. Duquette a droit d'accès aux documents en question en l'espèce. Pourvu qu'il soit citoyen canadien ou résident permanent, il peut invoquer le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Le fait que la SCP soit une société d'État n'est pas non plus un facteur dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'article 3 de la Loi définit le terme «institution fédérale»:

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

g

. . .

«institution fédérale» Tout ministère ou département d'État relevant du gouvernement du Canada, ou tout organisme, figurant à l'annexe I.

h

La SCP ne figure pas à l'annexe I de la Loi. En conséquence, ses documents ne sont pas susceptibles d'être communiqués sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*. En ce sens, dans la mesure où la Loi est concernée, la SCP est dans la même situation que n'importe quel citoyen ou société.

Le terme «tiers» est défini à l'article 3 de la Loi:

j

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

“third party”, in respect of a request for access to a record under this Act, means any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution.

Since CPC is neither the person that made the request nor a government institution, it is clearly a third party.

PWC, as a department of the Government of Canada, is listed in Schedule I of the *Access to Information Act*. As such, it is a government institution as defined in the Act.

### CONTRACTUAL RELATIONSHIP

The Comprehensive Realty Management and Services Agreement dated April 30, 1984, between CPC and PWC provides in paragraph 1.0(c) that the parties acknowledge:

(c) that the relationship of CPC to PWC is and will be that of principal/client to consultant/service agent in the provision of services and in the management of real property under the administration and control of CPC . . .

The relationship of principal and agent has been established by express agreement between CPC and PWC in respect of the management of CPC real property.

The provisions of this Agreement relating to the maintenance and control of records as between CPC and PWC are subsections 5.2 and 5.3.

5.2 PWC shall keep accurate books and records of account in respect of services performed for CPC under this agreement, and shall complete such statements of account for CPC as CPC may require from time to time.

5.3 CPC may, at any reasonable time and with prior notice to PWC, enter PWC's premises to inspect any books and records of PWC relating to services performed under this agreement, to inspect any other documentation relating to such service, or to perform an audit of all books and records of PWC in relation to the performance of such services. PWC shall allow CPC to copy and take extracts from such books, records, and other documentation and shall assist CPC as requested.

Subsection 5.2 provides that PWC shall keep accounts, books and records of account in respect of services performed for CPC. Subsection 5.3 provides that CPC may inspect books and records of PWC or other documentation relating to services performed by PWC for CPC. It also states that PWC shall allow

«tiers» Dans le cas d'une demande de communication de document, personne, groupement ou organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale.

a La SCP n'étant ni l'auteur de la demande ni une institution fédérale, elle est manifestement un tiers.

Puisqu'il est un ministère fédéral, TPC figure à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information*. À ce titre, il est une institution fédérale telle que cette expression est définie dans la Loi.

### RELATION CONTRACTUELLE

L'Entente détaillée sur la gestion des biens immobiliers et les services conclue le 30 avril 1984 entre la SCP et TPC prévoit, à l'alinéa 1.0c), que les parties reconnaissent:

c) que les rapports actuels et futurs entre la S.C.P. et T.P.C. sont ceux qui existent entre le client ou mandant et l'intermédiaire de services ou l'expert-conseil quant à la prestation de services et la gestion des biens immobiliers dont la gestion et le contrôle incombent à la S.C.P. . . .

e La SCP et TPC ont établi dans une entente expresse une relation de mandant et d'intermédiaire quant à la gestion des biens immobiliers de la SCP.

f Les dispositions de cette entente qui régissent, entre la SCP et TPC, la tenue et la surveillance des documents, sont les paragraphes 5.2 et 5.3.

g 5.2 TPC doit tenir des livres et des registres comptables quant aux services assurés à la SCP en vertu de la présente entente et doit établir, à l'intention de la SCP, tous les états de compte que la SCP peut exiger de temps à autre.

h 5.3 La SCP peut, à un moment raisonnable et pourvu qu'un préavis a été donné à TPC, entrer dans les locaux de TPC pour vérifier les livres et registres de TPC afférents aux services exécutés en vertu de la présente entente, pour vérifier n'importe quel autre document ayant trait à l'exécution de ces services. TPC autorisera la SCP à tirer des copies ou des extraits de ces livres, de ces registres et de tout autre document et aidera la SCP sur demande.

i En vertu du paragraphe 5.2, TPC doit tenir des comptes, des livres et des registres comptables quant aux services assurés à la SCP. En vertu du paragraphe 5.3, la SCP peut vérifier les livres et registres de TPC ou n'importe quel autre document afférent aux services assurés par TPC à la SCP. Le même

CPC to copy and take extracts from such books, records and documents.

The Grants in Lieu of Taxes Management Agreement dated July 14, 1988, provides, in respect of books, accounts and records relating to services provided by PWC to CPC under the Agreement:

4.2 P.W.C. (Municipal Grants Division) shall keep separate and accurate books, accounts and records in respect of services performed by it hereunder for C.P.C.

4.3 P.W.C. agrees that the books, accounts and records referred to in section 4.2 shall be the property of CPC and shall be transferred to C.P.C. upon termination of this Agreement.

Pursuant to these provisions, books, accounts and records related to CPC shall be kept separate by PWC and shall be transferred to CPC upon termination of the Agreement. The books, accounts and records, are the property of CPC.

On April 28, 1989, E. C. Kriegler, Vice-President, Real Estate, of CPC wrote to R. S. Lafleur, Assistant Deputy Minister, Realty Services, Public Works Canada, as follows:

It has come to our attention that PWC is proposing to embark on a policy of preparing and making available to the public a list of PWC leases.

This issue is being addressed in a letter from Frank McCarthy (CPC) to Avrum Miller (PWC).

The purpose of this letter is to reiterate the position of CPC that under no circumstances is PWC to release information concerning any CPC lease to anyone without the prior written consent of CPC.

On May 8, 1989, Mr. Lafleur responded to Mr. Kriegler:

PWC will accede to your wish to not include CPC leases in any list to be made available to the public at large.

From time to time, we receive specific requests for lease information from Members of Parliament and other governments and under no circumstances will we release any information on CPC leases without your prior written consent.

On September 18, 1989, an internal memorandum was circulated within PWC on the subject-matter:

Canada Post Corporation

paragraphe prévoit également que TPC autorise la SCP à tirer des copies ou des extraits de ces livres, registres et documents.

*a* La Convention de gestion relative aux subventions en remplacement d'impôts conclue le 14 juillet 1988 prévoit, à l'égard des livres, comptes et registres ayant trait aux services assurés par TPC à la SCP en vertu de l'entente:

*b* 4.2 Le M.T.P. (Division des subventions aux municipalités) tient, à l'égard des services accomplis aux termes des présentes pour la S.C.P., des livres, comptes et registres distincts et fidèles.

*c* 4.3 Le M.T.P. convient que les livres, comptes et registres mentionnés au paragraphe 4.2 sont la propriété de la S.C.P., à qui ils doivent être remis lors de la résiliation de la présente entente.

Conformément à ces dispositions, les livres, comptes et registres ayant trait à la SCP doivent être tenus distinctement par TPC et remis à la SCP à la résiliation de l'entente. Ils sont la propriété de la SCP.

*e* Le 28 avril 1989, E. C. Kriegler, vice-président, Biens immobiliers, Société canadienne des postes, a écrit à R. S. Lafleur, sous-ministre adjoint, Services de l'immobilier, Travaux publics Canada, pour lui faire part de ce qui suit:

*f* [TRADUCTION] Nous avons appris que TPC envisage l'adoption d'une politique visant à rédiger une liste des baux de TPC et à la rendre accessible au public.

Frank McCarthy (SCP) aborde la question dans une lettre adressée à Avrum Miller (TPC).

*g* La présente lettre vise à réitérer la position de la SCP, selon laquelle TPC ne doit divulguer à qui que ce soit des renseignements sur les baux de la SCP sans obtenir préalablement son consentement écrit.

*h* Le 8 mai 1989, M. Lafleur a répondu à M. Kriegler:

[TRADUCTION] TPC agréé à votre souhait de ne pas inclure les baux de la SCP dans quelle que liste que ce soit qui serait diffusée.

*i* Nous recevons occasionnellement des députés des demandes de renseignements concernant les baux, et nous ne divulguons aucun renseignement sur les baux de la SCP sans obtenir préalablement votre autorisation écrite.

*j* Le 18 septembre 1989, une note de service a été diffusée au sein de TPC sur la question suivante:

Société canadienne des postes

Privacy of Information relating to CPC matters

At page 2 of the memorandum, the following appears:

Stated simply, Public Works Canada is not to discuss or impart any information of any kind regarding CPC to anyone outside of Public Works Canada; in other words we, as agents of Canada Post, are to treat Canada Post Corporation matters as confidential business information of the Corporation, and in a manner consistent with Public Works Canada "protected" category. This is a client/PWC arrangement only, and does not mean security clearance of employees handling CPC information.

This correspondence and memorandum emphasize the principal/agent relationship between CPC and PWC and the agreement between PWC and CPC that PWC, as agent, will treat all CPC information as confidential and not impart the information to anyone outside of PWC.

I am fully satisfied that the relationship between CPC and PWC is that of principal and agent and that the agency agreement contemplates that PWC will keep CPC information confidential. In the absence of overriding statutory provisions, PWC may not, of its own volition, disclose CPC information in its possession. For it to do so would place it in breach of the principal/agent agreement.

The question still remains, however, whether such an agreement, or the principal/agent relationship as such, precludes the operation of the *Access to Information Act* in respect of CPC information in the possession of PWC.

The scheme of the *Access to Information Act* is that all information under the control of the Government shall be subject to the right of access by the public unless it falls under one or more of the specific exemptions to disclosure stipulated by the Act. In addition to the exemption provisions (sections 13 to 26), by virtue of sections 68 [as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32; 1992, c. 1, s. 143] and 69, the Act is made expressly not applicable to certain government information, e.g. confidences of the Queen's Privy Council. Other than the exemption and non-application

Confidentialité des renseignements

À la page 2 de la note, il est écrit:

<sup>a</sup> En clair, Travaux publics Canada ne divulguera aucun renseignement, quel qu'il soit, concernant la SCP à quiconque n'appartient pas à TPC, ni n'en discutera avec lui. En d'autres mots, nous, en tant qu'agents de la Société canadienne des postes, devons considérer ces renseignements comme des renseignements d'affaires confidentiels de la SCP, et nous conformer à la marche à suivre visant les renseignements ayant la cote «protégé». Il s'agit d'un arrangement qui ne concerne que TPC et son client, et qui n'impose pas que les employés ayant accès à des renseignements sur la SCP aient reçu une autorisation de sécurité.

<sup>c</sup> Ces lettre et note de service font ressortir le mandat qui existe entre la SCP et TPC et l'entente intervenue entre la TPC et la SCP, selon laquelle, en sa qualité de mandataire, TPC considérera tous les renseignements concernant la SCP comme confidentiels et ne divulguera aucun renseignement à quiconque n'appartient pas à TPC.

<sup>d</sup> Je suis tout à fait convaincu que la relation entre la SCP et TPC est une relation de mandat, et que l'entente prévoit que TPC gardera confidentiels les renseignements concernant la SCP. En l'absence de dispositions législatives dérogatoires, TPC ne peut, de son propre gré, divulguer des renseignements concernant la SCP qui sont en sa possession. S'il le faisait, il manquerait à l'entente prévoyant son mandat.

<sup>e</sup> Reste tout de même à savoir si une telle entente, ou la relation de mandant et de mandataire comme telle, écarte l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* à l'égard des renseignements qui concernent la SCP et qui sont en la possession de TPC.

<sup>h</sup> L'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* est de soumettre tous les documents relevant du gouvernement au droit d'accès du public, sous réserve des exceptions qui y sont prévues. Outre les dispositions d'exception (articles 13 à 26), les articles 68 [mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32] et 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] prévoient expressément la non-application de la Loi à certains documents du gouvernement, tels les documents confidentiels du Conseil privé de la Reine. Seules ces exceptions et ces dispositions prévoyant la non-application de la Loi restrei-

provisions, there are no other provisions in the Act which restrict its application to information under the control of a government institution.

With particular reference to this case, the Act does not state that it does not apply to information that is in the possession of a government institution acting as agent for a third party principal. The role of the government institution in acquiring or accumulating information is not an express consideration as to whether or not the information is subject to disclosure pursuant to the Act.

### THE APPLICANT'S ARGUMENTS

The applicant argues that a record that is in the possession of a government institution because of the principal (third party)/agent (government institution) relationship is not under the control of the government institution. Because control is not defined in the *Access to Information Act*, the applicant has resorted to various interpretative aids to assist in the consideration of whether or not the term "record under the control of a government institution" used in subsection 4(1) of the *Access to Information Act* contemplates records in the possession of the government institution acting as agent for a third party.

The applicant makes essentially four arguments:

(1) The definition of control according to its dictionary meaning connotes control in a proprietary sense and some dominance or direction over the thing in question. It is said this type of control resides with CPC and not PWC.

(2) The purpose of the *Access to Information Act* is to provide a right of access to government information. CPC information is not government information and therefore it should not be considered to be under the control of a government institution for purposes of the Act.

(3) The term "control" in the context of the *Access to Information Act* contemplates something more than

gnent l'application de cette dernière aux documents relevant d'une institution fédérale.

En ce qui concerne la présente affaire, la Loi ne prévoit pas sa non-application aux documents qui sont en la possession d'une institution fédérale agissant à titre de mandataire pour un tiers. Le rôle que joue l'institution fédérale dans l'acquisition et l'emmagasinage des documents n'est pas une considération expresse lorsqu'il s'agit de déterminer si le document est soumis à la communication en vertu de la Loi.

### LES ARGUMENTS DE LA REQUÉRANTE

La requérante soutient qu'un document en la possession d'une institution fédérale du fait de la relation mandant (tiers) et mandataire (institution fédérale) n'est pas un document relevant de l'institution fédérale [*«under the control»*]. Le terme «*control*» de la version anglaise n'étant pas défini dans la *Loi sur l'accès à l'information*, la requérante a eu recours à différents moyens d'interprétation permettant de répondre à la question de savoir si l'expression «documents relevant d'une institution fédérale» [*«record under the control of a government institution»*] utilisée au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* vise les documents en possession de l'institution fédérale qui agit à titre de mandataire d'un tiers.

La requérante fait valoir essentiellement quatre arguments:

(1) La définition lexicographique du mot anglais «*control*» comporte une idée de propriété et une certaine autorité ou direction quant à l'objet en question. Nous soutenons que c'est la SCP, et non TPC, qui détient cette autorité.

(2) La *Loi sur l'accès à l'information* a pour objet de conférer le droit d'accès à des documents du gouvernement. Les documents concernant la SCP n'en sont pas et, par conséquent, aux fins de la Loi, ils ne devraient pas être considérés comme des documents relevant d'une institution fédérale.

(3) Dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'expression «relève de» [*«control»*] envisage

mere possession. It is argued that PWC has only possession and not control of CPC information.

(4) Even if control is equated with possession, possession must mean legal and not just physical possession. It is argued that PWC does not have legal possession of CPC records.

(1) Dictionary definitions of “control”

The applicant’s first argument is that the definition of “control” according to its ordinary meaning connotes control in a proprietary sense and some dominance or direction over the thing in question. Various dictionary definitions are cited in support of this interpretation. For example, *Black’s Law Dictionary*, 6th ed. 1990, defines “control” at page 329:

**Control, n.** Power or authority to manage, direct, superintend, restrict, regulate, govern, administer or oversee. The ability to exercise a restraining or directing influence over something.

**Control, v.** To exercise restraining or directing influence over. To regulate; restrain; dominate; curb; to hold from action; overpower; counteract; govern.

I have considered these and other definitions cited by the applicant. I agree with the applicant that a principal, in a principal/agent relationship, usually exercises some form of control in the form of dominance or direction over an agent and, with reference to this case, as between CPC and PWC, direction over the confidentiality or disclosure of records. However, the definition of “control” also includes the authority to manage, direct, superintend, administer or oversee. An agent would have such power, at least to some degree, with respect to its records and documents including those it maintained or controlled for its principal. Section 5.3 of the 1984 Realty Management Agreement between CPC and PWC provides that CPC may inspect books and records of PWC relating to the Agreement. At any reasonable time and with prior notice, CPC is allowed to copy and take extracts from such records. The implication is that PWC has day-to-day managerial and administrative control over the records.

The dictionary definitions of “control” do not clearly lead me to the conclusion that, in this case,

plus qu’une simple possession. Nous soutenons que les documents de la SCP ne sont qu’en la possession de TPC, et ne relèvent pas de ce dernier.

(4) Même si l’expression «relève de» [«control»] équivaut à une possession, celle-ci doit être légale et non seulement matérielle. Nous soutenons que TPC n’a pas la possession légale des documents de la SCP.

(1) Définition lexicographique de «control»

La requérante soutient d’une part que le sens ordinaire du mot anglais «control» comporte une idée de propriété et une certaine autorité ou direction quant à l’objet en question. Elle cite différentes définitions à l’appui de son interprétation, dont celle du *Black’s Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd. 1990, qui définit «control» à la page 329:

**«Control» [TRADUCTION] n.** Pouvoir ou qualité de gérer, diriger, surveiller, limiter, régir, administrer ou superviser. La capacité d’exercer une influence contraignante ou dirigeante sur un objet.

**«Control» [TRADUCTION] v.** Le fait d’exercer une influence contraignante ou dirigeante. Régir, limiter, dominer; réprimer; empêcher d’agir; maîtriser; neutraliser; gouverner.

Outre ces définitions, j’ai étudié les autres que la requérante a citées. Je conviens avec elle que, dans le mandat, le mandant exerce généralement un certain pouvoir sous forme d’autorité ou de direction à l’égard du mandataire et, en l’occurrence, à l’égard de la SCP et de TPC, une direction quant au caractère confidentiel ou à la communication des documents. Toutefois, la définition de «control» inclut également une notion de gestion, direction, surveillance, administration ou supervision. Le mandataire détiendrait un tel pouvoir, du moins dans une certaine mesure, à l’égard de ses registres et documents, dont ceux qu’il tient ou surveille [«control»] pour son mandant. L’article 5.3 de l’Entente sur la gestion des biens immobiliers, conclue en 1984 entre TPC et la SCP, prévoit que cette dernière peut vérifier les livres et registres de TPC afférents à l’entente. À tout moment raisonnable et sous réserve d’un préavis, la SCP est autorisée à tirer des copies ou des extraits de ces registres. Ceci implique que TPC exerce un pouvoir quotidien de gestion et d’administration sur les documents.

Les définitions lexicographiques du terme anglais «control» ne me permettent pas de conclure avec cer-



CPC has control, in the sense that word is used in the *Access to Information Act*, over the records in question and that PWC does not. What the dictionary definitions do suggest is that the term “control” is open to a wide variety of meanings depending upon the circumstances in which the word is used. For one purpose CPC may be said to have control while for another purpose PWC would have control of the records. Based on the dictionary definition of control alone, it might be possible to conclude that because PWC has some control over the records within the meaning of the term in its broad dictionary sense, the records are under its control and are therefore subject to disclosure under the *Access to Information Act*.

However, as stated by L’Heureux-Dubé J. (dissenting in the result) in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at page 409:

... dictionary definitions are all merely suggested meanings; the true meaning of the word must necessarily flow from its context within the entire statute.

I do not, in this case, find it appropriate to rely on a dictionary definition of the word “control” without anything more. I turn therefore to a consideration of the applicant’s arguments respecting “control” in the context of the *Access to Information Act*.

## (2) Purpose of the Act

The applicant’s second argument is that the purpose of the *Access to Information Act* is to provide a right of access to government information under the control of government institutions. Subsection 2(1) of the Act states:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

The applicant says that government information is information that pertains “to the government and the

titude qu’en l’espèce, la SCP exerce un pouvoir [«control»] sur les documents en question, dans le sens où le terme est utilisé dans la version anglaise de la *Loi sur l’accès à l’information*, et qu’il n’en est pas ainsi pour TPC. Par contre, les définitions de dictionnaire donnent à entendre que le terme anglais «control» est susceptible de revêtir plusieurs sens, selon les circonstances dans lesquelles il est utilisé. On pourrait affirmer que, dans un sens, la SCP exerce un pouvoir [«control»] sur les documents, alors que, dans un autre sens, c’est TPC qui exerce ce pouvoir. En se fondant sur la seule définition du mot anglais «control», on pourrait conclure que, comme TPC exerce, au sens lexicographique large du terme, un certain pouvoir sur les documents, ces derniers relèvent de lui [«under its control»] et sont par conséquent soumis à la communication en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*.

Toutefois, comme le juge L’Heureux-Dubé l’a dit (elle était dissidente quant au résultat) dans l’arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la page 409:

... [ces] dictionnaires ne font que suggérer des définitions, car le sens véritable d’un mot dépend nécessairement du contexte dans lequel il s’insère dans une loi considérée dans son entier.

J’estime qu’en l’espèce, il ne convient pas de s’appuyer exclusivement sur une définition du dictionnaire du mot anglais «control». J’étudierai donc les arguments de la requérante dans le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information*.

## (2) Objet de la Loi

La requérante soutient d’autre part que la *Loi sur l’accès à l’information* a pour objet de conférer un droit d’accès aux documents relevant d’une institution fédérale. Le paragraphe 2(1) de la Loi porte que:

2. (1) La présente loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

La requérante soutient que les documents de l’administration fédérale sont ceux qui portent sur [TRADUC-

workings of government.” Information of CPC in the possession of PWC is not such information.

I agree with the applicant that the purpose of the legislation is to provide a right of access to government information. However, government information is not defined in the Act. While government information would certainly be information pertaining “to the government and the workings of government”, nothing in the Act suggests that any other information in the possession of the Government may not also be found to be government information for purposes of the Act. Indeed, subsection 2(1) seems to suggest that government information means all information in records under the control of a government institution. If this interpretation is correct, then the focus is not on the term “government information” but rather on the word “control” which is of paramount importance.

According to the scheme of the Act, no information under the control of a government institution is excluded from the operation of the Act, *ab initio*. Rather, all such information is included and then, if an exemption applies, the information is not disclosed.

For example, the Act clearly recognizes that information under the control of a government institution may be information provided by or related to a third party. Subsection 20(2) states:

20. . . .

(2) The head of a government institution shall not, pursuant to subsection (1), refuse to disclose a part of a record if that part contains the results of product or environmental testing carried out by or on behalf of a government institution unless the testing was done as a service to a person, a group of persons or an organization other than a government institution and for a fee.

Subsection 20(2) presupposes that information pertaining to the results of product or environmental testing is under the control of a government institution even though the testing was done and information gathered as a service to a third party for a fee. Such information would be subject to disclosure except for the exemption in subsection 20(2). Such

TION] «le gouvernement et ses activités». Les documents de la SCP qui sont en la possession de TPC ne sont pas de cette nature.

Je conviens avec la requérante que la loi a pour objet de donner accès aux documents de l'administration fédérale. Cette expression n'est toutefois pas définie dans la Loi. Sans aucun doute, les documents de l'administration fédérale sont des documents portant sur [TRADUCTION] «le gouvernement et ses activités», mais rien dans la Loi ne donne à entendre que tout autre document en possession de l'administration fédérale ne peut être considéré comme un document de l'administration fédérale aux fins de la Loi. En effet, le paragraphe 2(1) semble suggérer que l'expression «les documents de l'administration fédérale» désigne tous les renseignements contenus dans les documents relevant d'une institution fédérale. Si cette interprétation est juste, l'accent n'est pas mis sur l'expression «document de l'administration fédérale», mais plutôt sur l'expression «relevant de» [«control»], qui est de la plus haute importance.

Conformément à l'économie de la Loi, aucun document relevant d'une institution fédérale n'est exempté de plein droit de l'application de la Loi. Au contraire, ces documents sont d'abord tous visés, pour ensuite être exemptés si une exception s'y applique.

Ainsi, la Loi reconnaît clairement que les documents relevant d'une institution fédérale peuvent être fournis par un tiers ou y être afférents. Le paragraphe 20(2) de la Loi prescrit que:

20. . . .

(2) Le paragraphe (1) n'autorise pas le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de la partie d'un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement effectués par une institution fédérale ou pour son compte, sauf si les essais constituent une prestation de services fournis à titre onéreux mais non destinés à une institution fédérale.

Le paragraphe 20(2) présuppose que les documents qui donnent les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement sont des documents relevant d'une institution fédérale même si les essais ont été effectués et les documents recueillis dans le cadre d'une prestation de services fournis à titre onéreux à un tiers. Ces documents seraient susceptibles de com-

information is initially included before consideration of its exclusion from disclosure under subsection 20(2).

The applicant relied on *Berardinelli v. Ontario Housing Corpn. et al.*, [1979] 1 S.C.R. 275, which was a personal injury case involving a statutory corporation to which *The Public Authorities Protection Act* [R.S.O. 1970, c. 374] of Ontario applied. Section 11 [as am. by S.O. 1976, c. 19, s. 1] of that Act provided a limitation of six months to bring an action against an authority for breach of a public duty. In *Berardinelli* it was argued that the six-month limitation period applied only to the public aspects of the Corporation's operations and not to the private aspects of its operations. Estey J. stated, at pages 283-284:

It therefore follows that the reference in s. 11 to "any statutory or other public duty" applies in the context of s. 6(2) of the *Housing Development Act* to those aspects of the statutory powers and duties there established which have a public aspect or connotation, and does not comprehend those planning, construction and managerial responsibilities (to paraphrase s. 6(2)) which have a private executive or private administrative application or are subordinate in nature. To read the section otherwise would be to bring within the protective umbrella of the limitation imposed by s. 11 every aspect of the powers enunciated in s. 6(2) including operational matters, however insignificant in the spectrum of management activities for example, and would as already mentioned create different conditions of owner liability for two apparently similar housing facilities.

The applicant argues by analogy that the *Access to Information Act* should be read to exclude private or non-government information that happens to be in the possession of a government institution. While the analogy which the applicant wishes to advance has some appeal, I do not think it can apply in this case in view of the statutory language of the *Access to Information Act*. The Act operates notwithstanding any other Act of Parliament. Its scheme is to be wholly inclusive and then to allow for exemptions. This is not a case where, as in *Berardinelli*, one interpretation would work an unintended hardship. In the case of the *Access to Information Act*, specific exemptions may justify confidentiality. There is therefore provision for a remedy for a third party such as CPC in the exemption sections.

munication, sous réserve des exceptions prévues au paragraphe 20(2). Ils sont donc initialement visés avant qu'on envisage de les exempter de la communication en vertu du paragraphe 20(2).

a

La requérante a invoqué l'arrêt *Berardinelli c. Ontario Housing Corpn. et autre*, [1979] 1 R.C.S. 275, une affaire relative à des blessures et mettant en cause une société constituée en vertu de la Loi à laquelle s'appliquait *The Public Authorities Protection Act* [R.S.O. 1970, ch. 374] de l'Ontario. L'article 11 [mod. par S.O. 1976, ch. 19, art. 1] de cette Loi prévoyait un délai de prescription de six mois pour intenter une action contre une autorité pour manquement à un devoir public. Dans l'affaire *Berardinelli*, on a soutenu que le délai de prescription de six mois ne s'appliquait qu'aux aspects publics des activités de la société et non à ses aspects privés. Aux pages 283 et 284, le juge Estey a dit:

b

c

d

Il s'ensuit donc que l'expression «un devoir... conféré par la loi ou... autre devoir... public» à l'art. 11 vise, dans le contexte du par. 6(2) de *The Housing Development Act*, les aspects des pouvoirs et devoirs légaux qui ont une connotation ou un aspect public et ne comprend pas les responsabilités de planification, de construction et d'administration (pour reprendre le par. 6(2)) qui ont une connotation d'administration ou de gestion privée ou qui sont par leur nature même accessoires. Interpréter l'article autrement rendrait la prescription de l'art. 11 applicable à tous les aspects des pouvoirs énoncés au par. 6(2), y compris les activités courantes, si insignifiantes soient-elles d'un point de vue administratif, et, comme je l'ai déjà dit, créerait deux situations distinctes en matière de responsabilité du propriétaire pour deux logements apparemment semblables.

e

f

g

La requérante soutient, par analogie, qu'il faudrait interpréter la *Loi sur l'accès à l'information* de façon à exclure les documents privés ou ceux qui ne sont pas des documents de l'administration fédérale, mais qui sont en possession d'une institution fédérale. Aussi séduisante qu'elle soit, je ne crois pas que l'analogie suggérée par la requérante puisse s'appliquer en l'espèce compte tenu du libellé de la *Loi sur l'accès à l'information*. La Loi s'applique nonobstant tout autre loi fédérale. De par son économie, elle inclut tous les documents et permet ensuite certaines exceptions. En l'espèce, il ne s'agit pas d'un cas où, comme dans l'affaire *Berardinelli*, une interprétation causerait un préjudice non souhaité. Dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information*, certaines exceptions précises peuvent justifier le caractère confiden-

h

i

j

The purpose of the Act, disclosure subject to limited and specific exemptions, supports non-disclosure of certain third party information in the possession of a government institution based on an exemption. It does not support the proposition that third party information in the possession of a government institution acting as agent for the third party is not subject to the Act at all.

(3) Control in the context of the Act means more than possession

The third argument of the applicant is that control in the context of the *Access to Information Act* means more than possession. In support of this argument, the applicant argues that control contemplates the power to use and dispose of information as the purposes of the government institution dictate. The applicant further says that since the information in this case was not supplied to PWC by CPC, CPC may not be able to invoke the exemption in paragraph 20(1)(b) of the Act. The applicant also relies on Treasury Board *Interim Policy Guide: Access to Information Act and The Privacy Act*, Part II which provides at page 9:

Under the control: A record is under the control of a government institution when that institution is authorized to grant or deny access to the record, to govern its use and, subject to the approval of the Dominion Archivist, to dispose of it. Regarding the question of physical possession, a record held by an institution, whether at headquarters, regional, satellite or other office, either within or outside Canada, is presumed to be under its control unless there is evidence to the contrary. A record held elsewhere on behalf of an institution is also under its control.

Finally on this point, the applicant submits that the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21], in addition to using the word "control", speaks of information "held by a government institution" or "under the custody or control" of government institutions. Similar distinctions in wording are cited in provincial access

tiel des documents. Les articles d'exceptions offrent donc une réparation à un tiers comme la SCP.

L'objet de la Loi, qui consiste à permettre la communication des documents sous réserve d'exceptions limitées et précises, autorise donc, grâce aux exceptions, la non-divulcation de certains documents d'un tiers en la possession d'une institution fédérale. En revanche, son objet ne permet pas d'affirmer que les documents d'un tiers qui sont en la possession d'une institution fédérale agissant à titre de mandataire du tiers ne sont pas visés par la Loi.

(3) L'expression «relevant de» [«control»] dans le contexte de la Loi désigne plus que la simple possession

La requérante soutient en outre que, dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'expression «relevant de» [«control»] désigne plus que la possession. À l'appui de cet argument, elle soutient qu'il s'agit du pouvoir d'utiliser le document et d'en décider conformément aux objets de l'institution fédérale. La requérante avance par ailleurs que les documents en l'espèce n'étant pas fournis à TPC par la SCP, cette dernière pourrait être incapable d'invoquer l'exception prévue à l'alinéa 20(1)(b) de la Loi. La requérante invoque également les *Lignes directrices provisoires: Loi sur l'accès à l'information et Loi sur la protection des renseignements personnels*, Partie II du Conseil du Trésor, qui prévoient à la page 10:

Relever de: Un document relève d'une institution fédérale si cette institution est autorisée à accorder ou à refuser l'accès à ce document, à décider de son utilisation et, sous réserve de l'approbation de l'archiviste fédéral, à en disposer. Pour ce qui est de la possession physique, on présume qu'un document conservé dans une institution, à l'administration centrale, dans les bureaux régionaux, auxiliaires ou autres, au Canada ou à l'étranger, relève de cette institution à moins de preuve du contraire. On dit également qu'un document relève d'une institution s'il est conservé ailleurs mais au nom de celle-ci.

Pour conclure sur cet aspect de la question, la requérante soutient qu'outre le mot «control», la version anglaise de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] renvoie aux renseignements «held by a government institution» ou «under the custody and control»\* des institu-

\* Note de la traductrice: la version française de la Loi rend ces deux expressions par «relever de».

to information legislation. The applicant says that “control” must therefore require something more than mere possession or custody.

In *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.), an access request was made for disclosure of audited financial statements of certain Indian bands that had been provided to the federal Government pursuant to the *Indian Act* [R.S.C., 1970, c. I-6]. The bands argued that since the financial statements were obtained by the Government in the context of a trust relationship with the bands, that they were not under government control. Jerome A.C.J. recited the arguments and stated his conclusion, at pages 150-152:

In his oral submissions, counsel for the Band expanded this position to argue that, since the information is governed by the trust relationship, it is not really “under the control” of a government institution. The documents may be in the Department’s possession, but they are not under government control unless government direction can be exercised over them. It is argued that such direction is not possible given the limited purpose for which they were provided and the fiduciary nature of the relationship between the parties.

Some of the other applicants put the case more strongly. It was argued that the financial statements could not be considered “government information” at all as they record the Bands’ own revenues and capital. It was alleged that in the phrase “government information”, the word “government” has a proprietary connotation. It follows that the government may only grant access to records with which it has the legal authority to deal in its sole discretion. In this case, it is submitted, the information, like the funds it describes, belongs to the Bands, not the government. It therefore cannot be said to be “government information”.

The respondent replies that any record in the possession of a government institution is “under its control” within the meaning of subsection 4(1) because it is within the institution’s power to produce. A narrow construction of the term, it is alleged, would be contrary to the spirit and intent of the Act, which are to foster disclosure and access to information. That Parliament intended a broad definition of the word “control” can be seen from the care it took to exempt from disclosure those records under government control in which a specific strong interest lies against disclosure. In the words of the respondent’s written submissions:

The exemption of third party information, as set out in S. 20, addresses the concerns pertaining to information pro-

tions fédérales. Les lois provinciales relatives à l’accès aux renseignements reprennent des distinctions semblables dans leur libellé. La requérante prétend que le verbe «relève de» [«control»] commande donc plus que la simple possession ou garde.

Dans l’arrêt *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143 (1<sup>re</sup> inst.), on avait demandé la communication des états financiers vérifiés de certaines bandes indiennes, fournis au gouvernement fédéral conformément à la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6]. Les bandes ont soutenu que, puisque les états financiers avaient été obtenus par le gouvernement dans le contexte d’une relation fiduciaire avec les bandes, ils ne relevaient pas du gouvernement. Le juge en chef adjoint Jerome a repris ces arguments et énoncé sa conclusion, aux pages 150 à 152:

Lors de sa plaidoirie, le procureur de la bande développa cette position pour prétendre que puisque les informations sont régies par la relation fiduciaire, elles ne sont pas vraiment «des documents des institutions fédérales» [«under the control» of a government institution]. Les documents peuvent être en la possession d’un ministère, mais ils ne sont pas des documents d’une institution, à moins qu’il soit possible au gouvernement d’exercer un contrôle sur ceux-ci. On prétend qu’un tel contrôle n’est pas possible vu l’objet limité de leur production et la nature fiduciaire de la relation entre les parties.

D’autres requérants sont plus catégoriques. Ils plaident que les états financiers ne peuvent aucunement être tenus pour de «l’information gouvernementale» puisqu’ils contiennent les revenus et le capital propres à la bande. Ils affirment que l’expression «documents des institutions fédérales», comporte une idée de propriété. Il s’ensuit que le gouvernement ne peut donner accès qu’aux documents dont il peut légalement s’occuper à sa seule discrétion. En l’espèce, on allègue que l’information, tout comme les fonds qui sont décrits, appartient à la bande et non au gouvernement. On ne peut donc pas les qualifier de «documents des institutions fédérales».

L’intimé répond que tout dossier en la possession d’une institution fédérale constitue des «documents d’une institution fédérale» selon le sens du paragraphe 4(1) parce que l’institution peut le produire. Une interprétation étroite de l’expression, prétend-on, serait contraire à l’esprit et à l’intention de la Loi, qui est de favoriser la divulgation et l’accès à l’information. Que le Parlement envisageait une définition large de l’expression ressort du soin qu’il a mis à exempter de la divulgation les dossiers des institutions fédérales dans lesquels un fort intérêt particulier prêche contre la communication. Selon les termes des arguments écrits de l’intimé:

[TRADUCTION] L’exception des renseignements de tiers, telle que prévue à l’article 20, aborde le problème de l’infor-

vided to the government in a trust relationship, strikes the balance between the interests in disclosure and "privacy" in the larger sense and sets the exact criteria to be applied in the decision-making process.

It is further submitted that, since the records in question were required by the Department and submitted by the Band to comply with various regulatory and statutory "government" requirements, they should be considered "government information".

I find I must agree with the respondent on this issue. While the Bands understandably find it repugnant that their private records could be made the subject of an access to information request, the fact remains that, because of the reporting requirements, copies of their financial statements are under government control. To limit the definition of "control" in order to exclude them would be to set a dangerous precedent with respect to the interpretation of this relatively new Act. Fortunately, as the respondent points out, the applicants' concerns have been dealt with by Parliament in the exemption sections of the Act.

The applicant says that *Montana Band of Indians* is distinguishable because in that case, the fact that financial statements of the bands were in the possession or control of a government institution was pursuant to a statutory requirement of the *Indian Act* whereas, in the case at bar, there is no statutory provision governing the relationship between CPC and PWC.

The learned Associate Chief Justice appears to have confined his rationale for finding that the records in that case were under government control by reason of the statutory reporting requirement. However, he also observed that "[t]o limit the definition of 'control', in order to exclude them would set a dangerous precedent". Although this observation was *obiter*, it suggests support for a broader rather than a narrower definition of the term "control" in the *Access to Information Act*.

In *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), the Canadian Football League submitted a brief to the Government of Canada containing information about the CFL and proposed action involving possible legislation, appropriations or both. The material was submitted voluntarily but in confidence. In his decision, Strayer J. stated, at pages 485-486:

mation fournie au gouvernement dans le cadre d'une relation de fiduciaire, trouve un équilibre entre les avantages de divulguer et de protéger les renseignements personnels au sens large et prévoit le critère précis à appliquer dans le mécanisme décisionnel.

*a* On allègue de plus que comme le Ministère exigeait la production des dossiers en cause et que la bande les fournissait pour se conformer aux diverses dispositions réglementaires et légales de «l'institution», lesdits dossiers devraient être tenus pour des «documents des institutions fédérales».

*b* Je suis d'accord avec l'intimée sur cette question. Alors que l'on peut comprendre que la bande trouve répugnant que leurs dossiers personnels fassent l'objet d'une demande d'accès à l'information, le fait demeure qu'étant donné les exigences de communication, une copie de leurs états financiers constitue des documents des institutions fédérales. Limiter la définition de l'expression afin de les exclure conduirait à un dangereux précédent quant à l'interprétation de cette Loi relativement nouvelle. Heureusement, comme le fait remarquer l'intimé, le Parlement a tenu compte des préoccupations des requérantes en édictant des dispositions d'exceptions dans la Loi.

*c* La requérante soutient que l'affaire *Bande indienne de Montana* se distingue de l'espèce puisque, dans cette affaire, les états financiers des bandes étaient en la possession ou relevaient d'une institution fédérale conformément à une exigence de la *Loi sur les Indiens* alors qu'en l'espèce, aucune disposition législative ne régit la relation entre la SCP et TPC.

*f* Le juge en chef adjoint paraît avoir restreint son analyse pour conclure que les documents dans cette affaire relevaient du gouvernement en raison de l'obligation, prévue dans la Loi, de rendre compte. Toutefois, il a également remarqué que «[l]imiter la définition de l'expression afin de les exclure conduirait à un dangereux précédent». Bien qu'il s'agisse là d'une remarque incidente, elle suggère qu'il souscrit à une définition plus large plutôt que plus étroite de l'expression «relever de» dans la *Loi sur l'accès à l'information*.

*i* Dans l'arrêt *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.), la Ligue canadienne de football a présenté au gouvernement du Canada un mémoire contenant des renseignements sur la LCF et des mesures envisagées susceptibles d'exiger l'adoption d'une loi, l'affectation de crédits, ou les deux. Le document a été soumis volontaire-

The CFL contends that because the document in question here was marked “confidential” and its confidential nature was stressed to the Government at the time of its presentation to the Government, which presentation was voluntary and not mandatory, the document is not “government information” within the stated purpose of the Act in subsection 2(1) nor is it “under the control of a government institution” as referred to in subsections 2(1) and 4(1).

The plain meaning of the language employed in the Act does not suggest that “information”, “government information”, or “record under the control” of the Government must be limited by some test as to how and on what terms the information or record came into the hands of the Government. That is the kind of qualification which the CFL is asking me to create. I can find no basis for doing so. The plain meaning of subsections 2(1) and 4(1) as quoted above is that the Act gives access, subject to many exceptions, to any record, or information in a record, which happens to be within the custody of the government regardless of the means by which that custody was obtained. That is surely the interpretation which is also most consistent with the purpose of the Act. The interpretation advanced by the CFL on the other hand, appears to be inconsistent with paragraph 20(1)(b) which it also relies on: that paragraph obviously assumes that “confidential information supplied to a government institution by a third party” is *prima facie* within the definition of “record” to which access would otherwise be available were it not for the possible protection of this paragraph. In other words, this exception proves the rule that confidential material supplied by a third party to the Government can form all or part of a “record under the control of a government institution”. It will be noted that the word “supplied” in paragraph 20(1)(b) is not modified by any terms such as “under compulsion”.

The *dicta* of Strayer J. suggests that control includes custody. He rejects the argument that control is defined by any test as to how information comes into the hands of the Government. Indeed he concludes that the exemption from disclosure in subsection 20(1) of the Act proves the rule that all information supplied to or coming into the hands of the Government is under its control.

I, too, cannot see in the *Access to Information Act* any express statement or inference that “control” in the Act is to be modified by some test as to how information is to be used by a government institution or the extent to which a government institution may dispose of it. Nor is there any indication that “con-

ment, mais à titre confidentiel. Dans sa décision, le juge Strayer a dit, aux pages 485 et 486:

La LCF soutient que parce que le document visé en l'espèce portait la mention «confidentiel» et que sa nature confidentielle avait été soulignée au gouvernement au moment de sa remise, laquelle avait été volontaire et non obligatoire, le document n'est pas un «document de l'administration fédérale» au sens de l'objet déclaré de la Loi au paragraphe 2(1), pas plus qu'il ne s'agit d'un document de «l'administration fédérale» au sens du paragraphe 2(1) ni des «institutions fédérales» au sens du paragraphe 4(1) de la version française.

La signification évidente du libellé de la Loi ne laisse pas entendre que les «renseignements», «les documents de l'administration fédérale» et les «documents» du gouvernement doivent être soumis à un test visant à établir comment le gouvernement les a obtenus et à quelles conditions. Or, c'est cette sorte de limite que la LCF me demande de créer. Je ne vois aucune raison de le faire. Il ressort clairement des paragraphes 2(1) et 4(1) précités que la Loi donne accès, sous réserve de plusieurs exceptions, aux documents de l'administration fédérale et aux renseignements qu'ils peuvent contenir, nonobstant la façon dont l'administration en a eu possession. C'est sûrement aussi l'interprétation la plus conforme à l'objet de la Loi. D'autre part, l'interprétation proposée par la LCF ne semble pas conforme à l'alinéa 20(1)(b) sur lequel elle s'appuie aussi: cet alinéa laisse évidemment présumer que des «renseignements... fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle» sont visés *prima facie* par la définition du mot «documents» par ailleurs susceptibles de communication n'était-ce la protection possible prévue par l'alinéa en cause. En d'autres mots, cette exception confirme la règle que les documents confidentiels fournis au gouvernement par un tiers peuvent former la totalité ou une partie des «documents des institutions fédérales». On notera que le mot «fournis» à l'alinéa 20(1)(b) n'est qualifié par aucune expression telle «de force».

L'opinion du juge Strayer laisse présumer que l'expression «relevant de» [*control*] inclut la possession. Il rejette l'argument selon lequel les documents relèvent ou non du gouvernement selon un test visant à établir comment le gouvernement les a obtenus. En effet, il conclut que l'exception à la communication prévue au paragraphe 20(1) de la Loi confirme la règle selon laquelle tous les documents fournis au gouvernement ou en sa possession sont des documents relevant du gouvernement.

Je ne peux non plus voir dans la *Loi sur l'accès à l'information* aucune déclaration expresse ou conclusion que l'expression «relevant de» de la Loi doit être atténuée par un test visant à établir la façon dont une institution fédérale entend utiliser les documents ou la mesure dans laquelle elle peut en disposer. On ne

trol”, as used in the Act, can be affected by a private agreement between a government institution and a third party. The scheme is that all information in the hands of the Government is subject to the Act except information expressly exempted.

It may be, as the applicant submits, that CPC may not be able to avail itself of the exemption provided in paragraph 20(1)(b) of the Act because the information in question was not supplied by CPC to PWC. It appears to me that the applicant is arguing that because resort to an exemption provision in the Act may not be had, the Act should be construed so as to exclude the information in question here from the operation of the Act entirely. The issue of the application of specific exemption provisions is not before me to decide in this case. Suffice it to say, whether or not an exemption may or may not be invoked, does not determine the question of the application of the Act.

I now turn to the Treasury Board *Interim Policy Guide*. I first note that the *Interim Policy Guide* was superseded by the revised *Access to Information and Privacy Policies and Guidelines*. The excerpt cited by the applicant from the *Interim Policy Guide* now appears on pages 13-14 of the revised Guidelines in slightly changed wording:

The term “under the control of a government institution” means that an institution is authorized to grant or deny access to the record, to govern its use, and, subject to the approval of the National Archivist, to dispose of it. A record that is in the possession of or held by an institution, whether at headquarters, regional, satellite or other office, either within or outside Canada, is presumed to be under its control unless there is evidence to the contrary. A record held elsewhere on behalf of an institution is also under its control. It should be noted that archival records held by National Archives are considered to be under the control of that institution. Personal or political papers of ministers dealing with constituency and other matters and ministerial records which do not relate to the administration or operation of the institution for which the minister is responsible are not deemed to be under the control of the institution for purposes of the Access to Information Act.

I do not see any material change to the meaning of the excerpt by the slight change in wording between

trouve pas davantage d’indication que l’expression «relevant de», telle qu’elle est utilisée dans la Loi, peut être modifiée par une entente privée entre une institution fédérale et un tiers. La Loi a pour objet de soumettre à son application tous les documents en la possession du gouvernement, à l’exception des documents expressément exemptés.

Il se peut, comme le prétend la requérante, que la SCP ne soit pas en mesure de se prévaloir de l’exception prévue à l’alinéa 20(1)b) de la Loi parce qu’elle n’a pas fourni le document en question à TPC. Il m’apparaît que la requérante soutient qu’en raison de l’impossibilité possible de recourir à une disposition d’exception prévue dans la Loi, cette dernière devrait être interprétée de façon à exclure complètement les documents en question en l’espèce de l’application de la Loi. Je ne suis pas saisi en l’espèce de la question de l’application des dispositions d’exception données. Il suffit de dire que le fait qu’une exception puisse ou ne puisse être invoquée ne tranche pas la question de l’application de la Loi.

Je me penche maintenant sur les *Lignes directrices provisoires* du Conseil du Trésor. Je remarque premièrement qu’elles ont été remplacées par une version révisée intitulée *Les Politiques et lignes directrices*. L’extrait des *Lignes directrices provisoires* cité par la requérante figure maintenant à la page 15 des lignes directrices, dans un libellé légèrement différent:

L’expression «qui relève d’une institution fédérale» signifie que l’institution en cause est autorisée à accorder ou à refuser l’accès au document, à décider de son utilisation et à s’en défaire, sous réserve de l’approbation de l’archiviste fédéral. Un document qu’une institution a en sa possession, que ce soit à l’administration centrale, dans un bureau régional, auxiliaire ou autre, au Canada ou à l’extérieur du pays, est présumé relever de cette institution à moins de preuve du contraire. On considère également qu’un document relève d’une institution s’il est conservé ailleurs au nom de celle-ci. On considère également que les archives détenues par les Archives nationales relèvent de cette institution. Les documents des ministres, de nature personnelle ou politique, portant sur l’électorat ou d’autres sujets, ainsi que les dossiers ministériels qui n’ont pas trait à l’administration ou au fonctionnement de l’institution dont le ministre est responsable ne sont pas réputés relever de celle-ci aux fins de l’application de la Loi sur l’accès à l’information.

La légère modification du texte des *Lignes directrices provisoires* n’entraîne à mon avis aucun changement



the *Interim Policy Guide* and the revision. I accept that the Guidelines may be an aid to the interpretation of the *Access to Information Act*. I also recognize that the Guidelines represent only the opinion of the Treasury Board or its officials and that they are not binding on government institutions, applicants for access or the Court.

The applicant says that the Guidelines define “control” as the authority to grant or deny access to a record, to govern its use and to dispose of it. He says that since such authority does not belong to PWC in this case, PWC does not have control of the CPC records in question. I accept that in this respect, the Guidelines set forth an approach to the definition of “control” in the *Access to Information Act* that supports the applicant’s position.

However, the Guidelines go on to say that a record in the possession of, or held by, a government institution is presumed, in the absence of “evidence to the contrary”, to be under its control. Of course, “evidence to the contrary” must be construed in light of the words of the *Access to Information Act* and the jurisprudence interpreting it, including *Montana Band of Indians* and *Ottawa Football Club*. Thus, “evidence to the contrary” could not for example, be based on how information came into the hands of a government institution or could not take the form of a contracting out of the *Access to Information Act*.

While for other purposes, the Guidelines may be useful, I do not find them of assistance in the consideration of the question of what constitutes control in the context of third party information in the possession of a government institution. In this respect I find the decisions in *Montana Band of Indians* and *Ottawa Football Club* to be more specific and instructive.

I now turn to the argument that the *Privacy Act* and provincial access statutes use the terms “held”, “custody or control”, and “possession” in addition to the term “control”. The applicant suggests this must lead to the conclusion that control as used in the *Access to Information Act* must mean something narrower and

essentiel au sens du passage cité. Je reconnais que les lignes directrices peuvent faciliter l’interprétation de la *Loi sur l’accès à l’information*. Je constate également qu’elles ne représentent que l’opinion du Conseil du Trésor ou de ses agents et qu’elles ne lient ni les institutions fédérales, ni les auteurs d’une demande de communication, ni la Cour.

La requérante soutient que l’expression «relève de» définie dans les lignes directrices désigne le pouvoir d’accorder ou de refuser l’accès à un document, de décider de son utilisation et de s’en défaire. Elle prétend que puisqu’en l’espèce TPC ne détient pas un tel pouvoir, les documents de la SCP en question ne relèvent pas de TPC. Je conviens qu’à cet égard, les lignes directrices donnent à l’expression «relevant de» de la *Loi sur l’accès à l’information* un sens qui appuie la position de la requérante.

Toutefois, les lignes directrices énoncent ensuite qu’un document en la possession d’une institution fédérale est présumé relever de cette institution à moins de «preuve du contraire». Évidemment, l’expression «preuve du contraire» doit être interprétée dans le contexte du libellé de la *Loi sur l’accès à l’information* et de la jurisprudence qui l’interprète, dont les arrêts *Bande indienne de Montana* et *Ottawa Football Club*. Ainsi, l’expression «preuve du contraire» ne pourrait par exemple être fondée sur la façon dont l’institution fédérale a obtenu le document ou ne pourrait prendre la forme d’une renonciation par contrat à l’application de la *Loi sur l’accès à l’information*.

Si, à d’autres fins, les lignes directrices peuvent être utiles, j’estime qu’elles ne nous aident nullement à déterminer ce qui constitue un document «relevant d’une institution fédérale» lorsque le document en la possession de cette dernière est celui d’un tiers. À cet égard, j’estime les arrêts *Bande indienne de Montana* et *Ottawa Football Club* plus spécifiques et instructifs.

Je porte maintenant mon attention sur l’argument que la version anglaise de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et les lois provinciales relatives à l’accès utilisent les expressions «held», «custody or control» et «possession» outre le terme «control». La requérante soutient qu’on doit en

does not contemplate “custody”, “possession” or “held”.

In *American Airlines, Inc. v. Canada* (*Competition Tribunal*), [1989] 2 F.C. 88 (C.A.), it was argued that the right to make representations pursuant to subsection 9(3) of the *Competition Tribunal Act* [S.C. 1986, c. 26] did not include the right to call evidence. Reliance was placed on the fact that sections 97 and 98 [as enacted by S.C. 1986, c. 26, s. 47] of the *Competition Act* [R.S.C. 1970, c. C-23 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 19)], a statute *in pari materia*, referred to the making of representations and the calling of evidence. It was argued that because Parliament had considered it necessary to refer to the right to call evidence in addition to the right to make representations in sections 97 and 98 of the *Competition Act*, the right to make representations must be construed narrowly and must exclude the right to call evidence. At pages 100-101 Iacobucci C.J. (as he then was) stated:

It may be, although I refrain from any formal holding on the matter, that Parliament, out of an abundance of caution, has added the “calling of evidence” in sections 97 and 98 to ensure that making representations is not interpreted narrowly by the federal or provincial boards and agencies before which the Director is appearing. In any event, I believe the main task of a court is in each case to ascertain the meaning of a specific section by looking to its wording and context. The fact that Parliament has chosen a formulation of words in another section of a related statute which appears to convey a particular meaning should not of itself displace convincing reasons why the same interpretation should not apply to the section in issue before the court. The point made about sections 97 and 98 is, after all, a rule of interpretation that can be rebutted, and in this case has been, by more persuasive arguments.

In the case at bar, no explanation was provided as to why words such as “held by” or in the “custody or control” were used in the *Privacy Act* instead of the single word “control”. It may be that such words were used in the *Privacy Act* for specific purposes or perhaps in an abundance of caution.

déduire que le mot «*control*», tel qu’il est utilisé dans la version anglaise de la *Loi sur l’accès à l’information*, doit être interprété plus étroitement et ne comprend pas les notions de «*custody*», «*possession*», ou «*held*».

Dans *American Airlines Inc. c. Canada* (*Tribunal de la concurrence*), [1989] 2 C.F. 88 (C.A.), on a soutenu que le droit de présenter des observations conformément au paragraphe 9(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* [S.C. 1986, ch. 26] n’incluait pas le droit de présenter des éléments de preuve. On a invoqué le fait que les articles 97 et 98 [édictees par S.C. 1986, ch. 26, art. 47] de la *Loi sur la concurrence* [S.R.C. 1970, ch. C-23 (mod. par S.C. 1986, ch. 26, art. 19)], une loi en semblable matière, mentionnaient à la fois la présentation d’observations et d’éléments de preuve. On a soutenu que, parce que le législateur avait jugé nécessaire de mentionner le droit de présenter des éléments de preuve en plus du droit de présenter des observations aux articles 97 et 98 de la *Loi sur la concurrence*, le droit de présenter des observations devait être interprété de façon restrictive et devait exclure le droit de présenter des éléments de preuve. Aux pages 100 et 101, le juge en chef Iacobucci (maintenant juge à la Cour suprême) a dit:

Il se peut, bien que je m’abstienne de toute conclusion formelle à ce sujet, que le Parlement ait, pour plus de précaution, ajouté la «soumission d’éléments de preuve» aux articles 97 et 98 afin que lesdits offices et organismes n’interprètent pas restrictivement le droit du directeur de présenter des observations. Quoi qu’il en soit, j’estime qu’il appartient à la cour, dans chaque cas, de déterminer le sens d’une disposition donnée en examinant le texte de cette disposition de même que le contexte dans lequel elle s’insère. Ainsi, le fait que le Parlement ait choisi d’utiliser, dans une autre disposition d’une loi connexe, une formulation qui paraît avoir une signification particulière, ne doit pas suffire à écarter les raisons par ailleurs convaincantes de croire que la disposition en litige en l’espèce devrait recevoir la même interprétation. Le moyen tiré des articles 97 et 98 n’est après tout qu’une règle d’interprétation dont l’application peut être réfutée—et elle l’a été dans la présente affaire—par des arguments qui emportent la conviction.

En l’espèce, aucune explication n’a été fournie sur la raison pour laquelle des expressions telles «*held by*» ou «*in the custody or control*» ont été utilisées dans la version anglaise de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* à la place du seul mot «*control*». Il se peut que ces expressions aient été utilisées dans la *Loi sur la protection des renseignements per-*

My task is to ascertain the meaning of the term “record[s] under the control of a government institution” by looking to the wording and context of the *Access to Information Act*. I am satisfied there are convincing reasons based on the scheme of the Act and the *dicta* of Strayer J. in *Ottawa Football Club* as to why the term contemplates records in the possession of a government institution. I therefore cannot agree with the applicant that the term “record[s] under the control of a government institution” was intended to have a narrow meaning.

The applicant also relies on decisions of the Supreme Court and Court of Appeal of British Columbia in *Pacific Press Ltd. v. Vancouver (City)*. The decision of the Supreme Court of British Columbia was rendered by Campbell L.J.S.C. on June 13, 1989 [[1989] B.C.J. No. 1107 (Q.L.)] not reported, No. A890925 Vancouver Registry. The decision of the Court of Appeal [[1990] B.C.J. No. 1688 (Q.L.)] also not reported, was rendered on July 13, 1990 by Hutcheon J.A. for the Court, Vancouver Court of Appeal Registry, CA011003.

In that case the city of Vancouver performed certain functions for the province of British Columbia. Access to information pertaining to records collected by the city of Vancouver for the province was sought from the city on the basis of a municipal by-law that provided for access to information “held by the City”. Vancouver By-law No. 5591 entitled the *Freedom of Information and Privacy By-Law*, provided [at page 3 of [1989] B.C.J. No. 1107]:

2. (1) Except as otherwise provided, every person has the right to receive, inspect and examine all information held by the City.

(3) If this by-law conflicts with an enactment of the federal or provincial government, the federal or provincial enactment prevails.

The province successfully argued that the information belonged to the province and that Vancouver’s by-law did not apply to it. By analogy, the applicant

*sonnels* à des fins précises ou peut-être par extrême prudence.

Ma tâche consiste à vérifier le sens de l’expression «documents relevant d’une institution fédérale» en examinant à la fois le libellé et le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information*. Je suis convaincu qu’il existe de fortes raisons, compte tenu de l’esprit de la Loi et de l’opinion du juge Strayer dans l’arrêt *Ottawa Football Club*, de conclure que l’expression vise les documents en la possession d’une institution fédérale. Je ne peux donc souscrire à l’argument de la requérante voulant que l’expression «documents relevant d’une institution fédérale» soit censée revêtir un sens étroit.

La requérante invoque également les décisions de la Cour suprême et de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Pacific Press Ltd. v. Vancouver (City)*. La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique [[1989] B.C.J. n° 1107 (Q.L.)], inédite, n° A890925 du greffe de Vancouver, a été rendue le 13 juin 1989 par le juge Campbell. Celle de la Cour d’appel [[1990] B.C.J. n° 1688 (Q.L.)], également inédite, a été rendue le 13 juillet 1990 par le juge Hutcheon, J.C.A. n° CA011003 du greffe de Vancouver.

Dans cette affaire, la ville de Vancouver s’est acquittée de certaines fonctions pour le compte de la province de la Colombie-Britannique. On a demandé à la ville de Vancouver l’accès aux documents concernant les dossiers qu’elle avait recueillis pour la province en vertu d’un règlement municipal qui prévoyait l’accès aux renseignements [TRADUCTION] «que la ville possédait». Le règlement n° 5591 de Vancouver, intitulé *Freedom of Information and Privacy By-Law*, portait que [à la page 3 de [1989] B.C.J. n° 1107]:

[TRADUCTION] 2. (1) Sauf disposition contraire, chacun a droit d’obtenir, vérifier et examiner tous les documents en la possession de la ville.

(3) En cas de conflit entre le présent règlement et une loi fédérale ou provinciale, celles-ci l’emportent.

La province a soutenu avec succès que les documents lui appartenaient et que le règlement de Vancouver ne s’y appliquait pas. Par analogie, la requé-

here argues that the records of CPC do not belong to PWC and are not within the control of PWC.

However, *Pacific Press* was decided on the basis that the municipal legislation providing for access to information could only be effective within the scope and purpose determined for it by the Province. Campbell L.J.S.C. stated, at pages 9-11 of [1989] B.C.J. No. 1107:

I agree with the respondents in their submission that ownership is the central issue here. The City is a creature of provincial legislation and may only enact by-laws within the scope of the powers delegated to it by the province: Rogers, The Law of Canadian Municipal Corporations (2d ed.) s. 63.11. It would be contrary to its inferior legislative position for the City to be able to legislate so as to control access to documents under provincial jurisdiction or control, in the absence of any implied or express authority to do so . . .

While it is true that the inspections are carried out by City employees, and the record of those inspections stored on City property, the very fact that the duty to inspect is imposed by provincial legislation, and the medical health officer accountable in this respect to the provincial board, indicates that the enforcement of the Act and regulations made under it remains a matter of provincial jurisdiction . . . The mere use of municipal employees to perform a task on behalf of the province, or a provincial body, cannot be taken as impliedly expanding the legislative jurisdiction of the municipality.

This decision was upheld by the Court of Appeal. Hutcheon J.A. stated, at page 5 of [1990] B.C.J. No. 1688:

With respect, I think the judge in chambers was correct in his conclusion that the documents in question are not records or documents of the City. The jurisdiction implicit in s. 168 [of the Vancouver Charter] to pass a by-law relating to "any record or document of the city" does not extend to documents that belong to the Board and are assembled for the purposes of the Board.

As I understand the decisions in *Pacific Press*, they say that since provincial law authorized the city to disclose documents "of the City", the city does not have jurisdiction to enact a by-law providing for the disclosure of documents of the province and not of the city.

No similar jurisdictional issue arises in the case at bar. There is no jurisdictional limitation on the Government of Canada which would restrict it from

rante en l'espèce soutient que les documents de la SCP n'appartiennent pas à TPC et n'en relèvent pas.

Toutefois, l'affaire *Pacific Press* a été tranchée sur le fondement que l'arrêté municipal prévoyant l'accès à l'information ne pouvait valoir que dans le cadre de l'étendue et de l'objet que lui fixe la province. Le juge Campbell de la Cour suprême a dit aux pages 9 à 11 [1989] B.C.J. n° 1107:

[TRADUCTION] Je souscris aux observations des intimés selon lesquelles la propriété est en l'espèce la question primordiale. La ville est une création provinciale et ne peut prendre des règlements que dans le cadre des pouvoirs qui lui sont délégués par la province: Rogers, The Law of Canadian Municipal Corporations (2d ed.), art. 63.11. Il ne conviendrait pas que la ville, compte tenu de sa position législative inférieure, légifère, en l'absence d'un pouvoir implicite ou explicite, de façon à régir l'accès à des documents relevant de la compétence provinciale . . .

Certes, les vérifications sont exécutées par les employés municipaux et les documents afférents à ces vérifications sont emmagasinés dans un immeuble appartenant à la ville, mais le fait même que la vérification soit imposée par une loi provinciale, et que le médecin du service de santé qui y procède doit rendre compte à la commission provinciale, démontre que l'application de la Loi et des règlements pris en vertu de cette dernière demeure une question de compétence provinciale . . . Le simple recours aux employés municipaux pour exécuter une tâche au nom de la province ou d'un organisme provincial ne peut être présumé élargir implicitement la compétence législative de la municipalité.

La décision a été maintenue par la Cour d'appel. Le juge Hutcheon, J.C.A. a dit à la page 5 de [1990] B.C.J. n° 1688:

[TRADUCTION] Avec égards, j'estime que le juge des référés a conclu avec raison que les documents en question ne sont pas des dossiers ou des documents de la ville. La compétence prévue implicitement à l'article 168 [de la Charte de Vancouver] de prendre un règlement portant sur «tout dossier ou document de la ville» ne s'étend pas aux documents qui appartiennent à la Commission et qui sont recueillis pour son compte.

À mon avis, les décisions rendues dans l'affaire *Pacific Press* signifient que, puisque la loi provinciale autorisait la ville à communiquer des documents «de la ville», cette dernière n'est pas compétente pour prendre un règlement qui prévoit la communication de documents de la province et non de la ville.

Aucune question juridictionnelle semblable n'est soulevée en l'espèce. Il n'existe aucune limite juridictionnelle imposée au gouvernement du Canada qui

ordering disclosure of third party information. I therefore do not find the *Pacific Press* case applicable to the case at bar.

#### (4) Legal Possession

The applicant submits that in the context of discovery of documents in litigation, when possession is spoken of, actual corporeal possession is not meant. Rather, legal possession, meaning that a party is authorized to deal with the property, is contemplated. The applicant says that, although PWC has physical possession of CPC records in this case, it does not have legal possession. Therefore, by analogy, as discovery of the CPC records in this case would not be ordered in an action against PWC, neither should the *Access to Information Act* apply to such records.

Acceptance of this argument of the applicant requires acceptance of the analogy between discovery of documents in litigation and access to records under the *Access to Information Act*. I am not satisfied that the analogy is valid. The purpose of discovery is to ascertain information in the knowledge and possession of a party adverse in interest. All relevant information is producible subject to certain exceptions, e.g. documents in the physical but not legal possession of an agent where the action is against the agent and not the principal.

The discovery process is adversarial in nature and relevancy is the predominant test for disclosure. Exceptions to production on discovery are guided by these considerations. By contrast, access under the *Access to Information Act* is not an aspect of an adversarial process and relevancy is not a consideration. It is the public interest in disclosure and not the private interest of litigants that is at the foundation of the *Access to Information Act*. There are many exemptions justifying confidentiality under the *Access to Information Act* that would not be available in the discovery process.

l'empêcherait d'ordonner la communication de documents d'un tiers. J'estime donc que l'affaire *Pacific Press* ne s'applique pas à la présente affaire.

#### <sup>a</sup> (4) Possession légale

<sup>b</sup> La requérante soutient que, dans le contexte de la communication de documents en litige, lorsqu'on parle de possession, on n'entend pas la possession matérielle. On vise plutôt la possession légale, qui permet à une partie d'agir à sa guise à l'égard du bien. La requérante soutient que, bien que TPC ait en l'espèce la possession matérielle des documents de la SCP, il n'en a pas la possession légale. Par conséquent, par analogie, comme la communication des documents de la SCP en question en l'espèce ne serait pas ordonnée dans une action contre TPC, la *Loi sur l'accès à l'information* ne devrait pas non plus viser de tels documents.

<sup>c</sup> Pour accepter cet argument de la requérante, il faut nécessairement accepter l'analogie entre la communication préalable de documents dans un litige et l'accès à des documents en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Je ne suis pas convaincu du bien-fondé de l'analogie. La communication préalable pour but de connaître les renseignements qui sont de la connaissance et en la possession de l'adversaire. Tous les renseignements pertinents sont présentables, sous réserve de certaines exceptions, tels les documents en la possession matérielle et non légale d'un mandataire lorsque l'action est intentée contre ce dernier et non contre le mandant.

<sup>d</sup> La procédure de communication préalable est de type accusatoire, et le critère principal qui s'y applique est la pertinence. Les exceptions à la communication préalable sont régies par ce critère. Par contraste, l'accès en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* ne s'inscrit pas dans le cadre d'une procédure de type accusatoire, et la pertinence n'est pas un facteur pertinent. La *Loi sur l'accès à l'information* repose sur l'intérêt du public dans la communication et non sur l'intérêt privé des parties en litige. Plusieurs exceptions justifiant le caractère confidentiel des documents en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* ne s'offriraient pas dans le contexte de la procédure de communication préalable.

Under the *Access to Information Act*, confidentiality may be justified if, for example, disclosure would result in the release of trade secrets of the government (paragraph 18(a)), personal information (subsection 19(1)), trade secrets or financial information of a third party (subsection 20(1)), or internal government advice to a Minister (paragraph 20(1)(a)). These are not reasons for non-disclosure in the usual discovery process. Information that may be a trade secret or financial information of a third party or advice from one employee in a company to another, would have to be disclosed if relevant to the litigation. The difference is, that while under the *Access to Information Act* the obligation to disclose may be broader than in the case of discovery, the exemptions are different and, in some respects, more extensive.<sup>1</sup>

In my view, one is inevitably drawn back to a consideration of the purpose and context of the *Access to Information Act* in considering whether or not there must be disclosure of information in the hands of a government institution acting as agent for a third party. Strayer J. in *Ottawa Football Club* has found that the manner in which information comes into the possession of a government institution is not a consideration in deciding whether or not the information is subject to disclosure under the Act. I would follow that approach and find that the considerations for disclosure and confidentiality under the *Access to Information Act* constitute a code in themselves which cannot properly be interpreted by reference to considerations in the discovery process. In my view, the fact that a government institution has possession of records, whether in a legal or corporeal sense, is suf-

<sup>1</sup> Sections 37 to 39 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] provide for non-disclosure in the discovery process where the government is involved based on public interest reasons. However, the analogy relied upon by the applicant is between the *Access to Information Act* and the usual discovery process. In assessing the analogy advanced, public interest reasons for non disclosure under sections 37 to 39 of the *Canada Evidence Act* would not be relevant.

En vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, le caractère confidentiel des documents peut se justifier si, par exemple, la communication entraînerait la divulgation de secrets industriels appartenant au gouvernement (alinéa 18a)), de renseignements personnels (paragraphe 19(1)), de secrets industriels ou de renseignements financiers de tiers (paragraphe 20(1)), ou d'avis du gouvernement élaborés pour un ministre (alinéa 21(1)a)). Dans le processus ordinaire de la communication préalable, ce ne sont pas là des motifs justifiant la non-communication. Les renseignements qui peuvent constituer un secret industriel, les renseignements financiers de tiers et les avis d'un employé d'une compagnie à un autre devraient être communiqués s'ils étaient pertinents quant au litige. La différence tient en ce que, si en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'obligation de communiquer peut être plus large que dans le cas d'une communication préalable, les exceptions sont différentes et, à certains égards, plus considérables<sup>1</sup>.

À mon avis, on doit inévitablement revenir à l'examen de l'objet et du contexte de la *Loi sur l'accès à l'information* pour déterminer si les documents en la possession d'une institution fédérale qui agit à titre de mandataire pour un tiers doivent être communiqués. Dans l'arrêt *Ottawa Football Club*, le juge Strayer a conclu que la façon dont une institution fédérale a obtenu les documents n'est pas un facteur à considérer pour déterminer si le document est susceptible de communication en vertu de la Loi. J'adopterais cette position et conclurais que les conditions applicables à la communication et au caractère confidentiel des documents dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information* constituent un code en elles-mêmes, qu'on ne peut régulièrement interpréter en se reportant aux considérations spécifiques au processus de communication préalable. J'estime que le fait

<sup>1</sup> Les articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1 art. 144)] prévoient la non-communication dans le processus de la communication préalable lorsque le gouvernement est en cause, compte tenu de raisons d'intérêt public. Toutefois, la requérante fait une analogie entre la *Loi sur l'accès à l'information* et le processus ordinaire de communication préalable. Dans l'analyse de l'analogie suggérée, les raisons d'intérêt public justifiant la non-communication en vertu des articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne seraient pas pertinentes.

ficient for such records to be subject to the *Access to Information Act*.

#### CONCLUSION

Although I have not made express reference to the arguments of counsel for the respondent in these reasons, I have relied on the submissions made by him to a significant extent.

The application is dismissed with costs.

qu'une institution fédérale ait en sa possession des documents, dans le sens légal ou matériel du terme, suffit pour que ces documents soient visés par la *Loi sur l'accès à l'information*.

*a*

#### CONCLUSION

Bien que je n'aie par renvoyé explicitement aux arguments de l'avocat de l'intimé dans les présents motifs, j'ai tenu compte de ses observations dans une large mesure.

La demande est rejetée avec dépens.

A-510-92

A-510-92

**Raj Kumar Seth** (*Applicant*)**Raj Kumar Seth** (*requérant*)

v.

c.

**Minister of Employment and Immigration**  
(*Respondent*)<sup>a</sup> **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)*INDEXED AS: SETH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*<sup>b</sup> *RÉPERTORIÉ: SETH c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décary J.J.A.—Vancouver, May 20; Ottawa, June 7, 1993.

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Vancouver, 20 mai; Ottawa, 7 juin 1993.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Right to silence in face of criminal proceedings not requiring Convention refugee claimant be granted adjournment of credible basis proceedings (where claimant would be compelled to give evidence which might assist Crown in criminal investigation) pending determination of criminal charges laid after arrival in Canada.*<sup>c</sup> *Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Le droit de garder le silence face à des poursuites au criminel n'exige pas d'accorder au demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention l'ajournement de la procédure au premier palier d'audience (où le demandeur serait être contraint de fournir des éléments de preuve susceptibles de servir à la Couronne dans son enquête criminelle) en attendant l'issue des accusations au criminel portées contre lui après son arrivée au Canada.**Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Person remaining after visitor status lost — Adjudicator not erring in law in deciding to make deportation order rather than issue departure notice as uncertainty concerning dates and length of trial on criminal charges making it impossible to establish definite date of departure.*<sup>d</sup> *Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personne qui reste au pays après avoir perdu sa qualité de visiteur — L'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit en décidant de prendre une mesure d'expulsion plutôt que de délivrer un avis d'interdiction de séjour car l'incertitude visant la date et la durée du procès criminel rendait impossible la fixation d'une date de départ définitive.**Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Charter, s. 7 not requiring Convention refugee claimant be granted adjournment of credible basis proceedings (where claimant would be compelled to give evidence which might assist Crown in criminal investigation) pending determination of criminal charges laid after arrival in Canada.*<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 7 de la Charte n'exige pas d'accorder au demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention l'ajournement des procédures au premier palier d'audience (où le demandeur serait tenu de fournir des éléments de preuve susceptibles de servir à la Couronne dans son enquête criminelle) en attendant l'issue des accusations au criminel portées après son arrivée au Canada.**Criminal justice — Evidence — Protection given to accused in criminal proceedings where compelled to testify in civil or administrative proceeding — Convention refugee claimant not entitled to adjournment of credible basis proceedings (where claimant would be compelled to give evidence likely to assist Crown in criminal investigation) pending determination of criminal charges laid after arrival in Canada.*<sup>f</sup> *Justice criminelle et pénale — Preuve — Protection accordée à l'accusé à l'égard de procédures criminelles lorsqu'il est obligé de témoigner dans le cadre d'une procédure administrative civile — Le demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas droit à l'ajournement de la procédure au premier palier d'audience (où il serait tenu de fournir des éléments de preuve susceptibles de servir à la Couronne dans son enquête criminelle) en attendant l'issue des accusations au criminel portées contre lui après son arrivée au Canada.*

The applicant entered Canada as a visitor and after ceasing to be such, was charged with indictable offences.

<sup>g</sup> *Le requérant est entré au Canada en qualité de visiteur et, après avoir perdu cette qualité, il a été accusé d'actes criminels.*During an inquiry under section 27 of the *Immigration Act*, the applicant made a Convention refugee claim and sought adjournment of the credible basis proceedings pending completion of his criminal trial. He argued that since he would be compelled to give evidence respecting his personal history and<sup>h</sup> *Au cours d'une enquête tenue en vertu de l'article 27 de la Loi sur l'immigration, le requérant a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention, et il a demandé l'ajournement de la procédure au premier palier d'audience en attendant l'issue de son procès au criminel. Il a soutenu que puisqu'il*



circumstances relevant to his refugee claim, his Charter, section 7 right to silence in the face of criminal proceedings would be violated. The applicant believed that information obtained at the immigration inquiry would assist the criminal investigation and the obtaining of evidence to be used against him in the criminal trial. His application for an adjournment was refused by the Adjudicator.

His application for leave to commence proceedings under section 18 of the *Federal Court Act* was denied. At the resumed credible basis hearing, the applicant, refusing to tender any evidence, failed to establish his claim and was ordered deported from Canada.

This was an application for leave to commence proceedings under section 28 of the *Federal Court Act*. The relief sought was the adjournment of the credible basis proceedings until completion of the criminal proceedings.

*Held*, the application should be dismissed.

A review of the case law reveals that, notwithstanding section 7 of the Charter, there is no absolute right to have civil proceedings stayed in the face of criminal charges, but there is a protection, available on a discretionary basis, in extraordinary or exceptional circumstances. To elevate that limited protection to the status of a fundamental right is not justified. The applicant's section 7 rights did not entitle him to an adjournment for the following reasons: 1) the procedure is entirely administrative in nature; it does not make any determination as to liability; its sole function is to determine the credible basis of the Convention refugee claim, not to find out whether criminal laws were infringed; 2) the documentary evidence to be filed by the applicant is essential to the work of the credible basis tribunal; 3) the use of the compelled testimony is protected in subsequent criminal proceedings by section 13 of the Charter; 4) the judge in the criminal trial could exclude any evidence that could not have been discovered without the compelled testimony of the applicant at his Convention refugee hearing; 5) there is a compelling public interest in having refugee status determined as soon as possible after a claim is made; 6) the use in the upcoming criminal trial of any evidence obtained at or through the inquiry is highly speculative and conjectural.

The Adjudicator correctly decided that he had jurisdiction to determine whether, in the circumstances of this case, fundamental justice required that an adjournment be granted.

The Adjudicator correctly decided to make a deportation order rather than issue a departure notice since he could not establish a date of departure with some degree of certainty, no date having yet been set for the trial and nobody knowing at that juncture how long the trial would take.

serait tenu de fournir des éléments de preuve ayant trait à ses antécédents et aux circonstances pertinentes à sa revendication du statut de réfugié, il y aurait atteinte au droit de garder le silence que lui garantit l'article 7 de la Charte en présence de procédures criminelles. Le requérant croyait que les renseignements obtenus dans le cadre de l'enquête de l'immigration serviraient l'enquête criminelle et faciliteraient l'obtention d'éléments de preuve devant servir contre le requérant au cours de son procès au criminel. L'arbitre a rejeté la demande d'ajournement du requérant.

La demande d'autorisation de présenter une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été rejetée. À la reprise de l'audience au premier palier, le requérant, refusant de fournir des éléments de preuve, n'a pu établir le bien-fondé de sa revendication et son expulsion du Canada a été ordonnée.

Il s'agit d'une demande d'autorisation de présenter une demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La réparation recherchée est l'ajournement de l'audience au premier palier en attendant l'issue des procédures criminelles.

*Arrêt*: la demande doit être rejetée.

L'étude de la jurisprudence révèle que nonobstant l'article 7 de la Charte, il n'existe aucun droit absolu de faire suspendre des actions civiles en présence de procédures criminelles, mais il existe une protection, accordée de façon discrétionnaire, dans des circonstances extraordinaires ou exceptionnelles. Il n'est cependant pas justifié de faire de cette protection restreinte un droit fondamental. Les droits du requérant garantis à l'article 7 ne lui donnaient pas droit à un ajournement pour les motifs suivants: 1) la procédure est entièrement de nature administrative; il n'y a pas imputation de responsabilité; sa seule fonction est de déterminer le minimum de fondement de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, et non d'établir s'il y a eu violation des lois pénales; 2) la preuve documentaire que doit déposer le requérant est essentielle aux travaux du premier palier d'audience; 3) l'utilisation du témoignage forcé du requérant est protégé dans des poursuites subséquentes au criminel par l'article 13 de la Charte; 4) le juge président le procès criminel pourrait exclure toute preuve qui n'aurait pu être découverte sans le témoignage forcé du requérant au cours de l'audition visant sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention; 5) le public a un intérêt primordial à voir les revendications du statut de réfugié jugées dans les meilleurs délais; 6) l'utilisation, dans le procès criminel à venir, de tout élément de preuve obtenu au cours ou par le biais de l'enquête, est hautement spéculative et conjecturale.

L'arbitre a jugé à bon droit qu'il avait compétence pour décider si la justice fondamentale exigeait un ajournement dans les circonstances de l'espèce.

L'arbitre a correctement décidé de prendre une mesure d'expulsion plutôt que de délivrer un avis d'interdiction de séjour puisqu'il ne pouvait fixer une date de départ avec quelque degré de certitude, aucune date n'ayant encore été fixée pour le procès, et personne ne sachant, à ce stade, combien de temps il durerait.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act* a 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(c), 13.  
*Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/89-103, s. 18.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(1)(c). b  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 28 (as am. *idem*, s. 8).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(2)(e),(3), 29(1), 32(7) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), 43(1) (as am. *idem*, s. 14), 45(2) (as am. *idem*), c 46(2) (as am. *idem*), 50.  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 35(1) (as am. by SOR/89-38, s. 13).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4(1).  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 45 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60). d

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 724; [1986] 2 W.W.R. 289; (1985), 68 B.C.L.R. 145 (B.C.C.A.); *Tyler v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 68; (1990), 91 DTC 5022; 120 N.R. 140 (C.A.); *Meade v. Canada*, [1991] 3 F.C. 365; (1991), 81 D.L.R. (4th) 757; 45 F.T.R. 52 (T.D.); *Re Cheung and Minister of Employment and Immigration* (1981), 122 D.L.R. (3d) 41; (1981), 36 N.R. 563 (F.C.A.); *Armadale Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.); *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.); *Murray v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 518; (1979), 23 N.R. 344 (C.A.). h

## CONSIDERED:

- 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; *Hongkong Bank of Canada v. Legion Credit Union*, [1990] B.C.J. No. 1095 (C.A.) (Q.L.); *Cheung v. British Columbia (Attorney General)* (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 305 (S.C.); *British Columbia Securities Commission v. Branch* (1990), 68 D.L.R. (4th) 347; (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 286 (S.C.); *affd* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331 (C.A.);

## 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, 11e) 13.  
*Code criminel*, S.R.C., 1970, ch. C-34.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(1)c).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 28 (mod., *idem*, art. 8).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 45 (mod. par L.R.C., 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2)e),(3), 29(1), 32(7) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11), 43(1) (mod., *idem*, art. 14), 45(2) (mod., *idem*), 46(2) (mod., *idem*), 50.  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 35(1) (mod. par DORS/89-38, art. 13).  
*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/89-103, art. 18.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 724; [1986] 2 W.W.R. 289; (1985), 68 B.C.L.R. 145 (C.A.C.-B.); *Tyler c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 68; (1990), 91 DTC 5022; 120 N.R. 140 (C.A.); *Meade v. Canada*, [1991] 3 C.F. 365; (1991), 81 D.L.R. (4th) 757; 45 F.T.R. 52 (T.D.); *Re Cheung et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1981), 122 D.L.R. (3d) 41; (1981), 36 N.R. 563 (C.A.F.); *Armadale Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (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; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.); *Murray c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 518; (1979), 23 N.R. 344 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

- 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; *Hongkong Bank of Canada v. Legion Credit Union*, [1990] B.C.J. No. 1095 (C.A.) (Q.L.); *Cheung v. British Columbia (Attorney General)* (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 305 (S.C.); *British Columbia Securities Commission v. Branch* (1990), 68 D.L.R. (4th) 347; (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 286 (S.C.); *conf.* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331

*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lundgren*, [1993] 1 F.C. 187 (T.D.).

REFERRED TO:

*Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 193; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; (1986), 75 A.R. 16; 31 D.L.R. (4th) 712; [1986] 6 W.W.R. 525; 47 Alta. L.R. (2d) 177; 28 C.C.C. (3d) 544; 53 C.R. (3d) 193; 25 C.R.R. 182; 69 N.R. 189; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; (1990), 61 C.C.C. (3d) 385; 1 C.R. (4th) 285; 1 C.R.R. (2d) 110; 414 N.R. 284; 43 O.A.C. 340; *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; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 299; 59 C.C.C. (3d) 321; 80 C.R. (3d) 235; 119 N.R. 321; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; (1991), 120 A.R. 189; [1992] 1 W.W.R. 289; 84 Alta. L.R. (2d) 1; 68 C.C.C. (3d) 308; 9 C.R. (4th) 1; 8 C.R.R. (2d) 274; 131 N.R. 118; 8 W.A.C. 189; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; (1992), 70 C.C.C. (3d) 193; 11 C.R. (4th) 253; 8 C.R.R. (2d) 53; 133 N.R. 161; 51 O.A.C. 351; *R. v. Melenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; [1993] 1 W.W.R. 193; (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 232; 144 N.R. 50; *R. v. S. (R.J.)* (1993), 12 O.R. (3d) 774 (C.A.); *Saccomanno v. Berube* (1987), 75 A.R. 393; (1987), 34 D.L.R. (4th) 462; [1987] 2 W.W.R. 754; 49 Alta. L.R. (2d) 327 (Q.B.); *Perreault c. Thivierge* (24 February 1992), Québec 200-10-000139-910, J.E. 92-443 (C.A.); *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Stalony v. Minister of Employment and Immigration* (1980), 36 N.R. 609 (F.C.A.).

SECTION 28 APPLICATION to review, essentially, the Adjudicator's refusal to adjourn the applicant's Convention refugee claim hearing pending the determination of criminal charges laid against him after his arrival in Canada. Application dismissed.

COUNSEL:

*Gordon H. Maynard* for applicant.  
*Dan Kiselbach* for respondent.

SOLICITORS:

*McCrea & Associates*, Vancouver, for applicant.

(C.A.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lundgren*, [1993] 1 C.F. 187 (T.D.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 193; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; (1986), 75 A.R. 16; 31 D.L.R. (4th) 712; [1986] 6 W.W.R. 525; 47 Alta. L.R. (2d) 177; 28 C.C.C. (3d) 544; 53 C.R. (3d) 193; 25 C.R.R. 182; 69 N.R. 189; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; (1990), 61 C.C.C. (3d) 385; 1 C.R. (4th) 285; 1 C.R.R. (2d) 110; 414 N.R. 284; 43 O.A.C. 340; *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; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 299; 59 C.C.C. (3d) 321; 80 C.R. (3d) 235; 119 N.R. 321; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; (1991), 120 A.R. 189; [1992] 1 W.W.R. 289; 84 Alta. L.R. (2d) 1; 68 C.C.C. (3d) 308; 9 C.R. (4th) 1; 8 C.R.R. (2d) 274; 131 N.R. 118; 8 W.A.C. 189; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; (1992), 70 C.C.C. (3d) 193; 11 C.R. (4th) 253; 8 C.R.R. (2d) 53; 133 N.R. 161; 51 O.A.C. 351; *R. c. Melenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; [1993] 1 W.W.R. 193; (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 232; 144 N.R. 50; *R. v. S. (R.J.)* (1993), 12 O.R. (3d) 774 (C.A.); *Saccomanno v. Berube* (1987), 75 A.R. 393; (1987), 34 D.L.R. (4th) 462; [1987] 2 W.W.R. 754; 49 Alta. L.R. (2d) 327 (B.R.); *Perreault c. Thivierge* (24 février 1992), Québec 200-10-000139-910, J.E. 92-443 (C.A.); *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Stalony c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1980), 36 N.R. 609 (C.A.F.).

DEMANDE FONDÉE SUR L'ARTICLE 28, visant essentiellement le contrôle du refus de l'arbitre d'ajourner l'audition de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant en attendant l'issue des accusations criminelles portées contre lui depuis son arrivée au Canada. Demande rejetée.

AVOCATS:

*Gordon H. Maynard* pour le requérant.  
*Dan Kiselback* pour l'intimé.

PROCUREURS:

*McCrea & Associés*, Vancouver, pour le requérant.

*Deputy Attorney General of Canada for respondent.*

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

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

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

DÉCARY J.A.: This application for judicial review raises the issue of the right of a Convention refugee claimant to seek an adjournment of his Convention refugee claim hearing pending the determination of criminal charges which have been laid against him after his arrival in Canada.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cette demande de contrôle judiciaire soulève la question du droit du demandeur de statut de réfugié au sens de la Convention de solliciter l'ajournement de l'audition relative à sa revendication en attendant l'issue des accusations au criminel portées contre lui depuis son arrivée au Canada.

### The facts

### c Les faits

The applicant, a citizen of India, entered Canada on March 16, 1989 as a visitor. He was authorized to remain in Canada as a visitor until September 15, 1989. He remained in Canada after September 15, 1989 without authorization and has ceased to be a visitor.

Le requérant, citoyen indien, est entré au Canada le 16 mars 1989 en qualité de visiteur. Il a été autorisé à demeurer au Canada en cette qualité jusqu'au 15 septembre 1989. Il est demeuré au Canada après cette date sans autorisation, et il a cessé d'être un visiteur.

On February 18, 1991, the applicant was charged in the province of British Columbia with one count of conspiracy to import a narcotic (heroin), one count of conspiracy to traffic in heroin, and two counts of trafficking in heroin, being indictable offences under subsection 4(1) of the *Narcotic Control Act* [R.S.C., 1985, c. N-1] and paragraph 465(1)(c) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. The offences are alleged to have occurred between March 1, 1990 and August 28, 1990. The preliminary inquiry with respect to these charges was completed in early 1992. No dates were set for the trial. The applicant was set free on bail and was under order from the court to remain in the province of British Columbia.

Le 18 février 1991, le requérant a été inculpé en Colombie-Britannique de ce qui suit: complot en vue d'importer un stupéfiant (héroïne) (un chef d'accusation), complot en vue de faire le trafic de l'héroïne (un chef d'accusation), trafic d'héroïne (deux chefs d'accusation), soit des actes criminels en vertu du paragraphe 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants* [L.R.C. (1985), ch. N-1] et de l'alinéa 465(1)c) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Les actes criminels sont censés avoir été commis entre le 1<sup>er</sup> mars 1990 et le 28 août 1990. L'enquête préliminaire tenue à l'égard de ces accusations a pris fin au début de 1992. Aucune date n'a été fixée pour le procès. Le requérant a été libéré sous cautionnement, et le tribunal lui a ordonné de demeurer en Colombie-Britannique.

On September 10, 1990, a report was made by an immigration officer pursuant to paragraph 27(2)(e) of the *Immigration Act*<sup>1</sup> (the Act) to the effect that the applicant was a person who entered Canada as a visitor and remained therein after ceasing to be a visitor. Pursuant to subsection 27(3), a direction for inquiry was prepared and signed on behalf of the Deputy

Le 10 septembre 1990, un agent d'immigration a rédigé, conformément à l'alinéa 27(2)e) de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup> (la Loi), un rapport portant que le requérant était une personne qui était entrée au Canada en qualité de visiteur et qui y était demeurée après avoir perdu cette qualité. Conformément au paragraphe 27(3), une directive prévoyant la tenue

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2, as amended but not including the amendments contained in S.C. 1992, c. 49, which came in force February 1, 1993.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 et ses modifications, mais exclusion faite des modifications contenues dans L.C. 1992, ch. 49, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993.

Minister of Employment and Immigration. That inquiry started on April 23, 1991.

On May 13, 1991, during the course of the inquiry, and prior to any substantive evidence having been given, the applicant availed himself of the opportunity, provided by subsection 43(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 14] of the Act, to make a Convention refugee claim. Relying on subsection 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/89-38, s. 13)]<sup>2</sup> (the Regulations) he immediately sought adjournment of the credible basis proceedings pending completion of his criminal trial. It was his submission that the provisions of the Act and Regulations compelled him to give both oral and documentary evidence respecting his personal history and circumstances relevant to his refugee claim and that such disclosure constituted a breach of his section 7 rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter), in violation of fundamental justice, in that he would be required to forego his right to silence in the face of criminal proceedings. The hearing was then adjourned to September 6, 1991.

On September 6, 1991, the applicant's criminal counsel gave evidence that he had received the narrative particulars provided by Crown counsel respecting the criminal proceedings and that he had reviewed the Personal Information Form and narrative that was required to be submitted in the course of the credible basis proceedings. It was counsel's evidence that RCMP investigators had an interest in the claimant's history, that they were interested in his activities prior to 1990 and prior to his arrival in Canada and, in particular, were interested in his addresses of prior residence and travels outside India. It was also counsel's opinion that the information provided in the credible basis proceedings would

d'une enquête a été rédigée et signée au nom du sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration. Cette enquête a débuté le 23 avril 1991.

a Le 13 mai 1991, pendant que l'enquête se déroulait, et avant que toute preuve de fond soit présentée, le requérant s'est prévalu de la possibilité que lui offrait le paragraphe 43(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14] de la Loi de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. S'appuyant sur le paragraphe 35(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/89-38, art. 13)]<sup>2</sup> (le Règlement), il a immédiatement demandé l'ajournement des procédures du premier palier d'audience en attendant l'issue de son procès au criminel. Il a soutenu que les dispositions de la Loi et du Règlement le forçaient à donner des éléments de preuve oraux et documentaires sur ses antécédents et les circonstances pertinentes à sa revendication du statut de réfugié, et que cette divulgation constituait une atteinte aux droits que lui garantit 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]] (la Charte), en violation de la justice fondamentale, en ce sens qu'il devrait renoncer à son droit au silence alors qu'il faisait l'objet de procédures criminelles. L'audience a alors été ajournée au 6 septembre 1991.

g Le 6 septembre 1991, l'avocat représentant le requérant au criminel a témoigné qu'il avait reçu du procureur de la Couronne les détails des chefs d'accusation concernant les procédures criminelles et qu'il avait examiné le Formulaire de renseignements personnels et le rapport devant être fournis dans le cadre des procédures au premier palier d'audience. L'avocat a témoigné que les enquêteurs de la GRC s'intéressaient aux antécédents du demandeur de statut, qu'ils s'intéressaient à ses activités antérieures aussi bien à 1990 qu'à son arrivée au Canada et, en particulier, qu'ils souhaitaient connaître les adresses de ses précédents domiciles et ses voyages à l'extérieur de l'Inde. L'avocat était également d'avis que

<sup>2</sup> S. 35(1) reads as follows:

35. (1) The adjudicator presiding at an inquiry may adjourn the inquiry at any time if the adjournment will not impede or unreasonably delay the proceedings.

<sup>2</sup> L'art. 35(1) est libellé comme suit:

35. (1) L'arbitre qui préside l'enquête peut l'ajourner à tout moment si l'ajournement n'entravera pas le déroulement de l'enquête ni ne la retardera indûment.

assist criminal investigators in inquiries and the obtaining of evidence to be used against the applicant in the course of the criminal trial.

On November 28, 1991 the Adjudicator determined that there should be no adjournment of the proceedings. An application was brought to the Trial Division of the Federal Court of Canada, seeking leave to commence an application pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] as it then read, to quash the adjudicator's decision respecting adjournment. The application for leave was denied on January 16, 1992.

Inquiry proceedings resumed on the 28th of January, 1992. The adjudicator denied a further request for an adjournment and went on to conclude that the applicant had ceased to be a visitor. He then asked a member of the Refugee Division to join him in order to examine whether the applicant's Convention refugee claim had a credible basis. The applicant maintained his right to silence and refused to tender either the Personal Information Form or oral evidence in respect of the credible basis of his claim. The tribunal found that the applicant had not met the burden of establishing his claim and the adjudicator ordered that the applicant be deported from Canada. The adjudicator was of the view that the circumstances prevented him from issuing a departure notice rather than a deportation order as no date for completion of the criminal trial could be ascertained.

An application for leave to commence a proceeding under section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] of the *Federal Court Act* was allowed on March 31, 1992 with respect to the decision of the tribunal that the applicant did not have a credible basis for his claim and with respect to the deportation order issued by the adjudicator. It is common ground, as regards the decision of the tribunal, that it can only be set aside if this Court holds the view that an adjournment should have been ordered by the adjudicator. As regards the deportation order, should the decision of the tribunal on the credible basis be maintained, the applicant submits that the adjudicator erred in deter-

les renseignements fournis dans le cadre des procédures au premier palier d'audience aideraient les enquêteurs dans leur tâche et faciliteraient l'obtention d'éléments de preuve devant servir contre le requérant au cours de son procès au criminel.

Le 28 novembre 1991, l'arbitre a déterminé qu'il ne devrait pas y avoir ajournement des procédures. La Section de première instance de la Cour fédérale a été saisie d'une demande d'autorisation de présenter une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], comme il était alors rédigé, en vue d'annuler la décision de l'arbitre concernant l'ajournement. La demande d'autorisation a été refusée le 16 janvier 1992.

L'enquête a repris le 28 janvier 1992. L'arbitre a refusé une autre demande d'ajournement, et il a conclu que le requérant n'avait plus qualité de visiteur. Il a alors demandé à un membre de la section du statut de réfugié de se joindre à lui pour déterminer si la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant avait un minimum de fondement. Le requérant a affirmé son droit au silence, refusant de remplir le Formulaire de renseignements personnels et de déposer oralement à l'égard du minimum de fondement de sa revendication. Le tribunal a conclu que le requérant n'avait pas rempli son obligation d'établir le bien-fondé de sa revendication, et l'arbitre a ordonné l'expulsion du requérant. L'arbitre était d'avis que les circonstances l'empêchaient de délivrer un avis d'interdiction de séjour plutôt que de prendre une mesure d'expulsion puisque la date de la fin du procès criminel ne pouvait être précisée.

Une demande d'autorisation d'introduire des procédures fondées sur l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale* a été accueillie, le 31 mars 1992, relativement à la décision du tribunal qui refusait de reconnaître un minimum de fondement à la revendication du requérant, et relativement aussi à la mesure d'expulsion prise par l'arbitre. Les parties s'entendent pour dire que la décision du tribunal ne peut être annulée que si la Cour estime que l'arbitre aurait dû ordonner un ajournement. Pour ce qui est de la mesure d'expulsion, dans l'éventualité où la décision du tribunal devrait être maintenue quant au minimum de fondement, le

mining that a departure notice was not available in the circumstances.

While various forms of relief were discussed in the course of argument before the adjudicator, counsel for the applicant held the view throughout that the relief he was seeking was the adjournment of the credible basis proceedings until the completion of the criminal proceedings<sup>3</sup> and that none of the other suggested remedies—protection of the testimonial evidence under section 5 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] and section 13 of the Charter, an order given to the RCMP not to use the information disclosed, a written undertaking by the Minister of Employment and Immigration and his officials not to reveal the information disclosed—was a proper remedy or one within the jurisdiction of the adjudicator.<sup>4</sup> Both decisions of the adjudicator, on November 28, 1991<sup>5</sup> and on January 28, 1992<sup>6</sup> were made with respect to a request for adjournment. I shall therefore consider that the relief sought by the applicant was the adjournment of the proceedings and nothing else, “an all or nothing proposition”, to use counsel’s words.<sup>7</sup>

### The adjournment

The applicant submits that he is entitled to protection at the credible basis proceedings against violation of his alleged section 7 Charter rights and that he is entitled to maintain his right to silence until such protection is provided, in this case by an adjournment of the proceedings. In his view, the tribunal’s finding that he did not have a credible basis for his claim is a consequence of the tribunal’s failure to recognize that the proceedings were in breach of fundamental justice.

It is agreed that paragraph 11(c) of the Charter which provides that:

11. Any person charged with an offence has the right

<sup>3</sup> Applicant’s Record, at pp. 36, 38, 53, 60 and 81.

<sup>4</sup> Applicant’s Record, at pp. 60, 61, 68 and 81.

<sup>5</sup> Applicant’s Record, at p. 72.

<sup>6</sup> Applicant’s Record, at p. 81.

<sup>7</sup> Applicant’s Record, at p. 81.

requérant affirme que l’arbitre a commis une erreur en décidant qu’un avis d’interdiction de séjour ne pouvait être délivré dans les circonstances.

Bien que d’autres formes de réparation aient été évoquées au cours des débats devant l’arbitre, l’avocat du requérant a toujours insisté que la réparation qu’il recherchait était l’ajournement des procédures au premier palier d’audience jusqu’à l’issue des procédures criminelles<sup>3</sup>, et qu’aucune des autres réparations proposées, que ce soit la protection des témoignages en vertu de l’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] et de l’article 13 de la Charte, l’ordre donné à la GRC de ne pas utiliser les renseignements donnés, ou encore l’engagement écrit du ministre de l’Emploi et de l’Immigration et de ses fonctionnaires de ne pas divulguer les renseignements fournis, ne constituait un redressement suffisant ni une réparation relevant de la compétence de l’arbitre<sup>4</sup>. Les deux décisions de l’arbitre, le 28 novembre 1991<sup>5</sup> et le 28 janvier 1992<sup>6</sup>, visaient une demande d’ajournement. Je dois donc considérer que la réparation que recherchait le requérant était l’ajournement des procédures et rien d’autre, c’est-à-dire [TRADUCTION] «tout ou rien», pour reprendre les propres paroles de son avocat<sup>7</sup>.

### L’ajournement

Le requérant soutient qu’au premier palier d’audience, il a droit d’être protégé contre la violation des droits que lui assurerait l’article 7 de la Charte, et qu’il peut exercer son droit de garder le silence jusqu’à ce que la protection susmentionnée lui soit fournie, en l’espèce au moyen de l’ajournement des procédures. Selon lui, la conclusion du tribunal que sa revendication était dépourvue du minimum de fondement était la conséquence du défaut par le tribunal de reconnaître que les procédures portaient atteinte à la justice fondamentale.

Les parties s’entendent pour dire que l’alinéa 11(c) de la Charte, qui prévoit ce qui suit:

11. Tout inculpé a le droit:

<sup>3</sup> Dossier du requérant, aux p. 36, 38, 53, 60 et 81.

<sup>4</sup> Dossier du requérant, aux p. 60, 61, 68 et 81.

<sup>5</sup> Dossier du requérant, à la p. 72.

<sup>6</sup> Dossier du requérant, à la p. 81.

<sup>7</sup> Dossier du requérant, à la p. 81.

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

is not relevant at this stage. That protection is afforded in the proceedings in respect of the charge and not in proceedings, such as the credible basis proceedings, which are not in respect of the criminal charges laid against the accused. On the other hand the protection against self-incrimination afforded by section 13 of the Charter:

a n'est pas pertinent à ce stade-ci. Cette protection est accordée dans les procédures relatives aux chefs d'accusation, et non dans les procédures, comme celles du premier palier d'audience, qui ne visent pas les accusations criminelles portées contre l'accusé. D'autre part, la protection contre l'auto-incrimination assurée par l'article 13 de la Charte:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

b 13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

and by subsection 5(2) of the *Canada Evidence Act*:<sup>8</sup>

c et par le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*:<sup>8</sup>

5. . . .

d 5. . . .

(2) . . . the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

e (2) . . . sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

does not protect a witness against testimonial compulsion and does not prevent the introduction at a subsequent criminal trial of evidence discovered as a result of such testimony.<sup>9</sup>

f ne soustrait pas le témoin à l'obligation de témoigner, ni ne prévient la présentation, au cours de poursuites criminelles subséquentes, d'éléments de preuve découverts en conséquence de ce témoignage.<sup>9</sup>

The applicant's case, therefore, rests on section 7 of the Charter:

La thèse du requérant repose donc sur l'article 7 de la Charte:

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.

g 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.

That section, as it relates to the right to silence, was examined at length by the Supreme Court of Canada in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*.<sup>10</sup> Even though the five members of the panel could not agree on a precise definition of the protection afforded, that decision, as refined by the Supreme Court in later pronouncement

h Cet article, dans la mesure où il a trait au droit de garder le silence, a été longuement étudié par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*.<sup>10</sup> Bien que les cinq membres du tribunal n'aient pu alors s'entendre sur une définition précise de la protection offerte, cette décision, revue

<sup>8</sup> R.S.C, 1985, c. C-5.

<sup>9</sup> See *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618.

<sup>10</sup> [1990] 1 S.C.R. 425.

<sup>8</sup> L.R.C. (1985), ch. C-5.

<sup>9</sup> Voir les arrêts *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

<sup>10</sup> [1990] 1 R.C.S. 425.



ments,<sup>11</sup> may fairly be considered as authority for the propositions:

1) that “the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7.” (Lamer J. [as he then was], at page 442 agreeing with his four colleagues on this point);

2) that such “residual content” may include some form of protection against some documentary or derivative evidence<sup>12</sup> that was brought forward together with, or traced as a result of the oral testimony;

3) that the existence and nature of that protection are largely a question of context and of balancing the interest of the state in the disclosure and of the individual in his non-self-incrimination;

and, more generally,

4) that there is no absolute rule against compelling an accused or a would-be accused to testify and offer evidence in another civil, administrative or criminal proceeding.

The applicant relies principally on *Thomson Newspapers* to allege, notwithstanding propositions 3 and 4 above, an absolute right to silence until completion of his criminal trial. He would like this Court to import into a case where an accused person is “com-

<sup>11</sup> See *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at pp. 542-543; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 627. See, also, *R. v. S. (R.J.)* (1993), 12 O.R. (3d) 774 (C.A.).

<sup>12</sup> I am using the expression “derivative evidence” in the same general way as Lambert J.A. in his dissent in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), at p. 728: “other evidence obtained by the Crown through the use of the ‘clue’ facts” (i.e. facts contained in the answer to the question in the civil proceedings) and include in it, as well, “clue” facts contained in the documentary evidence given to the authorities. That definition was used as a basis for La Forest J.’s own, and more elaborate, definition in *Thomson Newspapers*, *supra*, note 10, at pp. 549-550, which was adopted by the Supreme Court in *Wise* and *Mellenthin*, *supra*, note 11.

dans des décisions subséquentes de la Cour suprême<sup>11</sup>, peut être considérée comme établissant les points suivants, savoir que:

a) 1) «les énumérations précisées à l’al. 11c) et à l’art. 13 de la *Charte* ne couvrent pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l’art. 7 et n’empêchent pas de conférer un teneur résiduelle à l’art. 7.» (Le juge Lamer [tel était alors son titre] à la page 442, se disant d’accord avec ses quatre collègues sur ce point);

b) 2) cette «teneur résiduelle» peut comprendre un certain type de protection contre une certaine preuve documentaire ou dérivée<sup>12</sup> apportée en même temps que la preuve orale ou qui en résulte;

c) 3) l’existence et la nature de cette protection sont largement une question de contexte et d’équilibre entre l’intérêt de l’État dans la divulgation et celui de l’intéressé à éviter l’auto-incrimination;

d) et, de façon plus générale,

e) 4) il n’y a aucune règle absolue qui interdit de contraindre un accusé ou un suspect à témoigner et à donner des éléments de preuve dans une autre procédure civile, administrative ou criminelle.

f) Le requérant s’appuie principalement sur l’arrêt *Thomson Newspapers* pour invoquer, nonobstant les propositions 3) et 4) précitées, le droit absolu de garder le silence jusqu’à l’issue de son procès au criminel. Il voudrait que cette Cour applique, dans une

<sup>11</sup> Voir *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, aux p. 542 et 543; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 627. Voir aussi *R. v. S. (R.J.)* (1993), 12 O.R. (3d) 774 (C.A.).

<sup>12</sup> J’utilise l’expression «preuve dérivée» de la même façon générale que l’a fait le juge d’appel Lambert dans son jugement dissident dans l’affaire *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), à la p. 728: [TRADUCTION] «les autres éléments de preuve que la Couronne a obtenus en utilisant des ‘indices’ (c.-à-d. les indices contenus dans la réponse aux questions posées dans les procédures civiles)» et aussi les «indices» que contient la preuve documentaire donnée aux autorités. Cette définition a servi de fondement à celle du juge La Forest, encore plus poussée, dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, note 10, aux p. 549 et 550, adoptée par la Cour suprême dans les arrêts *Wise* et *Mellenthin*, précités, note 11.

pelled”<sup>13</sup> to testify in a civil or administrative proceeding principles and solutions developed in cases where an accused person was compelled to testify in a criminal trial parallel or related to his own or at an investigatory stage of his own criminal trial.

I need not concern myself here with the extent of the protection given to an accused person where that person is compelled to testify in a criminal proceeding related directly or indirectly to the charge laid against him. Suffice it to say that even in such a case his right to silence protected by section 7 of the Charter is far from being absolute.

With respect to the protection given to an accused person where that person is compelled to testify or to file evidence in a civil or administrative procedure, I cannot describe it in better terms than those used by Macfarlane J.A. in *Haywood Securities*<sup>14</sup> and by my brothers Stone J.A. in *Tyler v. M.N.R.*<sup>15</sup> and Pinard J. in *Meade v. Canada*.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> I am disposed, for the sake of argument and without reaching a final conclusion on the point, to recognize that a Convention refugee claimant can be equated with a “compellable witness”. While not bound to testify personally at his hearing (see s. 29(1) of the *Immigration Act*), he cannot be successful in his claim unless he meets the burden imposed on him by s. 46(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] of the Act and tenders sworn documentary evidence in support of his claim respecting his personal history (s. 45(2) [as am. *idem*] of the Act; s. 18 of the *Convention Refugee Determination Division Rules* [SOR/89-103]). While he need not make a claim, he will be expelled from Canada if he does not do so and while he is not necessarily detained prior to the hearing, he will be ordered out of Canada if his claim is unsuccessful. To that extent he appears to be in “the control of the superior power of the state” and “cannot walk away”, to use the words of McLachlin J. in *R. v. Hebert*, *supra*, note 11, at p. 179.

<sup>14</sup> *Supra*, note 12. Leave to appeal was granted by the Supreme Court of Canada, no 19783, but the appeal was deemed abandoned on December 14, 1990.

<sup>15</sup> [1991] 2 F.C. 68 (C.A.).

<sup>16</sup> [1991] 3 F.C. 365 (T.D.).

affaire où un accusé est «contraint»<sup>13</sup> de témoigner dans une procédure civile ou administrative, des principes et des solutions qui ont vu le jour dans des affaires où un accusé était tenu de témoigner dans le cadre d'un procès criminel en parallèle avec le sien ou lié à celui-ci, ou à l'enquête précédant son propre procès au criminel.

b Je n'ai pas ici à me préoccuper de l'étendue de la protection dont jouit un accusé tenu de témoigner dans une procédure criminelle liée directement ou indirectement à l'accusation portée contre lui. Il suffit de dire que même dans de telles circonstances, son droit de garder le silence garanti par l'article 7 de la Charte est loin d'être absolu.

d Pour ce qui est de la protection dont jouit l'accusé contraint de témoigner ou de déposer des éléments de preuve dans des procédures civiles ou administratives, je ne saurais mieux la décrire que ne l'ont fait e le juge d'appel Macfarlane dans l'arrêt *Haywood Securities*<sup>14</sup>, et mes collègues le juge Stone, J.C.A., dans l'arrêt *Tyler c. M.R.N.*<sup>15</sup> et le juge Pinard dans l'arrêt *Meade c. Canada*<sup>16</sup>.

f <sup>13</sup> Je veux bien, aux fins de la discussion et sans tirer sur ce point une conclusion finale, reconnaître que le demandeur de statut de réfugié au sens de la Convention peut se comparer à un «témoin contraignable». Bien qu'il ne soit pas tenu de témoigner personnellement à son audition (voir l'art. 29(1) de la *Loi sur l'immigration*), sa demande ne peut être accueillie que s'il s'acquitte de l'obligation que lui impose l'art. 46(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14] de la Loi et produit une preuve documentaire, donnée sous serment à l'appui de sa revendication, relativement à ses antécédents (art. 45(2) [mod., *idem*] de la Loi; art. 18 des *Règles de la section du statut de réfugié* [DORS/89-103]). Bien qu'il n'ait pas à faire une revendication, il sera expulsé s'il n'en présente pas, et bien qu'il ne soit pas nécessairement détenu avant l'audience, il devra quitter le Canada s'il n'obtient pas gain de cause. Dans cette mesure, il semble être sous «le contrôle du pouvoir supérieur de l'État» et ne pouvoir «s'esquiver», pour reprendre les paroles du juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Hebert*, précité, note 11, à la p. 179.

<sup>14</sup> Précité, à la note 12. L'autorisation d'appel a été accordée par la Cour suprême du Canada, n° 19783, mais l'appel a été réputé abandonné le 14 décembre 1990.

<sup>15</sup> [1991] 2 C.F. 68 (C.A.).

<sup>16</sup> [1991] 3 C.F. 365 (1<sup>re</sup> inst.).

In *Haywood Securities*, the plaintiff had applied for an order compelling B, an officer of the defendant corporation, to answer certain questions on an examination in aid of execution. B and the defendant were, at the same time, being investigated by the superintendent of brokers and the RCMP regarding possible violations of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. B was ordered to testify. The principal question in issue on appeal was whether the order constituted a violation of the witness' right to liberty and security of the person, guaranteed by section 7 of the Charter, in that it violated a fundamental right against self-incrimination. Speaking for the majority, Macfarlane J.A. expressed himself as follows [at pages 748-751]:

I agree that if the sole aim and purpose of the proceeding was to obtain evidence to support a charge or to assist the criminal prosecution of the witness, it might be arguable that the witness ought not to be compelled to divulge information which might lead to his conviction. But, in my view, such a result would follow only if the proceedings, in which such evidence was given, were so devoid of any legitimate public purpose, and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness that to allow them to continue would constitute an injustice. In such circumstances, the continuance of the proceedings could be said to constitute a violation of the principles of fundamental justice.

The appellants submit that ss. 11(c) and 13 do not exhaust the protection of rights in this area, which are fundamental to our system of justice, and they resort to s. 7. I agree that there may be cases and circumstances where the legislation or the procedure is so designed and the results are so unjust that to compel a person to testify might offend the basic sense of fairness which underlies the principles of fundamental justice, and violate s. 7. Such situations may involve testimonial compulsion and self-incrimination but it does not follow that s. 7 contains an unwritten rule against *all* testimonial compulsion and *all* cases involving self-incrimination.

In considering whether particular proceedings constitute a violation of a right, it is well to remember that a right under the Charter is not absolute. The right to liberty and security of the person is not absolute: . . . The right of one person is to be

Dans l'affaire *Haywood Securities*, la demanderesse avait demandé une ordonnance enjoignant à B, dirigeant de la société défenderesse, de répondre à certaines questions au cours d'un interrogatoire préalable à la saisie-exécution. B et la défenderesse faisaient tous deux l'objet, en même temps, d'une enquête de la part du surintendant des courtiers et de la GRC relativement à des violations possibles du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34]. B a reçu l'ordre de témoigner. La principale question en appel était de savoir si l'ordonnance constituait la violation du droit du témoin à la liberté et à la sécurité de sa personne, garanti par l'article 7 de la Charte, en portant atteinte à son droit fondamental de ne pas témoigner contre lui-même. S'exprimant pour la majorité, le juge d'appel Macfarlane a dit ce qui suit [aux pages 748 à 751]:

[TRADUCTION] Je suis d'accord que, si les procédures n'avaient pas d'autre objet que de réunir des éléments de preuve à l'appui d'une accusation ou de faciliter l'engagement de poursuites criminelles contre le témoin, on pourrait soutenir que ce témoin ne devrait pas être contraint à révéler des renseignements susceptibles d'entraîner une déclaration de culpabilité contre lui. Toutefois, selon moi, il n'en serait ainsi que si les procédures au cours desquelles ce témoignage a été donné étaient tellement dépourvues de toute fin publique légitime et si délibérément conçues pour faciliter l'engagement de poursuites contre le témoin qu'il serait injuste de permettre qu'elles continuent. Dans de pareilles circonstances, la continuation des procédures pourrait être considérée comme une violation des principes de justice fondamentale.

Les appelants soutiennent que les art. 11(c) et 13 ne constituent pas la seule protection de ces droits qui sont fondamentaux dans notre système de justice et ils invoquent l'art. 7. Je reconnais que, dans certains cas, la loi ou la procédure est ainsi conçue que les résultats qu'elle entraîne sont si injustes que le simple fait de contraindre une personne à témoigner pourrait contrevenir au principe fondamental d'équité sous-jacent aux règles de la justice fondamentale et violer l'art. 7. Il est possible que, dans de telles situations, une personne soit contrainte à fournir un témoignage incriminant, mais il ne s'ensuit pas que l'art. 7 renferme une règle non écrite contre *tous* les cas où une personne est contrainte à témoigner ni *tous les cas* où un témoignage est incriminant.

Il faut se rappeler, en déterminant si des procédures violent un droit, que les droits conférés par la Charte ne sont pas absolus . . . Il faut considérer les droits d'une personne en regard de ceux des autres individus et des besoins de la société en géné-

balanced against the right of others and the needs of society generally. An examination in aid of execution of a judgment is a right to be respected and protected—a right of the individual, and one which also serves the public interest. The proper administration of civil justice requires full disclosure, the right to discovery of parties, and of relevant documents. Fundamental justice requires a balancing of the right of a witness against the freedom of others to pursue their lawful remedies.

It has not been a principle of fundamental justice in Canada that a civil remedy is suspended until criminal proceedings arising out of the same facts have been concluded. Section 10 of the Criminal Code provides:

10. No civil remedy for an act or omission is suspended or affected by reason that the act or omission is a criminal offence.

The section was necessary to abrogate a common law rule that a plaintiff could not proceed with an action in tort until he had prosecuted the defendant for a felony arising out of the same facts.

But the civil courts have, despite that section, retained the power to control their own proceedings by exercising a discretion to stay an action in the face of criminal proceedings in extraordinary or exceptional cases: . . .

The effect of those cases is that there is no absolute right to have civil proceedings stayed in the face of criminal proceedings, but there is a protection, available on a discretionary basis, in extraordinary or exceptional circumstances. To elevate that limited protection to the status of a fundamental right is not justified. In cases where protection is clearly required, the discretion will be exercised on the basis that a fair trial of the accused and a just determination of criminal charges cannot be made unless proceedings are stayed.

*Haywood Securities* was applied in *Saccomanno v. Berube*<sup>17</sup>; in *Hongkong Bank of Canada v. Legion Credit Union*<sup>18</sup>; in *British Columbia Securities Com-*

<sup>17</sup> (1987), 75 A.R. 393 (Q.B.). Defendant in civil action facing parallel criminal proceedings; objection to questions during examination for discovery.

<sup>18</sup> [1990] B.C.J. No. 1095 (C.A.) (Q.L.). Applicant subject of investigation by RCMP had reasonable apprehension of counts of fraud; same transactions forming subject matter of both civil proceedings and probable criminal proceedings; applicant ordered to submit to examination for discovery, but

(Continued on next page)

ral. Le droit d'interroger une personne dans le but de permettre l'exécution d'un jugement est un droit qui doit être respecté et protégé—un droit individuel mais également un droit qui sert l'intérêt public. L'administration de la justice civile exige une divulgation complète des éléments de preuve, le droit d'interroger les parties et d'obtenir la communication des documents pertinents. La justice fondamentale exige que l'on considère le droit d'un témoin en regard de la liberté des autres personnes d'exercer les recours qui leur sont accordés par la loi.

Les principes de justice fondamentale au Canada n'exigent pas la suspension d'un recours civil en attendant l'issue de procédures criminelles procédant des mêmes faits. L'article 10 du Code criminel prévoit ce qui suit:

10. Aucun recours civil pour un acte ou une omission n'est suspendu ou atteint du fait que l'acte ou omission constitue une infraction criminelle.

Cet article était nécessaire à l'abrogation de la règle de common law selon laquelle le demandeur ne pouvait poursuivre une action délictuelle avant d'avoir poursuivi le défendeur pour l'infraction majeure (*felony*) découlant des mêmes faits.

Mais les tribunaux civils ont, nonobstant cet article, conservé le pouvoir d'établir leurs propres procédures en exerçant le pouvoir discrétionnaire de suspendre une action en présence de poursuites criminelles dans des cas extraordinaires et exceptionnels . . .

On peut conclure de ces affaires qu'il n'existe aucun droit absolu de faire suspendre des actions civiles en présence de procédures criminelles, mais il existe une protection, accordée de façon discrétionnaire, dans des circonstances extraordinaires ou exceptionnelles. Il n'est cependant pas justifié de faire de cette protection restreinte, un droit fondamental. Dans les circonstances où la protection est clairement requise, il y aura exercice du pouvoir discrétionnaire au motif que la suspension des procédures est nécessaire à un procès équitable et à la juste détermination des chefs d'accusation.

L'arrêt *Haywood Securities* a été appliqué dans les affaires suivantes: *Saccomanno v. Berube*<sup>17</sup>; *Hongkong Bank of Canada v. Legion Credit Union*<sup>18</sup>;

<sup>17</sup> (1987), 75 A.R. 393 (B.R.). Le défendeur dans une action civile faisait face à des procédures criminelles parallèles; il s'est opposé aux questions posées au cours de l'interrogatoire préalable.

<sup>18</sup> [1990] B.C.J. n° 1095 (C.A.) (Q.L.). Le requérant qui faisait l'objet d'une enquête par la GRC avait une crainte raisonnable d'être accusé de fraude; les mêmes opérations faisaient l'objet des procédures civiles et des procédures criminelles possibles; le requérant a reçu l'ordre de se prêter à un interro-

(Suite à la page suivante)

*mission v. Branch*<sup>19</sup> and in *Cheung v. British Columbia (Attorney General)*.<sup>20</sup>

In *Tyler*, a taxpayer had been charged in July 1987 with a series of narcotics-related criminal offences, which induced Revenue Canada in September 1987 to investigate the possibility that the taxpayer had failed to report income. In order to obtain more information, Revenue Canada perused documents seized by the RCMP and served upon the taxpayer a set of “requirements” for information. The taxpayer, not wanting to furnish information which might be used

(Continued from previous page)

order made that the transcripts of the discovery be restricted to parties and their solicitors and confidentiality order imposed on all individuals having access to transcripts to be under a stricture not to disclose to any authority investigating the alleged criminal conduct of the applicant.

<sup>19</sup> (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331 (C.A.), affg (1990), 68 D.L.R. (4th) 347 (B.C.S.C.). Respondent failing to attend in answer to a summons to be examined under oath by an investigator appointed by the Securities Commission; respondents challenging the legality of including in the investigative process sanctioned by the legislation a hearing procedure which compels the person who is the object of the investigation to testify on oath with potentially self-incriminating results, and to produce “records and things” which may have the same effect; respondents being suspects in connection with offences under the *Securities Act* [S.B.C. 1985, c. 83] and the *Criminal Code*; securities commission charged with responsibility of overseeing all aspects of the issuing and trading of securities in province; “when the protective role of the commission is taken into account, it cannot be said that the statutory compulsion to testify . . . comes even close to meeting the test described by Macfarlane J.A. in the *Haywood Securities* case” [Wood J., at p. 369].

<sup>20</sup> (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 305 (S.C.). Defendant in action for damages brought by employer; RCMP investigating allegations of fraud related to same incidents; defendant submitting to examination for discovery but asking that transcript and notes deriving from the proceedings not be used for purpose of any criminal proceedings; RCMP requesting employer to provide them with transcript and information obtained from the examination; Trainor J. [at page 322] finding that employer was entitled to full disclosure and to compel defendant to give evidence, but holding that “the right to require that attendance and to use the evidence thereby obtained does not extend to providing transcripts of the evidence or other information about it to the Attorney General, his agents or servants . . . as long as the criminal investigation is underway or possible criminal charges are outstanding.”

*British Columbia Securities Commission v. Branch*<sup>19</sup> et *Cheung v. British Columbia (Attorney General)*<sup>20</sup>.

Dans l'affaire *Tyler*, le contribuable avait été accusé en juillet 1987 d'une série d'actes criminels reliés aux stupéfiants, ce qui avait incité Revenu Canada, en septembre 1987, à étudier la possibilité que le contribuable n'avait pas déclaré des revenus. Afin d'obtenir davantage de renseignements, Revenu Canada avait examiné attentivement des documents saisis par la GRC et avait signifié au contribuable un ensemble de «sommations» lui intimant de donner les

(Suite de la page précédente)

gatoire préalable, mais l'ordonnance précisait que la transcription de l'interrogatoire devait se limiter aux parties et à leurs avocats, et une ordonnance de non-divulcation imposait l'obligation à tous ceux qui avaient accès aux transcriptions de ne rien révéler aux autorités qui enquêtaient sur les actes criminels allégués du requérant.

<sup>19</sup> (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331 (C.A.), conf. (1990), 68 D.L.R. (4th) 347 (C.S.C.-B.). L'intimé ne s'était pas présenté après avoir reçu l'ordre de subir un interrogatoire sous serment mené par un enquêteur nommé par la Securities Commission (Commission des valeurs mobilières); les intimés ont contesté la légalité de l'inclusion, dans le processus d'enquête sanctionné par la loi, d'une audition qui contraint celui qui fait l'objet de l'enquête à témoigner sous serment, s'exposant de ce fait à l'auto-incrimination, et à produire [TRADUCTION] «des documents et choses» susceptibles de produire les mêmes conséquences; les intimés étaient soupçonnés d'infractions à la *Securities Act* [S.B.C. 1985, ch. 83] et au *Code criminel*; la Commission des valeurs mobilières était chargée de surveiller tous les aspects de l'émission et du commerce des valeurs mobilières dans la province; [TRADUCTION] «compte tenu du rôle de protection assigné à la commission, on ne peut dire que l'obligation légale de témoigner . . . vient même près de respecter les critères exposés par le juge d'appel Macfarlane dans l'arrêt *Haywood Securities*» [Le juge Wood, à la p. 369].

<sup>20</sup> [1993], 76 B.C.L.R. (2d) 305 (C.S.). Le défendeur faisait face à une action en dommages-intérêts intentée par l'employeur; la GRC enquêtait sur des allégations de fraude reliées aux mêmes incidents; le défendeur s'est soumis à l'interrogatoire préalable, tout en demandant que la transcription et les notes découlant des procédures ne servent pas à des fins de procédures criminelles; la GRC a demandé à l'employeur de lui donner la transcription de l'examen au préalable et les renseignements tirés de cet examen; le juge Trainor [à la page 322] a conclu que l'employeur avait droit à la pleine divulgation et à contraindre le défendeur à témoigner, mais il a précisé que [TRADUCTION] «le droit d'exiger la comparution et d'utiliser les éléments de preuve en provenant ne va pas jusqu'à donner la transcription des témoignages et d'autres renseignements à cet égard au procureur général, à ses préposés et à ses mandataires . . . aussi longtemps que se déroule l'enquête criminelle ou que des accusations criminelles possibles sont pendantes».

against him in criminal proceedings, applied to the Federal Court for a writ prohibiting the Minister from demanding information. The Federal Court of Appeal made an order, at pages 86-87:

... prohibiting the respondent from communicating to the Royal Canadian Mounted Police or to any other person the signed statements of the appellant demanded by the respondent... or of any of the contents thereof, at any time while the charges against the appellant... remain outstanding in the courts.

In his reasons for judgment of the Court, Stone J.A. wrote the following, at pages 78-79, 81-82, 85-86:

The learned Trial Judge found that the "requirements" are for a purpose related to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*, and it was quite within his province to so view the matter. Nowhere in the record is there the slightest suggestion that the respondent was not acting solely for a purpose related to the administration or enforcement of the statute.

. . .

#### Section 7

It becomes necessary to examine the appellant's ultimate Charter right contention, namely, that section 7 protects him against making the signed statements to the respondent or the communication of the same to the police in the circumstances of this case.

. . .

It seems clear, however, that section 7 may provide in certain contexts a residual protection over and above that contained in sections 8 to 14 of the Charter. I would refer here to what was said, for example, by La Forest J. in *Thomson Newspapers*, at page 537:

Like my colleagues, I am prepared to agree that s. 7 of the *Charter* may in certain contexts at least provide residual protection to the interests the right is designed to protect that goes beyond the specific protection provided by ss. 11(c) and 13.

In my opinion the compulsion of these statements by the respondent pursuant to paragraph 231.2(1)(a) would result in a deprivation of the appellant's liberty and security of the person under section 7. This approach would seem to accord with the analysis contained in *Thomson Newspapers*, per Wilson J., at pages 459-461; per La Forest J., at page 536; per L'Heureux-Dubé J., at pages 572-573.

I agree, however, that in the context of the tax audit the deprivation does not amount to a breach of the principles of fundamental justice. In the tax audit *per se* there is no suspect and no accused. The procedure is entirely administrative in nature. See e.g. *R. v. McKinlay*, *supra*, per La Forest J., at page 650.

renseignements. Le contribuable, répugnant à fournir des renseignements qui pourraient être utilisés contre lui dans des procédures criminelles, a demandé à la Cour fédérale un bref interdisant au ministre d'exiger des renseignements. La Cour d'appel fédérale a rendu une ordonnance, aux pages 86 et 87:

... interdisant à l'intimé de communiquer à la Gendarmerie royale du Canada ou à qui que ce soit d'autre tout ou partie des états signés que l'intimé a exigés de l'appelant... à quelque moment que ce soit tant que les accusations portées contre l'appelant... sont encore pendantes.

Dans ses motifs de jugement de la Cour, le juge Stone, J.C.A., a dit ce qui suit, aux pages 78 et 79, 81 et 82, 85 et 86:

Le distingué juge de première instance a décidé que ces «sommations» visaient à l'application et à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et pareille appréciation relève parfaitement de sa compétence. Il n'y a rien dans le dossier qui permette de penser que l'intimé n'agissait pas aux seules fins d'application et d'exécution de la Loi dont s'agit.

. . .

#### La garantie de l'article 7

Il est ainsi nécessaire d'examiner l'argument ultime que fonde l'appelant sur la Charte, savoir que l'article 7 le protège contre la production des états signés à l'intimé ou leur communication à la police dans ce contexte.

f

. . .

Il appert cependant que l'article 7 peut assurer dans certains cas une protection résiduelle au-delà des garanties des articles 8 à 14 de la Charte. On peut citer à ce propos cette conclusion du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, à la page 537:

Comme mes collègues, je suis prêt à reconnaître que l'art. 7 de la *Charte* peut accorder, à tout le moins dans certains cas, aux intérêts que le droit vise à protéger une protection résiduelle qui va au-delà de la protection spécifique prévue par l'al. 11c) et l'art. 13.

h

À mon avis, la production forcée de ces états, qu'exigeait l'intimé en application de l'alinéa 231.2(1)a), reviendrait à priver l'appelant de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, que garantit l'article 7. Cette approche serait conforme à l'analyse faite dans *Thomson Newspapers* par Mmc le juge Wilson, aux pages 459 à 461, le juge La Forest, à la page 536, et le juge L'Heureux-Dubé, aux pages 572 et 573.

i

Je conviens cependant que, en cas de vérification d'impôt, cette atteinte ne constitue pas une violation des principes de justice fondamentale. Dans une vérification d'impôt proprement dite, il n'y a ni suspect ni accusé. Il s'agit d'une procédure entièrement administrative. (Voir par exemple *R. c. McKinlay*, *op. cit.*, le juge La Forest, à la page 650.)

j

It remains to be decided whether the deprivation of liberty and security of the person would accord with the principles of fundamental justice given the fact that concurrent criminal charges laid under other federal enactments are pending in the courts. In my view, any communication of the signed statements to the police in these circumstances would amount to "conscripting" the appellant against himself in the existing criminal proceedings in a way that would not accord with the principles of fundamental justice in that it would deprive him, as an accused person, of his right to silence.

That an accused has the right to remain silent has been accepted as a basic tenet of our legal system and, as such, a principle of fundamental justice. I take guidance from what has been said in several of the decided cases. . . .

While the Supreme Court of Canada has yet to render a definitive judgment, it seems to me from what has been said in that Court so far that an anticipated infringement of a Charter right may be made the subject of a subsection 24(1) remedy in limited circumstances. . . .

In my view, unless a remedy is available in the circumstances, the appellant's right to remain silent will be infringed by the communication of the signed statements or any of their contents to the police while the criminal charges remain outstanding in the courts. The power to prevent such fundamental unfairness occurring in our criminal justice system is, I think provided for in subsection 24(1).

*Tyler* was applied in *Cheung*.<sup>21</sup>

In *Meade*, an application was made to prohibit a board of inquiry constituted pursuant to section 45 of the *National Defence Act* [R.S.C., 1985, c. N-5 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60)] to investigate purchasing activities and personnel management at a military base, from compelling members of the armed forces to appear. The thrust of the applicants' motion was that they were suspects in a criminal investigation by military police and that being ordered to appear before the board, they would be required to give evidence which may be incriminating or evidence which may provide incriminating derivative evidence which could be used against them. Pinard J. dismissed the application in the following terms, at pages 372-373:

It is clear, however, from that judgment and the rest of the relevant jurisprudence, that absent a genuine criminal context, the right to remain silent provided by section 7 of the Charter cannot be infringed or violated.

<sup>21</sup> *Supra*, note 20.

Il reste à décider si l'atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne serait en conformité avec les principes de justice fondamentale, étant donné que des poursuites au criminel intentées sous le régime d'autres lois fédérales sont pendantes. À mon avis, toute communication des états signés à la police dans ces conditions reviendrait à «enrôler» l'appelant contre lui-même dans les poursuites en cours, en violation des principes de justice fondamentale en ce que pareille action le priverait de son droit, en sa qualité d'inculpé, au silence.

Le droit pour l'inculpé de garder le silence a été reconnu comme un principe fondamental de notre système de droit et, partant, un principe de justice fondamentale. Je m'inspire à ce sujet de plusieurs jurisprudences. . . .

Bien que la Cour suprême ne se soit pas encore prononcée de façon définitive en la matière, il me semble à la lumière des arrêts qu'elle a rendus à ce jour, qu'une violation éventuelle de la Charte peut, dans certains cas, faire l'objet d'une mesure de réparation en vertu du paragraphe 24(1) . . .

J'estime que, si aucune mesure de réparation n'est à la disposition de l'appelant en l'espèce, son droit de garder le silence sera compromis par la communication à la police de tout ou partie des états signés tant que les poursuites au criminel sont pendantes. Le pouvoir de prévenir pareille injustice fondamentale dans notre système de justice pénale se trouve, je pense, dans le paragraphe 24(1).

L'arrêt *Tyler* a été appliqué dans l'arrêt *Cheung*.<sup>21</sup>

Dans l'affaire *Meade*, on avait demandé à la Cour d'interdire à une commission d'enquête, constituée conformément à l'article 45 de la *Loi sur la défense nationale* [L.R.C. (1985), ch. N-5 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60)] avec mandat d'enquêter sur les achats et la gestion du personnel d'une base militaire, de contraindre les militaires à comparaître. Les requérants faisaient principalement valoir qu'ils étaient suspects dans le cadre d'une enquête criminelle menée par la police militaire, et que s'ils étaient tenus de comparaître devant la commission, ils devraient donner des témoignages susceptibles de prouver leur culpabilité ou des témoignages de nature à fournir des preuves dérivées incriminantes qui pourraient être utilisées contre eux. Le juge Pinard a rejeté la demande dans les termes suivants, aux pages 372 et 373:

Toutefois, il ressort clairement de cet arrêt et de l'ensemble de la jurisprudence pertinente qu'il ne peut être porté atteinte au droit de garder le silence prévu à l'article 7 de la Charte si ce n'est dans un véritable contexte criminel.

<sup>21</sup> Précité, à la note 20.

Applying this rule to the present case, keeping also in mind that a critical balance between the applicant's rights and the state's interests must be achieved, I conclude that the plaintiffs' motion ought to be dismissed for the following reasons taken together:

(a) Under the Board's terms of reference, it is not constituted to make any final determinations affecting any member. Specifically, it does not make any determinations on any liability, criminal or otherwise, against any member of the Canadian Forces and cannot impose any penal sanctions. Any statements made at the Board of Inquiry by Meade and Booth cannot be used at any court martial or summary trial except where the charge concerns perjury referred to in subsection 40(2) of the *Military Rules of Evidence*.

(b) The testimony of Booth and Meade appears to be essential to the work of the Board of Inquiry in fulfilling its mandate. Meade's testimony is certainly necessary to elaborate upon the serious allegations touching upon historic and widespread fraud and corruption said to involve Canadian Forces personnel at every level and rank.

(c) Should Meade and Booth not testify at the Board of Inquiry, missing public property may not be found and other public property may continue to go missing in the future.

(d) The use of compelled testimony from Meade and Booth is protected in subsequent criminal proceedings. . . .

(e) The judge in any subsequent criminal proceedings could exclude derivative evidence where appropriate. . . .

(f) No criminal charge has been laid against the plaintiffs and none may be laid.

Reference can also be made to *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lundgren*,<sup>22</sup> where Dubé J. held that the fact that the claimant was the subject of criminal prosecution pursuant to section 95 of the *Immigration Act* (anyone returning to Canada after removal without Minister's consent) was not a factor that could be considered by an adjudicator in deciding whether or not to adjourn the inquiry. Even though section 7 was not argued, these observations by Dubé J., at pages 192-193, are relevant to the case at bar:

In my opinion, the adjudicator Perron did not exercise his discretion judiciously as the criminal proceedings under section 95 of the Act did not in any way affect the inquiry he was to hold himself. The criminal proceeding, used quite rarely in immigration matters, has the function of punishing those who

Si j'applique cette règle en l'espèce, tout en gardant à l'esprit la nécessité de faire la juste part entre les droits des requérants et les intérêts de l'État, j'en conclus que la requête des demandeurs devrait être rejetée pour l'ensemble des motifs suivants:

a) Aux termes de son mandat, la commission n'est pas chargée de rendre des décisions définitives à l'égard d'un membre des Forces canadiennes; elle ne rend notamment aucune décision portant sur sa responsabilité, pénale ou autre, et ne peut lui imposer de sanction pénale; les déclarations de Meade et de Booth devant la commission d'enquête, le cas échéant, ne sauraient être utilisées devant une cour martiale ou à l'occasion d'un procès sommaire, sauf en cas d'accusation de parjure visée par le paragraphe 40(2) des *Règles militaires de la preuve*.

b) Les témoignages de Booth et de Meade semblent être essentiels aux travaux de la commission d'enquête aux fins de remplir son mandat; le témoignage de Meade est certainement nécessaire pour en connaître davantage sur les allégations sérieuses selon lesquelles des membres des Forces canadiennes, à tous les niveaux hiérarchiques de tous les rangs, auraient été impliqués depuis longtemps dans des activités de fraude et de corruption à grande échelle.

c) Si Meade et Booth ne témoignent pas devant la commission d'enquête, des biens publics disparus risquent de ne jamais être retrouvés et d'autres pourront disparaître à l'avenir.

d) L'utilisation dans une instance pénale subséquente des témoignages de Meade et de Booth obtenus sous la contrainte est protégée. . . .

e) Le juge qui présiderait une instance pénale subséquente, le cas échéant, pourrait exclure la preuve dérivée s'il y avait lieu de le faire. . . .

f) Aucune accusation pénale n'a été portée contre les demandeurs et il se peut qu'il n'y en ait pas.

On peut aussi renvoyer à l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lundgren*<sup>22</sup>, dans lequel le juge Dubé a conclu que les accusations criminelles portées contre le demandeur conformément à l'article 95 de la *Loi sur l'immigration* (retour au Canada sans autorisation du ministre après exécution d'une mesure de renvoi) ne constituaient pas un facteur que l'arbitre pouvait considérer en décidant de l'opportunité d'ajourner l'enquête. Bien que l'on n'ait pas plaidé l'article 7, les observations suivantes du juge Dubé, aux pages 192 et 193, sont pertinentes en l'espèce:

À mon sens, l'arbitre Perron n'a pas exercé sa discrétion de façon judiciaire attendu que la poursuite pénale en vertu de l'article 95 de la Loi n'influe en rien sur l'enquête qu'il devait tenir lui-même. La poursuite pénale, plutôt rarement employée en immigration, joue un rôle punitif à l'endroit de ceux qui

<sup>22</sup> [1993] 1 F.C. 187 (T.D.).

<sup>22</sup> [1993] 1 C.F. 187 (1<sup>re</sup> inst.).



abuse the system: it must be recalled that, after being deported, Mr. Lundgren returned to Canada five times without consent. Additionally, the purpose of the inquiry before the adjudicator was to determine whether Mr. Lundgren should be deported. It is not illogical for these two remedies to proceed concurrently as not only are the consequences different but the burden of proof is not the same in a criminal as in a civil proceeding.

I appreciate that the facts and legal arguments in each of these cases were not on all fours with those in the case at bar, but in my view the underlying philosophy is the same. Various avenues other than a stay of proceedings can and should generally be used to ensure that the deprivation of a person's liberty and security under section 7 does not amount to a breach of the principles of natural justice. I have not been persuaded for the following reasons that the Adjudicator erred in finding that the applicant's section 7 rights did not entitle him to an adjournment of the credible basis proceedings until completion of his criminal trial:

1) An immigration inquiry is not a trial, either criminal or civil (see *Re Cheung and Minister of Employment and Immigration*).<sup>23</sup> There is no suspect and no accused; the procedure is entirely administrative in nature; it does not make any determination on any liability, criminal or otherwise, against a claimant; its sole function, in the case at bar, is to determine the credible basis of the Convention refugee claim made by the claimant; it has no relationship whatsoever with the criminal trial that is to take place or with those that are involved in the criminal investigation or in the pursuit of that trial. The purpose of the inquiry is to find out whether the claimant has a well-founded fear of persecution with respect to his country of nationality, India, not to find out whether he has infringed Canadian criminal laws;

2) The documentary evidence to be filed by the applicant is essential to the work of the tribunal in fulfilling its mandate; in its absence, the tribunal cannot but dismiss the claim;

abusent du système; il faut retenir que M. Lundgren était rentré au Canada à cinq reprises, sans autorisation, après en avoir été expulsé. Par ailleurs, l'enquête devant l'arbitre a pour but de déterminer si M. Lundgren doit être expulsé. Il n'est pas illogique que ces deux recours procèdent parallèlement attendu que non seulement les conséquences sont différentes, mais que le fardeau de la preuve n'est pas le même au criminel et au civil.

Je sais que les faits et les plaidoiries propres à chacune de ces affaires n'étaient pas exactement semblables à ceux de l'espèce, mais à mon sens la conclusion à laquelle on est parvenu reste la même. On peut et on doit généralement recourir à diverses autres mesures que la suspension d'instance pour faire en sorte que l'atteinte portée à la liberté et à la sécurité d'une personne prévues à l'article 7 ne constitue pas une violation des principes de justice naturelle. Je ne suis pas convaincu, pour les motifs suivants, que l'arbitre a commis une erreur en concluant que les droits de l'appelant garantis à l'article 7 ne lui donnaient pas droit à l'ajournement des procédures au premier palier d'audience jusqu'à l'issue de son procès au criminel:

1) Une enquête en matière d'immigration n'est pas un procès, ni au criminel ni au civil, (voir l'arrêt *Re Cheung et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*)<sup>23</sup>. Il n'y a ni suspect ni accusé; la procédure est entièrement de nature administrative; il n'y a pas imputation de responsabilité, criminelle ou autre, au demandeur; le seul mandat de l'enquête, en l'espèce, est de déterminer le minimum de fondement de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le demandeur; elle n'a aucun rapport avec le procès criminel qui doit avoir lieu, ni avec les personnes participant à l'enquête criminelle ou au déroulement de ce procès. L'enquête a pour objet d'établir si le demandeur éprouve une crainte justifiée d'être persécuté dans le pays dont il a la nationalité, l'Inde en l'occurrence, et non d'établir s'il a violé des lois pénales canadiennes;

2) La preuve documentaire que doit déposer le requérant est essentielle aux travaux du tribunal dans l'exercice de son mandat; en son absence, le tribunal ne peut que rejeter la revendication;

<sup>23</sup> (1981), 122 D.L.R. (3d) 41 (F.C.A.), at pp. 43-44.

<sup>23</sup> (1981), 22 D.L.R. (3d) 41 (C.A.F.), aux p. 43 et 44.

- 3) The use of compelled testimony by the applicant, should he elect to testify, is protected in subsequent criminal proceedings by section 13 of the Charter;
- 4) The judge in the criminal trial could exclude any documentary and derivative evidence if he reached the conclusion that such evidence would not have been discovered without the compelled testimony of the applicant at his Convention refugee hearing;<sup>24</sup>
- 5) There is a compelling public interest, in Canada, in having refugee status determined as soon as is practically possible after a claim is made. Parliament has made it clear that there is a need to proceed expeditiously and that the adjudicator must ensure that the statutory duty to hold an inquiry is fulfilled within a reasonable time;<sup>25</sup>
- 6) In the instant case, and most importantly, the use in the upcoming criminal trial of any evidence obtained at or through the inquiry is highly speculative and conjectural. Absent a genuine and unmistakable prejudice to the accused, criminal charges against an individual should not, *per se*, prevent the State from pursuing legitimate administrative inquiries unrelated to these charges.
- 3) L'utilisation du témoignage forcé du requérant, s'il décidait de témoigner, est protégée dans des poursuites subséquentes au criminel par l'article 13 de la Charte;
- 4) Le juge président le procès criminel pourrait exclure toute preuve documentaire ou dérivée s'il arrivait à la conclusion que cette preuve n'aurait pas été découverte sans le témoignage forcé du requérant au cours de l'audition visant sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention<sup>24</sup>;
- 5) Le public canadien a un intérêt primordial à voir les revendications du statut de réfugié jugées dans les meilleurs délais. Le législateur a dit clairement qu'il importait d'agir rapidement et que l'arbitre devait s'assurer que l'obligation légale de tenir une enquête était remplie dans un délai raisonnable<sup>25</sup>.
- 6) En l'espèce, et cela est des plus important, l'utilisation, dans le procès criminel à venir, de tout élément de preuve obtenu au cours ou par le biais de l'enquête, est hautement spéculative et conjecturale. En l'absence d'un préjudice réel et incontestable causé à l'accusé, les accusations criminelles dont un individu fait l'objet ne devraient pas, en elles-mêmes, empêcher l'État de poursuivre des

<sup>24</sup> *Mellenthin*, supra, note 11 at p. 628; see *Thomson Newspapers*, supra, note 10; *Hebert*, supra, note 11; *Chambers*, supra, note 11; *Broyles*, supra, note 11; *Perreault c. Thivierge* (24 February 1992), Quebec 200-10-000139-910, J.E. 92-443 (C.A.).

<sup>25</sup> See *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lundgren*, supra, note 22. The applicant suggested that there was no public interest lost in the adjournment of the proceedings because the applicant could not be removed from Canada as he was compelled under his bail order not to leave the province (paragraph 50(1)(a) of the Act) and, in any event, because his presence was required in his criminal trial (paragraph 50(1)(b) of the Act). I do not agree. It is the execution of the removal order which is stayed, not that of the inquiry; clearly, Parliament intended to have the refugee determination made even if there were criminal proceedings pending. Further, in allowing the Minister not to stay the execution of the removal order where the presence in Canada is required in a criminal proceeding, paragraph 50(1)(b) clearly gave the Minister the option of removing an unsuccessful claimant prior to his own criminal trial.

<sup>24</sup> *Mellenthin*, précité, note 11 à la p. 628; voir les arrêts *Thomson Newspapers*, précité, note 10; *Hebert*, précité, note 11; *Chambers*, précité, note 11; *Broyles*, précité, note 11; *Perreault c. Thivierge* (24 février 1992), Québec 200-10-000139-910, J.E. 92-443 (C.A.).

<sup>25</sup> Voir *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lundgren*, précité, note 22. Le requérant a fait valoir que l'ajournement des procédures ne portait pas atteinte à l'intérêt public parce que le requérant ne pouvait pas être renvoyé du Canada puisque son ordonnance de mise en liberté sous caution lui interdisait de quitter la province (alinéa 50(1)a de la Loi), et que, en tout état de cause, sa présence était requise dans le cadre de la procédure pénale engagée contre lui (alinéa 50(1)b de la Loi). Je ne suis pas d'accord. C'est l'exécution de la mesure de renvoi qui est suspendue, non celle de l'enquête. Il est évident que le législateur voulait qu'il y ait décision sur le statut de réfugié même en présence de procédures pénales. De plus, en permettant au ministre de ne pas suspendre l'exécution d'une mesure de renvoi lorsque la présence au Canada de l'intéressé est requise dans le cadre d'une procédure pénale, l'alinéa 50(1)b a clairement donné au ministre la possibilité de renvoyer, avant son propre procès au criminel, le demandeur dont la revendication a été rejetée.

enquêtes administratives régulières n'ayant aucun rapport avec les accusations portées.

Altogether, I have reached the conclusion that the adjudicator did not commit any reviewable error in the exercise of his discretion when he decided not to grant the adjournment. To paraphrase the words of Macfarlane J.A. in *Haywood Securities*,<sup>26</sup> the credible basis inquiry in which the applicant's oral and documentary evidence would have been given was not so devoid of any legitimate public purpose and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness that to allow it to take place would constitute an injustice and might offend the basic sense of fairness which underlies the principles of fundamental justice, and violate section 7 of the Charter. On the contrary, I am of the view that it would require exceptional circumstances to stay the proceedings of an administrative tribunal, whose functions, powers and decisions have absolutely nothing to do with the criminal liability of the person compelled to testify and offer evidence before it, for the reason that that person, because he was criminally charged, has claimed the right to silence. There are no exceptional circumstances in this case. The State is merely engaging itself in the most legitimate process, which is by law to be expeditious, of determining the status of a person who seeks the right to remain in Canada.

A last comment on this issue. The jurisdiction of the adjudicator to grant an adjournment on the basis of a violation of Charter rights has not been discussed before us. It had been before the adjudicator, who, it seems to me, implicitly and correctly in my view decided, on the basis of the decisions of this Court in *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*<sup>27</sup> and *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>28</sup> that he had jurisdiction to determine whether, in the circumstances of this case, fundamental justice required that an adjournment be granted.

<sup>a</sup> Tout compte fait, j'en suis arrivé à la conclusion que l'arbitre n'a commis aucune erreur donnant lieu à révision dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a décidé de ne pas accorder l'ajournement. Pour emprunter les paroles du juge d'appel Macfarlane dans l'arrêt *Haywood Securities*<sup>26</sup>, l'enquête sur le minimum de fondement, dans le cadre de laquelle le requérant aurait fourni des preuves orales et documentaires, n'était pas si dépourvue d'un intérêt public légitime ni conçue si délibérément pour servir la poursuite du témoin que son déroulement constituerait une injustice et pourrait porter atteinte au principe fondamental d'équité qui sous-tend les règles de justice fondamentale, et violer l'article 7 de la Charte. Au contraire, j'estime qu'il faudrait des circonstances exceptionnelles pour suspendre les procédures d'un tribunal administratif, dont les fonctions, les pouvoirs et les décisions n'ont radicalement rien à voir avec la responsabilité, sur le plan criminel, de la personne contrainte de témoigner devant lui et de lui fournir des éléments de preuve, au motif que cette personne, parce qu'elle fait l'objet d'accusations criminelles, a invoqué son droit de garder le silence. Il n'y a pas de circonstances exceptionnelles dans cette affaire. L'État ne fait que s'engager dans le processus des plus légitimes, dont la loi dit qu'il doit être rapide, de la détermination du statut d'une personne demandant le droit de rester au Canada.

<sup>g</sup> Une dernière remarque sur cette question. On n'a pas débattu devant nous le pouvoir de l'arbitre d'accorder un ajournement en raison de la violation d'un droit garanti par la Charte. La question se posait à l'arbitre qui, me semble-t-il, a jugé implicitement et de bon droit à mon sens, en se fondant sur les décisions de cette Cour dans les affaires *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*<sup>27</sup> et *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>28</sup>, qu'il avait compétence pour décider si la justice fondamentale exigeait un ajournement dans les circonstances de l'espèce.

<sup>26</sup> *Supra*, note 12.

<sup>27</sup> [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).

<sup>28</sup> [1990] 2 F.C. 209 (C.A.).

<sup>26</sup> Précité, note 12.

<sup>27</sup> [1991] 3 C.F. 242 (C.A.).

<sup>28</sup> [1990] 2 C.F. 209 (C.A.).

### The deportation order

The remaining question is whether the adjudicator erred in law in deciding to make a deportation order rather than to issue a departure notice, having regard to subsection 32(7) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] of the Act, which reads as follows:

32. . . .

(7) . . . the adjudicator shall . . . 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 that person; and

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

The adjudicator was satisfied with respect to condition (a), but he was of the view that he could not be satisfied with respect to condition (b) for the simple reason that he could not establish a date of departure with some degree of certainty, no date having yet been set for the trial and nobody knowing at that juncture how long the trial would take.

The applicant argues that the adjudicator erred in interpreting section 32(7) "in a manner inconsistent with all the circumstances of the applicant." I take him as suggesting that conditions (a) and (b) have to be read as if they were not mutually exclusive. That argument has already been rejected by this Court in *Murray v. Minister of Employment and Immigration*<sup>29</sup> in the following terms:

. . . it seems clear to me that the decision not to issue a departure notice was based, largely if not entirely, on the fact that the Adjudicator was not satisfied that the applicant would leave Canada. This was a condition precedent to issuing a departure notice by virtue of section 32(6)(b) and the requirement of "having regard to all the circumstances of the case" that is found in section 32(6)(a) has no application thereto. [Jackett C.J. at page 522]

<sup>29</sup> [1979] 1 F.C. 518 (C.A.). See, also, *Stalony v. Minister of Employment and Immigration* (1980), 36 N.R. 609 (F.C.A.), at p. 615.

### La mesure d'expulsion

La dernière question consiste à savoir si l'arbitre a commis une erreur de droit en décidant de prendre une mesure d'expulsion plutôt que de délivrer un avis d'interdiction de séjour, compte tenu du paragraphe 32(7) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11] de la Loi, libellé comme suit:

b 32. . . .

(7) . . . l'arbitre . . . 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;

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

L'arbitre était convaincu en ce qui concerne la condition exposée à l'alinéa a), mais il estimait ne pouvoir être convaincu du respect de la condition b) pour la simple raison qu'il ne pouvait fixer une date de départ avec quelque degré de certitude, aucune date n'ayant encore été fixée pour le procès, et personne ne sachant, à ce stade, combien de temps il durerait.

Le requérant soutient que l'arbitre a commis une erreur en interprétant le paragraphe 32(7) [TRADUCTION] «d'une façon incompatible avec la situation du requérant.» Si je le comprends bien, il insinue qu'il faut interpréter les conditions a) et b) comme si elles ne s'excluaient pas l'une l'autre. Cet argument a déjà été rejeté par cette Cour dans l'arrêt *Murray c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>29</sup>, dans les termes suivants:

. . . il m'appert que le refus d'émettre un avis d'interdiction de séjour était largement, sinon entièrement, fondé sur le fait que l'arbitre n'était pas convaincu que la requérante allait quitter le Canada. Il s'agit là d'une condition préalable de l'émission d'un avis d'interdiction de séjour prévu à l'article 32(6)(b) et il n'y a pas lieu d'appliquer la condition visée à l'article 32(6)(a), à savoir: «eu égard aux circonstances en l'espèce». [Le juge en chef Jackett à la page 522]

<sup>29</sup> [1979] 1 C.F. 518 (C.A.). Voir, aussi, l'arrêt *Stalony c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1980), 36 N.R. 609 (C.A.F.), à la p. 615.

I find no reviewable error in the adjudicator's decision.

Disposition

In the result, the section 28 application should be dismissed.

HUGESSEN J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

Je ne trouve aucune erreur donnant lieu à révision dans la décision de l'arbitre.

Dispositif

<sup>a</sup> Pour conclure, la demande fondée sur l'article 28 devrait être rejetée.

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

<sup>b</sup> LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

92-T-1362

92-T-1362

**Ramdeo Ramoutar** (*Applicant*)**Ramdeo Ramoutar** (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration**  
(*Respondent*)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(*intimé*)*INDEXED AS: RAMOUTAR v. CANADA (MINISTER OF  
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTOIRÉ: RAMOUTAR c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI  
ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, May 25;  
Ottawa, June 9, 1993.Section de première instance, juge Rothstein—Win-  
nipeg, 25 mai; Ottawa, 9 juin 1993.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Application to quash refusal to refer case to Governor in Council for exemption from requirement application for landed immigrant or permanent resident status be made from outside Canada — In holding reasonable doubts about bona fides of marriage to Canadian citizen, Immigration officer requiring proof beyond reasonable doubt — Standard of proof in civil proceedings proof on balance of probabilities — Department cannot by policy change standard of proof required — Denial of procedural fairness as refusal referring to contradictory information provided by applicant, but applicant not given opportunity to address concerns — Question whether reasonable doubt criterion for bona fides of marriage consistent with proper application of humanitarian and compassionate considerations certified for decision by F.C.A. even if not dispositive of matter — F.C.A. not restricted to deciding question certified — May within its jurisdiction consider all aspects of appeal before it.*

*Citoyenneté et immigration — Pratique en matière d'immigration — Demande d'annulation du refus de déférer un cas au gouverneur en conseil en vue d'obtenir une dispense de l'obligation de demander, à l'étranger, le statut de résident permanent ou d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement — En entretenant des doutes raisonnables au sujet de l'authenticité du mariage du requérant avec une citoyenne canadienne, l'agent d'immigration exigeait une preuve au-delà du doute raisonnable — Dans les procédures de nature civile, la norme de preuve est celle de la prépondérance des probabilités — Le Ministère ne peut, par une politique, changer la norme de preuve exigée — Il y a eu déni d'équité procédurale car on a refusé de faire référence aux renseignements contradictoires fournis par le requérant, et ce dernier n'a pas eu l'occasion d'éclaircir les doutes soulevés — La question de savoir si le critère du doute raisonnable, en ce qui concerne l'authenticité d'un mariage, est compatible avec une application convenable de raisons d'ordre humanitaire a été certifiée en vue d'une décision de la C.A.F., même si cette question n'était pas déterminante — La C.A.F. n'est pas tenue de trancher uniquement la question certifiée — Elle peut, dans les limites de sa compétence, examiner tous les aspects de l'appel dont elle est saisie.*

This was an application to quash a decision not to refer the applicant's case to the Governor in Council for an exemption on humanitarian and compassionate grounds from the requirement in *Immigration Act*, subsection 9(1) to apply for landed immigrant or permanent resident status from outside Canada. The refusal letter stated that there were reasonable doubts as to the *bona fides* of the applicant's marriage to a Canadian citizen, and that he had provided information to the Immigration and Refugee Board, Appeal Division, contradictory to that provided to Immigration counsellors. The issues were: whether the respondent applied the wrong standard of proof i.e. proof beyond a reasonable doubt rather than proof on a balance of probabilities; whether there had been a denial of procedural fairness because the applicant had never had an opportunity of confronting the alleged contradictions so as to address and explain them; whether the matter was moot because the applicant had already been deported.

Il s'agissait d'une demande visant à faire annuler la décision de ne pas déférer le cas du requérant au gouverneur en conseil en vue d'obtenir, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense de l'obligation prévue au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* de demander, à l'étranger, le statut de résident permanent ou d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. Selon la lettre de refus, l'authenticité du mariage du requérant avec une citoyenne canadienne suscitait un doute raisonnable, et le requérant avait fourni à la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié des renseignements contredisant ceux donnés à des conseillers de l'Immigration. Les points en litige étaient les suivants: si l'intimé avait appliqué la mauvaise norme de preuve, c'est-à-dire la preuve au-delà du doute raisonnable, plutôt que la preuve selon la prépondérance des probabilités; s'il y avait eu déni d'équité procédurale parce que le requérant n'avait jamais eu l'occasion de prendre connaissance des présumées contradictions afin de pouvoir les éclaircir; si l'affaire était sans objet parce que le requérant avait déjà été expulsé.

The Minister requested certification for decision by the Federal Court of Appeal of the question as to whether the reasonable doubt criterion for the *bona fides* of a marriage set forth in the immigration policy is consistent with a proper application of humanitarian and compassionate considerations as set out in subsection 114(2) of the Act.

*Held*, the application should be allowed.

The implication of the approach used by the Immigration officers was that the applicant would have had to satisfy them as to the *bona fides* of his marriage beyond a reasonable doubt. This was an error in law. Proceedings under subsection 114(2) are civil in nature and therefore the appropriate standard of proof was proof on a balance of probabilities. The Immigration officers were following departmental guidelines. Merely because the Department has set forth a policy does not confer upon that policy the status of law. The Department cannot, by policy, require that the standard of proof in a civil matter be proof beyond a reasonable doubt.

There had been a denial of procedural fairness. The applicant was entitled to know the concerns of Immigration officers so that he could address them and, if possible, satisfy their concerns.

The matter was not moot. A very prejudicial decision was now part of the applicant's record for immigration purposes. That decision could have an adverse effect on the applicant in any further proceedings he may wish to bring. The applicant still has rights under the *Immigration Act* which should not be adversely affected by a decision made by application of the wrong standard of proof and without affording the applicant procedural fairness. Even if the case were moot, the adversarial relationship between the parties continues. There are collateral consequences to the applicant if the decision appealed from is allowed to stand.

The proposed question was certified even though the resolution by the Federal Court of Appeal of only the question proposed by the respondent would not be dispositive because of the additional finding of denial of procedural fairness. Once a case is to be considered by the Federal Court of Appeal, that Court is not restricted only to deciding the question certified. It may, within its jurisdiction, consider all aspects of the appeal before it.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1), 83(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19), 114(2).  
*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172.

Le ministre a demandé que la Cour d'appel fédérale certifie pour fins de décision la question de savoir si, en ce qui avait trait à l'authenticité d'un mariage, le critère du doute raisonnable énoncé dans la politique d'immigration était compatible avec une application convenable des raisons d'ordre humanitaire, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 114(2) de la Loi.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La démarche suivie par les agents d'immigration implique que le requérant aurait dû les convaincre, au-delà du doute raisonnable, de l'authenticité de son mariage. Il s'agit là d'une erreur de droit. Les procédures engagées en vertu du paragraphe 114(2) sont de nature civile et, de ce fait, la norme de preuve qu'il convenait d'appliquer était celle de la prépondérance des probabilités. Les agents d'immigration se conformaient aux lignes directrices du Ministère. Ce n'est pas parce que le Ministère a formulé une politique que cela confère à cette dernière le statut d'une loi. Le ministère ne peut, par le truchement d'une politique, exiger que, dans une affaire de nature civile, la norme de preuve soit la preuve au-delà du doute raisonnable.

Il y a eu déni d'équité procédurale. Le requérant avait le droit de savoir quels étaient les doutes qu'avaient les agents d'immigration; cela lui aurait permis d'en prendre connaissance et, si possible, de les éclaircir.

L'affaire n'était pas sans objet. Une décision fort préjudiciable figurait maintenant dans le dossier d'immigration du requérant, et elle pouvait porter préjudice au requérant dans toute action qu'il serait susceptible d'intenter ultérieurement. Le requérant jouit toujours de droits en vertu de la *Loi sur l'immigration*, et il ne faudrait pas qu'une décision, prise par suite de l'application de la mauvaise norme de preuve et sans que le requérant bénéficie de l'équité procédurale, ait une incidence négative sur ses droits. Même en supposant que l'affaire soit sans objet, la relation d'opposition entre les parties subsiste. La décision qui fait l'objet d'un appel, si elle est maintenue, aura des conséquences secondaires pour le requérant.

La question proposée a été certifiée même s'il n'était pas déterminant que la Cour d'appel fédérale tranche uniquement la question proposée par l'intimé, à cause de la conclusion additionnelle de l'existence d'un déni d'équité procédurale. Lorsque la Cour d'appel fédérale doit étudier une affaire, elle n'est pas tenue de trancher seulement la question certifiée; elle peut, dans les limites de sa compétence, examiner tous les aspects de l'appel dont elle est saisie.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1), 83(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19), 114(2).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Brooks, Robert Philip* (1970), 1 I.A.C. 33 (I.A.B.); *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Re K. (H.) (an infant)*, [1967] 1 All E.R. 226 (Q.B.).

## AUTHORS CITED

Wydrzynski, Christopher J. *Canadian Immigration Law and Procedure*. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1983.

APPLICATION for judicial review of decision not to refer the applicant's case to the Governor in Council for an exemption on humanitarian and compassionate grounds from the requirement in *Immigration Act*, subsection 9(1) to apply for landed immigrant or permanent resident status from outside Canada. Application allowed.

## COUNSEL:

*David Matas*, for applicant.  
*Gerald L. Chartier* for respondent.

## SOLICITORS:

*David Matas*, Winnipeg, Manitoba for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

ROTHSTEIN J.: In this application for judicial review, the applicant seeks to quash a decision of Gilles Bibeau, for the Assistant Manager, Canada Immigration Centre, Winnipeg, dated August 17, 1992. Mr. Bibeau decided not to refer the applicant's case to the Governor in Council for an exemption, on humanitarian and compassionate grounds, from the requirement in subsection 9(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, to apply for landed immi-

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Brooks, Robert Philip* (1970), 1 A.I.A. 145 (C.A.I.); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Re K. (H.) (an infant)*, [1967] 1 All E.R. 226 (Q.B.).

## DOCTRINE

Wydrzynski, Christopher J. *Canadian Immigration Law and Procedure*. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1983.

DEMANDE de contrôle judiciaire concernant la décision de ne pas déférer le cas du requérant au gouverneur en conseil en vue d'obtenir, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense de l'obligation prévue au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* de solliciter, à l'étranger, le statut de résident permanent ou d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*David Matas* pour le requérant.  
*Gerald L. Chartier* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*David Matas*, Winnipeg (Manitoba), pour le requérant  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: Par cette demande de contrôle judiciaire le requérant cherche à faire annuler une décision qu'a rendue M. Gilles Bibeau le 17 août 1992, pour le compte du directeur adjoint du Centre d'Immigration Canada à Winnipeg. M. Bibeau a décidé de ne pas déférer le cas du requérant au gouverneur en conseil en vue d'obtenir, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense de l'obligation prévue au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigra-*



grant or permanent residency status from outside of Canada.

The applicant was ordered deported on August 3, 1990. An appeal of that order to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board was dismissed on April 15, 1991.

The applicant made a request pursuant to subsection 114(2) of the *Immigration Act* for an exemption from the requirement to apply for landed immigrant status from outside of Canada. On August 17, 1992, the request was refused. The applicant was deported on October 1, 1992.

The decision refusing the subsection 114(2) request for exemption dated August 17, 1992, took the form of a letter from the Canada Immigration Centre at Winnipeg to the applicant. The letter stated:

This refers to your request, pursuant to sub-section 114(2) of the Immigration Act for an exemption from the Governor-in-Council of sub-section 9(1) of the Immigration Act on Humanitarian and compassionate grounds.

The individual circumstances of your request have been carefully reviewed and it has been determined that your case does not warrant referral to the Governor-in-Council either for reasons of public policy or humanitarian and compassionate grounds. You have not established that undeserved or disproportionate hardship would result if you were required to leave Canada, nor have you demonstrated that your presence in Canada is in the national interest. This decision is based on the following:

1. There appears to be reasonable doubts as to the bona fides of your marriage in this case since it took place after all avenues of appeals were exhausted by you against your removal order.

2. The Commission has given consideration to the well being of your wife and child and find no evidence that she would not be able to support herself and child while you made application outside of Canada. Your wife has siblings and parents in Winnipeg on whom she may call upon for support. If she chooses she can also return with you to Trinidad and be with you during processing of your application.

3. As you may know our Canadian visa officials in Port of Spain have interviewed your former wife and as a result of this interview they have also formed the opinion that you may have

*tion*, L.R.C. (1985), ch. I-2 de solliciter, à l'étranger, le statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement ou de résident permanent.

Le requérant a été frappé d'une mesure d'expulsion le 3 août 1990. Un appel de cette mesure, interjeté devant la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, a été rejeté le 15 avril 1991.

Le requérant a demandé, en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, une dispense de l'obligation de solliciter, à l'étranger, le statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. Cette demande a été refusée le 17 août 1992, et le requérant a été expulsé le 1<sup>er</sup> octobre suivant.

La décision de rejeter la demande de dispense présentée en vertu du paragraphe 114(2) et datée du 17 août 1992 a été communiquée au requérant dans une lettre du Centre d'Immigration Canada à Winnipeg, dont le texte est le suivant:

[TRADUCTION] La présente fait suite à la demande que vous avez présentée en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi sur l'immigration en vue de l'octroi, par le gouverneur en conseil, d'une dispense d'application du paragraphe 9(1) de la Loi sur l'immigration pour des raisons d'ordre humanitaire.

Après avoir soigneusement étudié les circonstances particulières de votre demande il a été déterminé qu'il n'est pas justifié de déférer votre cas au gouverneur en conseil pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire. Vous n'avez pas établi que le fait de vous contraindre à quitter le Canada vous occasionnerait des difficultés imméritées ou disproportionnées, pas plus que vous n'avez établi que votre présence au Canada serait favorable à l'intérêt national. La décision repose sur les motifs suivants:

1. L'authenticité de votre mariage semble raisonnablement douteuse car celui-ci a été conclu après que vous avez épuisé toutes les voies d'appel contre la mesure de renvoi prise à votre égard.

2. La Commission a tenu compte du bien-être de votre épouse et de votre enfant, et n'a trouvé aucune preuve qu'il serait impossible à votre épouse de subvenir à ses propres besoins et à ceux de l'enfant pendant que vous présenteriez votre demande de l'étranger. Votre épouse a, à Winnipeg, au moins un frère et une sœur et des parents vers lesquels elle peut se tourner en cas de besoin. Si elle le désire, elle peut aussi retourner avec vous à la Trinité et être avec vous pendant que l'on traite votre demande.

3. Comme vous le savez peut-être, nos agents des visas à Port of Spain ont interrogé votre épouse précédente; à la suite de l'entrevue, ils se sont dits eux aussi que vous vous êtes peut-

entered this marriage for the sole purpose of circumventing the Immigration Act and Regulations.

4. You originally came to Canada by misrepresentation and you have continued to misrepresent yourself by providing the Immigration Refugee Board, Appeal Division with information contradictory to what was told to our Immigration counsellors during your interviews at this office.

The removal order made against you on August 3, 1990 will be effected as soon as practicable. You may continue with your application for permanent residence status by contacting the Canadian Embassy in Port of Spain once you have returned to that country.

I regret that this decision could not have been more favourable.

The applicant raised a number of grounds for judicial review including the following:

1. In dealing with whether the applicant's marriage to a Canadian citizen was *bona fide*, the respondent applied the wrong standard of proof—proof beyond a reasonable doubt rather than proof on a balance of probabilities.

2. The respondent found that contradictory information had been provided by the applicant but the applicant was never confronted with the contradictions so as to be able to address them and explain them.

As to the first ground, the decision of August 17, 1992 states:

There appears to be reasonable doubt as to the bona fides of your marriage in this case . . .

In a memorandum from Barry Pike, one of the Immigration Officers who conducted the investigation regarding the applicant, to Rocky Gushuliak, Supervisor of Admissions at Winnipeg, dated July 13, 1992, Mr. Pike states:

After a careful and sympathetic review of this case, I feel there is reasonable doubt about the bona fides of subjects present marriage.

On a note attached to the memorandum dated July 13, 1992, M. A. Colvin, Acting Supervisor, states:

I concur with this recommendation. I feel that reasonable doubt does exist concerning the bona fides of this marriage.

The immigration officers appear to have formed a reasonable doubt about the *bona fides* of the applicant's marriage to a Canadian citizen, i.e. that it was

être remarié dans l'unique but de contourner les dispositions de la Loi sur l'immigration et du règlement y afférent.

4. Vous êtes entré la première fois au Canada en faisant de fausses indications et vous avez continué d'en faire en fournissant à la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié des renseignements qui contredisent ce que vous avez déclaré à nos conseillers en immigration, lors des entrevues que vous avez eues à ce bureau.

La mesure de renvoi prise contre vous le 3 août 1990 sera exécutée aussi tôt que possible. Vous pourrez poursuivre votre demande de résidence permanente en communiquant avec l'ambassade du Canada à Port of Spain, une fois que vous vous trouverez dans ce pays.

Je regrette que cette décision ne puisse être plus favorable.

Le requérant a soulevé un certain nombre de motifs de contrôle judiciaire, dont les suivants:

1. En déterminant si le mariage du requérant avec une citoyenne canadienne était authentique, l'intimé a appliqué la mauvaise norme de preuve: la preuve au-delà du doute raisonnable, plutôt que la preuve selon la prépondérance des probabilités.

2. L'intimé a jugé que le requérant avait fourni des renseignements contradictoires, mais ce dernier n'a jamais été confronté auxdites contradictions de manière à pouvoir les examiner et les expliquer.

En ce qui concerne le premier motif, il est dit ce qui suit dans la décision datée du 17 août 1992:

[TRADUCTION] L'authenticité de votre mariage semble raisonnablement douteuse . . .

M. Barry Pike, l'un des agents d'immigration qui a mené l'enquête sur le requérant, déclare ce qui suit dans une note de service adressée à M. Rocky Gushuliak, surveillant des admissions à Winnipeg, en date du 13 juillet 1992:

[TRADUCTION] Après un examen attentif et bienveillant de ce cas, je crois qu'il est raisonnable de douter de l'authenticité du mariage actuel du sujet.

Dans une note jointe à la note de service datée du 13 juillet 1992, M. M. A. Colvin, surveillant par intérim, déclare ceci:

[TRADUCTION] Je souscris à cette recommandation. Je suis d'avis que l'authenticité de ce mariage suscite un doute raisonnable.

Les agents d'immigration semblent avoir eu un doute raisonnable au sujet de l'authenticité du mariage du requérant avec une citoyenne canadienne;

entered into to circumvent the *Immigration Act* and Regulations [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*]. It seems to me that the clear implication of the approach they used is that the applicant would have had to have satisfied them as to the *bona fides* of his marriage to the Canadian citizen beyond a reasonable doubt.

Proceedings under subsection 114(2) of the *Immigration Act* are civil in nature and therefore the appropriate standard of proof upon which to consider evidence of the *bona fides* of the marriage of the applicant to a Canadian citizen is proof on a balance of probabilities—the standard applicable in civil proceedings. This, of course, is a less stringent standard for the applicant to meet than proof beyond a reasonable doubt.

Counsel for the respondent says that the policy in respect of assessing the *bona fides* of a marriage is set forth in guidelines given to immigration officers. The guidelines include the following:

The onus is on the client, in this case, the spouse, to satisfy the Immigration Officer that the marriage is genuine. As these cases do not involve an application for permanent residence but simply a request to have an application for permanent residence processed from within Canada, it is sufficient, in order to refuse to exercise discretion, that officers have a reasonable doubt about the *bona fides* of the marriage. Absolute proof is not necessary. . . .

Counsel for the respondent took the position that because the immigration officers in this case were following the stated guidelines or policy of the Department of Immigration, their approach could not be successfully challenged. However, merely because officials at the Department of Immigration have set forth a policy does not confer upon that policy the status of law. The Department cannot by policy, require that the standard of proof in a civil matter be proof beyond a reasonable doubt.

I am quite satisfied that in assessing the *bona fides* of the applicant's marriage to a Canadian citizen on the basis of requiring proof of such *bona fides*

c'est-à-dire que ce dernier s'est marié dans le but de contourner les dispositions de la *Loi sur l'immigration* et du règlement [*Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172*] y affèrent. Il me semble qu'il ressort clairement de l'approche qu'ils ont suivie que le requérant aurait dû les convaincre, au-delà du doute raisonnable, de l'authenticité de son mariage avec une citoyenne canadienne.

Les procédures introduites en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* sont de nature civile et, de ce fait, la norme de preuve qu'il convient d'appliquer pour examiner la preuve de l'authenticité du mariage du requérant avec une citoyenne canadienne est la norme de la prépondérance des probabilités—celle qui s'applique dans une procédure au civil. Il s'agit là, bien sûr, d'une norme moins stricte pour le requérant que celle de la preuve au-delà du doute raisonnable.

Selon l'avocat de l'intimé, la politique relative à l'évaluation de l'authenticité d'un mariage est énoncée dans des lignes directrices qui sont fournies aux agents d'immigration. Le passage suivant est tiré de ces lignes directrices:

[TRADUCTION] Il appartient au client, le conjoint en l'occurrence, de convaincre l'agent d'immigration que le mariage est authentique. Étant donné que les cas de cette nature n'ont pas trait à une demande de résidence permanente mais simplement à une demande visant à obtenir qu'une demande de résidence permanente soit traitée au Canada, il suffit, pour refuser d'exercer le pouvoir discrétionnaire accordé, que les agents aient un doute raisonnable quant à l'authenticité du mariage. Une preuve absolue n'est pas nécessaire . . .

L'avocat de l'intimé a exprimé l'avis qu'étant donné que les agents d'immigration en l'espèce se conformaient à la politique ou aux lignes directrices établies du Ministère de l'Immigration, on ne pouvait révoquer en doute avec succès leur démarche. Cependant, ce n'est pas parce que les hautes instances du Ministère de l'Immigration ont formulé une politique que cela donne à cette dernière le statut d'une loi. Le Ministère ne peut, par le truchement d'une politique, exiger que la norme de preuve en matière civile soit la preuve au-delà du doute raisonnable.

Je suis bien convaincu qu'en évaluant l'authenticité du mariage du requérant avec une citoyenne canadienne en s'appuyant sur le fait qu'il fallait prou-

beyond a reasonable doubt, the respondent erred in law.

As to the question of whether the applicant was entitled to know the concerns of the immigration officers so that he could address them and, if possible, satisfy their concerns, counsel for the respondent, quite responsibly, in my view, acknowledged this requirement as a matter of procedural fairness. There seemed to be little dispute on this issue. The law has been stated repeatedly.

In my opinion, the appellant should have been told why his services were no longer required and given an opportunity, whether orally or in writing as the Board might determine, to respond. The Board itself, I would think, would wish to be certain that it had not made a mistake in some fact or circumstance which it deemed relevant to its determination. [*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at page 328.]

. . .

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. [*Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), at page 19.]

. . .

[E]ven if an immigration officer is not acting in a judicial or quasi-judicial capacity, he must at any rate give the immigrant the opportunity of satisfying him of the matters in the subsection, and for that purpose let the immigrant know what his immediate impression is so that the immigrant can disabuse him. That is not, as I see it, a question of acting or being required to act judicially, but of being required to act fairly. [*Re K. (H.) (an infant)*, [1967] 1 All E.R. 226 (Q.B.), at page 231.]

In this case, the applicant has asserted that he was not given the opportunity to know the contradictions that concerned the immigration officials. The respondent has not challenged this assertion. I am satisfied that there has been a denial of procedural fairness.

During oral argument, counsel for the respondent argued that the entire matter was moot since the applicant has now been deported from Canada. However, subsequent to the oral argument, counsel for the respondent withdrew this argument.

ver cette authenticité au-delà du doute raisonnable, l'intimé a commis une erreur en droit.

Quant à savoir si le requérant avait le droit d'être mis au courant des doutes des agents d'immigration, de manière à pouvoir les examiner et, dans la mesure du possible, les éclaircir, l'avocat de l'intimé, avec beaucoup de sérieux selon moi, a reconnu que cette exigence était une question d'équité procédurale. Ce point a paru peu contesté. Le droit en la matière a été exprimé à maintes reprises:

À mon avis, on aurait dû dire à l'appelant pourquoi on avait mis fin à son emploi et lui permettre de se défendre, oralement ou par écrit au choix du comité. Il me semble que le comité lui-même voudrait s'assurer qu'il n'a commis aucune erreur quant aux faits ou circonstances qui ont déterminé sa décision. [*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, à la page 328.]

d

. . .

[TRADUCTION] La règle fondamentale est la suivante: lorsqu'une personne peut être l'objet d'une peine ou d'une pénalité, s'exposer à des poursuites ou à une action, se voir privée de moyens de redressement ou de recours, ou être touchée négativement, d'une certaine façon, par l'enquête et le rapport, il convient de dire à cette personne ce qui lui est reproché et de lui donner la possibilité raisonnable d'y répondre. [*Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), à la page 19.]

f

. . .

[TRADUCTION] Un agent d'immigration, même s'il n'agit pas en une qualité judiciaire ou quasi judiciaire, doit, en tout état de cause, donner à l'immigrant la possibilité de le convaincre des points énoncés dans la disposition et, à cette fin, faire part à l'immigrant de son impression première, de manière à ce que ce dernier puisse lui montrer qu'il a tort. Selon moi, il ne s'agit pas d'une question d'agir ou d'être tenu d'agir judiciairement, mais d'être tenu d'agir équitablement. [*Re K. (H.) (an infant)*, [1967] 1 All E.R. 226 (Q.B.), à la page 231.]

h

Dans la présente affaire, le requérant a déclaré qu'on ne lui a pas donné l'occasion de prendre connaissance des renseignements contradictoires qui préoccupaient les agents d'immigration. L'intimé n'a pas contesté cette déclaration. Je suis convaincu qu'il y a eu déni d'équité procédurale.

i

Durant sa plaidoirie orale, l'avocat de l'intimé a fait valoir que toute l'affaire était sans objet, car le requérant avait maintenant été expulsé du Canada. Cependant, l'avocat a retiré cet argument après la plaidoirie orale.

j

Mootness raises questions that may go beyond the direct interest of the parties to a dispute. Sopinka J. in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, dealt with the subject of mootness at some length. Once a court decides that a matter is moot, the Court may still exercise its discretion to decide the matter. Although the list is not intended to be exhaustive, Sopinka J. identified three guiding principles: (1) despite the elimination of a live controversy, does an adversarial relationship between the parties subsist? (2) is the expenditure of judicial resources justified? (3) in the absence of a dispute, is a decision by the Court an intrusion into the functions of the legislative branch of government?

Because of the latter two considerations, I think it is desirable (although perhaps not strictly necessary), the issue having been raised, for me to briefly address the issue of mootness. I would first observe that at the leave stage of these proceedings, counsel for the respondent advanced the mootness argument. Where a party argues that an issue is moot at the leave stage and leave is granted notwithstanding, I had initially thought that the question had been dealt with, providing circumstances did not change between the granting of leave and the hearing of the judicial review. However, since reasons are not usually given at the leave stage, it is not possible to say with certainty whether or not the Judge that granted leave was rejecting the mootness argument or was merely deciding that the applicant had raised a fairly arguable question which justified judicial review at which time the mootness argument could be considered. For this reason I do not think I can rule out the mootness issue at the judicial review stage of these proceedings.

In this case, a decision very damaging to the applicant is now part of the applicant's record for immigration purposes. That decision could have an adverse effect on the applicant in any further proceedings he may wish to bring under Canada's immigration laws. For example, if the applicant wishes to make an application for landed immigrant status in

L'absence d'objet soulève des questions qui peuvent aller au-delà de l'intérêt direct des parties dans un litige. Le juge Sopinka, dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, a analysé assez longuement la question. Un tribunal qui décide qu'une affaire est sans objet peut encore exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire en question. Le juge Sopinka a signalé à cet égard trois principes directeurs, mais la liste n'est pas censée être exhaustive: 1) malgré la disparition d'un différend non réglé, subsiste-t-il entre les parties une relation d'opposition? 2) est-il justifié de dépenser des ressources judiciaires? 3) en l'absence de conflit, une décision de la Cour s'immisce-t-elle dans les fonctions du pouvoir législatif du gouvernement?

À cause de ces deux dernières questions, je crois qu'il est souhaitable (mais pas absolument nécessaire, peut-être), vu que la question a été soulevée, que je traite brièvement de la question de l'absence d'objet. Je ferais remarquer, tout d'abord, qu'à l'étape de l'autorisation de la présente action, l'avocat de l'intimé a invoqué l'argument de l'absence d'objet. Lorsqu'une partie fait valoir, à l'étape de l'autorisation, qu'un point est sans objet, mais que l'autorisation demandée est quand même donnée, je croyais initialement que la question avait été réglée, à condition toutefois que les circonstances ne changent pas entre l'octroi de l'autorisation et l'audition du contrôle judiciaire. Cependant, comme l'on ne fournit habituellement pas de motifs au stade de l'autorisation, il est impossible de dire avec certitude si le juge qui a donné l'autorisation rejetait ou non l'argument de l'absence d'objet ou décidait simplement que le requérant avait soulevé une question relativement défendable qui justifiait la tenue d'un contrôle judiciaire, stade auquel il serait possible d'examiner l'argument de l'absence d'objet. Pour cette raison, je ne crois pas qu'il me soit possible d'exclure la question de l'absence d'objet à l'étape du contrôle judiciaire de l'action.

Dans la présente affaire, une décision qui porte gravement préjudice au requérant figure maintenant dans le dossier d'immigration de ce dernier. Cette décision pourrait avoir un effet négatif sur le requérant dans toute action qu'il pourrait vouloir intenter ultérieurement sous le régime des lois d'immigration du Canada. Par exemple, si le requérant désire pré-

the conventional manner from Trinidad, the immigration officer at the visa office in Trinidad will likely be aware of the August 17, 1992 decision. It is quite conceivable that this decision could have a bearing on the success of the applicant's application. In these circumstances, a decision decided by reference to the wrong standard of proof and without affording the applicant procedural fairness, could potentially prejudice the applicant in the future.

Counsel for the applicant also argued that nothing precluded the applicant from making another application for exemption from the requirements of subsection 9(1) of the *Immigration Act* in order to be able to make an application for landed immigrant status from within Canada. Nothing in the *Immigration Act* would appear expressly to preclude a person who has been deported, from making a later application for exemption from subsection 9(1). While counsel's suggestion seems to me to involve a somewhat convoluted process and is perhaps impractical, it is not for me to speculate as to the exact circumstances that could give rise to such an application. The deportation of an individual from Canada, while having negative consequences to the individual, does not eliminate all rights that may accrue to him under the *Immigration Act*. Those rights should not be adversely affected by a decision made by application of the wrong standard of proof and without affording the applicant procedural fairness. I therefore find that this case is not moot.

Even if the case were moot, I would exercise my discretion to decide it. The adversarial relationship between the parties continues. There are collateral consequences to the applicant if the decision appealed from is allowed to stand. And this is not a case in which a decision by this Court could reasonably be considered to be an intrusion into the functions of the legislative branch of government.

As a result, I would quash the decision of Gilles Bibeau dated August 17, 1992, and refer the matter

sender de la façon ordinaire, depuis la Trinité, une demande d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement, l'agent d'immigration qui se trouve au bureau des visas à la Trinité sera vraisemblablement au courant de la décision rendue le 17 août 1992. Il se peut fort bien que cette décision ait une incidence sur le succès de la demande du requérant. Dans ces circonstances, une décision fondée sur la mauvaise norme de preuve, et rendue sans faire bénéficier le requérant de l'équité procédurale, serait susceptible de porter préjudice au requérant à l'avenir.

L'avocat du requérant a fait valoir que rien n'empêchait son client de solliciter de nouveau une dispense d'application des exigences du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration* afin de pouvoir présenter, au Canada, une demande de statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. Aucune disposition de la *Loi sur l'immigration* ne semble empêcher expressément une personne expulsée de présenter plus tard une demande de dispense d'application des dispositions du paragraphe 9(1). Bien que la thèse de l'avocat m'apparaisse compliquée et est peut-être peu pratique, il ne m'appartient pas d'échafauder des hypothèses sur les circonstances exactes qui pourraient donner lieu à une telle demande. L'expulsion d'une personne du Canada—une mesure qui a des conséquences négatives pour la personne en question—n'efface pas tous les droits que peut lui conférer la *Loi sur l'immigration*. Il ne faudrait pas qu'une décision, prise à la suite de l'application de la mauvaise norme de preuve et sans faire bénéficier le requérant de l'équité procédurale, ait une incidence négative sur ces droits. Je conclus donc que cette affaire n'est pas sans objet.

Même si l'affaire était sans objet, j'exercerais le pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré pour la trancher. La relation d'opposition entre les parties subsiste. La décision qui fait l'objet d'un appel, si elle est maintenue, aura des conséquences secondaires pour le requérant. Et nous n'avons pas affaire en l'espèce à un cas où l'on pourrait considérer d'une manière raisonnable qu'une décision de la présente Cour s'immisce dans les fonctions du pouvoir législatif du gouvernement.

En conséquence, je serais d'avis d'annuler la décision datée du 17 août 1992 de M. Gilles Bibeau, et de

back to a different officer for redetermination of the applicant's request for exemption from the requirement of subsection 9(1) of the *Immigration Act*. I do not contemplate that the applicant must be returned to Canada for the purposes of the redetermination. This may be carried out on the basis of written submissions, facsimiles or other communications without the necessity of personal attendance by the applicant.

Pursuant to subsection 83(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] of the *Immigration Act*, counsel for the respondent requested that I consider certifying the following question for decision by the Federal Court of Appeal:

Is the reasonable doubt criterion for the *bona fides* of a marriage set forth in the immigration policy consistent with a proper application of humanitarian and compassionate considerations as set out in subsection 114(2) of the *Immigration Act*?

In my view this question essentially asks whether proof beyond a reasonable doubt is the proper standard of proof for assessing the *bona fides* of a marriage for purposes of subsection 114(2) of the *Immigration Act*. While I am of the opinion that it is quite clear that proof beyond a reasonable doubt is not the proper standard in immigration matters—see for example re: *Brooks, Robert Philip* (1970), 1 I.A.C. 33 (I.A.B.), at page 62 and Wydrzynski, *Canadian Immigration Law and Procedure*, 1983, at page 263, no decided cases were identified by counsel for either party at the Federal Court of Appeal level on the question proposed.

The resolution by the Federal Court of Appeal of only the question proposed in favour of the respondent would not be dispositive in this case because of my additional finding of denial of procedural fairness, on which point I have not been asked to certify a question. Initially, it seemed to me that the process contemplated by subsection 83(1) of the *Immigration Act* assumed that the Federal Court of Appeal would be asked to consider a question only when its resolution would have some practical effect and that the Court would not be asked to consider a question that was of academic interest only. However, on reflection, it appears to me that once a case is to be considered by the Federal Court of Appeal, that Court is not restricted only to deciding the question certified. It

déferer l'affaire à un agent différent pour qu'il réexamine la demande du requérant d'être dispensé de l'application des dispositions du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*. Je n'envisage pas que le requérant doive être ramené à cette fin au Canada. Le réexamen peut se faire au moyen d'observations écrites, de fac-similés ou d'autres communications, sans qu'il faille que le requérant soit présent.

L'avocat de l'intimé a demandé, en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19] de la *Loi sur l'immigration*, que j'envisage de certifier la question suivante à soumettre à la décision de la Cour d'appel fédérale:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'authenticité d'un mariage, le critère du doute raisonnable énoncé dans la politique d'immigration est-il compatible avec une application convenable de raisons d'ordre humanitaire, ainsi qu'il est dit au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?

À mon sens, il est essentiellement demandé par cette question si la preuve au-delà du doute raisonnable est la norme de preuve qui convient pour évaluer l'authenticité d'un mariage aux fins du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Bien qu'il soit bien clair à mon sens que la preuve au-delà du doute raisonnable n'est pas la norme qui s'applique dans les affaires d'immigration—voir, par exemple, la décision *Brooks, Robert Philip* (1970), 1 A.I.A. 145 (C.A.I.), à la page 176, et Wydrzynski, *Canadian Immigration Law and Procedure*, 1983, à la page 263—les avocats de l'une ou l'autre partie n'ont fait mention d'aucune jurisprudence de la Cour d'appel fédérale sur la question proposée.

Il ne serait pas déterminant en l'espèce que la Cour d'appel fédérale tranche uniquement la question proposée en faveur de l'intimé parce que j'ai conclu de plus à un déni d'équité procédurale, un point au sujet duquel on ne m'a pas demandé de certifier une question. Au départ, il m'apparaissait que le processus envisagé par le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* supposait qu'il serait demandé à la Cour d'appel fédérale d'examiner une question seulement lorsque la réponse à cette dernière aurait un effet concret, et qu'on ne lui demanderait pas de se pencher sur une question d'intérêt purement théorique. Réflexion faite, cependant, il me semble que lorsque la Cour d'appel fédérale doit examiner une affaire, elle n'est pas tenue de trancher uniquement la ques-

may, within its jurisdiction, consider all aspects of the appeal before it. It is therefore not possible for me to be satisfied with certainty that the appeal would be academic. Under the circumstances, I would certify the question as proposed by counsel for the respondent.

tion certifiée. Elle peut, dans les limites de sa compétence, examiner tous les aspects de l'appel dont elle a été saisie. Il m'est donc impossible d'être parfaitement convaincu que l'appel serait théorique. Dans les circonstances, je certifierais la question que l'avocat de l'intimé propose.



# 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.*

## BARRISTERS AND SOLICITORS

Application to disqualify law firm acting for plaintiffs—Alleging firm placed itself in conflict of interest by acting both for and against same client—Time charter of ship *M.V. Pollux* by which one of defendants undertook to transport goods from Port Alfred, Quebec to U.S.—When cargo loaded, violent explosion in hold of ship killing two sailors and heavily damaging ship—As result of incident several actions filed in Federal Court of Canada—In one action, Alcan Aluminium Ltd. claimed \$18,000,000, and Transport Desgagnés Inc. (TDI) one of defendants—Firm Marler, Sproule, Castonguay represented Alcan in one action and TDI in another action relating to same incident—Rule 3.05.04 of Code of Ethics of Quebec Bar contains absolute prohibition against representing conflicting interests—Lawyers Marler, Sproule and Castonguay put in delicate if not outright untenable position by trying on one hand to get \$350,000 judgment for their client TDI against Queen while also seeking judgment severally against same company in amount of \$18,000,000—Application allowed.

ALCAN ALUMINIUM LTD. v. DESGAGNÉS MARINE SERVICES INC. (T-649-92, Denault J., order dated 8/7/93, 11 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Immigration Inquiry Process*

Application for stay of deportation order—Applicant Idemudia convicted for trafficking in crack-cocaine—Found not to have credible basis for Convention refugee claim—Deportation order issued against him—Applicants married in March 1992—Application for sponsorship and landing from within Canada denied by immigration officer based upon discrepancies between stories of each applicant during interview—Requirement deportation order must be challenged if stay to be granted not taking into account scheme and interaction of various procedures under Immigration Act—Stay application open to consideration even though deportation order sought to be stayed not directly challenged—Not clear whether appeal to Immigration Appeal Board wrong procedure—Stay application made concurrent with leave application in Federal Court may

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

be considered—Apprehension of bias based on fact immigration officer having dealt with Idemudia on previous occasion and having him arrested—Two matters in which immigration officer involved different—No indication immigration officer arrested Idemudia on first occasion out of malice or bias—No serious issue as to apprehension of bias—Whether applicants denied opportunity to know discrepancies raised by immigration officer and to explain them—Court not asked to substitute own opinion for that of immigration officer in respect of interview conducted—Immigration officer giving applicants opportunity to address discrepancies in stories—No breach of rules of procedural fairness—Personal difficulties alleged by applicants not constituting irreparable harm—Respondent's sudden action in taking applicant Idemudia into custody not relevant to instant decision—Application dismissed.

IDEMUDIA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (Imm-3277-93, Rothstein J., order dated 30/6/93, 10 pp.)

### *Inadmissible Persons*

Motion for leave to apply for order staying exclusion order or staying execution thereof—Applicant, citizen of Sri Lanka, found to be inadmissible under Immigration Act, 1976, s. 19(2)(d)—Bill C-86, An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, coming into force February 1, 1993—Transitional provisions, s. 110 providing adjudicator with legislative authority to resume and conclude inquiry commenced under 1976 Act—S. 110 not requiring inquiry be commenced under provision repealed or amended by Bill C-86, only requiring inquiry be commenced before enactment—Applicant failing to show existence of serious issue to be tried—Motion dismissed—An Act to amend the Immigration Act, 1976 and to amend other Acts in consequence thereof, S.C. 1988, c. 35, ss. 41, 42, 43, 44—An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49, s. 110.

SAHAYARAJAH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (Imm-1691-93, Noël J., order dated 21/7/93, 6 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

### IMMIGRATION PRACTICE

Tribunal accepting as evidence and relying upon notes immigration officer took recording answers given to questions put to applicant at port of entry—Applicant disputing accuracy of notes—Tribunal refusing to require production of officer for cross-examination—Notes not containing conclusions or judgmental decisions—*Minister of Employment and Immigration v. Leal* (1991), 129 N.R. 383 (F.C.A.); *Re Cheung and Minister of Employment and Immigration* (1981), 122 D.L.R. (3d) 41 (F.C.A.) applied—Rules of natural justice requiring cross-examination of officer—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

KUSI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1429, Reed J., order dated 1/6/93, 6 pp.)

Application for adjournment of hearing as Convention Refugee Determination Division failed to comply with order of Federal Court Judge requiring Tribunal to produce its record within 10 days—Immigration and Refugee Board Registrar writing Federal Court Administrator, informing him order would not be complied with within time allotted—While Court recognizes Tribunal overburdened as result of great number of immigration refugee cases, letter to Court Registry saying Tribunal unable to comply with Court order not proper procedure and not resulting in amendment of order—Indeed, Immigration and Refugee Board Registrar technically in contempt of Court—Appropriate course of action application by Tribunal for variation of Court order—While Tribunal not technically party to action, would nevertheless have standing before Court to bring motion for variation of order directed at it—Copy of present reasons will be sent to Registrar of Tribunal—Adjournment granted and new pre-hearing schedule and date for hearing set.

KULANTHAVELU v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (Imm-57-93, Reed J., order dated 23/9/93, 4 pp.)

Application for leave to cross-examine affiant on affidavit—Federal Court Immigration Rules, 1993, s. 12(2) prohibiting cross-examination on affidavit unless special reasons—Application dismissed—No special reasons demonstrated herein—Alleged inaccuracies would not be clarified by cross-examination—Either irrelevant or solved by looking to documentary evidence—Alleged errors appearing to contest documentation itself—Rules designed to provide speedy, simple process for Court to determine whether application for leave raising serious question to be dealt with by normal judicial review process—As case of first impression, costs not awarded, although future cases brought for such insubstantial reasons may attract costs—Federal Court Immigration Rules SOR/93-22, RR. 12(2), 22.

KANES v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (Imm-1918-93, Strayer J., order dated 4/5/93, 4 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of decision of adjudicator and Immigration and Refugee Board member finding no credi-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ble basis for applicant's claim to refugee status—Applicant, citizen of Vietnam, not fluent in Vietnamese—Interpretation into and from Vietnamese offered and accepted at applicant's credible basis hearing—Minor deficiencies referred to by counsel not arising from inability of applicant to understand translation to and from Vietnamese—No indication by applicant or counsel of objection to Vietnamese or preference for translation to or from any other language—No error of law pertaining to question of interpretation—Counsel freely chosen by applicant—Failure to file further evidence on country conditions not demonstrating incompetence on part of counsel—No error of law where court proceeds with one or both parties represented by inexperienced counsel—Failure of counsel to advise client of all avenues of appeal having no effect on decision being appealed from—No error of law in assessment or decision making process of credible basis tribunal—Application dismissed.

HUYNH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1772, Rothstein J., order dated 24/6/93, 9 p.)

### Federal Court Jurisdiction

Appeal from Trial Judge's order dismissing motion to reconsider order dismissing application, pursuant to Federal Court Immigration Rule 23, for extension of time to file affidavits and written representations in support of application for leave to commence judicial review proceedings—Appeal dismissed—Immigration Act, s. 82.2(1) prohibition against appeals barring not only appeals from orders made under s. 82.1(1) refusing applications for leave to commence judicial review proceedings, but also appeals from orders made on applications integral to such applications for leave: *Conception v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. D-42 (C.A.); *Ramnarine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. D-5 (C.A.)—Trial Division's jurisdiction to grant or refuse application for order extending time to file documents in support of application for leave to commence judicial review proceedings integral to jurisdiction to deal with application for leave to commence judicial review proceedings under s. 82.1—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 73), 82.2 (as am. *idem*)—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, RR. 9, 23—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 27(2) (as am. *idem*)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 2(2).

RAFIQUE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1315-92, Isaac C.J., judgment dated 20/4/93, 4 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### Citizens

Appeal from denial of citizenship for failure to meet residence requirement—Applicant residing in Canada since obtaining permanent resident status either in 1976 or 1986—Applied for citizenship on January 16, 1992—During relevant

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

period for calculating residence, on probation for one year during which time also sentenced to one day of imprisonment for two summary conviction offences—Citizenship Act, s. 21 providing time during which person under probation order or confined in jail may not be counted as period of residence—Appeal allowed—No provision that if in jail or on probation after being in Canada for several years all previous residence must be ignored for purpose of s. 5(1)(c)—During four-year period preceding application, appellant resided in Canada—By virtue of s. 21(a) one of these years not counted—“Accumulated” three years of residence required to qualify under s. 5(1)(c)—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(c), 21.

FURTADO (RE) (T-30-93, Strayer J., judgment dated 24/6/93, 3 pp.)

### *Convention Refugees*

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Applicant citizen of People's Republic of China claiming Convention refugee status based on political opinion, membership in particular social group—At opening of CRDD hearing, applicant introducing documentary evidence of demonstration in front of Chinese consulate in Toronto in late 1990 or early 1991 while applicant living in Toronto, including some photographic evidence of applicant participating therein—Newspaper material in Chinese—Neither oral evidence adduced in relation to material, nor mention made of it in argument—After brief reference to material CRDD concluding claimant abandoning claim to be determined *sur place*—Application allowed—Immigration Act, s. 69.1(6) and Convention Refugee Determination Division Rules, standing for general principle claim should not be treated as abandoned without giving applicant reasonable opportunity to make representations—CRDD not providing such opportunity—CRDD failed to fulfill obligation to act in way fair to applicants appearing before it when recognized documentary evidence as representing basis for possible *sur place* claim, but then determined to regard claim as abandoned without first inviting applicant in specific terms to make representations on that issue—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)—Convention Refugee Determination Rules, SOR/89-103.

CHEN V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (A-1176-91, Gibson J., order dated 6/8/93, 7 pp.)

Application to set aside decision of Convention Refugee Division, Immigration and Refugee Board refusing refugee status—Applicant from Somalia—As member of Midgan clan regarded as socially inferior and subject of discrimination and intimidation—Refugee claim based on fear of persecution based on membership in social group i.e. clan—Board concluding Somalia in state of civil war in which random violence, lawlessness playing large part—Holding although Midgan clan members historically suffering discriminatory treatment as inferior group, no evidence applicants within definition of Convention refugee—After noting state of civil war in country not bar to refugee claim (*Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250 (F.C.A.)), Board adopting view of Federal Court of Appeal in

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

*Rizkallah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. D-32, refugee claimants must establish link between themselves and persecution for Convention reason—Must be targeted for persecution in some way, either personally or collectively—As claimants' fear felt by all Somalian citizens indiscriminately as consequence of civil war, grounds of persecution for reasons set out in definition of Convention refugee not met—Application dismissed—Applicants' own evidence speaking of general and indiscriminate shelling of cities and villages—Members of various clans becoming victims, whether such clans otherwise regarded as friends or foes of assailants—Ample evidence supporting Board's conclusion—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2.

HERSI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-6574, Joyal J., judgment dated 5/5/93, 4 pp.)

Application for judicial review of Refugee Division's decision applicant not Convention refugee—Applicant Latvian Catholic married to Belorussian Jew—Considered mixed marriage both as to nationality and religion—Suffering various forms of harassment as result of mixed marriage—Applicant once beaten for being “Latvian fascist”—Receiving numerous anonymous threatening notes calling her traitor for marrying non-Latvian—Both applicant and husband losing employment because he was not Latvian—Young son beaten several times by both Russian and Latvian youths—Since applicant and son's departure home defiled with anti-Semitic graffiti and Stars of David—Voluminous documentary evidence filed concerning conditions relating to applicant's claim—Tribunal finding applicant and son credible, but concluding no “serious possibility” of persecution should applicant be returned to Latvia—Holding intimidation experienced by claimant not cumulative acts amounting to persecution and only “mere risk” claimant might be victim of persecution—Application allowed—Tribunal erred in using concept of “mere risk” as appropriate basis for finding applicant's fear of persecution not objectively well-founded—Well settled claimant must establish reasonable chance of persecution: *Adjei v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.)—Reasonable chance of persecution anything more than mere or minimal “possibility” with no intermediate ground: *Ponniah v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 241 (F.C.A.)—Use of “risk” not mitigated by tribunal's cursory references to absence of “serious possibility” of persecution, when dismissing alternate grounds of applicant's claim—Federal Court of Appeal exercising considerable vigilance over terms of tribunal findings with respect to objective test to ensure claimants not subjected to more onerous burden than that articulated in *Adjei* and *Ponniah*—“Risk” conveying higher threshold of probability, thus unsuitable intermediate test not endorsed by courts—Tribunal's finding of absence of “cumulative acts amounting to persecution” making no reference to numerous violent episodes to which son subjected—Serious omission since persecution may be found in actions directed against members of claimant's family: *Surujpal v. Minister of Employment & Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.)—Also not mentioning anti-Semitic vandalism visited upon applicant's home since departure—Misconstruing testimony as to consequences of social climate on employment sit-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

uations—No reference to voluminous documentary evidence submitted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 18.

*IODA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)* (92-A-6604, Dubé J., order dated 18/6/93, 7 pp.)

Application to review Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Ghana—After criticizing government, applicant and two colleagues, without formal charges being laid, arrested, beaten several times—Under surveillance after release—Later accused of aiding departure of two dissidents—Again detained, tortured—Suspended from work without pay—Began attending Movement for Freedom and Justice (MFJ) secret meetings—Learned about MFJ through widely distributed pamphlets—Interrogated repeatedly—Fearing long-term detention without trial—Fled to Canada—Alleging letter from sister indicating Bureau of National Investigation looking for him and letter from friend warning him not to return to Ghana, although neither letter produced—CRDD holding applicant not credible as implausible claimant would learn about secret meetings of organization for democracy through media, pamphlets—Holding inconsistent with testimony applicant would be unaware of recent political changes in Ghana i.e. legalization of political parties—Criticized applicant for not inquiring into fate of colleagues, and for not producing letters—Finding even if applicant credible, central issue whether claimant would face persecution if returned to Ghana—Definition of "Convention refugee" referring to "well-founded fear of persecution"—Application allowed—CRDD erred in interpretation of definition of Convention refugee—By stating issue whether applicant would suffer persecution, CRDD raised standard of proof required—As to credibility, applicant's sworn testimony deemed truthful unless reasonable grounds to find otherwise—Board may not have considered all relevant evidence—Conclusion inconsistencies regarding how applicant aware of MFJ meetings or applicant not familiar with recent political developments in Ghana not borne out by evidence—CRDD directed mind to irrelevant considerations, made unreasonable inferences—Conclusions applicant not inquiring into fate of colleagues and acquiring information about MFJ meetings from media based on extrinsic criteria rather than internal contradictions—Relied on evidence not properly before it when emphasized recent democratic elections in Ghana which occurred after hearing—Applicant denied right to know and meet case against him—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

*YEBOAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)* (92-A-7049, Teitelbaum J., order dated 16/7/93, 14 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicant not Convention refugee—Applicant's brother and family murdered in 1981 by National Guard of El Salvador—Ill treatment of family members amounting to persecution—Whether applicant within "special or limited cat-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

egory of persons" to which Immigration Act, s. 2(3) applies—Persecution suffered by applicant clearly sufficiently serious, "atrocious" and "appalling" to warrant application of s. 2(3)—Board clearly wrong in determining test set out in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstaj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.) not met—Applicant continuing to suffer severe psychological hardship resulting from serious persecution suffered in El Salvador—Lack of change of principal members of government in El Salvador and continued presence and power of former agents of persecution justifying applicant's strong subjective fear of returning home—Applicant having "compelling reasons" arising out of past persecution for refusing to avail self of protection of El Salvador—Board's finding based on misconstruction of applicable test, error in law—Application granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

*ARGUELLO-GARCIA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)* (92-A-7335, McKewen J., order dated 23/6/93, 7 pp.)

Application to review Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Applicant from Ghana—Claiming Convention refugee status based on political opinion and membership in particular social group—Arrested by Ghana Security Service for suspicion of planning to overthrow government—During 10-day detention remained nude, beaten and whipped with soldiers' guns—Released on order of cousin's husband, Major Boateng—Father also arrested, released on same dates—Father's company seized by government—Obtained tourist visa to visit Canada—When informed 10 days after release soldiers again searching for him with orders from Major Boateng's superior to shoot him, decided to leave Ghana—Major Boateng assisted departure—Since arrival in Canada, learned father arrested June 9, 1991 and not heard from since—Fearing detention, torture if returned to Ghana—Testified people detained indefinitely without trial in Ghana and such detentions not reported as press not free—CRDD finding crucial aspects of applicant's testimony not credible or trustworthy, applicant's evidence not borne out by documentary evidence—Doubted Major would not have any influence over prevention of attempted arrest mere 10 days after ordering applicant's release—Also relied on absence of documentary evidence corroborating contention father arrested or that applicant suspected of coup plot—Application allowed—CRDD erred in law in concluding applicant's testimony not credible—CRDD cannot find lack of credibility where inconsistencies upon which finding based, not supported by evidence—Presumption applicant's sworn testimony true unless valid reasons to doubt truthfulness—No valid reason for CRDD's conclusion—Any inconsistency with respect to power of Major Boateng reasonably explained by applicant's evidence—According to case law, not open to CRDD to draw adverse inferences because Major assisted applicant, father first time arrested—Evidence to support such finding not on record—Applicant not required to provide documentary evidence of arrest—Failure to offer documentation of arrest not related to credibility in absence of evidence to contradict allegations—Documentary evidence explaining why arrest records not available, confirming applicant's testimony—In absence of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

evidence to contrary, not open to CRDD to draw negative inference from lack of news coverage of father's arrest without regard to evidence explaining why news of arrest not reaching public attention.

AHORTOR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (93-A-237, Teitelbaum J., judgment dated 14/7/93, 17 pp.)

### *Permanent Residents*

Application for landing under "investor" class category denied—"Investor" defined as immigrant who has successfully "operated, controlled or directed" business or commercial undertaking—Since graduation as civil engineer applicant employed full-time by government—In 1977 purchased land in Taiwan for use as commercial orchard—Personally performed sloping and contouring of land, designed and built irrigation system—Hired manager to deal with farm operations—Earning \$60,000. Cdn. annually from farm—Based on applicant's statements knowing little of specifics of operation of farm, visa officer determining lacked experience in "operating, controlling, or directing" commercial or business undertaking—Despite visa officer's expressed concern about inadequate experience to qualify as investor, applicant not adding new information—Application allowed—Definition of "investor" only requiring applicant to demonstrate either operated or controlled or directed business or commercial undertaking—Words in context disjunctive—Visa officer must assess each aspect separately to determine whether applicant falling under at least one criteria—Visa officer merely addressed whether applicant experienced in operating farm—Failed to address issues of control, direction distinctly and specifically—Error in law—Control or direction not following automatically from operation—Fact applicant owned farm, earned profits, presumably responsible for losses, suggesting *prima facie* involvement in control or direction—Also denial of procedural fairness—More than general statement of concern about qualifications required—*Fong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 205 (F.C.T.D.) applied—Visa officer should have questioned applicant specifically on each criteria—To expect meaningful response to concern expressed in general way not consistent with requirements of procedural fairness—Where requirements to be met fairly straightforward visa officer should address each requirement specifically, eliciting answers so that clear assessment can be made—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2 (as am. by SOR/89-585, s. 1).

CHEN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1099-92, Rothstein J., order dated 14/6/93, 6 pp.)

## CROWN

### TORTS

Action for damages based upon claims of intentional torts, negligence, unlawful confinement and cruel and unusual pun-

## CROWN—Concluded

ishment—Plaintiff struck by pellets from shotgun fired by guard during altercation within Collins Bay Penitentiary—O.P.P. wrong in laying charges for possession of dangerous weapon—Institution report clearing plaintiff of any involvement—Plaintiff's action against Crown based on Crown Liability Act, s. 3—Onus on plaintiff to prove damage resulting from torts committed by Crown servant—Legal duty of care between guards and inmates—Other, less extreme, means available to deal with situation as second shot fired by guard unnecessary—Guard's action unacceptable outside penitentiary—Plaintiff's injuries and damage caused by shooting—Plaintiff assaulted and battered by defendant's servants—Provisions of Criminal Code, s. 25 cannot be invoked—Neither "insurrection" nor "general riot" at Collins Bay—Doctrine *volenti non fit injuria* not applicable—Defendant liable for assault and battery of plaintiff, and for negligent actions of servants—No basis in law or in fact to keep plaintiff in segregation, especially after withdrawal of charges—Conditions of segregation amounting to cruel and unusual punishment—Plaintiff entitled to general damages in amount of \$2,000 and to exemplary or punitive damages in amount of \$10,000—Action allowed—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3—Criminal Code, R.S.C., c. C-46, s. 25.

ABBOTT V. CANADA (T-1788-87, Cullen J., judgment dated 30/6/93, 70 pp.)

## FOOD AND DRUGS

Dismissal of issue of "question of law" respecting onus together with imposition of directions, under appeal—Rouleau J. previously ordering accelerated schedule with respect to matters under appeal—Pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, ss. 6, 7 all challenges to applications for notices of compliance prohibit Minister from issuing notice until patent expires or Court declaring either allegations submitted not justified or under s. 7(2)(b) no claim for use of medicine would be infringed—Department expecting Federal Court to render decisions on invalidity of patent; or to determine if alternative process submitted by generic non-infringing—Judicial review process not proper method by which to determine applications—Each situation will require lengthy trials, *viva voce* evidence—Patentee by simply completing application obtaining order prohibiting Minister from issuing notice of compliance for interim period of 30 months—Effectively issuing interlocutory injunction—Regulations contemplating Court, on affidavit evidence only, should be able to resolve validity of patent in medicine or determine if application submitted by generic as to its manufacture and process non-infringing—Although Regulations contemplating proceeding by way of judicial review, appropriate to direct these applications proceed by way of action in accordance with Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5, 6, 7.

BAYER AG V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1192-93, Rouleau J., order dated 23/7/93, 5 pp.)

## INCOME TAX

## INCOME CALCULATION

*Capital Gains*

Appeal from trial judgment dismissing appeal from Tax Court, in turn dismissing appeal from assessment—General partnership agreement providing mechanism whereby partner could reduce partnership interest providing found someone else willing to acquire interest—On February 7, 1983 appellant reducing interest from 40% to 15% and another partner increasing its interest from 10% to 35% when paid \$162,500 to partnership and partnership paid \$162,500 to appellant—Partnership not having any profits—Income Tax Act, s. 40(3) creating deemed capital gain for taxpayer whenever adjusted cost base falling below zero—Amounts covered by s. 53(2)(c) excluded from calculation of adjusted cost base—S. 53(2)(c)(v) providing for deduction of amount received by taxpayer on account of distribution of share of partnership capital in computing adjusted cost base to taxpayer—Tax Court and Trial Judge holding transaction not covered by s. 53(2)(c) as nature of capital structure of partnership unchanged by transaction—Whether payment received by appellant distribution of partnership capital or disposition of part of partnership interest giving rise to capital gain—Appeal dismissed—Distribution of capital, whether proportionate sharing out among many, or single or periodic payment to one recipient, resulting in change in residue of what has been distributed, either by reducing it or by otherwise altering its structure—Implies division or redivision of distributed capital—Distribution of capital always resulting in alteration of corpus from which made, whether capital structure of partnership, estate, trust—Application of s. 53(2)(c)(v) only triggered by payment to appellant of share of partnership capital—On February 7, 1983 appellant's share of partnership capital \$162,500—"Distribution" if partnership capital reduced by that amount—No distribution herein because no change in corpus of partnership capital or in relative interests of any of other partners—Since not distribution of part of share of appellant in partnership capital, necessarily disposition of part of such share within s. 54(c) and appropriately assessed as such—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 40(3), 53(2)(c)(v) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 24), 54(c), 100(2) (as am. *idem*, s. 64).

STURSBURG V. CANADA (A-1013-91, Hugessen J.A., judgment dated 17/6/93, 10 pp.)

*Deductions*

Application to strike statement of claim for failure to show reasonable cause of action—Income Tax Act, s. 56(1)(ii) requiring inclusion of social assistance payments received by taxpayer in taxpayer's income—S. 110(1)(f)(iii) allowing taxpayer who included social assistance payment in income to deduct social assistance payment—Plaintiff arguing entitled to s. 110(1)(f)(iii) deduction because received social assistance payments from federal and provincial governments for dental treatment provided to non-Treaty native Indians—Relevant taxation years herein 1986, 1987—S. 110(1)(f)(iii) amended in 1988 to restrict deduction of social assistance payments to cases where payments received by individual in respect of whom social assistance provided or by person residing with individual—Amendment expressly retroactive to 1982 and

## INCOME TAX—Continued

subsequent taxation years—Plaintiff claiming retroactive amendment discriminatory, contrary to Charter, ss. 7, 15 as other taxpayers who claimed deduction originally not reassessed and because defendant cannot now reassess some taxpayers because relevant years statute-barred—Application allowed—Taxpayer referred to in s. 56(1)(ii) person to whom means, needs or income test relates—Nothing in context indicating applicable to provider of professional services—Nothing in Act suggesting Parliament intending to allow providers of professional services to persons on social assistance to receive professional fees tax free because such fees at lower level than fees charged to other patients—That defendant allowing deduction to others, and later clarifying entitlement of social assistance deduction so as not to allow it to dentists suggesting s. 110(1)(f)(iii) prior to amendment allowing deduction claimed—Inappropriate to determine on motion to strike original s. 110(1)(f)(iii) not applicable to plaintiff—As retroactivity not rebutted, revised s. 110(1)(f)(iii) not applicable to plaintiff so as to entitle him to deduction—No connection between facts herein and Charter, s. 7 right to life, liberty and security of person—Plaintiff not within enumerated or analogous ground of discrimination in Charter, s. 15—Treatment of other taxpayers irrelevant to plaintiff's appeal—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(1)(ii) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26; 1988, c. 55, s. 34), 110(1)(f)(iii) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 65; 1988, c. 55, s. 77)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

HOKHOLD V. CANADA (T-1165-89, Rothstein J., order dated 30/6/93, 13 pp.)

## PRACTICE

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing defendant's appeal and referring back to M.N.R. assessment made against latter for 1986 taxation year—In 1961 defendant purchased shopping centre for total of \$3,403,471 and resold it in August 1986 to I.P.C.F. Properties Inc.—Under Income Tax Act, s. 13(21.1), Minister disallowed final loss claimed by defendant of \$981,240 and reduced taxable capital gain reported by \$490,620—Whether s. 13(21.1)(a), in effect since May 9, 1985, applicable to transaction made on August 29, 1986 between I.P.C.F. Properties Inc. and defendant—Under s. 7(2) of Act to amend the statute law relating to income tax and to make a related amendment to the Tax Court of Canada Act, s. 13(21.1)(a) applicable to any disposition occurring after May 9, 1985 other than dispositions occurring pursuant to terms of agreement in writing entered into on or before that date—Whether lease of August 31, 1961, and option conferred by it, could be regarded as agreement in writing concerning disposition of shopping centre—Transitional legislation remedial in nature—Such provisions necessary in tax matters since well established in this area that state of law confers no vested right for subsequent years—Transitional provision (s. 7(2)) quite limited in scope as only applies to dispositions occurring pursuant to contract concluded in accordance with old Act—Purchase offer cannot be "agreement" within meaning of transitional provision—Legal consequences of purchase option distinct from ordinary offer—Disposition in question made in

**INCOME TAX—Continued**

accordance with terms of option agreement—Question of interpretation as to scope of transitional provision must be answered by reference to provision of substantive law it accompanies and specific situation Parliament sought to alleviate by introducing it—Introduction of s. 13(21.1)(a) intended to end planning which, though legitimate, regarded by Parliament as undesirable—Transitional provision enacted exclusively to protect possible seller who had obligated himself to effect sale under old law—Since shopping centre disposed of in accordance with terms contained in option agreement, effect of transitional provision to exclude application of s. 13(21.1)(a) of Act—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 13(21.1)(a) (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 7).

CANADA V. TRADE INVESTMENTS SHOPPING CENTRE LTD.  
(T-1398-90, Noël J., judgment dated 6/7/93, 18 pp.)

**SEIZURES**

Notice of motion for directions as to measures to be taken by sheriff in carrying out federal writ of *fiery facias* against RRSP—Taxpayer not paying certified tax indebtedness of \$94,574.80 pursuant to letters to pay—Sheriff seizing RRSP—Federal Court Act, s. 56 providing writs of execution or other process for enforcement of judgments or orders of Court to be executed as nearly as possible in same manner as similar writs or process issued out of superior court of province in which property to be seized situated—Manitoba Executions Act, s. 7(1) providing sheriff shall seize certain specified things or “other securities for money of judgment debtor” against whom writ issued—“Securities for money” construed as *ejusdem generis* with preceding words—As preceded by “other”, construed to mean security documents and other entitlements to money analogous to promissory notes or cheques—RRSP within “other securities for money”—Context of s. 7(1) not suggesting technical distinctions between different types of instruments intended—Executions Act aid in recovery of judgments by judgment creditors—Intended to broaden types of assets subject to seizure from what may have been possible under common law—Although RRSP’s not existing when Executions Act enacted, s. 7 not construed as frozen in time—Under s. 7(1) property including property “of the judgment debtor against whom the writ is issued, or in which he has any interest”—Where judgment debtor having interest in property such as equitable interest under trust, s. 7(1) indicating property subject to execution—Assignability or transferability not condition attaching to definition of “other securities for money”—Halsbury’s definition of “securities” not containing such restriction—Even securities normally assignable or transferable may be subject to non-transferability or assignability provision—Such clause would not take instrument out of definition of “other securities for money”—S. 7(1) including securities redeemable only, i.e. RRSP’s—RRSP exigible under Manitoba Executions Act and properly subject to writ of *fiery facias* issued out of this Court—Executions Act, R.S.M. 1987, c. E160, ss. 5(1), 7(1)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 224(1) (as am. by S.C. 1990, c. 34, s. 1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 56—Queen’s Bench Rules, Man.

**INCOME TAX—Concluded**

Reg. 553/88, R. 60.16—Bills of Exchange Act, R.S.C., c. B-4—Judgments Act, 1838 (U.K.), I & II Vict., c. 110, s. 12.

SINCLAIR (RE) (ITA-8128-92, Rothstein J., order dated 25/5/93, 10 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****PREROGATIVE WRITS**

Application for orders quashing Minister’s decision affirming Park Superintendent’s decision not to reinstate resident outfitter’s licence (ROL), quashing Banff National Park Management Plan, *mandamus* requiring Minister to direct Park Superintendent to consider application for renewal of ROL—Applicant carrying on business in Banff National Park for more than 30 years under ROL issued annually until 1989—Under ROL applicant dealing directly with Park Administration for access to and operation of campsites—Decisions concerning issue of ROL made in context of management plan for Park—Plan, approved in 1988, providing for continued licensing of only two named resident commercial horse outfitters—Although no definition of “resident outfitter” in plan, plan applied so as to mean one entitled by agreement with Parks Canada to access to and occupation of semi-permanent camps—Applied interpretation changed understanding prevailing until 1988—Applicant selling part of its business in 1975 to Warner & MacKenzie, but agreement not relating to licence as resident outfitter—After 1985 applicant not dealing with Parks Canada about accessibility to campsites, but dealing with non-profit excursion group—Continuing operations as outfitter in Park under another form of business licence since 1989, but concerned failure to recognize status as resident outfitter in Park may adversely affect future operations—As to Plan, alleging unfairness in limitation to two named enterprises only at final stage of Banff plan although applicant holding ROL for many years—As to Minister’s decision, alleging unfairness based on irrelevant considerations, lack of procedural fairness in refusal of application for ROL in that applicant not given fair hearing or opportunity to be heard—Application allowed—As specific limitation not beyond authority of Minister, plan not quashed—Minister’s decision, in considering applicant’s appeal from decision of Park officials to refuse licence, based on improper factors—Minister accepted 1975 sale of part of business transferred applicant’s privilege to hold ROL to purchaser, contrary to evidence herein—Also accepted after sale applicant no longer resident outfitter in Park and undertaking no resident outfitting in Park, although applicant continuing to operate under ROL issued annually until 1989—Applicant not having notice of implicit change in definition or qualification for resident outfitter’s licence—Failure to consider significance of such change for applicant and failure to consider operated for many years under ROL while applying strictly provision of plan limiting privilege of holding ROL to two others named in plan constituting fettering of discretionary authority vested by Regulations in Park Superintendent—As plan merely providing guidance for administration of park, must be followed in manner consistent with Minister’s obligations under Act to serve objectives set out therein and under administrative law principles to do so in accordance with prin-

**JUDICIAL REVIEW—Concluded**

ciple of fairness—If provisions of plan conflict with obligations under Act or under law to act fairly, must give way—By expressly providing for only two resident outfitters' licences to be issued to two named firms which had agreements separate from licences to use of group camps, administrators assuming qualification for ROL not previously term for such licence, without notice of changes either in evolving process for management plan or in relation to renewal of licence to applicant—Assumption not consistent with principle of fairness—Decision not to issue licence in reliance upon plan quashed—Insufficient delay in instituting proceedings to warrant Court declining to exercise discretion—When decision quashed because exercise of public duty not meeting duty of fairness, decision nullity and outstanding duty to exercise discretion fairly remains—No special reasons warranting award of costs—National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14, ss. 4, 5 (as am. by S.C. 1988, c. 48, s. 4)—National Parks Businesses Regulations, C.R.C., c. 1115, ss. 3, 4, 8, 9—Federal Court Act, R.S.C., 1986, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1608.

BREWSTER MOUNTAIN PACK TRAINS LTD. v. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-2231-90, MacKay J., order dated 9/7/93, 29 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application to set aside Canada Labour Relations Board's decision certifying respondent Union as bargaining agent in so far as relating to Agro Managers and Assistant Agro Managers—Farm supply and services business one component of applicant's grain trade business, focus of which operation of country elevators declared under Canada Grain Act to be works for general advantage of Canada—Products and services sold from premises adjacent to applicant's elevators and additionally from facilities designated as Agro Centres and Farm Supply Centres—Employees providing farm supplies and services from premises adjacent to country elevators designated Agro Managers/Assistant Agro Managers—Agro Centre and Farm Supply Centre employees and Agro Managers spending majority of time working in farm supply business—Board excluding employees at Agro Centres and Farm Supply Centres from bargaining unit, but including Agro Managers without offering any explanation or reasons for determination—Board holding jurisdictional issue raised by applicant (jurisdiction over employees selling farm supplies and services) irrelevant—Application allowed—Jurisdictional issue serious—Appropriate test in situation of this kind set out in *Northern Telecom Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115—Board should have approached evaluation of subsidiary operation from perspective of whether or not employees of subsidiary operation "vital", "essential", "integral" to federal undertaking, keeping in mind core undertaking (primary country elevators) federal undertaking—Whether work being done by employees in question (Agro Managers) closely related to operation of core federal undertaking also germane—Board's omission to pronounce on jurisdictional issue reviewable error

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

ALBERTA WHEAT POOL v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (A-1271-91, Heald J.A., judgment dated 21/6/93, 8 pp.)

**MARITIME LAW****PILOTAGE**

Action to declare void and *ultra vires* s. 4(1) of Laurentian Pilotage Authority Regulations, by which ship *N.M. Cicero* subject to compulsory pilotage, to exempt vessel from compulsory pilotage in future and to obtain reimbursement of pilotage dues paid from July 29, 1990 to date of final judgment—S. 4(1) imposes compulsory pilotage on ships registered in Canada and operating within district No. 2 with over 2,000 registered tons—As result of new measurement increasing tonnage of *N.M. Cicero* to 7,254.76 tons, Authority reimposed compulsory pilotage on ship for district No. 2—Clause challenged by plaintiff Oceanex not limited to registration—Criteria associated with physical characteristics of ships, such as length and tonnage, cannot be dissociated from concept of navigational safety—Fact no incident occurred when *N.M. Cicero* not subject to compulsory pilotage in district No. 2 does not mean Regulations unreasonable or arbitrary—S. 4(1) valid and consistent with powers conferred on authority by legislation—Action dismissed—Laurentian Pilotage Authority Regulations, C.R.C., c. 1268, s. 4(1).

SOCIÉTÉ DE TRANSPORT MARITIME ACE INC. v. LAURENTIAN PILOTAGE AUTHORITY (T-1099-91, Dubé J., judgment dated 30/7/93, 10 pp.)

**PAROLE**

Application for judicial review from referral made by Commissioner of Correctional Service Canada to Chairman of National Parole Board and from decision by Board to keep applicant in custody and decision of Appeal Division of Board to uphold decision—Prisoner entitled to be released on parole after serving two-thirds of sentence unless Correctional Service refers case to Board at latest six months before scheduled date of release and Board decides otherwise—Applicant imprisoned for sexual assaults against young girls and denied parole on ground had not acknowledged guilt and was likely to commit further offences—Supreme Court of Canada found in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143 Parole Act, s. 21.3(3) infringed right to liberty guaranteed in s. 7 of Charter, but infringement not contrary to principles of fundamental justice under s. 7—Supreme Court's decision in *Cunningham* conclusive—Board entitled to treat conclusions of report of March 28, 1991 as new information—Application dismissed—Parole Act, R.S.C. (1985), c. P-2, s. 21.3(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 5).

BEAULIEU v. INGSTRUP (T-1686-92, Noël J., order dated 18/5/93, 5 pp.)



**PAROLE—Concluded**

Applications to quash (1) Commissioner of Corrections' decision to refer applicant's case to National Parole Board for interim detention hearing; (2) Board's decision reasonable ground to conduct interim detention hearing and that sufficient evidence to justify second detention hearing; (3) Board's decision to revoke applicant's release on mandatory supervision—Applicant serving six-year sentence for sexual molestation of minors—At detention hearing Board ordering release on mandatory supervision—Finding possibility of death or serious harm, but legislation demanding significant degree of probability—Publicity surrounding pending release generating new information suggesting risk factors changed so that reasonable grounds to believe applicant likely to commit offence causing death or serious harm—Case referred to Chairperson of Board for detention review—Board ordering applicant be detained for detention review—At detention review Board considering evidence of former victim as to psychological damage caused by experience, letter from doctor indicating applicant harbouring intense anger toward society which could be reinforced by public notoriety and affect change in pattern of his crime, medication prescribed to applicant having potential to stimulate sexual drive—Board ordering continued detention—Applications dismissed—Although Board erred in demanding more than balance of probabilities when first ordered release, no error in jurisdiction in deciding to detain applicant until full detention hearing held—Under Act, Commissioner having jurisdiction to make more than one referral to Board—Board also empowered to reconsider and change earlier decision—Jurisdiction not limited by s. 107—On judicial review application, Court lacking authority to "second guess" Board with respect to finding of facts, unless patently unreasonable—Court unable to conclude Commissioner made unreasonable finding of fact when relied upon doctor's letter as basis for deciding new information which raised likelihood of applicant committing offence causing serious harm—Also not patently unreasonable to consider information relating to effect of prescription medication administered prior to release—Evidence suggesting subsequent to initial hearing change in applicant's psychiatric condition indicating possibility would reoffend and cause serious harm to another—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 129, 131, 132—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1620 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

BUDREO V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-99-93, McKeown J., judgment dated 9/7/93, 16 pp.)

**PRACTICE**

Constitutional questions—Where application for leave to appeal raising issue concerning constitutional operability of paragraph of regulations, applicant not required to give notice of constitutional question under Federal Court Act, s. 57—S. 57 requiring notice where constitutional validity, applicability or operability of regulations in question before Court—Court not asked to adjudge constitutional validity, applicability or operability of law in application for leave to appeal, but whether arguable case—Notice of constitutional question premature, if not presumptuous at this preliminary stage—Federal

**PRACTICE—Continued**

Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

SINGH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-A-6599, Décary J.A., order dated 18/6/93, 1 p.)

**COSTS**

Application for security for costs based on argument plaintiff ordinarily resident outside jurisdiction pursuant to R. 446(1)(a)—Plaintiff incorporated in U.S. state of Delaware where it has head office and registered in British Columbia as extra-provincial company—In order to be entitled to require security for costs defendant must first establish plaintiff in one of categories of R. 446(1)(a) to (d) and that circumstances warrant granting of security—Fact plaintiff long had place of business in Canada, has employees here and keeps inventory and accounts receivable for large sums operates in its favour and constitutes circumstances justifying Court in exempting it from providing security—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 446(1).

STRUCTURAL INSTRUMENTATION, INC. V. BALANCE ÉLECTRONIQUE DE CAMION R.T. INC. (T-1055-93, Denault J., order dated 3/8/93, 4 pp.)

**LIMITATION OF ACTIONS**

Application for 1) order for summary judgment on action; 2) order striking out certain paragraphs from statement of claim; 3) stay of action pending appeal to Ontario Court of Justice; 4) order for security for costs—Respondent Olympia liable to pay federal sales tax on selling price of window coverings—Failing to submit monthly federal sales tax returns for first two months of 1985—Search warrant executed against Olympia's premises in August 1986—Both respondents charged with 73 counts under Excise Tax Act—Trial on criminal charges commenced in October 1989—Action taken by respondents against applicant for breach of duty under Excise Tax Act and, on behalf of corporate respondent, for deprivation of entitlement under Act—Ontario Court of Justice, General Division, refusing to grant summary judgments dismissing plaintiff's claims, or stay of proceedings in actions—Respondents' action based on malicious prosecution—Application for summary judgment dismissed as pleadings and other documents disclosing serious issue to go to trial—Ontario Court of Justice, Divisional Court, finding claims of personal respondent statute barred under Ontario Public Authorities Protection Act, s. 7 or Excise Tax Act, s. 112(1)—Statement of claim out of time under both Acts—No dispute as to public nature of actions taken by applicant—Parliament's intention in enacting Crown Liability and Proceedings Act, s. 32 that relevant provincial limitation periods apply to federal Crown in situations involving limitation periods—Allegations in statement of claim of most serious nature—Proof of malicious prosecution cannot be made without discoveries and benefit of trial—Inappropriate to bar continuation of action based on statutory limitation period applicable or not depending upon whether *mala fides* proven at trial—Court will only strike pleadings in plain and obvious cases where case beyond doubt—Questions at issue different—Striking of paragraphs in question would decimate respondent's claim—Impugned paragraphs supportive of allegations of malicious

**PRACTICE—Concluded**

prosecution—Stay of proceedings before Ontario Court of Justice denied—Application dismissed—Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P-38, s. 7—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 111, 112—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 32 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31).

OLYMPIA INTERIORS LTD. v. CANADA (T-1436-92, Gibson J., order dated 22/7/93, 28 pp.)

**PUBLIC SERVICE****LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of decision by Public Service Staff Relations Board which held applicant could not refuse to authorize posting of documents respondent wished to publicize—Deputy Chairman of Board concluded nothing unlawful, wrongful or harmful to employer in documents and could have been posted—Question presented mixed one of law and fact which involved, first, interpretation of clause of collective agreement, and second, assessment of situation of fact—Test in clause M-9.01 of collective agreement simply requires reasonable belief by employer documents could be adverse to its interests—Test of potential harm stated in clause M-9.01 both subjective and objective—Whatever interpretation of said clause, hard to see what harm employer could reasonably suffer as result of posting of documents in question—Although mistaken as to legal status of Treasury Board, Board took into account requirement Public Service shall be politically neutral in order to maintain public confidence in it—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (A-685-92, Marceau, Desjardins, Létourneau J.J.A., judgment dated 15/6/93, 14 pp.)

**PRACTICE**

Application for judicial review of interlocutory ruling of Appeal Board denying representative of applicants disclosure of certain information relevant to proceedings conducted—Whether denial of procedural fairness to applicants by reason of decision—Applicants found to have failed ability assessments for position of Inquiries and Adjudication Unit Head for Revenue Canada at Halifax—Respondent, through Public Service Commission, objecting to disclosure of applicants' tests, answers and marking of tests—No dispute between counsel as to importance of maintaining confidentiality of information at issue—Whether representative of applicants entitled to disclosure of information as well as registered psychologist authorized by Appeal Board's ruling—Denial of procedural fairness herein—Parties entitled to be represented effectively in adversarial proceedings—Without access to all relevant information, counsel or representative unable to persuade court or tribunal as to merits of client's case—Appeal Board ignoring role of counsel or representative by limiting disclosure only to person able to give evidence before tribunal—Error for Appeal Board

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

to limit disclosure in such manner—Unusual for counsel or representative to be denied disclosure of confidential information—Application granted.

BARTON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2534-92, Rothstein J., order dated 22/7/93, 8 pp.)

**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application for review of decision of Public Service Commission Appeal Board dismissing appeal against appointment to position of Communications Engineering Manager within Transport Canada—Applicant not achieving acceptable minimum rating on "knowledge"—Chairperson unable to conclude bias evident in assessment of applicant against knowledge qualification for position—Competition herein "closed competition" under Public Service Employment Act, s. 21(1)—"Reasonable apprehension of bias" insufficient to support conclusion merit principle contravened—"Knowledge" component of process very important—Evaluation of "knowledge" in selection process very subjective exercise—Evidence of actual bias not apparent on face of record alone, but sufficient evidence to support finding process not carried out in manner calculated to identify most meritorious candidate—Application allowed in part—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21(1).

HNATIUK v. CANADA (TREASURY BOARD) (T-2064-92, Gibson J., order dated 12/7/93, 8 pp.)

**TERMINATION OF EMPLOYMENT**

Application for judicial review of decision by grievance adjudicator pursuant to Public Service Staff Relations Act—Applicant, who was business file auditor with Revenue Canada (Taxation), discharged from position by decision of Assistant Deputy Minister on July 16, 1990—Internal investigation indicated applicant placed himself in conflict of interest situation by not disclosing financial interests in real estate brokerage firm, had access to computer system containing tax information on taxpayers without authorization and used documents for purposes other than those required by work—Adjudicator's decision in employer's favour—Main point at issue sanction imposed by employer and adjudicator's decision to confirm it—Examination of case disclosed no error of law—In law question of whether employee's misconduct justifies discharge question of fact—Applicant seemed incapable of distinguishing between private interests and those of employer—Argument of applicant's counsel that client's actions "freak" occurrences of relatively little importance, because did not derive any direct pecuniary benefit, inadmissible—Several acts involved from 1985 to 1988—Adjudicator took into account all relevant factors, and conclusion discharge imposed by employer justified unimpeachable—Application dismissed.

CÔTÉ v. CANADA (TREASURY BOARD) (A-77-92, Hugessen J.A., judgment dated 22/6/93, 11 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ALIMENTS ET DROGUES

Appel du rejet de la «question de droit» relative au fardeau de la preuve et de la question de l'imposition de directives—Le juge Rouleau avait déjà imposé un calendrier accéléré pour ce qui était des questions en appel—Conformément aux art. 6 et 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), toutes contestations des demandes d'avis de conformité empêchent le ministre de délivrer un avis jusqu'à l'expiration du brevet ou jusqu'à ce que la Cour déclare que les allégations ne sont pas justifiées ou que, en vertu de l'art. 7(2)b), aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne serait contrefaite—Le Ministère s'attend à ce que la Cour fédérale rende des décisions sur l'invalidité des brevets ou détermine si un procédé de rechange soumis pour un médicament générique constitue une contrefaçon—La procédure de contrôle judiciaire ne constitue pas la méthode appropriée pour trancher ces demandes—Chaque cas exigera de longs procès et des témoignages *viva voce*—En déposant simplement une demande, le breveté obtient une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité pour une période provisoire de 30 mois—En fait, une injonction interlocutoire est décernée—Le Règlement prévoit que la Cour, en se fondant sur la preuve par affidavit seulement, devrait être en mesure de statuer sur la validité d'un brevet de médicaments ou de déterminer si une demande soumise pour un médicament générique quant à sa fabrication et à son procédé constitue une contrefaçon—Le Règlement prévoit qu'on procède au moyen d'un contrôle judiciaire, mais il convient d'ordonner que ces demandes soient entendues au moyen d'une action, conformément à la Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5, 6, 7.

BAYER AG C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1192-93, juge Rouleau, ordonnance en date du 23-7-93, 5 p.)

## AVOCATS ET PROCUREURS

Requête en disqualification d'un cabinet d'avocats agissant pour le compte des demandeurs—Il est allégué que ledit cabinet s'est placé dans une situation de conflit d'intérêts en agissant pour et contre un même client—Affrètement à temps du navire *M.V. Pollux* en vertu duquel l'une des défenderesses

## AVOCATS ET PROCUREURS—Fin

s'engageait à transporter des marchandises de Port-Alfred (Québec) vers les États-Unis—Au cours du chargement de la cargaison, une violente explosion se produisit dans les cales du navire, ce qui a provoqué la mort de deux marins et endommagé lourdement le navire—À la suite de cet événement, plusieurs poursuites ont été intentées devant la Cour fédérale du Canada—Dans l'une de ces poursuites, Alcan Aluminium Ltd. réclame la somme de 18 millions, Transport Desgagnés Inc. (TDI) étant l'une des parties visées par cette action—La firme Marler, Sproule, Castonguay représentait Alcan dans cette poursuite et TDI dans une autre poursuite reliée au même événement—L'art. 3.05.04 du Code de déontologie du Barreau du Québec comporte une interdiction absolue de représenter des intérêts opposés—Les avocats Marler, Sproule et Castonguay se sont placés dans une situation délicate sinon carrément intenable en cherchant d'une part à faire condamner la Reine à verser la somme de 350 000 \$ à leur cliente TDI, alors qu'ils cherchent à obtenir une condamnation solidaire contre cette même compagnie pour la somme de 18 millions—Requête accueillie.

ALCAN ALUMINIUM LTD. C. DESGAGNÉS MARINE SERVICES INC. (T-649-92, juge Denault, ordonnance en date du 8-7-93, 11 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre et le membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ont conclu que la revendication du statut de réfugié faite par le requérant était dépourvue d'un minimum de fondement—Le requérant, qui est citoyen du Vietnam, ne parle pas couramment le vietnamien—À l'audience sur le minimum de fondement, une interprétation en vietnamien et à partir de cette langue a été offerte et acceptée—Les défauts mineurs dont l'avocat a fait état ne découlent pas de l'impossibilité pour le requérant de comprendre la traduction vers le vietnamien ou à partir de cette langue—Rien ne portait à croire que le requérant ou son avocat s'opposait à l'usage du vietnamien ou préférerait la traduction vers une autre langue ou à partir d'une autre langue—Absence d'erreur de droit relative à la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

question de l'interprétation—Le requérant a librement choisi son avocat—L'omission de déposer d'autres éléments de preuve des conditions du pays ne démontre pas l'incompétence de l'avocat—Aucune erreur de droit n'est commise lorsque la cour siège dans une affaire où une partie ou les deux parties sont représentées par des avocats inexpérimentés—L'omission de l'avocat d'informer un client de toutes les possibilités d'appel n'influe nullement sur la décision faisant l'objet de l'appel—Aucune erreur de droit n'a été commise dans l'évaluation ou dans le processus décisionnel du tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement—Demande rejetée.

HUYNH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1772, juge Rothstein, ordonnance en date du 24-6-93, 9 p.)

### *Compétence de la Cour fédérale*

Appel de l'ordonnance par laquelle le juge de première instance a rejeté une requête en réexamen de l'ordonnance rejetant la demande présentée en vertu de la Règle 23 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, en vue de la prorogation du délai de dépôt de certains affidavits et observations écrites à l'appui de la demande d'autorisation d'introduire une instance en contrôle judiciaire—Appel rejeté—L'interdiction d'interjeter appel prévue à l'art. 82.2(1) de la Loi sur l'immigration vise non seulement les appels d'ordonnance, rendues en vertu de l'art. 82.1(1), rejetant les demandes d'autorisation d'introduire une instance en vue d'un contrôle judiciaire, mais aussi les appels d'ordonnances rendues par suite de demandes faisant partie intégrante de pareilles demandes d'autorisation: *Conception c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. F-55 (C.A.); *Rammarine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. F-8 (C.A.)—La compétence que possède la Section de première instance d'accueillir ou de rejeter une demande d'ordonnance prorogeant le délai de dépôt de documents étayant une demande d'autorisation d'introduire une instance en vue d'un contrôle judiciaire fait partie intégrante de la compétence d'entendre une demande d'autorisation d'introduire une instance en vue d'un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 82.1—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (éditée par L.C. 1992, ch. 49, art. 93), 82.2 (mod., *idem*)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, Règles 9, 23—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (éditée par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 27(2) (mod., *idem*)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 2(2).

RAFIQUE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1315-92, juge en chef Isaac, jugement en date du 20-4-93, 5 p.)

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes non admissibles*

Requête en vue de l'autorisation de demander une ordonnance prononçant le sursis de la mesure d'exclusion ou sursoyant à l'exécution de ladite mesure—Le requérant, qui est citoyen du Sri Lanka, a été jugé inadmissible aux termes de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

l'art. 19(2)d) de la Loi sur l'immigration de 1976—Le projet de loi C-86, Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993—Les dispositions transitoires de l'art. 110 accordent à l'arbitre la compétence législative nécessaire pour reprendre et mettre à terme l'enquête entreprise sous le régime de la Loi de 1976—Selon l'art. 110, l'enquête n'a pas à avoir été entreprise en vertu d'une disposition abrogée ou modifiée par le projet de loi C-86, pourvu qu'elle ait commencé avant l'adoption du projet de loi—Le requérant a omis d'établir l'existence d'une question sérieuse à trancher—Requête rejetée—Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence, L.C. 1988, ch. 35, art. 41, 42, 43, 44—Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49, art. 110.

SAHAYARAJAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (Imm-1691-93, juge Noël, ordonnance en date du 21-7-93, 7 p.)

### *Processus d'enquête en matière d'immigration*

Demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion—Le requérant Idemudia a été reconnu coupable d'avoir fait le trafic de crack et de cocaïne—Il a été conclu que la revendication du statut de réfugié qu'il avait présentée était dénuée d'un minimum de fondement—Une ordonnance d'expulsion a été rendue à son endroit—Les requérants se sont mariés en mars 1992—La demande de parrainage et d'octroi, au Canada, du droit d'établissement a été rejetée par l'agente d'immigration en raison de contradictions dans les déclarations que chaque requérant avait faites à l'entrevue—L'obligation de contester l'ordonnance d'expulsion pour obtenir un sursis fait abstraction de l'économie et de l'interaction des diverses procédures de la Loi sur l'immigration—La demande de sursis peut faire l'objet d'un examen, même si l'on ne conteste pas directement l'ordonnance d'expulsion visée par la demande de sursis—Il n'est pas certain qu'il soit erroné d'interjeter appel devant la Commission d'appel de l'immigration—On peut examiner une demande de sursis présentée en même temps qu'une demande d'autorisation auprès de la Cour fédérale—Il existe une crainte de partialité parce que l'agente d'immigration s'était occupée antérieurement du cas d'Idemudia et avait fait arrêter ce dernier—Les deux procédures dans lesquelles l'agente d'immigration est intervenue étaient différentes—Rien ne montre que l'agente d'immigration avait agi d'une manière abusive ou partielle la première fois en faisant arrêter Idemudia—Il n'existe aucune question sérieuse quant à la crainte de partialité—Question de savoir si les requérants se sont vu refuser la possibilité de savoir à quels points contradictoires l'agente d'immigration s'était arrêtée, ainsi que celle de les expliquer—Il n'appartient pas à la Cour de substituer son opinion à celle de l'agente d'immigration pour ce qui est de l'entrevue que cette dernière a menée—L'agente d'immigration a donné aux requérants l'occasion d'expliquer les contradictions relevées dans leurs déclarations—Il n'y a pas eu de manquement aux règles de l'équité procédurale—Les difficultés personnelles alléguées par les requérants ne constituent pas un préjudice

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—**

## Suite

irréparable—Les mesures soudaines que l'intimé a prises en mettant le requérant Idemudia sous garde n'ont aucun rapport avec la présente décision—Demande rejetée.

IDEMUDIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (Imm-3277-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 30-6-93, 12 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Le tribunal a admis en preuve les notes dans lesquelles l'agent d'immigration avait consigné les réponses données par le requérant au point d'entrée et s'est appuyé sur elles—Le requérant a contesté l'exactitude des notes—Le tribunal a refusé d'exiger la comparaison de l'agent en vue d'un contre-interrogatoire—Les notes ne contiennent pas de conclusions ou de décisions fondées sur un jugement—*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Leal* (1991), 129 N.R. 383 (C.A.F.) et *Re Cheung et le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1981), 122 D.L.R. (3d) 41 (C.A.F.) appliqués—Les règles de justice naturelle exigent le contre-interrogatoire de l'agent—*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14).

KUSI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1429, juge Reed, ordonnance en date du 1-6-93, 7 p.)

Demande d'ajournement de l'audience fondée sur le motif que la Section du statut de réfugié a omis de se conformer à l'ordonnance d'un juge de la Cour fédérale obligeant le tribunal à produire son dossier dans un délai de dix jours—Le registraire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a écrit à l'administrateur de la Cour fédérale, l'informant que l'ordonnance ne serait pas observée dans le délai imparti—La Cour reconnaît que le tribunal est surchargé, par suite du grand nombre d'affaires de réfugiés, mais la lettre disant que le tribunal ne pouvait pas se conformer à l'ordonnance de la Cour ne constitue pas la procédure à suivre et n'entraîne pas la modification de l'ordonnance—De fait, le registraire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est en théorie coupable d'outrage au tribunal—La procédure appropriée consiste à demander la modification de l'ordonnance de la Cour—Le tribunal n'est pas techniquement partie à l'action, mais il aurait néanmoins qualité devant la Cour pour présenter une requête en vue de la modification de l'ordonnance qui lui est adressée—Une copie des présents motifs sera envoyée au registraire du tribunal—Ajournement accordé et fixation d'un nouveau calendrier préalable à l'audience et de la date d'audience.

KULANTHAVELU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (Imm-57-93, juge Reed, ordonnance en date du 23-9-93, 4 p.)

Demande d'autorisation de contre-interroger l'auteur d'un affidavit—L'art. 12(2) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, interdisent le contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit en l'absence de raisons spéciales—Demande rejetée—On n'a démontré l'existence d'aucune raison spéciale en l'espèce—Les inexactitudes alléguées ne seraient pas clarifiées au moyen d'un contre-interrogatoire—

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—**

## Suite

Elles ne sont pas pertinentes ou elles sont résolues au moyen de l'examen de la preuve documentaire—Les erreurs alléguées semblent contester les documents en soi—Les Règles sont conçues de façon à prévoir une procédure relativement simple et rapide permettant à la Cour de déterminer si une demande d'autorisation soulève une question sérieuse qui devrait être examinée au moyen de la procédure normale de contrôle judiciaire—Étant donné qu'il s'agit d'une question de première impression, les dépens ne sont pas adjugés, mais les requêtes futures pourront entraîner l'adjudication de dépens si elles sont présentées pour des raisons si peu fondées—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règles 12(2), 22.

KANES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (Imm-1918-93, juge Strayer, ordonnance en date du 4-5-93, 4 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel du refus d'attribuer la citoyenneté, le refus étant fondé sur le fait que les conditions de résidence n'étaient pas remplies—Le requérant réside au Canada depuis qu'il a obtenu son statut de résident permanent en 1976 ou en 1986—Il a demandé la citoyenneté le 16 janvier 1992—Pendant la période pertinente aux fins du calcul de la durée de la résidence, l'appelant a été en probation pendant un an, période pendant laquelle il a également été condamné à une journée de prison à l'égard de deux infractions punissables par voie de déclaration sommaire—L'art. 21 de la Loi sur la citoyenneté prévoit que la période pendant laquelle une personne a été sous le coup d'une ordonnance de probation ou a été détenue dans une prison n'est pas prise en compte pour la durée de la résidence—Appel accueilli—Il n'existe aucune disposition prévoyant que, si une personne a fait de la prison ou a été en probation après avoir été au Canada pendant plusieurs années, toute la période de résidence antérieure doit être omise pour l'application de l'alinéa 5(1)c)—Dans les quatre ans qui ont précédé la date de la demande, l'appelant avait résidé au Canada—En vertu de l'art. 21a), l'une de ces années ne peut pas être prise en compte—Le requérant a résidé au Canada pendant trois ans, ce qui est suffisant pour qu'il soit admissible en vertu de l'art. 5(1)c)—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c), 21.

FURTADO (RE) (T-30-93, juge Strayer, jugement en date du 24-6-93, 3 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section du statut de réfugié (SSR) a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un citoyen de la République populaire de Chine revendiquant le statut de réfugié au sens de la Convention du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—À l'ouverture de l'audience devant la SSR, le requérant a produit une preuve documentaire selon laquelle il y avait eu une manifestation devant le consulat de la Chine à Toronto, à la fin de 1990 ou au début de 1991, pendant qu'il habitait à

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Toronto, laquelle comprenait des photographies montrant qu'il participait à la manifestation—Les journaux produits en preuve étaient rédigés en chinois—Aucune preuve orale n'a été présentée relativement aux documents, et ces derniers n'ont pas été mentionnés dans l'argumentation—Après avoir brièvement mentionné les documents, la SSR a conclu que le demandeur avait abandonné la revendication qu'il avait présentée en vue d'être déclaré réfugié sur place—Demande accueillie—L'art. 69.1(6) de la Loi sur l'immigration et les Règles de la Section du statut de réfugié établissent le principe général selon lequel la revendication ne devrait pas être considérée comme ayant été abandonnée sans qu'on donne au requérant une possibilité raisonnable de faire des représentations—La SSR n'a pas donné pareille possibilité au requérant—La SSR a omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait d'agir d'une façon équitable envers les requérants comparaisant devant elle lorsqu'elle a reconnu que la preuve documentaire constituait le fondement d'une revendication sur place possible, mais a ensuite décidé de considérer la revendication comme ayant été abandonnée sans d'abord inviter expressément le requérant à faire des représentations à ce sujet—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(6) (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)—Règles de la Section du statut de réfugié, DORS/89-103.

CHEN C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (A-1176-91, juge Gibson, ordonnance en date du 6-8-93, 7 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé le statut de réfugié—Le requérant est originaire de la Somalie—En sa qualité de membre du clan Midgan, il est considéré comme socialement inférieur et fait l'objet de discrimination et d'intimidation—La revendication du statut de réfugié est fondée sur la crainte de persécution du fait de l'appartenance du requérant à un groupe social, à savoir un clan—La Commission a conclu que la Somalie est un pays où il existe une situation de guerre civile où les actes de violence et d'illégalité commis au hasard jouent un rôle important—Elle a jugé que les membres du clan Midgan ont par le passé été considérés comme un groupe inférieur et ont été victimes de discrimination, mais elle n'a pas pu trouver d'éléments de preuve visant à établir que les requérants étaient des réfugiés au sens de la Convention—Après avoir fait remarquer qu'une situation de guerre civile dans un pays ne fait pas obstacle à la revendication du statut de réfugié (*Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.F.)), la Commission a adopté le point de vue exprimé par la Cour d'appel fédérale dans *Rizkallah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. F-41, que les demandeurs du statut de réfugié doivent établir qu'ils font eux-mêmes l'objet de persécution pour un motif visé par la Convention—Cette persécution doit de quelque façon être dirigée contre eux, personnellement ou collectivement—Comme la crainte des demandeurs est ressentie par tous les citoyens de la Somalie d'une façon générale comme conséquence de la guerre civile, les demandeurs n'ont pas établi qu'ils font l'objet de persécution pour les motifs visés par la définition de réfugié au sens de la Convention—Demande rejetée—Les éléments de preuve présentés par les requérants eux-mêmes ont trait au bombardement général des villes et des villages—Les

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

membres des divers clans deviennent des victimes, que ces clans soient par ailleurs considérés comme des amis ou comme des ennemis des agresseurs—De nombreux éléments de preuve étayaient la conclusion de la Commission—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2.

HERSI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-6574, juge Joyal, jugement en date du 5-5-93, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section du statut de réfugié a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante est une Lettonienne catholique qui a épousé un Biélorusse juif—On estimait que le mariage était mixte tant au point de vue de la nationalité que de la religion—Par suite du mariage mixte, la requérante a été assujettie à divers genres de harcèlement—Elle a été battue parce qu'elle était une «fasciste lettonienne»—Elle a reçu de nombreuses notes de menace anonymes la qualifiant de traîtresse parce qu'elle avait épousé un non-Lettonien—La requérante et son mari ont tous deux perdu leur emploi parce que celui-ci n'était pas Lettonien—Son jeune fils a été battu à plusieurs reprises par des enfants russes et lettoniens—Depuis le départ de la requérante et de son fils, leur maison a été souillée de graffiti antisémitiques et d'étoiles de David—De nombreux éléments de preuve documentaire ont été produits au sujet de la situation qui a donné lieu à la revendication de la requérante—Le tribunal a conclu que la requérante et son fils étaient dignes de foi, mais il a conclu qu'il n'existait pas de «possibilité sérieuse» de persécution si la requérante était renvoyée en Lettonie—Il a jugé que l'intimidation dont avait été victime l'intéressée ne pouvait pas être considérée comme constituant des actes cumulatifs équivalant à de la persécution et qu'il n'existait qu'un «simple risque» que l'intéressée puisse être victime de persécution—Demande accueillie—Le tribunal a commis une erreur en utilisant la notion de «simple risque» comme fondement approprié permettant de conclure que la requérante n'avait pas objectivement raison de craindre d'être persécutée—Il est bien établi que le demandeur doit établir qu'il y a un risque raisonnable de persécution: *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.)—Un risque raisonnable de persécution est plus qu'une simple «possibilité» ou une «possibilité» minimale, sans exigence intermédiaire: *Ponniah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 241 (C.A.F.)—Le recours à la notion de «risque» n'est pas mitigé par les brèves mentions que le tribunal a faites au sujet de l'absence de «possibilité sérieuse» de persécution, lorsqu'il a rejeté le motif subsidiaire allégué par la requérante—La Cour d'appel fédérale a fait preuve d'une vigilance considérable à l'égard des termes des conclusions tirées par le tribunal en ce qui concerne le critère objectif, de façon à s'assurer que les demandeurs ne soient pas assujettis à une obligation plus onéreuse que celle qui a été énoncée dans *Adjei* et *Ponniah*—Le «risque» laisse entendre un critère préliminaire plus strict de probabilité et, par conséquent, un critère intermédiaire non approprié qui n'a pas été approuvé par les tribunaux—En concluant à l'absence d'«actes cumulatifs équivalant à de la persécution», le tribunal ne fait pas mention des nombreux actes de violence dont le fils avait été victime—Il s'agit d'une omission grave puisque les actions commises con-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

tre les membres de la famille d'un demandeur peuvent donner lieu à une conclusion de persécution: *Surujpal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (C.A.F.)—Le tribunal n'a pas non plus mentionné les actes de vandalisme antisémitiques commis chez la requérante depuis son départ—Il a mal interprété le témoignage de la requérante en ce qui concerne les conséquences du climat social sur son emploi—Il n'a pas mentionné l'abondante preuve documentaire produite—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, Règle 18.

IODA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-6604, juge Dubé, ordonnance en date du 18-6-93, 7 p.)

Demande de contrôle de la décision par laquelle la SSR a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est citoyen du Ghana—Après avoir critiqué le gouvernement, le requérant et deux collègues ont été arrêtés et battus à plusieurs reprises sans que des accusations officielles aient été portées—Après avoir été mis en liberté, il a été surveillé—Il a par la suite été accusé d'avoir aidé deux dissidents à quitter le pays—Il a de nouveau été détenu et torturé—Il a été suspendu sans rémunération—Il a commencé à assister aux réunions secrètes du Movement for Freedom and Justice (MFJ)—Il avait appris l'existence du MFJ par l'entremise de tracts largement diffusés—Il a été interrogé à maintes reprises—Il craignait d'être détenu pendant une longue période sans subir de procès—Il s'est enfui au Canada—Il allègue avoir reçu une lettre de sa sœur lui faisant savoir que le Bureau of National Investigation le cherchait ainsi qu'une lettre d'un ami l'avertissant de ne pas retourner au Ghana, mais aucune des deux lettres n'a été produite—La SSR a conclu que le requérant n'était pas digne de foi parce qu'il était invraisemblable qu'il eût été mis au courant des réunions secrètes de l'organisation de défense de la démocratie par l'entremise des médias et de tracts—Elle a jugé que le fait que le requérant n'était pas au courant des récents changements politiques qui s'étaient produits au Ghana, comme la légalisation des partis politiques, était incompatible avec le témoignage de celui-ci—Elle a critiqué le requérant pour ne pas avoir cherché à savoir ce qui était arrivé à ses collègues et pour ne pas avoir produit les lettres—Elle a conclu que même si le requérant était digne de foi, il s'agissait essentiellement de savoir s'il allait être persécuté en retournant au Ghana—La définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» se rapporte à une «crainte fondée de persécution»—Demande accueillie—La SSR a commis une erreur en interprétant la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention»—En disant qu'il s'agissait de savoir si le requérant allait être persécuté, la SSR a appliqué une norme de preuve plus stricte que celle qui était requise—En ce qui concerne la crédibilité, le témoignage sous serment du requérant est réputé véridique à moins qu'il n'y ait des motifs raisonnables de conclure le contraire—La SSR n'a peut-être pas tenu compte de tous les éléments de preuve pertinents—La conclusion tirée par la SSR, à savoir qu'il y avait des contradictions au sujet de la façon dont le requérant avait été mis au courant des réunions du MFJ ou que ce dernier n'était pas au courant des récents changements politiques survenus au

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

Ghana, n'est pas étayée par la preuve—La SSR s'est arrêtée à des considérations non pertinentes, et a fait des déductions déraisonnables—Les conclusions défavorables qui ont été tirées en ce qui concerne le fait que le requérant n'avait pas cherché à savoir ce qui était arrivé à ses collègues et qu'il avait été mis au courant des réunions du MFJ par l'entremise des médias sont fondées sur des critères extrinsèques plutôt que sur des contradictions internes—La SSR s'est fondée sur des éléments de preuve qui n'avaient pas été régulièrement présentés devant elle lorsqu'elle a mis l'accent sur les élections démocratiques qui avaient récemment eu lieu au Ghana, après l'audience—Le requérant s'est vu privé du droit de connaître la preuve présentée contre lui et de se défendre—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985), (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

YEBOAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-7049, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 16-7-93, 13 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—En 1981, le frère du requérant et sa famille ont été tués par la Garde nationale du Salvador—Des mauvais traitements infligés aux membres de la famille d'un requérant équivalent à de la persécution—Question de savoir si le requérant fait partie de la «catégorie spéciale ou limitée de personnes» à laquelle s'applique l'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration—La persécution dont le requérant a souffert était de toute évidence suffisamment grave, «atroce» et «épouvantable» pour justifier l'application de l'art. 2(3)—La Commission a clairement commis une erreur en décidant que le critère établi dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.) n'avait pas été satisfait—Le requérant continue à souffrir d'importants troubles psychologiques à cause de la persécution grave dont il a souffert au Salvador—Le fait que les principaux membres du gouvernement au Salvador demeurent les mêmes et que les anciens responsables de sa persécution soient toujours là et jouissent d'un pouvoir justifie la grande crainte subjective qu'éprouve le requérant de retourner dans son pays—Le requérant a des «raisons impérieuses», tenant à des persécutions passées, de refuser de se réclamer de la protection du Salvador—La conclusion de la Commission est fondée sur une mauvaise interprétation du critère applicable et constitue une erreur de droit—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3) (mod. par L.R.C. (1985), (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

ARGUELLO-GARCIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-7335, juge McKeown, ordonnance en date du 23-6-93, 8 p.)

Demande de contrôle de la décision par laquelle la Section du statut de réfugié (SSR) a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est originaire du Ghana—Il revendique le statut de réfugié au sens de la Convention du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—Il a été arrêté par le Service de sécurité du Ghana parce qu'on le soupçonnait de projeter de renverser le gouvernement—Pendant les dix jours où il a été

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

détenu, le requérant est resté nu, et il a été fouetté et battu à coups de fusil par des soldats—Il a été libéré sur l'ordre du mari de sa cousine, le major Boateng—Son père a également été arrêté et libéré aux mêmes dates—La compagnie de son père a été saisie par le gouvernement—Le requérant a obtenu un visa de touriste pour se rendre au Canada—Lorsqu'il a été informé, dix jours après sa libération, que les soldats le cherchaient encore et que le supérieur du major Boateng avait ordonné de l'exécuter, il a décidé de quitter le Ghana—Le major Boateng l'a aidé à quitter le pays—Depuis son arrivée au Canada, il a appris que son père avait été arrêté le 9 juin 1991 et il n'a pas eu de ses nouvelles depuis lors—Il craint d'être détenu et torturé s'il retourne au Ghana—Il a témoigné qu'on détient des personnes pendant une période indéfinie au Ghana, sans qu'elles subissent de procès, et que pareilles détentions ne sont pas signalées parce que la presse n'est pas libre—La SSR a conclu que des aspects cruciaux du témoignage du requérant n'étaient pas dignes de foi, et que la preuve que celui-ci avait présentée n'était pas étayée par la preuve documentaire—La SSR s'est demandée pourquoi le major Boateng n'aurait pu rien faire pour prévenir la tentative d'arrestation dix jours seulement après avoir ordonné la libération du requérant—Elle s'est également appuyée sur l'absence de preuve documentaire corroborant la prétention que le père du requérant avait été arrêté ou qu'on soupçonnait le requérant de comploter un coup d'État—Demande accueillie—La SSR a commis une erreur de droit en concluant que le témoignage du requérant n'était pas digne de foi—La SSR ne peut pas conclure à l'absence de crédibilité lorsque les contradictions sur lesquelles sa conclusion est fondée ne sont pas étayées par la preuve—Présomption selon laquelle le témoignage sous serment du requérant est véridique à moins qu'il n'existe des motifs valables d'en douter—Absence de motif valable permettant à la SSR de tirer cette conclusion—Toute contradiction au sujet du pouvoir exercé par le major Boateng a été expliquée d'une façon raisonnable dans le témoignage du requérant—Selon la jurisprudence, il n'était pas loisible à la SSR de faire des déductions défavorables du fait que le major avait aidé le requérant et son père lors de la première arrestation—Le dossier ne contenait aucune preuve étayant pareille conclusion—Le requérant n'est pas tenu de fournir une preuve documentaire de son arrestation—L'omission de produire un rapport d'arrestation ne peut être liée à la crédibilité du requérant en l'absence d'une preuve contredisant les allégations—La preuve documentaire explique pourquoi les rapports d'arrestation n'étaient pas disponibles et confirme le témoignage du requérant—En l'absence d'une preuve contraire, il n'est pas loisible à la SSR de faire une déduction défavorable du fait que l'arrestation du père du requérant n'avait pas été signalée par les médias sans qu'il soit tenu compte de la preuve expliquant pourquoi le public n'avait pas eu connaissance de l'arrestation.

AHORTOR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (93-A-237, juge Teitelbaum, jugement en date du 14-7-93, 20 p.)

### *Résidents permanents*

Demande de droit d'établissement fondée sur la catégorie «investisseur» rejetée—L'expression «investisseur» est définie comme désignant un immigrant qui «a exploité, contrôlé ou

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

dirigé» avec succès une entreprise ou un commerce—Depuis qu'il a obtenu son diplôme d'ingénieur civil, le requérant a été employé à plein temps par le gouvernement—En 1977, il a acheté une terre à Taïwan afin d'en faire un verger commercial—Il a exécuté lui-même le talutage et le profil de la terre, et a conçu et construit un système d'irrigation—Il a embauché un exploitant pour s'occuper de l'exploitation agricole—Il tirait un revenu annuel de 60 000 \$ CAN de la ferme—Selon ses déclarations, le requérant connaissait peu les détails de l'exploitation de la ferme, et l'agent des visas a conclu qu'il manquait d'expérience en ce qui concerne «l'exploitation, le contrôle ou la direction» d'une entreprise ou d'un commerce—Bien que l'agent des visas ait exprimé certaines craintes au sujet du fait que le requérant n'avait pas suffisamment d'expérience pour être considéré comme un investisseur, ce dernier n'a pas fourni d'autres renseignements—Demande accueillie—La définition de l'expression «investisseur» exige uniquement que le requérant prouve qu'il a exploité, contrôlé ou dirigé une entreprise ou un commerce—Dans le contexte, les mots sont disjonctifs—L'agent des visas doit évaluer chaque aspect séparément pour déterminer si le requérant est visé par au moins un des critères—L'agent des visas s'est simplement demandé si le requérant avait de l'expérience dans l'exploitation de la ferme—Il a omis d'examiner séparément les questions de contrôle et de direction—Erreur de droit—Le contrôle ou la direction ne découle pas automatiquement de l'exploitation—Le fait que le requérant était propriétaire de la ferme, en touchait les profits et en supportait probablement les pertes, laisse entendre à première vue qu'il participait au contrôle et à la direction—De plus, il n'y a pas eu équité en matière de procédure—Il ne suffit pas d'exprimer des craintes de façon générale au sujet des qualités requises—*Fong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 205 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) appliqué—L'agent des visas aurait dû interroger le requérant expressément au sujet de chaque critère—Le fait d'avoir simplement exprimé une crainte de façon générale et de s'attendre ensuite à une réponse significative n'est pas compatible avec les exigences de l'équité en matière de procédure—Lorsque les exigences auxquelles il faut satisfaire sont assez simples, l'agent des visas devrait traiter chaque existence séparément, et obtenir des réponses, de sorte qu'il soit possible de faire une évaluation claire—Règlements sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2 (mod. par DORS/89-585, art. 1).

CHIEN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1099-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 14-6-93, 6 p.)

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

### BREVS DE PRÉROGATIVE

Demande d'ordonnances annulant la décision par laquelle le ministre a confirmé la décision qu'avait prise le directeur du Parc national de Banff de ne pas renouveler le permis de fournisseur d'équipement résident (PFR) de la requérante, annulant le plan de gestion du Parc national de Banff, et décernant une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre d'ordonner au directeur du parc d'examiner la demande de renouvellement du PFR—La requérante exploitait son entreprise dans le Parc



**CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite**

national de Banff depuis plus de 30 ans en vertu d'un PFR délivré chaque année, jusqu'en 1989—En vertu du PFR, la requérante traitait directement avec l'administration du parc pour tout ce qui touchait à l'accès aux campements et à leur exploitation—Les décisions relatives à la délivrance d'un PFR sont prises dans le contexte du plan de gestion du parc—Le plan, approuvé en 1988, prévoyait que des permis ne continueraient à être délivrés qu'à deux fournisseurs d'équipement résidents désignés s'occupant de randonnées équestres—Le plan ne définissait pas ce qu'était un «fournisseur d'équipement résident», mais il s'appliquait de façon à viser toute personne qui, en vertu d'un accord avec Parcs Canada, était autorisée à avoir accès aux campements semi-permanents et à les occuper—L'interprétation retenue modifiait l'entente existant jusqu'en 1988—En 1975, la requérante a vendu une partie de son entreprise à Warner & MacKenzie, mais l'accord ne portait pas sur le permis délivré à la requérante en sa qualité de fournisseur d'équipement résident—Après 1985, la requérante n'a pas traité avec Parcs Canada pour ce qui touchait à l'accès aux campements, mais elle a traité avec des groupes d'excursionnistes à but non lucratif—Depuis 1989, elle poursuit ses activités en tant que fournisseur d'équipement dans le parc en vertu d'un autre genre de permis commercial, mais elle craint que l'omission de reconnaître son statut de fournisseur d'équipement résident dans le parc puisse influencer d'une façon défavorable sur ses activités futures—Quant au plan, la requérante allègue qu'on s'est montré injuste en accordant des permis à deux entreprises désignées seulement à la dernière étape du plan, et ce, bien qu'elle ait été titulaire d'un PFR pendant de nombreuses années—En ce qui concerne la décision du ministre, la requérante allègue que ce dernier s'est montré injuste en se fondant sur des considérations non pertinentes et qu'il n'a pas respecté l'équité procédurale en refusant la demande de PFR, en ce sens qu'elle a été privée d'une audience équitable ou de l'occasion d'être entendue—Demande accueillie—Étant donné que la limitation précise relevait du pouvoir du ministre, le plan n'est pas annulé—La décision du ministre, lorsqu'il s'est agi d'examiner l'appel que la requérante avait interjeté contre la décision des responsables du parc de refuser d'accorder un permis, était fondée sur des motifs irréguliers—Le ministre a pris pour acquis qu'en vendant une partie de son entreprise, en 1975, la requérante avait cédé à l'acheteur le privilège de se voir délivrer un PFR, contrairement à la preuve présentée en l'espèce—Il a également pris pour acquis qu'après la vente, la requérante n'était plus un fournisseur d'équipement résident dans le parc et ne se livrait pas à cette activité, bien qu'elle eût continué à exploiter son entreprise en vertu d'un PFR délivré annuellement jusqu'en 1989—La requérante n'a pas été avisée de la modification implicite de la définition ou des conditions requises en vue de l'obtention d'un permis de fournisseur d'équipement résident—L'omission de tenir compte de l'importance qu'une telle modification aurait pour la requérante et du fait que cette dernière exploitait depuis de nombreuses années son entreprise en vertu d'un PFR, tout en appliquant strictement la disposition du plan limitant le privilège de se voir délivrer un PFR à deux autres entreprises désignées dans le plan constituait une restriction injustifiée du pouvoir discrétionnaire que le Règlement conférait au directeur du parc—Étant donné que le plan sert simplement de guide aux fins de la gestion du parc, il doit être suivi d'une façon compatible avec les obligations qui incombent au

**CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin**

ministre, en vertu de la Loi, de donner suite aux objectifs qui y sont énoncés, et en vertu des principes de droit administratif, de le faire conformément au principe de l'équité—Si les dispositions du plan vont à l'encontre des obligations imposées par la Loi ou par le principe selon lequel il faut agir d'une façon équitable, elles doivent céder—En prévoyant expressément que seulement deux permis de fournisseurs d'équipement résidents seraient délivrés à deux entreprises désignées qui avaient conclu des accords indépendamment des permis, en vue de l'utilisation de campements de groupe, les administrateurs ont supposé, aux fins de l'octroi d'un PFR, l'existence d'une condition à laquelle n'était pas antérieurement soumise la délivrance du permis, et ce, sans donner avis du changement, tant dans le cadre de l'élaboration du plan de gestion qu'à l'égard du renouvellement du permis de la requérante—Cette supposition n'est pas compatible avec le principe de l'équité—La décision de ne pas délivrer de permis, conformément au plan, est annulée—On n'a pas suffisamment tardé à instituer les procédures pour justifier le refus de la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire—Lorsqu'une décision est annulée parce qu'un devoir public n'a pas été accompli conformément à l'obligation d'équité, elle est nulle et l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire en cause d'une façon équitable demeure—Aucune raison spéciale ne justifie l'adjudication des dépens—Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14, art. 4, 5 (mod. par L.C. 1988, ch. 48, art. 4)—Règlement sur la pratique de commerces dans les parcs nationaux, C.R.C., ch. 1115, art. 3, 4, 8, 9—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1608.

BREWSTER MOUNTAIN PACK TRAINS LTD. C. CANADA  
(MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2231-90, juge  
MacKay, ordonnance en date du 9-7-93, 28 p.)

**COURONNE****RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Action en dommages-intérêts fondée sur des allégations de délits intentionnels, de négligence, de confinement illégal et de peine cruelle et inusitée—Le demandeur a été atteint de plombs d'un fusil de chasse tirés par un gardien au cours d'une mêlée survenue au pénitencier de Collins Bay—La PPO a eu tort de porter des accusations de possession d'arme dangereuse—Un rapport de l'établissement avait disculpé le demandeur à l'égard de toute participation—L'action intentée par le demandeur contre la Couronne est fondée sur l'art. 3 de la Loi sur la responsabilité de l'État—Il incombe au demandeur de prouver le dommage subi par suite des délits commis par un préposé de l'État—Les gardiens ont un devoir juridique de prudence envers les détenus—Il existait d'autres moyens moins extrêmes pour régler la situation, étant donné que le second coup de feu tiré par le gardien était inutile—L'acte commis par le gardien aurait été inacceptable à l'extérieur du pénitencier—Les blessures et le dommage subis par le demandeur ont été causés par la fusillade—Les préposés de la défenderesse ont infligé des voies de fait au demandeur—L'art. 25 du Code criminel ne peut pas être invoqué—Il n'y a pas eu d'«insurrection» ou d'«émeute générale» au pénitencier de Collins Bay—

**COURONNE—Fin**

La doctrine *volenti non fit injuria* ne s'applique pas—La défenderesse est responsable à l'égard des voies de fait subies par le demandeur, et à l'égard des actes de négligence de ses préposés—La décision de garder le demandeur en isolement n'était nullement fondée dans les faits ou en droit, surtout après que les accusations eurent été retirées—Les conditions d'isolement équivalaient à une peine cruelle et inusitée—Le demandeur a droit à des dommages-intérêts généraux s'élevant à 2 000 \$ ainsi qu'à des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs s'élevant à 10 000 \$—Demande accueillie—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 25.

ABBOTT C. CANADA (T-1788-87, juge Cullen, jugement en date du 30-6-93, 78 p.)

**DROIT MARITIME****PILOTAGE**

Action visant à faire déclarer nul et *ultra vires* l'art. 4(1) du Règlement de l'administration de pilotage des Laurentides en vertu duquel le navire *N.M. Cicero* est assujéti au pilotage obligatoire, à exempter à l'avenir ce navire du pilotage obligatoire et à obtenir le remboursement des droits de pilotage payés depuis le 29 juillet 1990 jusqu'à la date du jugement final—L'art. 4(1) impose le pilotage obligatoire aux navires immatriculés au Canada qui naviguent dans la circonscription n° 2 et qui ont plus de 2 000 tonnes de jauge nette au registre—À la suite d'un nouveau mesurage portant la jauge du *N.M. Cicero* à 7 254,76 tonnes, l'Administration a réimposé le pilotage obligatoire au navire pour la circonscription n° 2—La clause attaquée par la demanderesse Oceanex n'est pas limitée à l'immatriculation—Les critères liés aux caractéristiques physiques des navires, tels la longueur et le tonnage, ne peuvent pas être dissociés de la notion de la sécurité de la navigation—Le fait qu'aucun incident ne se soit produit alors que le *N.M. Cicero* n'était pas assujéti au pilotage obligatoire dans la circonscription n° 2 ne signifie pas pour autant que le Règlement est déraisonnable ou arbitraire—L'art. 4(1) est valide et conforme aux pouvoirs qui sont accordés à l'Administration par la loi—Action rejetée—Règlement de l'Administration de pilotage des Laurentides, C.R.C., ch. 1268, art. 4(1).

SOCIÉTÉ DE TRANSPORT MARITIME ACE INC. C. ADMINISTRATION DE PILOTAGE DES LAURENTIDES (T-1099-91, juge Dubé, jugement en date du 30-7-93, 10 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****FIN D'EMPLOI**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre de griefs en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—Le requérant, qui était vérificateur de dossiers d'entreprises à Revenu Canada (Impôt) a été démis

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

de ses fonctions à la suite d'une décision du sous-ministre adjoint en date du 16 juillet 1990—Selon une enquête interne, le requérant se serait placé en situation de conflit d'intérêts en ne divulguant pas ses intérêts financiers dans une compagnie de courtage immobilier, il aurait eu accès au système informatique de données fiscales des contribuables sans autorisation et il aurait utilisé des documents à des fins autres que celles reliées à l'exercice de ses fonctions—L'arbitre a rendu une décision donnant raison à l'employeur—La principale question en litige portait sur la sanction imposée par l'employeur et sur la décision de l'arbitre de la confirmer—L'étude du dossier ne révèle aucune erreur de droit—En droit, la question de savoir si l'inconduite d'un employé justifie son congédiement est une question de fait—Le requérant semblait être incapable de distinguer entre ses intérêts personnels et ceux de son employeur—L'argument du procureur du requérant selon lequel les gestes de son client étaient des «incartades» de peu d'importance parce que celui-ci n'en a pas tiré un profit pécuniaire direct est irrecevable—De nombreux actes sont en cause, de 1985 à 1988—L'arbitre a tenu compte de tous les facteurs pertinents et sa conclusion que la mesure de renvoi prononcée par l'employeur était justifiée est inattaquable—Demande rejetée.

CÔTÉ C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-77-92, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 22-6-93, 11 p.)

**PRATIQUE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire du comité d'appel refusant la divulgation au représentant des requérants de certains renseignements se rapportant aux procédures engagées—Question de savoir s'il y a eu déni d'équité procédurale à l'égard des requérants en raison de la décision—On a jugé que les requérants avaient échoué aux évaluations de leur capacité lors d'un concours visant à pourvoir le poste de chef de l'unité des enquêtes et de l'arbitrage à Revenu Canada, Halifax—L'intimé, par l'entremise de la Commission de la fonction publique, s'est opposé à la divulgation des tests, des réponses et de la notation des tests des requérants—Les avocats ne contestent pas l'importance du maintien de la confidentialité des renseignements en question—Question de savoir si le représentant des requérants aurait dû, tout comme le psychologue agréé autorisé par la décision du comité d'appel, avoir droit à la divulgation des renseignements—En l'espèce, il y a eu déni d'équité procédurale—Les parties ont le droit de se faire représenter efficacement dans des procédures contradictoires—Sans avoir accès à tous les renseignements pertinents, l'avocat ou le représentant ne saurait persuader la cour ou le tribunal du bien-fondé de la cause du client—Le comité d'appel n'a pas tenu compte du rôle joué par un avocat ou un représentant en limitant la communication à une personne qui pourrait témoigner devant le tribunal—Le comité d'appel a commis une erreur en limitant la divulgation de la manière dont il l'a fait—Il serait habituel pour un avocat ou un représentant de se voir refuser la divulgation de renseignements confidentiels—Demande accueillie.

BARTON C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-2534-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 22-7-93, 8 p.)

## FONCTION PUBLIQUE—Fin

## IMPÔT SUR LE REVENU

## PROCESSUS DE SÉLECTION

## CALCUL DU REVENU

*Concours**Déductions*

Demande de contrôle de la décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique a rejeté l'appel interjeté à la suite d'une nomination au poste de gestionnaire, ingénierie des communications, à Transports Canada—Le requérant n'a pas obtenu les notes minimales acceptables à l'égard des «connaissances»—La présidente a été incapable de conclure que la partialité était évidente dans l'évaluation du requérant eu égard aux qualités requises quant aux connaissances—En l'espèce, le concours était un «concours interne» au sens de l'art. 21(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Une «crainte raisonnable de partialité» est insuffisante pour étayer la conclusion selon laquelle le principe du mérite a été violé—L'élément «connaissances» du processus est très important—L'évaluation des «connaissances» dans le cadre du processus de sélection est fort subjective—La preuve d'une partialité réelle n'est pas évidente à la seule lecture du dossier, mais la preuve est suffisante pour étayer la conclusion selon laquelle la méthode n'a pas été suivie de manière à identifier le candidat le plus méritant—Demande accueillie en partie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21(1).

HNATIUK C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-2064-92, juge Gibson, ordonnance en date du 12-7-93, 9 p.)

## RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de révision judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique qui a jugé que le requérant ne pouvait refuser d'autoriser l'affichage de documents que désirait publier l'intimée—Le président suppléant de la Commission a conclu que les documents n'avaient en soi rien d'illicite, d'abusif ou d'injurieux envers l'employeur et auraient pu être affichés—La question posée est une question mixte de droit et de fait qui met en cause d'une part l'interprétation d'une clause d'une convention collective et, d'autre part, l'appréciation d'une situation de fait—Le critère de la clause M-9.01 de la convention collective requiert simplement une croyance raisonnable par l'employeur que ces documents peuvent être préjudiciables à ses intérêts—Le test du préjudice potentiel formulé à la clause M-9.01 est un test à la fois subjectif et objectif—Quelle que soit l'interprétation de ladite clause, il est difficile de voir le préjudice que pourrait raisonnablement subir l'employeur par suite de l'affichage des documents en question—Bien qu'elle se soit méprise sur le statut juridique du Conseil du Trésor, la Commission a tenu compte de l'exigence de neutralité politique de la fonction publique afin de maintenir la confiance du public à son égard—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (A-685-92, juges Marceau, Desjardins, Létourneau, J.C.A., jugement en date du 15-6-93, 14 p.)

Demande de radiation de la déclaration fondée sur ce que celle-ci ne révèle aucune cause raisonnable d'action—L'art. 56(1)u) de la Loi de l'impôt sur le revenu exige que les prestations d'assistance sociale reçues par le contribuable soient incluses dans son revenu—L'art. 110(1)f)(iii) permet au contribuable qui a inclus une prestation d'assistance sociale dans son revenu de la déduire—Le demandeur soutient qu'il a droit à la déduction prévue à l'art. 110(1)f)(iii) parce qu'il a reçu des prestations d'assistance sociale des gouvernements fédéral et provincial en tant que dentiste, relativement au traitement d'Indiens non inscrits—En l'espèce, les années d'imposition pertinentes sont les années 1986 et 1987—L'art. 110(1)f)(iii) a été modifié en 1988 de façon à restreindre la déduction des prestations d'assistance sociale aux cas où les prestations ont été reçues par le particulier au titre duquel elles ont été versées ou par une personne qui habite avec le particulier—La modification a expressément été rendue rétroactive, de façon à s'appliquer à l'année 1982 et aux années d'imposition subséquentes—Le demandeur allègue que la modification rétroactive est discriminatoire et va à l'encontre des art. 7 et 15 de la Charte, puisque les autres contribuables qui ont réclamé la déduction n'ont pas initialement été assujettis à une nouvelle cotisation, et que la défenderesse ne peut pas maintenant établir une nouvelle cotisation à l'égard de certains contribuables par suite de la prescription—Demande accueillie—Le contribuable visé par l'art. 56(1)u) est la personne à laquelle le critère des ressources, des besoins et du revenu s'applique—Rien, dans le contexte, n'indique que le critère s'applique au fournisseur de services professionnels—Rien dans la Loi ne laisse entendre que le législateur voulait que les personnes fournissant des services professionnels à des assistés sociaux reçoivent des honoraires sans payer d'impôt parce que pareils honoraires étaient inférieurs à ceux qui étaient exigés des autres patients—Le fait que la défenderesse a accordé cette déduction à d'autres et a par la suite clarifié le droit à la déduction de manière à ne pas l'accorder aux dentistes laisse entendre que l'art. 110(1)f)(iii) permettait la déduction réclamée, avant la modification—Il ne convient pas de décider, dans le cadre d'une requête en radiation, que l'art. 110(1)f)(iii) original ne s'appliquait pas au demandeur—Étant donné que la rétroactivité n'a pas été réfutée, le nouvel art. 110(1)f)(iii) ne s'applique pas au demandeur—Absence de rapport entre les faits de l'espèce et le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne prévu à l'art. 7 de la Charte—Le demandeur n'est pas visé par les motifs de discrimination énumérés à l'art. 15 de la Charte ou par des motifs analogues—La façon de traiter les autres contribuables n'est pas pertinente, aux fins de l'appel interjeté par le demandeur—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)u) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 26; 1988, ch. 55, art. 34), 110(1)f)(iii) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 65; 1988, ch. 55, art. 77)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982,

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

HOKHOLD C. CANADA (T-1165-89, juge Rothstein, ordonnance en date du 30-6-93, 15 p.)

*Gains en capital*

Appel du jugement de première instance rejetant l'appel interjeté contre la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait rejeté l'appel de la cotisation—Le contrat de société prévoyait un mécanisme permettant à un associé de réduire sa participation dans la société pourvu qu'il trouve quelqu'un d'autre qui soit prêt à se porter acquéreur de cette participation—Le 7 février 1983, l'appelant a réduit sa participation de 40 à 15 % et un autre associé a augmenté sa participation de 10 à 35 %, lorsque ce dernier a payé 162 500 \$ à la société et que cette dernière a payé 162 500 \$ à l'appelant—La société n'avait aucun bénéficiaire—L'art. 40(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu crée un gain en capital présumé pour le contribuable lorsque le prix de base rajusté est inférieur à zéro—Les montants visés par l'art. 53(2)c) sont exclus du calcul du prix de base rajusté—L'art. 53(2)c)(v) prévoit la déduction de la somme reçue par le contribuable au titre d'un paiement de l'attribution de sa part du capital de la société dans le calcul du prix de base rajusté pour le contribuable—La Cour de l'impôt et le juge de première instance ont conclu que l'opération n'était pas visée par l'art. 53(2)c) puisque la nature de la structure du capital de la société n'était pas modifiée par l'opération—Question de savoir si la somme reçue par l'appelant constitue une attribution du capital de la société ou une disposition d'une partie de sa participation dans la société donnant lieu à un gain en capital—Appel rejeté—Une attribution de capital, qu'elle revête la forme d'une répartition proportionnelle entre beaucoup de personnes ou celle d'un versement unique ou périodique à un seul bénéficiaire, entraîne un changement dans ce qui reste à la suite de l'attribution, lequel peut se traduire soit par la réduction du reliquat, soit par quelque autre modification de la structure—Cela implique la répartition ou nouvelle répartition des biens faisant l'objet de l'attribution—L'attribution de capital se soldera toujours par la modification de la masse sur laquelle elle a été effectuée, qu'il s'agisse de la structure du capital d'une société, d'une succession ou d'une fiducie—L'art. 53(2)c)(v) ne s'applique que si le paiement fait à l'appelant représente sa part du capital de la société—Le 7 février 1983, la part de l'appelant était de 162 500 \$—Il y a une «attribution» si le capital de la société a été réduit de ce montant—En l'espèce, il n'y a pas eu d'attribution parce que la masse du capital de la société et les participations relatives des autres associés n'ont subi aucun changement—Étant donné qu'il n'y a pas eu attribution d'une partie de la part de l'appelant dans le capital de la société, il s'agissait nécessairement d'une disposition d'une telle partie au sens de l'art. 54c), de sorte que la cotisation a été établie à bon droit—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 40(3), 53(2)c)(v) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 24), 54c), 100(2), (mod. *idem*, art. 64).

STURSBURG C. CANADA (A-1013-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17-6-93, 12 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

## PRATIQUE

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt accueillant l'appel de la défenderesse et déférant au M.R.N. la cotisation établie à l'encontre de cette dernière pour l'année d'imposition 1986—En 1961, la défenderesse a acquis un centre commercial au coût total de 3 403 471 \$ et l'a revendu en août 1986 à I.P.C.F. Properties Inc.—En vertu de l'art. 13(21.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, le ministre a refusé à la défenderesse la perte terminale réclamée de 981 240 \$ et a diminué le gain en capital imposable déclaré de 490 620 \$—Il s'agit de savoir si l'art. 13(21.1)a), en vigueur depuis le 9 mai 1985, est applicable à la transaction intervenue le 29 août 1986 entre I.P.C.F. Properties Inc. et la défenderesse—En vertu de l'art. 7(2) de la Loi modifiant la législation relative à l'impôt sur le revenu et, de façon connexe, la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, l'art. 13(21.1)a) s'applique à toute disposition effectuée après le 9 mai 1985, à l'exception des dispositions effectuées conformément à une convention écrite conclue au plus tard à cette date—Le bail du 31 août 1961, et l'option qu'il confère, peut-il être considéré comme une convention écrite relativement à la disposition du centre commercial?—Les lois transitoires sont des mesures de nature corrective—De telles mesures sont nécessaires en matière fiscale puisqu'il est bien établi que ce domaine du droit ne confère pas de droits acquis pour les années postérieures—Cette mesure transitoire (art. 7(2)) a une portée assez restreinte en ce qu'elle ne s'applique qu'à l'égard de dispositions faisant suite à un contrat conclu sous le régime de l'ancienne loi—Une offre d'achat ne saurait constituer une «convention» au sens de la mesure transitoire—Une option d'achat se distingue de l'offre pure et simple par ses effets juridiques—La disposition en question a été effectuée conformément aux termes de la convention d'option—Lorsqu'une question d'interprétation porte sur le champ d'application d'une mesure transitoire, elle doit être tranchée à la lumière de la disposition de droit positif qu'elle accompagne et de la situation précise à laquelle le législateur voulait apporter un palliatif en la mettant en vigueur—La mise en vigueur de l'art. 13(21.1)a) avait pour but de mettre fin à des planifications légitimes, mais qui étaient perçues par le législateur comme abusives—C'est uniquement dans le but de protéger un éventuel vendeur qui s'était obligé contractuellement sous le régime de l'ancienne loi que la mesure transitoire a été promulguée—Puisque la disposition du centre commercial a eu lieu conformément aux termes prévus par la convention d'option, la mesure transitoire a pour effet d'exclure l'application de l'art. 13(21.1)a) de la Loi—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 13(21.1)a) (édicte par S.C. 1985, ch. 45, art. 7).

CANADA C. TRADE INVESTMENTS SHOPPING CENTRE LTD. (T-1398-90, juge Noël, jugement en date du 6-7-93, 18 p.)

## SAISIES

Avis de requête en vue de l'obtention de directives quant aux mesures que le shérif devrait prendre pour exécuter, à l'égard d'un REER, un bref de *fieri facias* décerné au palier fédéral—Le contribuable n'a pas payé une dette fiscale certifiée de 94 574,80 \$ à la suite de lettres exigeant le paiement—Le shérif a saisi le REER—L'art. 56 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que les brefs de saisie-exécution ou autres moyens

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

de contrainte se rapportant à des jugements ou ordonnances de la Cour doivent être exécutés, autant que possible, de la même manière que les brefs ou moyens semblables décernés par la Cour supérieure de la province où les biens à saisir sont situés—L'art. 7(1) de la Loi sur l'exécution des jugements du Manitoba prévoit que le shérif doit saisir certains biens désignés ou d'«autres sûretés en garantie de sommes d'argent appartenant au débiteur judiciaire» contre qui le bref a été décerné—L'expression «sûretés en garantie de sommes d'argent» doit être assimilée à des choses du même genre que celles recouvrées précédemment—Étant donné que le mot «autres» précède l'expression, cette dernière est interprétée comme désignant les sûretés ainsi que d'autres titres de créance s'apparentant aux billets à ordre ou aux chèques—Le REER est visé par l'expression «autres sûretés en garantie de sommes d'argent»—Le contexte de l'art. 7(1) ne laisse pas entendre qu'on entendait faire des distinctions techniques entre les différents types d'effets—La Loi sur l'exécution des jugements permet le recouvrement, par le créancier, d'une somme dont un jugement confirme l'exigibilité—Elle vise à élargir l'éventail des biens qui peuvent être saisis par rapport aux saisies possibles en vertu de la common law—Les REER n'existaient pas au moment de l'adoption de l'art. 7 de la Loi sur l'exécution des jugements, mais l'interprétation de cet article n'est pas fixée dans le temps—En vertu de l'art. 7(1), les biens comprennent ceux «appartenant au débiteur judiciaire contre qui le bref a été décerné ou dans lesquels il a un intérêt»—Lorsque le débiteur judiciaire a un intérêt dans un bien, tel un intérêt en *equity* dans le cadre d'une fiducie, l'art. 7(1) montre que le bien peut faire l'objet d'une mesure d'exécution—Il n'est pas nécessaire qu'un effet soit cessible ou transférable pour qu'il s'agisse d'une «autre sûreté en garantie de sommes d'argent»—La définition du mot «*securities*» qui figure dans Halsbury ne prévoit pas une telle restriction—Même les sûretés qui sont habituellement cessibles ou transférables peuvent être assujetties à une disposition interdisant leur transfert ou leur cession—Une telle clause n'aurait pas pour effet d'exclure les effets en cause des «autres sûretés en garantie de sommes d'argent»—L'art. 7(1) englobe les sûretés qui sont rachetables ou remboursables comme les REER—Le REER est exigible aux termes de la Loi sur l'exécution des jugements du Manitoba et il est à juste titre visé par le bref de *fieri facias* décerné par cette Cour—Loi sur l'exécution des jugements, L.R.M. 1987, ch. E-160, art. 5(1), 7(1)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 224(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 34, art. 1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 56—Règles de la Cour du Banc de la Reine, Rég. Man. 553/88, R. 60.16—Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4—Judgments Act, 1838 (R.-U.), I et II Vict., ch. 110, art. 12.

SINCLAIR (RE) (ITA-8128-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 25-5-93, 13 p.)

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre du renvoi fait par le commissaire du Service correctionnel du Canada au président de la Commission nationale des libérations conditionnelles ainsi que de la décision de la Commission de maintenir le requérant en détention et de la décision de la division d'ap-

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite

pel de la Commission de maintenir cette décision—Un prisonnier a le droit d'être mis en liberté surveillée après avoir purgé les deux tiers de sa peine à moins que le Service correctionnel ne renvoie le cas à la Commission au plus tard 6 mois avant la date prévue pour la libération et que la Commission en décide autrement—Le requérant, qui est incarcéré pour des agressions sexuelles sur des jeunes filles en bas âge, s'est vu refuser une libération conditionnelle à la suite d'un rapport indiquant qu'il ne reconnaissait pas sa culpabilité et qu'il était susceptible de récidiver—La Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, que l'art. 21.3(3) de la Loi sur la libération conditionnelle brimait le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte, mais que cette violation n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7—La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Cunningham* est concluante—La Commission était en droit de considérer les conclusions du rapport du 28 mars 1991 à titre d'information nouvelle—Requête rejetée—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 21.3(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 34, art. 5).

BEAULIEU C. INGSTRUP (T-1686-92, juge Noël, ordonnance en date du 18-5-93, 5 p.)

Demandes visant à faire annuler (1) la décision du commissaire du Service correctionnel de déférer le cas du requérant à la Commission nationale des libérations conditionnelles en vue d'une audience provisoire de maintien en incarcération; (2) la décision de la Commission selon laquelle il existait des motifs raisonnables de tenir une audience provisoire de maintien en incarcération ainsi que des éléments de preuve suffisants pour justifier la tenue d'une seconde audience de maintien en incarcération; (3) la décision de la Commission de révoquer la liberté surveillée accordée au requérant—Le requérant purgeait une peine de six ans pour atteinte à la pudeur de mineurs—À l'audience de maintien en incarcération, la Commission a ordonné que le requérant soit mis en liberté surveillée—Elle a conclu à la possibilité que la mort ou un dommage grave soit causé, mais la loi exige un degré important de probabilité—La publicité dont a fait l'objet la mise en liberté éventuelle a permis d'obtenir de nouveaux renseignements laissant entendre que les facteurs de risque avaient changé, de sorte qu'il existait des motifs raisonnables de croire que le requérant commettrait probablement une infraction causant la mort ou un dommage grave—Le cas a été déféré au président de la Commission pour un examen en vue du maintien en incarcération—La Commission a ordonné que le requérant soit détenu en vue d'un examen—Au moment de l'examen du maintien en incarcération, la Commission a examiné la preuve d'une ancienne victime concernant le tort psychologique que lui avait causé l'expérience ainsi que la lettre d'un médecin indiquant que le requérant avait une intense colère envers la société, laquelle pouvait être renforcée par la notoriété publique et entraîner un changement dans ses habitudes criminelles, et que les médicaments prescrits au requérant pouvaient stimuler ses pulsions sexuelles—La Commission a ordonné le maintien en incarcération—Demandes rejetées—La Commission a commis une erreur en exigeant plus que la prépondérance des probabilités, lorsqu'elle a initialement ordonné la mise en liberté, mais elle n'a commis aucune erreur de compétence en décidant de détenu le requérant jusqu'à la tenue d'une audience complète de maintien en incarcération—En vertu de la Loi, le commissaire a

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

compétence pour faire plus d'un renvoi à la Commission—La Commission est également habilitée à réexaminer et à modifier la décision antérieure—La compétence n'est pas limitée par l'art. 107—Dans une demande de contrôle judiciaire, la Cour n'est pas autorisée à «reconsidérer» la décision de la Commission relativement aux conclusions de fait, à moins que celles-ci ne soient manifestement déraisonnables—La Cour est incapable de conclure que le commissaire a tiré une conclusion de fait déraisonnable, en s'appuyant sur la lettre du médecin, pour décider qu'il y avait de nouveaux renseignements soulevant la probabilité que le requérant commettait une infraction causant un dommage grave—Il n'était pas non plus manifestement déraisonnable de tenir compte des renseignements concernant l'effet du médicament prescrit administré au requérant avant sa mise en liberté—La preuve laisse entendre qu'après l'audience initiale, des changements se sont produits dans l'état de santé mentale du requérant, montrant qu'il était possible que celui-ci commette de nouveau une infraction et cause un dommage grave à une autre personne—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 129, 131, 132—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1620 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

BUDREO C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-99-93, juge McKeown, jugement en date du 9-7-93, 18 p.)

**PRATIQUE**

Questions constitutionnelles—Lorsque la demande d'autorisation d'appel met en cause l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une disposition d'un règlement, le requérant n'est pas tenu, aux termes de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale, de déposer un avis de question constitutionnelle—En vertu de l'art. 57, un avis doit être donné lorsque la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'un texte d'application est en cause devant la Cour—Dans une demande d'autorisation d'appel, la Cour n'est pas invitée à se prononcer sur la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi, mais plutôt sur la question de savoir s'il s'agit d'une affaire méritant d'être entendue—À ce stade préliminaire, le dépôt d'un avis de question constitutionnelle serait prématuré, sinon présomptueux—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-A-6599, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 18-6-93, 2 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Requête en cautionnement pour frais fondée sur le motif que la demanderesse réside ordinairement hors du ressort judiciaire aux termes de la Règle 446(1)a)—Constituée dans l'État américain du Delaware où elle y a son siège social, la demanderesse est enregistrée en Colombie-Britannique à titre de compagnie extra-provinciale—Pour avoir le droit d'exiger un cautionnement pour frais, le défendeur doit d'abord prouver que le demandeur entre dans l'une des catégories de la Règle 446(1)a) à d) et que les circonstances justifient l'octroi d'un cautionnement—Le fait que la demanderesse ait une place

**PRATIQUE—Suite**

d'affaires au Canada depuis longtemps, qu'elle y ait des employés et qu'elle y détienne des stocks et des comptes recevables pour des sommes importantes joue en sa faveur et constitue des circonstances qui justifient cette Cour de l'exempter de fournir un cautionnement—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 446(1).

STRUCTURAL INSTRUMENTATION, INC. C. BALANCE ÉLECTRONIQUE DE CAMION R.T. INC. (T-1055-93, juge Denault, ordonnance en date du 3-8-93, 4 p.)

**PRESCRIPTION**

Demande 1) en vue de l'obtention d'une ordonnance de jugement sommaire dans l'action; 2) en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant certains paragraphes de la déclaration; 3) en vue de la suspension de l'action en attendant l'appel devant la Cour de justice de l'Ontario; 4) en vue d'une ordonnance de garantie pour les dépens—L'intimée Olympia devait payer la taxe de vente fédérale sur le prix de vente de couvre-fenêtres—Elle a omis de produire des déclarations mensuelles de taxe de vente fédérale pour les deux premiers mois de 1985—En août 1986, un mandat de perquisition a été exécuté dans les locaux d'Olympia—Les deux intimées ont été accusées de 73 infractions à la Loi sur la taxe d'accise—Le procès concernant les accusations criminelles a commencé en octobre 1989—Les intimées ont intenté une action contre la requérante par suite de la violation d'une obligation imposée par la Loi sur la taxe d'accise et, pour le compte de la société intimée, par suite de la négation d'un droit reconnu par cette Loi—La Cour de justice de l'Ontario, division générale, a refusé d'accorder des jugements sommaires rejetant les demandes que la demanderesse avaient présentées, ou de suspendre les procédures dans ces actions—L'action de l'intimée est fondée sur le fait que les poursuites étaient abusives—La demande de jugement sommaire a été rejetée pour le motif que les plaidoiries et les autres documents révélaient l'existence d'une question sérieuse à trancher—La Cour divisionnaire de la Cour de justice de l'Ontario a conclu que les demandes présentées par l'intimée individuelle étaient prescrites en vertu de l'art. 7 de la Loi sur l'immunité de personnes publiques de l'Ontario ou de l'art. 112(1) de la Loi sur la taxe d'accise—La déclaration a été déposée en dehors du délai prévu par les deux Lois—Les parties ne contestent pas la nature publique des mesures prises par la requérante—L'intention du législateur, en adoptant l'art. 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, était que les délais de prescription provinciaux pertinents s'appliquent à la Couronne fédérale dans les cas où les délais de prescription entraînent en ligne de compte—Les allégations figurant dans la déclaration sont fort graves—La preuve de l'existence de poursuites abusives ne peut se faire sans que des interrogatoires préliminaires et une instruction aient lieu—Il ne serait pas opportun d'empêcher la poursuite de l'action en se fondant sur le délai légal de prescription, qui peut s'appliquer ou non, selon que la *mala fides* est prouvée à l'instruction elle-même—La Cour radiera uniquement les plaidoiries dans les cas clairs et évidents qui ne laissent planer aucun doute—Les questions en litige sont différentes—Radier les paragraphes en question aurait pour effet d'anéantir la demande présentée par l'intimée—Les paragraphes en question étayaient les allégations concernant les poursuites abusives—La suspension des procédures en attendant la décision de la Cour

**PRATIQUE—Fin**

de justice de l'Ontario est refusée—Demande rejetée—Loi sur l'immunité de personnes publiques, L.R.O. 1990, ch. P-38, art. 7—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 111, 112—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 32 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31).

OLYMPIA INTERIORS LTD. C. CANADA (T-1436-92, juge Gibson, ordonnance en date du 22-7-93, 27 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande visant à faire annuler la décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail a accredité le syndicat intimé à titre d'agent négociateur, en ce qui concerne les gestionnaires et gestionnaires adjoints de services agricoles—La vente de fournitures et services agricoles constitue une composante de l'entreprise de commerce des grains de la requérante, qui est principalement axée sur l'exploitation d'éleveurs régionaux déclarés être des entreprises à l'avantage général du Canada en vertu de la *Loi sur les grains du Canada*—Les produits et services sont vendus depuis des locaux voisins des éleveurs de la requérante et, en outre, depuis des installations désignées sous le nom de centres agricoles et de centres d'approvisionnement agricole—Les employés qui vendent des fournitures et services agricoles depuis les locaux voisins des éleveurs régionaux sont désignés sous le nom de gestionnaires et de gestionnaires adjoints de services agricoles—Les préposés aux centres agricoles et aux centres d'approvisionne-

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

ment agricole et les gestionnaires de services agricoles passent la plupart de leur temps à s'occuper de l'entreprise de vente de fournitures agricoles—Le Conseil a exclu les préposés aux centres agricoles et aux centres d'approvisionnement agricole de l'unité de négociation, mais il a inclus les gestionnaires agricoles sans fournir d'explication ou de motifs à ce sujet—Le Conseil a conclu que la question de compétence soulevée par la requérante (à savoir, la compétence à l'égard des employés vendant des fournitures et services agricoles) n'était pas pertinente—Demande accueillie—Une question sérieuse de compétence est soulevée—Le critère approprié dans un cas de ce genre est énoncé dans *Northern Telecom Ltée c. Les travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115—Le Conseil aurait dû aborder la question de l'évaluation de l'entreprise secondaire en se demandant si les employés de l'entreprise secondaire avaient un lien «fondamental», «essentiel» ou «vital» avec l'entreprise fédérale, tout en tenant compte du fait que l'entreprise principale (soit les éleveurs régionaux) était une entreprise fédérale—La question de savoir si le travail effectué par les employés en question (soit les gestionnaires de services agricoles) est étroitement lié à l'exploitation de l'entreprise fédérale principale entre également en ligne de compte—L'omission du Conseil de se prononcer sur la question de la compétence constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

ALBERTA WHEAT POOL C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL) (A-1271-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 21-6-93, 8 p.)







*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9