



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 2, Part 2

1995, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [1995] 2 F.C., 215-431

Renvoi [1995] 2 C.F., 215-431

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

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
YWE JOHN LOOPER, B.Sc., LL.B.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Editorial Assistants
PIERRE LANDRIALT
LISE LEPAGE-PELLETIER
MICHELLE CRUMLEY

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, 1995.

CONTENTS

Digests D-13

Antonsen v. Canada (Attorney General) (T.D.)..... 272

Fisheries — Minister refusing to license foreign fishing vessels to enter Canadian fisheries waters under Coastal Fisheries Protection Act — Refusal based on lack of cooperation with Canada's fisheries conservation objectives — Subdelegation of Governor in Council's authority to Minister "respecting" issuance of permits — Powers of subdelegation to be strictly interpreted — Minister exceeding authority in refusing permits — Fishery (General) Regulations, s. 32 allowing licence conditions imposed by Minister.

Continued on next page

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

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.
YWE JOHN LOOPER, B.Sc., LL.B.

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Adjointes à l'édition
PIERRE LANDRIALT
LISE LEPAGE-PELLETIER
MICHELLE CRUMLEY

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, 1995.

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-15

Antonsen c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.).. 272

Pêches — Refus par le ministre de permettre aux bateaux de pêche étrangers de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes aux termes de la Loi sur la protection des pêches côtières — Refus fondé sur le manque de respect des objectifs du Canada en matière de conservation des pêches — Subdélégation au ministre du pouvoir du gouverneur en conseil de «régir» la délivrance des licences — Les pouvoirs obtenus par subdélégation doivent être interprétés de façon restrictive — Le ministre a outrepassé son pouvoir en refusant de délivrer les licences — L'art. 32 du Règlement de pêche (dispositions

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative law — Refusal of Minister to licence fishing vessels of foreign country not cooperating with Canadian fisheries conservation objectives — Statute prohibiting entry of foreign fishing vessels unless authorized by Act or regulations — Governor in Council empowered to make regulations — Necessity for subdelegation to Minister — Power to “prescribe,” regulate “respecting” certain matters, distinguished — Whether Minister’s delegated authority extending beyond details to principles of law — Purpose of legislation not to buttress Minister’s position in international negotiations — Minister exceeding authority — Law long opposed to ill-defined powers of subdelegation, interpreting strictly.

Canada v. Canderel Ltd. (C.A.) 232

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from T.C.C. decision allowing commercial real estate developer to deduct full amount of tenant inducement payments in year made — GAAP permitting both amortization of payments over life expectancy of leases and deduction of full amount in year made — Method presenting truer picture of taxpayer’s revenue, more fairly and accurately portraying income, matching revenue and expenses to be followed — Whether TIPs in nature of “running expenses” — Not incurred to earn income only in 1986, but during terms of leases — Could be matched with revenue.

Gall v. Canada (C.A.) 413

Unemployment insurance — Judicial review of Umpire’s decision payments under Ontario No-Fault Benefits Schedule, s. 13(1) earnings under Unemployment Insurance Regulations, s. 57(2)(d), properly deducted from U.I. benefits — Applicant unemployed when injured in motor vehicle accident entitling her to benefits under s. 13 — S. 13 benefits not for income loss — Umpires to determine whether no-fault payments compensation for loss of employment income, actual or presumed — Must examine provincial legislation in each case to determine whether payments for income or non-income losses.

Construction of statutes — Unemployment Insurance Act — Whether motor vehicle no-fault insurance payments to be deducted from U.I. benefits — Unlike marginal notes, section headings may be used as aids in statutory construction —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

générales) permet au ministre d’assortir les permis de conditions.

Droit administratif — Refus par le ministre de délivrer des licences à des bateaux de pêche d’un pays étranger qui ne respecte pas les objectifs canadiens en matière de conservation des pêches — La Loi interdit l’entrée des bateaux de pêche étrangers, sauf si cette entrée est autorisée par la Loi ou un règlement — Le gouverneur en conseil est autorisé à prendre des règlements — Nécessité d’une subdélégation au ministre — Distinction entre le pouvoir de «déterminer» par règlement et le pouvoir de «régir» certaines questions par règlement — Le pouvoir délégué au ministre va-t-il au delà des détails pour s’étendre aux principes de droit? — L’objet de la Loi n’est pas de renforcer la position du ministre lors des négociations internationales — Le ministre a outrepassé son pouvoir — Les pouvoirs de subdélégation mal définis sont, depuis longtemps, mal perçus en droit et interprétés de façon restrictive.

Canada c. Canderel Ltd. (C.A.) 232

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d’une décision par laquelle la CCI a autorisé un promoteur immobilier à déduire le plein montant des paiements incitatifs versés aux locataires au cours de l’année desdits paiements — Les PCGR permettent tant l’amortissement des paiements sur la durée des baux que la déduction du plein montant pendant l’année du paiement — La méthode applicable est celle qui donne l’image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur rattachement des charges et des produits — Les PIL constituent-ils des «dépenses courantes»? — Les dépenses en question n’ont pas été engagées dans le but de produire un revenu uniquement en 1986, mais pendant toute la durée des baux — Les dépenses pouvaient être rattachées aux produits.

Gall c. Canada (C.A.) 413

Assurance-chômage — Contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre portant que les paiements reçus en vertu de l’art. 13(1) du No-Fault Benefits Schedule avaient valeur de rémunération au sens de l’art. 57(2)(d) du Règlement sur l’assurance-chômage et avaient été dûment déduits des prestations d’assurance-chômage — La requérante était en chômage lorsqu’elle a subi l’accident d’automobile qui lui a donné droit à des indemnités en vertu de l’art. 13 — Les indemnités prévues par l’art. 13 ne compensent pas la perte de revenu — Le juge-arbitre doit déterminer si les indemnités sans égard à la responsabilité sont versées pour la perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi — Il doit examiner la loi provinciale dans chaque cas pour déterminer s’il s’agit d’indemnités pour la perte d’un revenu ou pour une perte sans lien avec un revenu.

Interprétation des lois — Loi sur l’assurance-chômage — Les indemnités d’assurance-automobile sans égard à la responsabilité doivent-elles être déduites des prestations d’assurance-chômage? — Contrairement aux notes marginales, les intertitres

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Umpire erred in not following correct construction set out in law text O'Donnell's Automobile Insurance in Ontario.

Goodswimmer v. Canada (Attorney General) (C.A.) 389

Native peoples — Elections — Appeal from F.C.T.D. order person not qualified as elector eligible for election as Band Chief — Respondent elected Band Chief though neither elector nor Indian — No eligibility requirement for office of Chief under Indian Act, s. 74(3)(a)(i) — Court not to disregard plain meaning of Act even if anomalous.

Construction of statutes — Interpretation of Indian Act, s. 74(3)(a)(i),(ii) — Whether Band Chief need be elector — Statutory history of Indian Act — Statute silent on eligibility requirements for person to be elected chief — Treaties, statutes relating to Indians to be liberally construed — Plain meaning of Act not to be disregarded even if giving rise to absurd results.

Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 331

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Applicant convicted, in U.S.A., of sodomy — No equivalent offence in Canada as Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) contrary to Charter, ss. 7, 15.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) violating Charter, s. 7 as without constitutionally valid purpose, alleged purpose not rationally connected to impugned provision, effects not proportionate to purpose — Ten-year jail sentence (penalty under s. 159) engaging Charter, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of age, against homosexual males — Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) violating Charter, s. 15 as without constitutionally valid purpose, alleged purpose not rationally connected to impugned provision, effects not proportionate to purpose.

Judicial review — Immigration Adjudicator's decision to proceed with inquiry on inadmissibility under Immigration Act, s. 19 without counsel not violating natural justice principles where Adjudicator had adjourned five times to allow applicant to get lawyer.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

peuvent être utilisés pour faciliter l'interprétation d'une disposition — Le juge-arbitre a commis une erreur en n'adoptant pas l'interprétation juste énoncée dans le texte de doctrine de O'Donnell, intitulé Automobile Insurance in Ontario.

Goodswimmer c. Canada (Procureur général) (C.A.) 389

Peuples autochtones — Élections — Appel de l'ordonnance dans laquelle la Section de première instance a conclu qu'une personne n'ayant pas qualité d'électeur pouvait être élue chef de bande — L'intimée a été élue chef de la Bande bien que n'étant ni électrice ni indienne — Aucune condition d'éligibilité n'était requise relativement au poste de chef sous le régime de l'art. 74(3)a)(i) de la Loi sur les Indiens — La Cour ne saurait faire abstraction du sens manifeste de la Loi même si elle est anormale.

Interprétation des lois — Interprétation de l'art. 74(3)a)(i),(ii) de la Loi sur les Indiens — La question est de savoir si un chef de bande doit avoir qualité d'électeur — Historique législatif de la Loi sur les Indiens — La Loi est muette quant aux conditions d'éligibilité requises pour qu'une personne soit élue chef — Il faut interpréter libéralement les traités et les lois relatifs aux Indiens — On ne saurait faire abstraction du sens manifeste de la Loi même si elle donne lieu à des résultats absurdes.

Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 331

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Requérant déclaré coupable de sodomie aux États-Unis — Aucune infraction équivalente au Canada car l'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) contrevient aux art. 7 et 15 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) viole l'art. 7 de la Charte parce qu'il n'a pas d'objet constitutionnel, qu'il n'a pas de lien rationnel avec son prétendu objet et que son effet est disproportionné par rapport à son objet — La peine de dix ans d'emprisonnement (peine prévue par l'art. 159) donne lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge, contre les homosexuels — L'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) viole l'art. 15 de la Charte parce qu'il n'a pas d'objet constitutionnel, qu'il n'a pas de lien rationnel avec son prétendu objet et que son effet est disproportionné par rapport à son objet.

Contrôle judiciaire — La décision d'un arbitre de l'immigration de procéder à l'enquête sur l'inadmissibilité en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'immigration en l'absence d'un avocat ne viole pas les principes de justice naturelle dans le cas où l'arbitre a ajourné l'enquête à cinq reprises pour permettre au requérant de retenir les services d'un avocat.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Jhaji v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 369

Practice — *Res judicata* — Scope of R. 1733 allowing reversal, variation of judgments, orders where matter arising subsequent — F.C.T.D. dismissing leave application for judicial review of CRDD decision — Whether subsequent F.C.A. decision basis for reconsideration — Reasons for *res judicata* doctrine — Necessity for finality of judgments — In public interest there be an end of lawsuits — Society cannot afford interminable litigation — No one should be twice harassed for same cause — R. 1733 exception to general rule — Grounds in R. 1733 difficult to reconcile with doctrine if extended too far — Whether “matter . . . subsequently discovered” including recent decision not yet reported — Due diligence requirement — Extending R. 1733 to subsequent case law irreconcilable with doctrine — If R. 1733 extending to subsequent case law, courts inhibited from acknowledging previous errors as could face applications to reconsider any number of cases extending back for indefinite period — *Res judicata* not rendered obsolete by Charter.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Application for reconsideration of order denying leave to commence application for judicial review based on subsequently decided decision of higher court in unrelated case — R. 1733 permitting application for reversal, variation of judgment, order based on matter arising subsequent to making thereof or subsequently discovered — Application denied — Matter arising subsequent must be specific to case itself.

MacInnis v. Canada (Attorney General) (T.D.)..... 215

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of National Parole Board's refusal to allow dangerous offender serving indeterminate sentence to be represented by counsel, examine authors of clinical reports at parole hearing — Deprivation of liberty interest involved — Fundamental justice under Charter, s. 7 requiring fairness, mandating right to both procedures requested.

Parole — Judicial review of N.P.B.'s refusal to allow dangerous offender serving indeterminate sentence to be represented by counsel, examine authors of conflicting clinical reports at parole hearing — Charter, s. 7 mandating right to counsel, examination of authors of reports — Protection of society

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Jhaji c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 369

Pratique — *Res judicata* — Portée de la Règle 1733, qui permet l'annulation ou la modification des jugements ou des ordonnances lorsque des faits sont survenus postérieurement — La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une demande d'autorisation de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR — Une décision postérieure de la C.A.F. peut-elle justifier un nouvel examen? — Motifs militent en faveur du principe de l'autorité de la chose jugée — Les jugements doivent revêtir un caractère définitif — Dans l'intérêt public, les poursuites doivent avoir une fin — La société ne peut pas se permettre un litige interminable — Personne ne devrait être poursuivi deux fois pour la même cause — La Règle 1733 est une exception à la règle générale — Les motifs formulés à la Règle 1733 sont difficiles à concilier avec le principe si sa portée est trop étendue — L'expression «faits . . . découverts par la suite» comprend une décision récente encore inédite — Obligation d'agir avec une diligence raisonnable — Étendre la portée de la Règle 1733 à la jurisprudence postérieure n'est pas conciliable avec le principe — Si la Règle 1733 s'étend à la jurisprudence postérieure, on empêchera les tribunaux de reconnaître leurs erreurs passées, car ils pourraient faire face à des demandes en vue de réexaminer de nombreuses causes remontant à une période indéterminée — Le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas devenu périmé par suite de l'adoption de la Charte.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Demande pour obtenir un nouvel examen d'une ordonnance refusant l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur une décision rendue postérieurement par un tribunal supérieur dans une affaire sans aucun rapport avec elle — La Règle 1733 permet de demander l'annulation ou la modification d'un jugement ou d'une ordonnance en se fondant sur des faits survenus postérieurement au jugement ou à l'ordonnance ou sur des faits découverts par la suite — Demande rejetée — Les faits survenus postérieurement doivent être propres à l'affaire elle-même.

MacInnis c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.).. 215

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit d'être représenté par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle — Atteinte au droit à la liberté — La justice fondamentale visée à l'art. 7 de la Charte prescrit l'équité et impose de respecter les deux droits revendiqués.

Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit d'être représenté par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques contra-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Board's paramount consideration — Counsel, examination of authors of reports assisting Board, inmate by ensuring important facts not overlooked, Board not adopting unfair procedures — While Parliament not having legislated alternative procedures for dangerous offenders, S.C.C. having recognized difference in situation of convicts serving determinate, indeterminate sentences — Previous decision relevant, may be considered under Parole Act, s. 101(b).

Riverside Concrete Ltd. v. Canada (T.D.) 309

Customs and Excise — Excise Tax Act — Action for refund of sales tax paid on concrete mixed at job sites between August 1, 1985 and September 25, 1988 — Taxpayer not deducting transportation costs from sale price to calculate tax Review — Protesting to M.N.R. tax unfair in letter of May 26, 1988 — On September 25, 1990, C.I.T.T., in another case, holding sales tax on concrete mixed at job site calculated after deducting transportation costs — Excise Tax Act, s. 68 imposing two-year limitation period on refunds of payments made under "mistake of fact or law or otherwise" — S. 68 limitation period applied — Voluntariness of payment, not protest, significant to determination of whether payment made under mistake of law — Involuntariness associated with extra-judicial sanctions, i.e. seizure of property, duress, denial of right to continue in business — Sales tax not paid under compulsion, duress after May 1, 1986, date of coming into force of s. 53.3, precluding collection action while taxpayer pursuing rights through official levels — No evidence of actual, threatened extra-judicial sanctions prior thereto.

Equity — Equitable remedies — Mistake — Taxing statute imposing limitation period on refunds where payment made under "mistake of fact or law or otherwise" — Whether payment made under mistake of law or under duress — Review of case law, authors on protest and mistake of law in context of tax payments — Tax paid voluntarily under mistake of law so limitation period applies.

Construction of statutes — Excise Tax Act, s. 68 imposing two-year limitation period on refunds of payments made under "mistake of fact or law or otherwise" — Addition of "or otherwise" not meaning s. 68 applies regardless of reason for pay-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dictoires à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle — L'art. 7 de la Charte impose le droit au ministère d'avocat et le droit d'interroger les auteurs des rapports — Pour la Commission, la protection de la société doit être le critère déterminant — L'assistance d'un avocat et l'interrogatoire des auteurs des rapports peuvent aider la Commission comme le détenu lui-même en ce que les points de fait importants ne seraient pas oubliés et que la Commission n'adopterait pas de procédures iniques — Le Législateur n'a prévu aucune procédure spéciale pour les délinquants dangereux, mais la Cour suprême distingue, en matière de privation de liberté, entre détenus ordinaires et détenus purgeant une sentence de durée indéterminée — Une décision antérieure est pertinente et peut être prise en compte en application de l'art. 101b) de la Loi sur les libérations conditionnelles.

Riverside Concrete Ltd. c. Canada (1^{re} inst.) 309

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Action en remboursement de la taxe de vente payée relativement au béton mélangé sur le chantier entre le 1^{er} août 1985 et le 25 septembre 1988 — La contribuable ne déduisait pas le coût du transport du prix de vente aux fins du calcul de la taxe de vente — Dans sa lettre du 26 mai 1988, elle s'est plainte de ce que la taxe était injuste — Le 25 septembre 1990, le T.C.C.E., dans une autre affaire, a statué que la taxe de vente sur le béton mélangé sur le chantier devait être calculée après déduction des coûts du transport — L'art. 68 de la Loi sur la taxe d'accise fixe à deux ans la période de prescription pour le remboursement de la taxe payée par «erreur de fait ou de droit ou autrement» — Application de l'art. 68 — C'est le caractère volontaire du paiement, et non la protestation, qui importe pour déterminer si le paiement a été fait par erreur de droit — Le caractère involontaire d'un paiement est lié à des sanctions extrajudiciaires, p. ex. la saisie des biens, la coercition personnelle, le déni du droit de continuer les activités commerciales — La taxe de vente n'a pas été payée en raison d'une contrainte ou de la coercition personnelle après le 1^{er} mai 1986, date à laquelle est entré en vigueur l'art. 53.3, qui interdit les moyens de perception tant que le contribuable cherche à faire respecter ses droits en s'adressant aux divers paliers officiels — Aucune preuve qu'avant cette date on a pris ou menacé de prendre des sanctions extrajudiciaires.

Equity — Recours en *equity* — Erreur — La loi fiscale fixe un délai de prescription pour le remboursement des paiements faits par «erreur de fait ou de droit ou autrement» — Le paiement a-t-il été fait par erreur de droit ou en raison d'une coercition personnelle? — Examen de la jurisprudence et de la doctrine portant sur la protestation et l'erreur de droit dans le contexte fiscal — La taxe a été payée volontairement en raison d'une erreur de droit, par conséquent le délai de prescription s'applique.

Interprétation des lois — L'art. 68 de la Loi sur la taxe d'accise impose un délai de prescription de deux ans pour le remboursement des paiements faits par «erreur de fait ou de droit ou autrement» — L'adjonction de «ou autrement» ne signifie pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

ment, but making subject of mistake as applied in s. 68 more ambiguous — Reconsideration of s. 68 by Parliament warranted.

SOMMAIRE (Fin)

que l'art. 68 s'applique quelles que soient les raisons du paiement, mais rend encore plus ambiguë la notion d'erreur telle qu'appliquée dans le contexte de l'art. 68 — Le législateur serait justifié de reconsidérer la formulation de cette disposition.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 2, Part 2

1995, Vol. 2, 2^e fascicule

T-1931-93

T-1931-93

James Ralph MacInnis (*Applicant*)**James Ralph MacInnis** (*requérant*)

v.

c.

Attorney General of Canada and National Parole Board (*Respondents*)**a Le procureur général du Canada et la Commission nationale des libérations conditionnelles** (*intimés*)*INDEXED AS: MacINNIS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: MacINNIS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Wetston J.—Ottawa, November 1, 1994 and February 15, 1995.

Section de première instance, juge Wetston—Ottawa, 1^{er} novembre 1994 et 15 février 1995.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of National Parole Board's refusal to allow dangerous offender serving indeterminate sentence to be represented by counsel, examine authors of clinical reports at parole hearing — Deprivation of liberty interest involved — Fundamental justice under Charter, s. 7 requiring fairness, mandating right to both procedures requested.

c Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit d'être représenté par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle — Atteinte au droit à la liberté — La justice fondamentale visée à l'art. 7 de la Charte prescrit l'équité et impose de respecter les deux droits revendiqués.

Parole — Judicial review of N.P.B.'s refusal to allow dangerous offender serving indeterminate sentence to be represented by counsel, examine authors of conflicting clinical reports at parole hearing — Charter, s. 7 mandating right to counsel, examination of authors of reports — Protection of society Board's paramount consideration — Counsel, examination of authors of reports assisting Board, inmate by ensuring important facts not overlooked, Board not adopting unfair procedures — While Parliament not having legislated alternative procedures for dangerous offenders, S.C.C. having recognized difference in situation of convicts serving determinate, indeterminate sentences — Previous decision relevant, may be considered under Parole Act, s. 101(b).

e Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit d'être représenté par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques contradictoires à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle — L'art. 7 de la Charte impose le droit au ministère d'avocat et le droit d'interroger les auteurs des rapports — Pour la Commission, la protection de la société doit être le critère déterminant — L'assistance d'un avocat et l'interrogatoire des auteurs des rapports peuvent aider la Commission comme le détenu lui-même en ce que les points de fait importants ne seraient pas oubliés et que la Commission n'adopterait pas de procédures iniques — Le Législateur n'a prévu aucune procédure spéciale pour les délinquants dangereux, mais la Cour suprême distingue, en matière de privation de liberté, entre détenus ordinaires et détenus purgeant une sentence de durée indéterminée — Une décision antérieure est pertinente et peut être prise en compte en application de l'art. 101b) de la Loi sur les libérations conditionnelles.

This was an application for judicial review of the National Parole Board's refusal to allow the applicant, a dangerous offender serving an indeterminate sentence, to appear by counsel and to examine the authors of conflicting clinical reports at his 1993 parole hearing. The Board followed the procedures contained in the *Parole Act*, which does not distinguish between offenders serving determinate or indeterminate sentences. Counsel's role is restricted to that of assistant.

h *i* *j* *Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé au requérant, délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée, le droit de se faire assister par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques contradictoires, lors de l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle en 1993. La Commission a observé la procédure prévue par la Loi sur les libérations conditionnelles, qui ne distingue pas entre délinquants purgeant une peine de durée*

The applicant argued that denial of the procedures requested infringed his Charter, section 7 right to fundamental justice. The respondents submitted that there was no loss of liberty because release from incarceration would be an enhancement, not a deprivation of the applicant's liberty and therefore Charter, section 7 was not engaged.

The issues were whether the Board infringed the applicant's Charter, section 7 rights; whether there was a deprivation of a liberty interest; and if so, whether the deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice.

Held, the application should be allowed.

A deprivation of a liberty interest does exist within the meaning of Charter, section 7 in the context of an indeterminate sentence.

Fairness under Charter section 7 must be fundamental to justice. With respect to this inmate, serving an indeterminate sentence, the principles of fundamental justice mandated both the right to appear by counsel and the right to examine the authors of the clinical reports.

The Board's paramount consideration in the determination of parole is the protection of society. The Board is not restricted by the rules of evidence or procedure. Psychiatric and psychological reports are important components of the evidence weighed by the Board. While examination of the experts would increase the administrative burden on the Board, it would likely result in a more informed decision. Parliament has not legislated alternative procedures for dangerous offenders, despite recognition by the Supreme Court that, from the perspective of the deprivation of liberty, there is a difference between inmates serving determinate and indeterminate sentences. Hearings before the Board must reflect the differences associated with such status. Given the liberty issues at stake, when reviewing the status of a dangerous offender, counsel can be of assistance to the Board as well as to the inmate, in ensuring that important factual matters are not overlooked or that the Board does not adopt procedures which are basically unfair to the inmate. Counsel can assist the Board in making a more informed decision regarding parole. The same is true of the right to examine the experts on their reports. The hearing need not become adversarial or trial-like as this would be inconsistent with the manner in which the Board views its statutory mandate.

Paragraph 101(b) of the Act requires that the Board consider all relevant information. A previous decision regarding the same individual is relevant given the Board's responsibilities under the Act and may be considered.

déterminée et délinquants purgeant une peine de durée indéterminée. L'avocat n'est autorisé à intervenir qu'à titre d'assistant.

Le requérant soutient que le rejet de ses demandes porte atteinte à son droit à la justice fondamentale, que garantit l'article 7 de la Charte. Les intimés répliquent qu'il n'y a pas perte de liberté puisque la mise en liberté ne soustrait pas, mais ajoute au degré de liberté dont le requérant a le droit de jouir; l'article 7 de la Charte n'est donc pas en jeu.

Il échet d'examiner si la Commission a porté atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte garantit au requérant, s'il y a eu atteinte à la liberté et, dans l'affirmative, si cette atteinte était conforme aux principes de justice naturelle.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Il y a atteinte à la liberté au sens de l'article 7 de la Charte dans le contexte de la détention de durée indéterminée.

L'équité prescrite par l'article 7 doit être un élément fondamental de la justice. En ce qui concerne ce détenu qui purge une peine de durée indéterminée, les principes de justice fondamentale imposent à la fois le droit au ministère d'avocat et le droit d'interroger les auteurs des rapports cliniques.

La Commission doit voir dans la protection de la société le critère déterminant dans l'examen du dossier de libération conditionnelle. Elle n'est pas astreinte aux règles de preuve ou de procédure. Les rapports psychiatriques et psychologiques sont d'importants éléments de preuve pris en compte par la Commission. Il est vrai que l'interrogatoire des experts ajouterait au fardeau administratif de la Commission, mais il l'aiderait à parvenir à une décision plus éclairée. Le Législateur n'a prévu aucune procédure spéciale pour les délinquants dangereux, malgré la distinction faite par la Cour suprême, en matière de privation de liberté, entre détenus ordinaires et détenus purgeant une sentence de durée indéterminée. Les audiences de la Commission doivent traduire cette différence de statut. Étant donné les questions de liberté en jeu, l'avocat peut, à l'examen du statut d'un délinquant dangereux, aider la Commission tout comme le détenu lui-même en faisant de telle sorte que les points de fait importants ne soient pas oubliés ou que la Commission n'adopte pas de procédures qui soient essentiellement iniques pour ce dernier. Il peut aider la Commission à rendre une décision plus éclairée en matière de libération conditionnelle. Il en est de même du droit d'interroger les experts sur leurs rapports cliniques. Il n'est pas nécessaire que l'audience soit contradictoire ou contentieuse, car pareille éventualité ne serait pas conforme au sens général du mandat que la Commission tient de la loi.

L'alinéa 101b) de la Loi impose à la Commission de prendre en considération tous les éléments de preuve. Une décision antérieure concernant le même individu est pertinente vu les responsabilités dont la Loi l'a investie; elle peut en tenir compte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 12, 15.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 100, 101, 102, 105(1),(5), 140(7),(8), 151.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761 (as am. by S.C. 1992, c. 20, s. 215).

Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] S.C.J. No. 10.

CONSIDERED:

Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; [1990] 6 W.W.R. 673; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 1; 60 C.C.C. (3d) 1; 80 C.R. (3d) 257; 2 C.R.R. (2d) 304; 121 N.R. 198; *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (T.D.).

REFERRED TO:

Dempsey v. The Queen (1987), 34 C.C.C. (3d) 95; 30 C.R.R. 191; 80 N.R. 159 (F.C.A.); *Hay v. National Parole Board et al.* (1991), 48 F.T.R. 165 (F.C.T.D.); *MacDonald v. National Parole Board*, [1986] 3 F.C. 157; (1986), 18 Admin. L.R. 284; 2 F.T.R. 273 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of the National Parole Board's refusal to allow a dangerous offender serving an indeterminate sentence to appear by counsel and to examine the authors of conflicting clinical reports at a parole hearing. Application allowed.

COUNSEL:

Ronald R. Price, Q.C., for applicant.
John B. Edmond for respondents.

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, 9, 12, 15.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 761 (mod. par L.C. 1992, ch. 20, art. 215).

Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 100, 101, 102, 105(1),(5), 140(7),(8), 151.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] A.C.S. n° 10.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; [1990] 6 W.W.R. 673; (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 1; 60 C.C.C. (3d) 1; 80 C.R. (3d) 257; 2 C.R.R. (2d) 304; 121 N.R. 198; *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Dempsey c. La Reine (1987), 34 C.C.C. (3d) 95; 30 C.R.R. 191; 80 N.R. 159 (C.A.F.); *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles et autres* (1991), 48 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.); *MacDonald c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1986] 3 C.F. 157; (1986), 18 Admin. L.R. 284; 2 F.T.R. 273 (1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire contre la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui a refusé à un délinquant dangereux purgeant une peine de détention de durée indéterminée le droit de se faire assister par avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques contradictoires, à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle. Demande accueillie.

AVOCATS:

Ronald R. Price, c.r., pour le requérant.
John B. Edmond pour les intimés.

SOLICITORS:

Faculty of Law, Queen's University, Kingston, Ontario, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

WETSTON J.: This is an application seeking declaratory relief regarding certain procedural rulings made by the National Parole Board (the Board) at the applicant's July 8, 1993, parole hearing. The hearing was adjourned *sine die* at the request of the applicant following the rulings by the Board.

The applicant raises a number of issues in his originating notice of motion. However, the main issues are whether the National Parole Board infringed the applicant's section 7 Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] rights by denying him: (1) the right to appear by counsel; (2) the right to have the authors of certain clinical reports appear before the Board for the purposes of examination; and (3) the right to have certain reports to which he objects excluded from the evidence.

The applicant is currently an inmate, sentenced to an indeterminate period of detention under Part XXIV (Dangerous Offenders) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. He was found to be a dangerous offender in 1980 and sentenced to an indeterminate period of detention. In November 22, 1991, the applicant had a parole hearing before the Board in which similar objections by applicant's counsel were made. In the context of that hearing, the Board denied the applicant unescorted temporary absence, day parole or full parole. The next hearing of the applicant's case by the Board was held July 8, 1993, which is the subject of this proceeding.

PROCUREURS:

Faculté de Droit, Queen's University (Kingston) Ontario, pour le requérant.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE WETSTON: Le requérant conclut en l'espèce à jugement déclaratoire à l'égard de certaines décisions d'ordre procédural rendues par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) à l'audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle, qui a eu lieu le 8 juillet 1993. L'audience a été ajournée *sine die* à la demande du requérant, à la suite de ces décisions de la Commission.

Le requérant soulève plusieurs questions dans son avis de requête introductif d'instance. Cependant, il s'agit principalement de savoir si la Commission nationale des libérations conditionnelles a porté atteinte aux droits que le requérant tient de l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], en refusant de lui reconnaître: (1) le droit de se faire assister d'un avocat; (2) le droit de citer les auteurs de certains rapports cliniques à comparaître devant la Commission aux fins d'interrogatoire; et (3) le droit de faire exclure des preuves certains rapports qu'il conteste.

Le requérant purge à l'heure actuelle une peine de durée indéterminée sous le régime de la partie XXIV (Délinquants dangereux) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Il a été déclaré délinquant dangereux en 1980 et condamné à la détention pour une période indéterminée. Le 22 novembre 1991, il a comparu à une audience tenue par la Commission pour l'examen de son dossier de libération conditionnelle, audience au cours de laquelle son avocat a soulevé les mêmes objections. À l'issue de cette audience, la Commission lui a refusé la permission de sortir sans surveillance, la semi-liberté et la libération conditionnelle totale. L'audience subséquente d'examen du dossier du requérant eut lieu le 8 juillet 1993; elle fait l'objet de la procédure en instance.

The dangerous offenders legislation has been in operation in Canada since 1977. The consent of the Attorney General of the province in which the offender is tried is required to hear an application for dangerous offender status. On December 17, 1992, there were approximately 111 dangerous offenders currently under federal jurisdiction that comprised less than .5% of the total federal offender population. At that time there were four dangerous offenders on conditional release. Interestingly, from 1985 to 1992, the number of annual releases of dangerous offenders has remained constant at about one per year.

La législation en matière de délinquants dangereux est en vigueur au Canada depuis 1977. Le consentement du procureur général de la province où le délinquant passe en jugement est nécessaire pour l'audition de la demande en déclaration d'état de délinquant dangereux. Au 17 décembre 1992, il y avait quelque 111 délinquants déclarés dangereux sous le régime de la législation fédérale, ce qui représente moins de 0,5 p. 100 de la population carcérale fédérale. À l'époque, il y avait quatre délinquants dangereux en libération conditionnelle. Il est intéressant de noter que durant la période allant de 1985 à 1992, le nombre de délinquants dangereux remis en liberté est resté constant d'une année à l'autre, savoir à peu près un par an.

RELEVANT STATUTORY FRAMEWORK

Subsection 761(1) [as am. by S.C. 1992, c. 20, s. 215] of the *Criminal Code* provides as follows:

761. (1) Subject to subsection (2), where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, the National Parole Board shall, forthwith after the expiration of three years from the day on which that person was taken into custody and not later than every two years thereafter, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under Part II of the *Corrections and Conditional Release Act* and, if so, on what conditions.

Parole, that is, conditional release and detention, is dealt with under Part II of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act) (formerly the *Parole Act* [R.S.C., 1985, c. P-2]). Part II of the Act does not distinguish between offenders serving a determinate sentence and those offenders imprisoned under an indeterminate sentence. Both counsel agreed that an indeterminate sentence is a sentence within the meaning of Part II of the Act. The purpose of conditional release, as well as the principles guiding Parole Board decisions and the criteria for granting parole are contained in sections 100, 101, and 102 of the Act. It is clear that the National Parole Board has the exclusive jurisdiction and discretion to grant parole to an offender including a dangerous offender. Counsel for the respondents characterizes the functions of the National Parole Board variously as administrative, non-judicial or inquisitorial. He argues that the Board is non-

LES TEXTES DE LOI APPLICABLES

Le paragraphe 761(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 20, art. 215] du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

761. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission nationale des libérations conditionnelles examine les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée dès l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour où ces personnes ont été mises sous garde et, par la suite, tous les deux ans au plus tard, afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la partie II de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

La libération conditionnelle, c'est-à-dire la mise en liberté sous condition, et le maintien en incarcération sont prévus à la partie II de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi), qui a remplacé la *Loi sur la libération conditionnelle* [L.R.C. (1985), ch. P-2]. Cette partie II ne distingue pas entre délinquants qui purgent une peine d'emprisonnement de durée déterminée et ceux qui sont détenus pour une période indéterminée. Les avocats des deux parties sont convenus qu'une sentence de durée indéterminée est une sentence au sens de la partie II de la Loi. L'objet de la mise en liberté sous condition ainsi que les principes régissant les décisions de la Commission des libérations conditionnelles et les critères applicables en la matière sont définis aux articles 100, 101 et 102 de la Loi. Il est indiscutable que la Commission nationale des libérations conditionnelles a compétence exclusive et pouvoir discrétionnaire pour accor-

expert. The respondents contend that this is reflected in subsection 105(1) of the Act which reads:

105. (1) Members appointed to the Board shall be sufficiently diverse in their backgrounds to be able to collectively represent community values and views in the work of the Board and to inform the community with respect to unescorted temporary absence, parole and statutory release.

Furthermore, in exercising its functions, the Board must have regard to subsection 105(5), which provides that members of the Board shall exercise their functions in accordance with policies adopted pursuant to subsection 151(2) of the Act.

Pursuant to section 151, the Board maintains a Policy Manual regarding conditional release and detention which is approved by the Executive Committee of the National Parole Board. The Manual discusses, among other things, the procedures associated with the application of subsections 140(7) and 140(8) of the Act. These subsections read as follows:

140. ...

(7) Where a review by the Board includes a hearing at which the offender is present, the Board shall permit the offender to be assisted by a person of the offender's choice unless the Board would not permit the presence of that person as an observer pursuant to subsection (4).

(8) A person referred to in subsection (7) is entitled

(a) to be present at the hearing at all times when the offender is present;

(b) to advise the offender throughout the hearing; and

(c) to address, on behalf of the offender, the members of the Board conducting the hearing at times they adjudge to be conducive to the effective conduct of the hearing.

The practice of the Board is normally that the only persons permitted to participate at a hearing, apart from panel members, are Correctional Service of Canada personnel, usually the case manager officer involved, who presents the documents on file and the recommendation of the Correctional Service, the inmate and the assistant. The role of the assistant is set out in subsection 140(8) of the Act. Normally, concerns of the offender respecting reports and docu-

der la libération conditionnelle aux délinquants, y compris les délinquants dangereux. L'avocat des intimés qualifie diversement les fonctions de la Commission d'administratives, de non judiciaires ou d'investigatoires. Il soutient que la Commission n'est pas un organisme doué d'une expertise spéciale, comme en témoigne le paragraphe 105(1) de la Loi, qui porte:

105. (1) Les membres sont choisis parmi des groupes suffisamment diversifiés pour pouvoir représenter collectivement les valeurs et les points de vue de la collectivité et informer celle-ci en ce qui touche les libérations conditionnelles ou d'office et les permissions de sortir sans surveillance.

En outre, la Commission est tenue, dans l'exercice de ses fonctions, de se conformer au paragraphe 105(5), aux termes duquel ses membres doivent exercer leurs fonctions conformément aux directives d'orientation générale établies en application du paragraphe 151(2) de la Loi.

Conformément à l'article 151, la Commission tient un Manuel des politiques applicables à la mise en liberté sous condition et au maintien en détention. Ce Manuel, approuvé par son comité exécutif, prévoit entre autres les modalités d'application des paragraphes 140(7) et 140(8) de la Loi, lesquels prévoient ce qui suit:

140. ...

(7) Dans le cas d'une audience à laquelle assiste le délinquant, la Commission lui permet d'être assisté d'une personne de son choix, sauf si cette personne n'est pas admissible à titre d'observateur en raison de l'application du paragraphe (4).

(8) La personne qui assiste le délinquant a le droit:

a) d'être présente à l'audience lorsque le délinquant l'est lui-même;

b) de conseiller le délinquant au cours de l'audience;

c) de s'adresser aux commissaires au moment que ceux-ci choisissent en vue du bon déroulement de l'audience.

Selon la pratique normale de la Commission, ne sont autorisés à participer à une audience, à part les membres du tribunal, que le personnel du Service correctionnel du Canada, savoir habituellement l'agent chargé de la gestion du cas d'espèce, qui présente les documents versés au dossier et la recommandation du Service correctionnel, le délinquant concerné et la personne qui l'assiste. Le rôle de cette dernière est défini au paragraphe 140(8) de la Loi.

ments on file, are addressed by him or his assistant by way of written submissions in advance of the hearing or by oral submissions at the hearing. Questions submitted by the offender in advance concerning statements and reports are brought to the attention of the report's author and a response is provided in advance to the offender. Moreover, these responses may be the subject of submissions by the offender or his assistant to the panel. Attendance at a Board hearing of the author of a clinical report relating to an inmate, whose case is being heard, is unusual. At the 1991 hearing, one of the psychiatrists who was in support of release was permitted to attend and answer questions at the parole hearing of Mr. MacInnis.

PARTIES' SUBMISSIONS

Counsel for the applicant noted during argument that he agrees that the Act was fully complied with by the Board. He does not argue that the Board adopted procedures that were unfair from the perspective of the procedures under the Act or in the policies contained in the Manual. He contends that the Act, which affects the liberty interests of the applicant, must be interpreted in terms of its Charter implications and that this was not done by the Board. The applicant does not argue that the provisions of the Act are unconstitutional. Nor does the applicant base his claim on the fact that the interest at stake is the right to be paroled, or on an existing right to be released or even on an unqualified right of release in the future. The applicant argues that to deny him the procedures requested infringes his right to fundamental justice under section 7 of the Charter.

The respondents take the position that it is not open to the applicant on judicial review to impugn a statutory provision, that is, this proceeding is limited to the review by the Court of the Board's procedural decisions. It is contended that the decisions challenged are compelled by statute, that the issue is one of fairness, and there can be no unfairness because the Act was fully complied with. Since the Act applies in the case of the parole review of a person under an indeterminate sentence, it is contended by the respondents that the Act cannot be challenged,

Normalement, le délinquant ou la personne qui l'assiste expriment les préoccupations du premier au sujet des rapports et documents versés au dossier, soit par conclusions écrites soumises avant l'audience soit par plaidoirie verbale à l'audience même. Les questions soumises à l'avance par le délinquant au sujet de déclarations et rapports sont portés à l'attention de l'auteur du rapport, dont les réponses lui sont communiquées avant l'audience. Ces réponses peuvent d'ailleurs faire l'objet d'une plaidoirie présentée au tribunal par le délinquant ou la personne qui l'assiste. Il est rare que l'auteur d'un rapport clinique concernant un délinquant assiste à l'audience consacrée à celui-ci. En 1991, un psychiatre qui était en faveur de la mise en liberté a été autorisé à être présent et à répondre aux questions, à l'audience d'examen du dossier de libération conditionnelle de M. MacInnis.

d L'ARGUMENTATION DES PARTIES

L'avocat du requérant reconnaît dans son argumentation que la Commission s'est strictement conformée à la Loi; il ne prétend pas qu'elle ait adopté une procédure inique, que ce soit du point de vue de la procédure prévue par la Loi ou du point de vue des directives contenues dans le Manuel. Il soutient que la Loi, qui affecte la liberté du requérant, doit être interprétée au regard de la Charte, ce que la Commission n'a pas fait. Le requérant ne dit pas que les dispositions de la Loi soient inconstitutionnelles; il ne fait valoir ni le fait que ce qui est en jeu, c'est le droit à la libération conditionnelle, ni un droit existant à la mise en liberté ni même un droit à la mise en liberté totale à l'avenir. Il soutient que le rejet de ses demandes porte atteinte à son droit à la justice fondamentale, que garantit l'article 7 de la Charte.

Les intimés soutiennent de leur côté que le requérant n'est pas recevable, dans le cadre du recours en contrôle judiciaire, à contester un texte de loi, c'est-à-dire que l'instance est limitée à un contrôle par la Cour des décisions d'ordre procédural de la Commission. Et que les décisions entreprises sont le résultat inéluctable de la Loi, que le litige se résout à une question d'équité, et qu'il ne saurait y avoir iniquité puisque la Loi a été strictement observée. Celle-ci étant applicable à l'examen du dossier de libération conditionnelle des délinquants détenus pour une

only the decisions giving rise to this application. The respondents submit that Parliament, by the express language of subsections 140(7) and (8), intended to exclude the broader role of counsel; *expressio unius est exclusio alterius*. The respondents further contend that the assistance role is expressly qualified and by taking issue with the provisions of the Act limiting the role of an assistant the statute is being impugned and not the decision of the Board.

With respect to the application of section 7, the respondents argue that there is no loss of liberty in this case and, therefore, section 7 is not engaged. The respondents argue that the jurisprudence draws a distinction between the deprivation of a currently existing right of liberty and a denial of an anticipated privilege of liberty. It is contended that the case at bar concerns the latter: *Dempsey v. The Queen* (1987), 34 C.C.C. (3d) 95 (F.C.A.), at page 96; *Hay v. National Parole Board et al.* (1991), 48 F.T.R. 165 (F.C.T.D.), at page 169; and *MacDonald v. National Parole Board*, [1986] 3 F.C. 157 (T.D.), at page 174.

RELEVANT CASE LAW

The dangerous offender provisions of the *Criminal Code* were considered in the context of section 12 of the Charter by the Supreme Court of Canada in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, where Mr. Justice La Forest noted the following at pages 340-341:

In truth, there is a significant difference between the effect of a Part XXI sentence and other, more typical, sentences. When a person is imprisoned for an absolute and determinate period, there is at least the certainty that the incarceration will end at the termination of that period. The convicted person, during the term of sentence, can remain in a passive state, secure in the knowledge that he or she will be released thereafter. For the offender undergoing an indeterminate sentence, however, the sole hope of release is parole . . .

This is so because in the context of a determinate sentencing scheme the availability of parole represents an additional, superadded protection of the liberty interests of the offender. In the present context, however, it is, subsequent to the actual imposition of the sentence itself, the sole protection of the dangerous offender's liberty interests . . . Seen in this light, therefore, the parole process assumes the utmost significance for it is that process alone that is capable of truly accommodating and tailoring the sentence to fit the circumstances of the individual offender.

période indéterminée, les intimés soutiennent qu'il ne saurait être question de contester la Loi elle-même, mais seulement les décisions donnant lieu au recours en instance. Que par la formulation expresse des paragraphes 140(7) et (8), le législateur a entendu exclure le ministère d'avocat qui est plus large; telle est la règle *expressio unius est exclusio alterius*. Que le rôle du défenseur est expressément limité, et que contester les dispositions de la Loi portant limitation de ce rôle revient à attaquer le texte de loi lui-même, et non pas la décision de la Commission.

En ce qui concerne l'application de l'article 7, les intimés soutiennent que celui-ci n'est pas en jeu puisqu'il n'y a pas perte de liberté en l'espèce. À leur avis, la jurisprudence distingue entre la privation d'un droit existant à la liberté et le refus d'accorder le bénéfice attendu de liberté, qui est le cas en l'espèce; voir *Dempsey c. La Reine* (1987), 34 C.C.C. (3d) 95 (C.A.F.), à la page 96; *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles et autres* (1991), 48 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.), en page 169; et *MacDonald c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1986] 3 C.F. 157 (1^{re} inst.), en page 174.

LA JURISPRUDENCE EN LA MATIÈRE

La Cour suprême du Canada a interprété les dispositions du *Code criminel* en matière de délinquants dangereux au regard de l'article 12 de la Charte dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, où le juge La Forest a fait cette constatation en pages 340 et 341:

En vérité, il existe une différence considérable entre l'effet d'une peine imposée en vertu de la partie XXI et celui d'autres peines plus typiques. Quand une personne se fait emprisonner pour une période absolue et déterminée, il y a au moins la certitude que l'incarcération ne durera pas plus longtemps que la période fixée. La personne condamnée peut alors adopter une attitude passive en étant assurée d'être libérée une fois cette période écoulée. Pour le délinquant qui purge une peine d'une durée indéterminée, il n'y a cependant pas d'autre espoir que la libération conditionnelle . . .

Cela tient à ce que, dans un régime de peines d'une durée déterminée, la possibilité d'obtenir une libération conditionnelle représente une mesure surajoutée de protection des intérêts du délinquant en matière de liberté. Dans le présent contexte, cependant, une fois la peine imposée, elle constitue la seule mesure de protection des intérêts du délinquant dangereux en matière de liberté. . . Par conséquent, vu sous cet angle, le processus de libération conditionnelle revêt une importance capitale, car seul ce processus permet vraiment d'adapter la peine à la situation de chaque délinquant.

It is clear from the decision in *R. v. Lyons, supra*, that the dangerous offender provisions of the *Criminal Code*, are saved under a section 12 Charter challenge by the parole process. At page 345 of *R. v. Lyons, supra*, Mr. Justice La Forest notes:

Before leaving this issue, however, I would make one further comment. The conclusion that the liberty interest of a dangerous offender that is at stake in any parole hearing is, as a practical matter, different from that of "ordinary" offenders serving determinate sentences might affect the way in which the procedural adequacy of the review procedure might be viewed.

Mr. Justice La Forest further notes, at page 354, that:

In the context of s. 7, it seems to me that the nature and quality of the procedural protections to be accorded the individual cannot depend on sterile logic or formalistic classifications of the type of proceeding in issue. Rather, the focus must be on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual.

and, at page 361, that:

... the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness ... [and] that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked.

While the applicant is entitled to a fair hearing, he is not entitled to the most favourable procedures that could possibly be imagined, but, the Supreme Court notes, at page 362, that:

... the fairness of the process by which the deprivation of liberty is occasioned cannot, in the case of a dangerous offender, be considered in isolation from the process by which that deprivation of liberty is reviewed.

And, that [at pages 362-363]:

Given the severity of the impact of such review on a dangerous offender's liberty interests, at least as opposed to those of an "ordinary" offender, it seems to me that considerations of fundamental justice might require correspondingly enhanced procedural protections at such a review ... However, the fairness of certain procedural aspects of a parole hearing may well be the subject of constitutional challenge, at least when the review is of the continued incarceration of a dangerous offender. The fairness of the review procedure, however, is not an issue in the present case.

On voit donc, à la lumière de la décision *R. c. Lyons*, que les dispositions du *Code criminel* en matière de délinquants dangereux sont protégées de l'application de l'article 12 de la Charte par le processus de libération conditionnelle. En page 345 de la même décision, le juge La Forest a donné cette précision:

Avant toutefois de passer à autre chose, je me permets de faire une autre observation. Si l'on devait conclure qu'il existe sur le plan pratique une différence entre l'intérêt qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, qui est en jeu dans toute audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle, et ce même intérêt lorsqu'il s'agit de délinquants «ordinaires» qui purgent des peines d'une durée déterminée, cela risquerait d'influer sur l'opinion qu'on se ferait quant au caractère adéquat, au point de vue formel, du processus de révision.

Et d'ajouter en page 354:

Il me semble que, dans le contexte de l'art. 7, la nature et la qualité des garanties en matière de procédure qu'il faut accorder à l'individu ne sauraient être fonction d'une logique stérile ni d'une classification formaliste du type d'instance dont il s'agit. On doit plutôt mettre l'accent sur le caractère pratique de l'instance et sur l'effet qu'elle risque d'avoir sur la liberté individuelle.

Et encore en page 361:

... les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure. ... [et] les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque.

Si le requérant a droit à une audience équitable, il n'a pas droit aux procédures les plus favorables qu'on puisse imaginer, mais la Cour suprême fait cette mise en garde, en page 362:

... le caractère équitable du processus entraînant la privation de liberté ne saurait, dans le cas d'un délinquant dangereux, être considéré indépendamment du processus de révision de cette privation de liberté.

Et d'ajouter [en pages 362 et 363]:

Étant donné la gravité des effets d'une telle révision sur les intérêts qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, du moins par rapport à ses effets sur les mêmes intérêts qu'a un délinquant «ordinaire», il me semble que la justice fondamentale pourrait exiger que cette révision comporte des garanties en matière de procédure qui soient améliorées en conséquence. ... Toutefois, le caractère équitable de certains aspects de la procédure d'une audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle peut très bien faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution, du moins lorsque l'examen porte sur la prolongation de l'emprisonnement.

Of course, the fairness of the review procedure, is at issue in this case. Mr. Justice La Forest also in *R. v. Lyons, supra*, noted, at page 368, that the problem of dealing with psychiatric expert evidence in the context of the parole review of a dangerous offender does not undermine fairness of the scheme so much as to strengthen the conclusion that the procedural protection accorded the offender, especially on review, ought to be very rigorous.

In *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, the Court had another occasion to deal with the dangerous offender provisions and once more concluded that the imposition of an indeterminate sentence without other safeguards would violate section 12 of the Charter if it were not for the existence of regular parole review of an offender's continuing detention. In other words, it is only by a careful consideration and application of the various criteria under the parole laws that the indeterminate sentence can be made to fit the circumstances of the individual offender.

In *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.), the Court had an opportunity to deal with the right to counsel in the context of an inmate disciplinary hearing. At pages 662-663, Thurlow C.J., notes:

I am of the opinion that the enactment of section 7 has not created any absolute right to counsel in all such proceedings. It is undoubtedly of the greatest importance to a person whose life, liberty or security of the person are at stake to have the opportunity to present his case as fully and adequately as possible. The advantages of having the assistance of counsel for that purpose are not in doubt. But what is required is an opportunity to present the case adequately and I do not think it can be affirmed that in no case can such an opportunity be afforded without also as part of it affording the right to representation by counsel at the hearing.

Once that position is reached it appears to me that whether or not the person has a right to representation by counsel will depend on the circumstances of the particular case, its nature, its gravity, its complexity, the capacity of the inmate himself to understand the case and present his defence. The list is not exhaustive. And from this, it seems to me, it follows that whether or not an inmate's request for representation by counsel can lawfully be refused is not properly referred to as a matter of discretion but is a matter of right where the circum-

ment d'un délinquant dangereux. Le caractère équitable de la procédure de révision n'est cependant pas en litige en l'espèce.

Il se trouve que l'équité du processus d'examen du dossier de libération conditionnelle est bien en cause en l'espèce. Dans *R. c. Lyons, supra*, le juge La Forest note également en page 368 que le problème relatif au témoignage psychiatrique d'expert remet moins en question l'utilité et l'équité du régime qu'il rehausse la conclusion que les garanties procédurales assurées au délinquant, en particulier à l'examen de son dossier de libération conditionnelle, doivent être très rigoureuses.

Dans *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, qui porte aussi sur les dispositions relatives aux délinquants dangereux, il a été jugé de nouveau que l'application d'une sentence de durée indéterminée sans autres protections irait à l'encontre de l'article 12 de la Charte, n'eût été l'existence du processus d'examen périodique du dossier de libération conditionnelle de l'intéressé. Autrement dit, ce n'est que par prise en considération et application attentives des divers critères prescrits par les règles en matière de libération conditionnelle que la détention de durée indéterminée peut être adaptée au cas personnel de chaque délinquant.

Dans *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), qui porte sur le droit au ministère d'avocat dans une audience disciplinaire concernant un détenu, le juge en chef Thurlow note en pages 662 et 663:

Je suis d'avis que l'adoption de l'article 7 n'a créé aucun droit absolu d'être représenté par avocat dans toute procédure de ce genre. Il est sans aucun doute de la plus grande importance que la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont en jeu ait l'occasion d'exposer sa cause aussi pleinement et adéquatement que possible. Les avantages de l'assistance d'un avocat à cette fin ne sont pas contestés. Cependant, ce qui est exigé c'est l'occasion d'exposer la cause adéquatement et je ne crois pas qu'on puisse affirmer qu'il n'existe pas de cas où une telle occasion ne peut être fournie sans qu'il faille également accorder le droit d'être représenté par avocat à l'audition.

Une fois qu'on a adopté cette position, il me semble que la question de savoir si oui ou non une personne a le droit d'être représentée par avocat dépendra des circonstances de l'espèce, de sa nature, de sa gravité, de sa complexité, de l'aptitude du détenu lui-même à comprendre la cause et à présenter sa défense. Cette liste n'est pas exhaustive. Il s'ensuit donc, à mon avis, que la question de savoir si la requête d'un détenu en vue d'être représenté par avocat peut être légalement refusée ne peut être considérée comme une question de discrétion, car

stances are such that the opportunity to present the case adequately calls for representation by counsel.

Mr. Justice MacGuigan, in *Howard, supra*, at page 685, notes as follows:

What section 7 requires is that an inmate be allowed counsel when to deny his request would infringe his right to fundamental justice. The existence of the right admittedly depends on the facts. But the right, when it exists, is not discretionary, in the sense that the presiding officer has a discretion to disallow it. The presiding officer's authority cannot, in my view, prevent a reviewing court from looking at the facts and substituting its own view if it is persuaded by them that the case is one in which counsel should be allowed in order to afford the inmate the rights guaranteed by section 7.

At page 687, Mr. Justice MacGuigan continues:

The Charter does modify the previous understanding of the law by an enhancement of the fundamental principle of justice relating to an adequate opportunity to answer, and in doing so it does affect even purely administrative proceedings.

Finally, in *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734 (T.D.), Mr. Justice Strayer, as he then was, notes, at page 747, that:

In my view fundamental justice requires procedural fairness commensurate with the interest affected.

He continues, at page 749:

In my view, however, the guarantee in section 7 of the Charter requires that a parolee should have every reasonable opportunity to be represented by counsel at a revocation hearing. The importance of the outcome to him, at least in a case like the present, means that a fair procedure requires that he should have counsel if he so wishes and if he can find counsel willing to serve. Sufficient time should be assured to him to make all reasonable efforts to achieve this.

This does not mean, however, that the Board can remain indifferent to whether a parolee has counsel in such circumstances. It must provide a hearing procedure which is fair, and the presence of counsel in a matter of this gravity will be an important factor in assuring the fairness of the process.

It is clear from the review of the authorities that where a revocation of parole occurs or where disciplinary proceedings are involved, the right to counsel

il s'agit d'un droit qui existe lorsque les circonstances sont telles que la possibilité d'exposer adéquatement la cause du détenu exige la représentation par avocat.

De son côté, le juge MacGuigan, dans la même cause *a Howard, supra*, a fait cette constatation en page 685:

L'article 7 exige qu'on accorde à un détenu le droit d'être représenté par avocat lorsque le fait de refuser sa requête en ce sens violerait son droit à la justice fondamentale. De l'aveu général, l'existence de ce droit dépend des faits. Toutefois, ce droit, lorsqu'il existe, n'est pas discrétionnaire si l'on entend par ce terme que le président du tribunal a le pouvoir discrétionnaire de le refuser. À mon avis, le pouvoir dont dispose le président du tribunal n'empêche pas une cour exerçant son pouvoir de contrôle d'examiner les faits et de substituer sa propre décision à celle de ce dernier si elle est convaincue, à la lumière des faits, qu'il s'agit d'un cas où la représentation par avocat aurait dû être accordée afin d'assurer au détenu les droits qui lui sont garantis par l'article 7.

Et d'ajouter en page 687:

La Charte a bel et bien modifié l'interprétation antérieure du droit en rehaussant l'importance du principe de justice fondamentale relatif à l'occasion adéquate de se défendre et ce faisant, elle influe même sur les procédures de nature purement administrative.

Enfin, dans *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734 (1^{re} inst.), le juge Strayer, tel était alors son titre, a tiré la conclusion suivante en page 747:

À mon avis, la justice fondamentale exige une équité procédurale qui corresponde à l'intérêt touché.

Et en page 749:

J'estime toutefois que la garantie prévue à l'article 7 de la Charte exige qu'un libéré conditionnel ait toutes les possibilités raisonnables de se faire représenter par un avocat à une audition portant sur la révocation. L'importance de l'issue à son égard, du moins dans un cas comme en l'espèce, signifie qu'une procédure équitable exige qu'il ait droit à un avocat s'il le désire et s'il peut en trouver un qui soit disposé à le représenter. On devrait lui accorder suffisamment de temps pour qu'il puisse faire son possible en vue d'atteindre ce but.

Toutefois, cela ne veut pas dire que la Commission peut rester indifférente devant la question de savoir si un libéré conditionnel a un avocat dans de telles circonstances. Elle doit assurer une procédure d'audition qui soit équitable, et la présence d'un avocat dans une affaire aussi grave sera un facteur important pour assurer l'équité de la procédure.

Il ressort de cette recension de la jurisprudence qu'en cas de révocation de la libération conditionnelle ou d'action disciplinaire, le droit au ministère

is an important component of the guarantee of fundamental justice within section 7 of the Charter. Of course, the matter before the Court is not one involving discipline or revocation of parole, but rather the anticipated opportunity for parole within the context of an indeterminate sentence.

In a recent decision in the Supreme Court of Canada, *R. v. S. (R.J.)*, [1995] S.C.J. No. 10, February 2, 1995, a case dealing with various sections of the Charter as it applies to the principles against self-incrimination, Mr. Justice Iacobucci states the following regarding section 7 of the Charter, at page 9 of the decision:

Section 7 establishes that "[e]veryone 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". An analysis under this provision can logically proceed in stages. First, it can be determined whether there exists a real or imminent deprivation of an interest or interests recognized in the section. Second, the relevant principles of fundamental justice can be isolated, and the deprivation can be measured against these principles to determine whether s. 7 has been infringed.

With respect to liberty interests, Mr. Justice Iacobucci, in *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, at pages 10-11, states:

Section 7 of the Charter is engaged by deprivations in respect of life, liberty, or security of the person. To date, this Court has recognized that an interest is subject to deprivation, in this context, if there is either an immediate or imminent threat to the interest, and, in this appeal, the interest at stake is liberty. For example, both imprisonment and an imminent threat of imprisonment constitute deprivations of the liberty interest: . . .

Finally, at page 17 of *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, Mr. Justice Iacobucci comments with respect to the principles of fundamental justice:

The rights listed in s. 7 of the Charter are not guaranteed at large . . . He can only demand that a deprivation of his liberty take place in accordance with the principles of fundamental justice.

Counsel for the respondents relies on *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, for the proposition that there is no general common law right to examine witnesses at Board hearings. Mr. Justice Iacobucci also had an occasion in the *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, decision to deal with the application of the *Irvine v. Canada*, *supra*,

d'avocat est un élément important de la garantie de justice fondamentale, que prescrit l'article 7 de la Charte. L'affaire soumise en l'espèce à la Cour ne porte pas sur une action disciplinaire ou sur la révocation de la libération conditionnelle, mais sur la possibilité de libération conditionnelle dans le contexte d'une détention de durée indéterminée.

Dans une récente décision de la Cour suprême du Canada, *R. c. S. (R.J.)*, [1995] A.C.S. n° 10, 2 février 1995, qui porte sur divers articles de la Charte telle qu'elle se rapporte aux principes qui protègent contre l'auto-incrimination, le juge Iacobucci s'est prononcé en ces termes au sujet de l'article 7 de la Charte, en pages 9 et 10:

L'article 7 prévoit que «[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», et qu'il «ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Une analyse fondée sur cette disposition peut logiquement se faire par étapes. Premièrement, on peut déterminer s'il existe une atteinte réelle ou imminente à un droit garanti dans cette disposition. Deuxièmement, on peut examiner séparément les principes pertinents de justice fondamentale et évaluer l'atteinte en fonction de ces principes de façon à déterminer s'il y a eu violation de l'art. 7.

En ce qui concerne le droit à la liberté, il conclut en page 10:

L'article 7 de la Charte s'applique lorsqu'il y a atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Jusqu'à maintenant, notre Cour a reconnu que, dans ce contexte, il y a atteinte à un droit s'il existe un risque immédiat ou imminent d'atteinte au droit en question; dans le présent pourvoi, le droit en jeu est celui à la liberté. Par exemple, l'emprisonnement et le risque imminent d'emprisonnement constituent des atteintes au droit à la liberté. . .

Enfin, en page 18, il fait cette constatation au sujet des principes de justice fondamentale:

Les droits énumérés à l'art. 7 de la Charte ne sont pas garantis de façon générale. . . Il peut seulement exiger qu'une atteinte à sa liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale.

L'avocat des intimés se fonde sur la jurisprudence *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, pour soutenir que la common law ne connaît pas, à titre de règle générale, le droit d'interroger les témoins aux audiences de la Commission. Dans *R. c. S. (R.J.)*, *supra*, le juge Iacobucci a également évoqué l'appli-

decision. At pages 79-80, Mr. Justice Iacobucci notes as follows:

Admittedly, in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, Estey J. stated that (at 231):

Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train will determine the extent of the right to counsel and, where counsel is authorized by statute without further directive, the role of such counsel.

I mean to cast no doubt here upon such an analysis, nor upon the related suggestion that “[i]n the pre-*Nicholson* era a number of authorities shifted the emphasis away from a process of classification of the tribunal in question to the effect of the statutory procedure on the individual appearing in the administrative process” (at 216).

As I understand it, however, the dichotomy between quasi-judicial and administrative proceedings can be regarded as false to the extent that one is concerned with determining which requirements of natural justice or procedural fairness should attach to proceedings. When this is the goal, instead of labelling the proceedings, it is helpful to analyze their effect upon individuals as Estey J. discussed in *Irvine*, *supra* . . .

ANALYSIS

In summary, the Court must consider what the effect of the parole proceeding is on the individual since he can only demand that a deprivation of his liberty take place in accordance with the principles of fundamental justice. Moreover, the Court must also consider what principles of fundamental justice are operative in this case. The issue before the Court is not whether parole should or should not be granted; the issue before the Court is whether there is a deprivation of a liberty interest and, if so, whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. As Madam Justice L’Heureux-Dubé noted, at page 45 of *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, “[f]airness that is fundamental to justice represents our constitutional bottom line.” In other words, this case is about fundamental justice in the context of an indeterminate sentence.

It appears that the Board followed the procedures contained in the Act. Indeed, with respect to the right of examination of the clinical experts, the respon-

sion de cette décision *Irvine c. Canada* en ces termes, en pages 83 et 84:

Certes, le juge Estey affirme ceci dans l’arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 231:

L’équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l’enquête et les conséquences qu’elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s’ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l’étendue du droit à l’assistance d’un avocat et, lorsqu’un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat.

Je ne veux ici soulever aucun doute relativement à cette analyse, ni d’ailleurs relativement à la suggestion connexe selon laquelle «[d]éjà, au cours de la période qui a précédé l’arrêt *Nicholson*, un certain nombre de précédents tendaient à insister moins sur la classification du tribunal en cause et plus sur l’effet de la procédure prévue par la loi sur l’individu comparaisant devant une instance administrative» (p. 216).

Toutefois, si je comprends bien, la dichotomie entre les procédures quasi judiciaires et administratives peut être considérée comme fautive dans la mesure où il s’agit de déterminer quelles exigences de justice naturelle ou d’équité procédurale devraient se rattacher aux procédures. Si tel est l’objectif à atteindre, au lieu de cataloguer les procédures, il est utile d’analyser leur effet sur des individus, comme l’a mentionné le juge Estey dans l’arrêt *Irvine*, précité.

ANALYSE

En bref, il échet d’examiner quel effet l’audience d’examen du dossier de libération conditionnelle aura pour l’individu puisque tout ce qu’il peut exiger, c’est que l’atteinte à sa liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale. Il échet aussi d’examiner quels principes de justice fondamentale sont en jeu en l’espèce. La question qui se pose est de savoir, non pas s’il y a lieu ou non à libération conditionnelle, mais s’il y a atteinte à la liberté et, dans l’affirmative, si cette atteinte est conforme aux principes de justice naturelle. Comme l’a fait observer Madame le juge L’Heureux-Dubé en page 46 de *R. c. S. (R.J.)*, *supra*, «[l]’équité fondamentale à la justice représente le minimum constitutionnellement acceptable». Autrement dit, ce qui est en jeu en l’espèce, c’est la justice fondamentale dans le contexte de la détention de durée indéterminée.

Il appert que la Commission a observé les procédures prévues par la Loi. En effet, en ce qui concerne le droit d’interroger les cliniciens, les intimés sou-

dents argue that an alternative procedure was provided that exceeded the minimum requirements. As indicated previously, the respondents also note that there is no general common law right to examine witnesses at Board hearings: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at page 231. Moreover, the respondents submit that the denial of the right to examination violates no Charter rights as release from incarceration is an enhancement, not a deprivation of the measure of liberty the applicant has a right to enjoy.

The Court, however, is of the opinion that despite the characterization by the respondents a deprivation of a liberty interest does exist within the meaning of section 7 of the Charter: *R. v. Lyons*, *supra*, at page 362; *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, at pages 10-11 [of Iacobucci J.'s reasons]. In the context of an indeterminate sentence it cannot be otherwise. Therefore, the question that the Court now must consider regarding both the right to counsel as well as the right to examine the authors of the clinical reports, is whether the Charter mandates the additional requirements of fairness, as a principle of fundamental justice, which are requested by the applicant. If the applicant is right, it is clear that he can only do so because he is serving an indeterminate sentence pursuant to Part XXIV of the *Criminal Code*. It is also clear that the Charter does not require a trial-like or adversarial type of hearing even where an indeterminate sentence is under review. Indeed, the Parole Board is not the adversary of the inmate in any way whatsoever.

The respondents describe the role of the Board as inquisitorial, among other things, but not as adversarial. Section 100 of the Act describes the purpose of conditional release as being designed to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law abiding citizens. It is also clear from section 101 of the Act that the Board must consider the protection of society to be the paramount consideration in the determination of parole.

Obviously, a decision by the Board as to whether or not the rehabilitation of a prisoner and the interest

tiennent qu'une autre procédure est prévue qui excède le minimum requis. Il fait observer aussi, comme noté *supra*, que la common law ne connaît pas, à titre de règle générale, le droit d'interroger les témoins aux audiences de la Commission; voir *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, en page 231. Et que le rejet du droit d'interroger ne porte atteinte à aucun des droits garantis par la Charte puisque la mise en liberté ne soustrait pas, mais ajoute au degré de liberté dont le requérant a le droit de jouir.

La Cour juge cependant que malgré la qualification juridique faite par les intimés, il y a atteinte à la liberté au sens de l'article 7 de la Charte; voir *R. c. Lyons*, *supra*, en page 362; *R. c. S. (R.J.)*, *supra*, en pages 11 et 12 [des motifs du juge Iacobucci]. Il ne saurait en être autrement dans le contexte de la détention de durée indéterminée. La question se pose donc de savoir, au sujet du droit au ministère d'avocat comme au sujet du droit d'interroger les auteurs des rapports cliniques, si la Charte impose, à titre de principe de justice naturelle, les mesures additionnelles d'équité que réclame le requérant. Si le requérant a raison, il est clair que c'est seulement parce qu'il purge une sentence de durée indéterminée sous le régime de la partie XXIV du *Code criminel*. Il est aussi clair que la Charte n'impose pas dans ce contexte une audience de type judiciaire ou contradictoire, même en cas de détention de durée indéterminée. En effet, la Commission des libérations conditionnelles n'est à aucun titre la partie adverse du requérant.

Selon les intimés, le rôle de la Commission est de nature inquisitoire entre autres, mais non antagonique. Aux termes de l'article 100 de la Loi, la mise en liberté vise au maintien d'une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois. Il ressort aussi de l'article 101 que la Commission doit voir dans la protection de la société le critère déterminant dans l'examen du dossier de libération conditionnelle.

La décision que doit rendre la Commission sur la question de savoir si la mise en liberté est ce qui faci-

of society generally would be best served by the discontinuance of imprisonment is difficult. Clearly, the Board in making such decisions is not restricted by the rules of evidence or procedure which are more or less designed for determining difficult legal or trial-like issues. No doubt many non-legal factors must be considered by the Board in rendering a decision. These include the inmate's clinical reports, his moral attitude, his behaviour in prison, his emotional and physical condition, and his inter-personal relationships with inmates and prison staff. Of course, there are other issues which must be considered but it is obvious that not all of them are strictly legal or factual in the traditional sense. For an applicant who is in jail on an indeterminate sentence, the stakes in a parole hearing could not be higher. He has an obvious concern in assuring that his case is at least presented as fully and effectively as possible.

The applicant is seeking an enhanced role by counsel at the hearing rather than the limited role of an assistant as provided in subsection 140(8) of the Act. Moreover, the applicant seeks the right to examine the authors of those reports that were provided to the Board. These are clinical reports regarding the condition of the applicant. It is clear from the record that while the Board noted that the presence or absence of psychological or psychiatric concerns is only one of the many factors used in determining whether the Board should grant parole, the Board did note that, with respect to the 1991 hearing, in the applicant's case "all that can be certain is that there is no certainty." In other words, there was a difference of opinion among the expert opinions regarding the condition of the applicant.

It is apparent that psychiatric and psychological reports are important components of the evidence weighed by the Board. In this case, there are conflicting reports describing the condition of the applicant. Should the Board have the benefit of the examination of these experts in order to assess the basis for their clinical opinions? While this would increase the administrative burden on the Board, it would likely, in the Court's opinion, result in a more informed

lite le mieux la réadaptation du détenu et sert le mieux l'intérêt de la société, est indéniablement une décision difficile. Il est évident que pour les décisions de ce genre, la Commission n'est pas astreinte aux règles de preuve ou de procédure, qui sont plus ou moins conçues pour le jugement des questions juridiques ou contentieuses difficiles. Nul doute qu'elle doit tenir compte d'un grand nombre de facteurs non juridiques dans sa décision, par exemple les rapports cliniques concernant le détenu, sa mentalité, son comportement en prison, son état affectif ou physique, ses relations avec les autres détenus et le personnel de la prison. Il y a bien entendu d'autres facteurs à prendre en considération, mais il est manifeste qu'ils ne se rapportent pas tous aux points strictement de droit ou de fait au sens traditionnel. Pour un requérant qui purge une sentence de durée indéterminée, l'enjeu ne saurait être plus élevé dans une audience d'examen du dossier de libération conditionnelle. Il a évidemment intérêt à ce que ses conclusions et arguments au moins soient présentés de la façon la plus complète et la plus efficace possible.

En l'espèce, le requérant conclut aux services plus étendus d'un avocat, au lieu de l'aide limitée d'un défenseur, telle que la prévoit le paragraphe 140(8) de la Loi. En outre, il prétend au droit d'interroger les auteurs des rapports qui ont été soumis à la Commission. Il s'agit de rapports cliniques sur son état. D'après le dossier, la Commission a bien noté que l'existence ou l'absence de considérations psychologiques ou psychiatriques n'était que l'un des nombreux facteurs qu'elle prenait en compte pour juger s'il y avait lieu à libération conditionnelle, mais elle a noté aussi, au sujet de l'audience de 1991 sur le cas du requérant, que [TRADUCTION] «tout ce dont on peut être certain, c'est qu'il n'y a pas de certitude». Autrement dit, il y avait divergence entre les experts qui se sont prononcés sur l'état du requérant.

Il est manifeste que les rapports psychiatriques et psychologiques étaient d'importants éléments de preuve pris en compte par la Commission. En l'espèce, les rapports sur l'état du requérant sont contradictoires. Y a-t-il lieu pour la Commission d'être éclairée par l'interrogatoire de ces experts pour juger du fondement de leurs consultations cliniques? Si pareille éventualité ajoute au fardeau administratif de la Commission, la Cour estime qu'elle l'aiderait à

decision. An informed decision does not mean that the decision will be positive or negative, it will simply mean that it will be more informed: *R. v. Lyons, supra*, at page 368.

Parliament has determined that the National Parole Board proceedings are not to be adversarial in nature. On the other hand, Parliament has not legislated any alternative procedures for dangerous offenders. This is so despite the recognition by the Supreme Court that, from the perspective of the deprivation of liberty, there is a difference between inmates serving a determinate versus an indeterminate sentence: *R. v. Lyons, supra*, pages 345 and 362. In my opinion, hearings before the Board must reflect the differences associated with such status. The question is not whether the legislation is to be impugned but rather whether the Board should adopt procedures that are fully consistent with the requirements of section 7 of the Charter for this inmate who is serving an indeterminate sentence. The Court is not advocating the full menu of procedural rights associated with a trial-like proceeding. This would be unwise. Counsel are now permitted to be present only as an assistant within the meaning of subsection 140(8) of the Act. It is the Court's opinion that, given the liberty issues at stake, when reviewing the status of a dangerous offender, counsel can be of assistance to the Board, as well as the inmate, in ensuring that important factual matters are not overlooked or that the Board does not adopt procedures which are basically unfair to the inmate. Counsel can assist by ensuring that facts that are relevant to the "condition" and "circumstances" of the inmate are properly before the Board. In essence, if one can avoid a cynical view regarding the role of counsel, counsel can assist the Board in making a more informed decision regarding parole. However, I do not see the need for the hearing to become adversarial or trial-like. This would be inconsistent with the manner in which the Board views its statutory mandate. The Court is of the same opinion regarding the right to examine the experts on their clinical reports.

The applicant also seeks a declaration that if examination of the authors of the clinical reports is not permitted, then the Board should not receive those reports to which the applicant objects and therefore

parvenir à une décision plus éclairée. Décision plus éclairée ne signifie pas qu'elle sera favorable ou défavorable, mais seulement qu'elle sera plus éclairée; voir *R. c. Lyons, supra*, en page 368.

a Le législateur a décidé que les audiences de la Commission nationale des libérations conditionnelles ne seront pas contradictoires. Par contre, il n'a prévu aucune procédure spéciale pour les délinquants dangereux. Et ce malgré la différence reconnue par la Cour suprême, en matière de privation de liberté, entre détenus ordinaires et détenus purgeant une sentence de durée indéterminée; voir *R. c. Lyons, supra*, en pages 345 et 362. À mon avis, les audiences de la Commission doivent traduire cette différence de statut. Il s'agit de savoir non pas s'il faut invalider la législation, mais si la Commission doit adopter des procédures entièrement conformes aux impératifs de l'article 7 de la Charte à l'égard de ce détenu qui purge une peine de durée indéterminée. La Cour ne préconise pas l'observation intégrale de tous les droits de procédure propres aux instances contentieuses. Pareil jugement serait imprudent. Un avocat n'est à l'heure actuelle autorisé à intervenir qu'à titre d'assistant au sens du paragraphe 140(8) de la Loi. La Cour estime, étant donné les questions de liberté en jeu, qu'à l'examen du statut d'un délinquant dangereux, l'avocat peut aider la Commission tout comme le détenu lui-même en faisant de telle sorte que les points de fait importants ne soient pas oubliés ou que la Commission n'adopte pas de procédures qui soient essentiellement iniques pour ce dernier. Sa contribution peut consister à veiller à ce que la Commission soit régulièrement saisie des faits se rapportant à l'«état» et au «cas» du détenu. Donc, si on peut envisager sans cynisme le rôle de l'avocat, on voit que celui-ci peut aider la Commission à rendre une décision plus éclairée en matière de libération conditionnelle. Cependant, je ne vois pas pourquoi l'audience devrait être contradictoire et contentieuse. Pareille éventualité ne serait pas conforme à la façon dont la Commission interprète le mandat qu'elle tient de la loi. La Cour est du même avis pour ce qui est du droit d'interroger les experts sur leurs rapports cliniques.

Le requérant conclut aussi à ordonnance déclarant que si l'interrogatoire des auteurs des rapports cliniques n'est pas permis, la Commission ne doit pas admettre les rapports que le requérant conteste et qui,

should be excluded from evidence. Given the decision of the Court regarding the right to examine on the clinical reports, it is unnecessary for the Court to answer this question.

The applicant also notes that if the Court finds that the procedure provided by the Board is inappropriate regarding a breach of procedural fairness, then the declaration should issue that the Board cannot properly consider the Board's November 22, 1991, decision regarding the parole of the applicant. It is the opinion of the Court that paragraph 101(b) of the Act requires that the Board consider all information relevant to a case. A previous decision regarding the same individual must be relevant given the responsibilities of the Board under the Act. Accordingly, there is no reason why the Board should not consider its previous decisions regarding this applicant. While the procedures required by this decision were not included in the 1991 hearing, any matters of concern to the applicant can be addressed at the next parole hearing of Mr. MacInnis.

The applicant also raises constitutional arguments regarding other provisions of the Charter, in particular section 9 and section 15. Given the decision of the Court regarding section 7 of the Charter, the Court is of the opinion that it is unnecessary to answer the questions regarding section 9 and section 15 of the Charter.

CONCLUSION

In summary, fairness under section 7 must be fundamental to justice: *R. v. S. (R.J.)*, *supra*, at page 45 [of L'Heureux-Dubé J.'s reasons]. With respect to this inmate, serving an indeterminate sentence, the principles of fundamental justice mandate both the right to appear by counsel as well as the right to examine the authors on the clinical reports.

Accordingly, the application for judicial review is allowed. The matter is referred back to the Board for a rehearing in accordance with the reasons for decision and order.

de ce fait, doivent être exclus des preuves. Vu la décision de la Cour sur le droit d'interroger les auteurs de ces rapports cliniques, il ne lui est pas nécessaire de répondre à cette question.

^a Le requérant fait encore valoir que si la Cour juge que la procédure observée par la Commission constitue un manquement à l'équité procédurale, il y a lieu à ordonnance déclarant que la Commission ne peut pas prendre en considération sa décision du 22 novembre 1991 sur la demande de libération conditionnelle du requérant. La Cour conclut cependant que l'alinéa 101b) de la Loi impose à la Commission de prendre en considération tous les éléments de preuve concernant un cas donné. Une décision antérieure concernant le même individu doit être pertinente vu les responsabilités dont la Loi a investi la Commission. Il n'y a donc aucune raison pour que celle-ci ne tienne pas compte de ses décisions antérieures concernant ce requérant. Bien qu'il ne fût nullement question lors de l'audience de 1991 des mesures de procédure requises à l'égard de la décision contestée en l'espèce, tout sujet de préoccupation du requérant peut être soulevé à la prochaine audience d'examen de son dossier de libération conditionnelle.

^b Le requérant soulève aussi des questions constitutionnelles au regard d'autres dispositions de la Charte, en particulier des articles 9 et 15. Vu la décision de la Cour à l'égard de l'article 7 de la Charte, elle estime qu'il n'est pas nécessaire de répondre aux questions touchant les articles 9 et 15.

CONCLUSION

^c En résumé, l'équité prescrite par l'article 7 doit être un élément fondamental de la justice; voir *R. c. S. (R.J.)*, *supra*, en page 46 [des motifs du juge l'Heureux-Dubé]. En ce qui concerne ce détenu qui purge une peine de durée indéterminée, les principes de justice fondamentale imposent à la fois le droit au ministère d'avocat et le droit d'interroger les auteurs sur leurs rapports cliniques.

^d En conséquence, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. L'affaire est renvoyée à la Commission pour nouvelle instruction dans le sens de la présente ordonnance et des motifs y afférents.

A-62-94

A-62-94

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

v.

c.

Canderel Limited (*Respondent*)

a

Canderel Limited (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA v. CANDEREL LTD. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. CANDEREL LTD. (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, Desjardins and Robertson J.J.A.—Ottawa, November 22, 23, 24, 25, 1994 and February 13, 1995.

b

Cour d'appel, juges Stone, Desjardins et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 22, 23, 24 et 25 novembre 1994 et 13 février 1995.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from T.C.C. decision allowing commercial real estate developer to deduct full amount of tenant inducement payments in year made — GAAP permitting both amortization of payments over life expectancy of leases and deduction of full amount in year made — Method presenting truer picture of taxpayer's revenue, more fairly and accurately portraying income, matching revenue and expenses to be followed — Whether TIPs in nature of "running expenses" — Not incurred to earn income only in 1986, but during terms of leases — Could be matched with revenue.

c

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision par laquelle la CCI a autorisé un promoteur immobilier à déduire le plein montant des paiements incitatifs versés aux locataires au cours de l'année desdits paiements — Les PCGR permettent tant l'amortissement des paiements sur la durée des baux que la déduction du plein montant pendant l'année du paiement — La méthode applicable est celle qui donne l'image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur rattachement des charges et des produits — Les PIL constituent-ils des «dépenses courantes»? — Les dépenses en question n'ont pas été engagées dans le but de produire un revenu uniquement en 1986, mais pendant toute la durée des baux — Les dépenses pouvaient être rattachées aux produits.

d

e

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision that the total amount of payments made to induce tenants to enter into leases was deductible in the 1986 taxation year, the year in which they were made. Taxpayer was a commercial real estate developer and manager. As property manager of a commercial building in Ottawa, it had to find tenants before or shortly after project completion, or suffer adverse consequences. Market conditions were difficult and, upon opening, the building was only 2.3% leased. Lease inducement payments were made to tenants on the signing of 3 to 10 year leases. Taxpayer deducted its share of tenant inducement payments (TIPs) made in the 1986 taxation year as an expense incurred to earn business income. The Minister disallowed the deduction, but allowed taxpayer a deduction of the amount realized when each of the TIPs was amortized over the initial term of the lease in respect of which the it had been made. The Tax Court Judge applied case law as rejecting both the need for a causal connection between a particular expenditure and a particular receipt, and the suggestion that a receipt must arise in the same year as an expenditure was incurred. He held that the TIPs were running expenses, and that "matching" or amortizing the payments over the life expectancy of the respective leases was not the appropriate method of profit calculation for tax purposes. In 1986, generally accepted accounting principles (GAAP) permitted both the expensing and the amortization methods for financial reporting purposes. The Tax Court also found that there was no legal requirement for consistency in accounting methods between financial statements and

f

g

h

i

j

Il s'agit d'un appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a jugé que le total des paiements incitatifs versés aux locataires était déductible dans l'année d'imposition 1986, soit l'année du paiement. La contribuable s'occupait de gestion et de mise en valeur de propriétés commerciales. En qualité de gestionnaire d'un immeuble commercial situé à Ottawa, elle devait trouver des locataires avant ou peu après la fin du projet, faute de quoi elle risquait de subir des conséquences défavorables. La situation du marché était difficile et, à l'ouverture, seulement 2,3 % de l'immeuble était loué. Des paiements incitatifs ont été versés aux locataires à la signature des baux obtenus pour une durée de trois à dix ans. La contribuable a déduit sa part des paiements incitatifs versés aux locataires (PIL) au cours de l'année d'imposition 1986 à titre de dépense engagée en vue de tirer un revenu de son entreprise. Le ministre a refusé la déduction, mais a permis à la contribuable de déduire le montant obtenu en amortissant chacun des PIL versés aux locataires sur la durée initiale du bail visé par le paiement en question. Selon le juge de la Cour canadienne de l'impôt, la jurisprudence rejette à la fois l'exigence d'un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et l'idée que le revenu doit être généré dans l'année où la dépense a été engagée. Le juge de la CCI a statué que les PIL étaient des dépenses courantes et que le «rattachement» ou l'amortissement des paiements sur la durée des baux concernés n'était pas la méthode qu'il convenait d'utiliser pour calculer le bénéfice aux fins de l'impôt. En 1986, les principes comptables généralement reconnus (PCGR) permettaient l'utilisa-

income calculations, and that it was not required in law to follow the GAAP rules.

The appellant submitted that where two methods are acceptable under GAAP which are also acceptable for tax purposes, the Court will prefer the one that results in a "truer picture" of the taxpayer's profit.

Held, the appeal should be allowed.

Per Stone J.A. (Robertson J.A. concurring): The matching principle is that whichever method presents the "truer picture" of a taxpayer's revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which "matches" revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed. In law, as in accountancy, current expenses need not be matched with corresponding items of revenue for tax purposes if they are "running expenses" to be deducted in the year in which they are incurred. The TIPs did not fit the classical description of "running expenses," although it was arguable that they were in the nature of running expenses in that they represented a cost of doing business in the 1986 taxation year, and also that the respondent would likely have faced significant financial disadvantages if they had not been laid out and did achieve significant financial advantages by incurring them. An expenditure becomes deductible in the year in which it was incurred even if the whole of the expenditure did not bear fruit in that year. In the present case, the expenditures were not incurred in earning income solely in 1986, but in all of the years during which the respective leases were to run. The expenses could be matched with revenue from the particular leases in accordance with the matching principle. That they could be so matched is evident from the fact that they were matched for financial reporting purposes.

Per Desjardins J.A.: Prima facie, a taxpayer's income for a year from a business is his profit therefrom for the year. Profit is the surplus by which receipts exceed expenditures necessary to earn them. It is to be determined in the sense in which the word is understood by businessmen or, in accordance with "well accepted principles of business (or accounting) practice" or "well accepted principles of commercial trading" unless they run counter to an express statutory provision.

The question that must be addressed is which method most accurately shows the profit from the year's operation? The "matching principle" applies to expenses related to particular items of income, but does not apply to the running expense of the business as a whole. At issue therefore is whether the TIPs were expenses related to a particular item of income, or

tion tant de la méthode de la passation par pertes et profits que de la méthode de la prise en charge par amortissement aux fins des rapports financiers. La Cour canadienne a également conclu que la Loi n'exigeait nullement l'application de méthodes comptables uniformes pour la préparation des états financiers et le calcul des impôts sur le revenu ni n'exigeait le respect des PCGR.

L'appelante a soutenu que, lorsqu'il existe deux méthodes acceptables selon les PCGR et que ces deux méthodes sont également acceptables aux fins de l'impôt, la Cour retiendra celle qui donne une «image plus fidèle» du bénéfice du contribuable.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le juge Stone, J.C.A. (à l'avis duquel a souscrit le juge Robertson, J.C.A.): La méthode applicable est celle qui donne l'«image la plus fidèle» du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur «rattachement» des charges et des produits. En droit comme en comptabilité, il n'est pas nécessaire de rattacher les charges courantes aux éléments correspondants des produits aux fins de l'impôt, s'il s'agit de «dépenses courantes» devant être déduites dans l'année au cours de laquelle elles sont engagées. Les PIL ne correspondaient pas à la description classique des «dépenses courantes», mais pourraient constituer des dépenses de cette nature, parce qu'ils représentaient des frais liés à l'exploitation d'une entreprise au cours de l'année d'imposition 1986 et aussi parce que l'intimée aurait été nettement désavantagée sur le plan financier si elle n'avait pas versé ces paiements et qu'elle a effectivement obtenu des avantages financiers importants en les versant. Une dépense devient déductible dans l'année au cours de laquelle elle a été engagée, même si la totalité de la dépense n'a pas donné d'avantages au cours de cette même année. Dans la présente affaire, les dépenses n'ont pas été engagées dans le but de produire un revenu uniquement au cours de l'année d'imposition 1986, mais pendant toutes les années au cours desquelles les baux en question devaient être en vigueur. Les dépenses pouvaient être rattachées aux produits provenant des baux en question conformément au principe du rattachement. D'ailleurs, ce rattachement a été fait aux fins des rapports financiers.

Le juge Desjardins, J.C.A.: À première vue, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise pour une année est le bénéfice qu'il en tire pour cette année. Le bénéfice est l'excédent des recettes tirées de l'entreprise par rapport aux dépenses nécessaires pour gagner ces recettes. Il doit être déterminé de la façon dont les gens d'affaires comprennent cette expression ou conformément aux «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» ou aux «principes bien reconnus des affaires commerciales», sauf s'ils vont à l'encontre d'une disposition législative explicite.

La question qu'il faut se poser est celle de savoir quelle est la méthode qui présente le plus fidèlement le bénéfice tiré de l'exploitation pour l'année. Le «principe du rattachement» s'applique aux dépenses afférentes à certains postes de revenu, mais ne s'applique pas aux dépenses en cours de l'ensemble de l'entreprise. Il faut donc savoir si les PIL sont des dépenses

whether they were running expenses. If they were related to a particular item of income, the "matching principle" applies. If they were running expenses, the taxpayer will have the option of deducting the amount in full or amortizing it. TIPs are clearly expenses related to particular items of income. They were not running expenses, the essence of which is that they are akin to an overhead item which cannot be traced to specific items of revenue. There is a direct contractual relationship between the TIP and the stream of revenues gained over the period of the lease. Matching of the TIPs was compulsory. In calculating the taxable profit of a business, services completely rendered or goods supplied, which are not to be paid for until a subsequent year, cannot be dealt with by treating taxpayer's outlay as pure loss in the year in which it was incurred and bringing in the remuneration as pure profit in the year that it is paid. The respondent is in a service industry, namely commercial rentals. TIPs are to be deducted as the services are rendered, that is, over the period of the lease. The TIPs disbursed by taxpayer in 1986 were to be amortized over the life of the respective leases. The amortization method is the only method acceptable for income tax purposes.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 12(1)(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), 18(1)(a).
Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

West Kootenay Power and Light Co. v. Canada, [1992] 1 F.C. 732; [1992] 1 C.T.C. 15; (1991), 92 DTC 6023; 136 N.R. 146 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Oxford Shopping Centres Ltd. v. R., [1980] 2 F.C. 89; [1980] 1 CTC 7; (1979), 79 DTC 5458 (T.D.); affd *R. v. Oxford Shopping Centres Ltd.*, [1982] 1 F.C. 97; [1981] CTC 128; (1980), 81 DTC 5065 (C.A.); *Cummings (J L) v The Queen*, [1981] CTC 285; (1981), 81 DTC 5207; 37 N.R. 574 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.); *Duple Motor Bodies, Ltd. v. Ostime* (1961), 39 T.C. 537 (H.L.); *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; (1993), 94 DTC 6001; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 753; (1992), 92 DTC 6191; 140 N.R. 284 (C.A.); affg. [1991] 1 C.T.C. 28; (1991), 91 DTC 5038

liées à un poste de revenu particulier ou s'ils constituent des dépenses courantes. S'ils sont liés à un poste de revenu particulier, le «principe du rattachement» s'appliquera. Dans le cas contraire, le contribuable pourra déduire le montant en entier ou l'amortir, à son choix. Il est bien certain que les PIL sont des dépenses liées à des postes de revenu particuliers. Ils ne constituaient pas des dépenses courantes qui, fondamentalement, ressemblent à des dépenses indirectes qui ne peuvent être liées à un poste de revenu particulier. Il existe un lien contractuel direct entre les PIL et le flux de revenus gagnés au cours de la période du bail. Le rattachement des PIL était obligatoire. Dans le calcul des bénéfices imposables d'une entreprise, le prix des services rendus et des marchandises livrées qui ne sera payé que dans une année ultérieure ne peut pas être considéré comme une perte pure du contribuable pour l'année durant laquelle le prix a été déboursé et, pour l'année durant laquelle il sera payé, le prix desdites marchandises ne peut pas être considéré comme un profit pur. L'intimée œuvre dans une industrie de services, soit la location commerciale. Les PIL doivent être déduits au fur et à mesure que les services sont rendus, c'est-à-dire pendant toute la période du bail. Les PIL versés par la contribuable en 1986 doivent être amortis sur toute la durée des baux respectifs. La méthode de la prise en charge par amortissement est la seule méthode acceptable aux fins de l'impôt sur le revenu.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, ch. 97.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 12(1)(b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 4), 18(1)(a) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 26).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

West Kootenay Power and Light Co. c. Canada, [1992] 1 C.F. 732; [1992] 1 C.T.C. 15; (1991), 92 DTC 6023; 136 N.R. 146 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Oxford Shopping Centres Ltd. c. R., [1980] 2 C.F. 89; [1980] 1 CTC 7; (1979), 79 DTC 5458 (1^{re} inst.); conf. par *R. c. Oxford Shopping Centres Ltd.*, [1982] 1 C.F. 97; [1981] CTC 128; (1980), 81 DTC 5065 (C.A.); *Cummings (J L) c La Reine*, [1981] CTC 285; (1981), 81 DTC 5207; 37 N.R. 574 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.); *Duple Motor Bodies, Ltd. v. Ostime* (1961), 39 T.C. 537 (H.L.); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; (1993), 94 DTC 6001; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 753; (1992), 92 DTC 6191; 140 N.R. 284 (C.A.); conf. [1991] 1 C.T.C. 28; (1991), 91 DTC 5038

(F.C.T.D.); *Friedberg (A.D.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1; (1991), 92 DTC 6031; 135 N.R. 61 (F.C.A.); *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285; [1993] 2 C.T.C. 306; (1993), 93 DTC 5507; 160 N.R. 312; *Russell v. Town and Country Bank* (1888), 13 App. Cas. 418 (H.L.); *Minister of National Revenue v. Canadian Glassine Co. Ltd.*, [1976] 2 F.C. 517; [1976] CTC 141; (1976), 76 DTC 6083; 12 N.R. 382 (C.A.); *Rossmor Auto Supply Ltd. v. M.N.R.*, [1962] C.T.C. 123; (1962), 62 DTC 1089 (Ex. Ct.); *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.); *The Queen v. Remington* (1994), 94 DTC 6549 (F.C.A.); *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer* (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.); *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 19; [1960] C.T.C. 262; (1960), 60 DTC 1212; *Minister of National Revenue v. Tower Investment Inc.*, [1972] F.C. 454; [1972] CTC 182; (1972), 72 DTC 6161 (T.D.); *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 96; [1967] C.T.C. 138; (1967), 67 DTC 5096.

REFERRED TO:

Whimster and Company v. Commissioners of Inland Revenue (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess.); *Macdonald & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1970] Ex. C.R. 230; [1970] C.T.C. 17; (1970), 70 DTC 6032; *Roenisch, C. W. v. The Minister of National Revenue*, [1931] Ex. C.R. 1; *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] Ex. C.R. 108; [1955] C.T.C. 47; (1955), 55 DTC 1044; *Urbandale Realty Corporation Limited v. M.N.R.* (1992), 93 DTC 154 (T.C.C.); *Neonex International Ltd. v. The Queen* (1978), 78 DTC 6339; 22 N.R. 284 (F.C.A.); *Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] Ex. C.R. 77; [1947] 2 D.L.R. 172; [1947] C.T.C. 63; (1947), 3 DTC 958.

AUTHORS CITED

Arnold, B. J. "The Concept of Profit" in *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*, Can. Tax Paper No. 71, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.

Hansen, B. G. et al. *Essays on Canadian Taxation: Basic Accounting Concepts*, Toronto: Richard De Boo Ltd., 1978.

Jackett, W. R. "Computation of Business Profits for Tax Purposes" in Corporate Management Tax Conference, 1981. *Current Developments in Measuring Business Income for Tax Purposes*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982.

McDonnell, T. E. "Current Cases—More on GAAP and Profit" (1994), 42 *Can. Tax J.* 452.

APPEAL from the T.C.C. decision (*Canderel Ltd. v. The Queen* (1994), 94 DTC 1133) allowing a commercial real estate developer to deduct the full

(C.F. 1^{re} inst.); *Friedberg (A.D.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1; (1991), 92 DTC 6031; 135 N.R. 61 (C.A.F.); *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285; [1993] 2 C.T.C. 306; (1993), 93 DTC 5507; 160 N.R. 312; *Russell v. Town and Country Bank* (1888), 13 App. Cas. 418 (H.L.); *Ministre du Revenu national c. Canadian Glassine Co. Ltd.*, [1976] 2 C.F. 517; [1976] CTC 141; (1976), 76 DTC 6083; 12 N.R. 382 (C.A.); *Rossmor Auto Supply Ltd. v. M.N.R.*, [1962] C.T.C. 123; (1962), 62 DTC 1089 (C. de l'É.); *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.); *La Reine c. Remington* (1994), 94 DTC 6549 (C.A.F.); *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer* (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.); *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 19; [1960] C.T.C. 262; (1960), 60 DTC 1212; *Le ministre du Revenu national c. Tower Investment Inc.*, [1972] C.F. 454; [1972] CTC 182; (1972), 72 DTC 6161 (1^{re} inst.); *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C.É. 96; [1967] C.T.C. 138; (1967), 67 DTC 5096.

DÉCISIONS CITÉES:

Whimster and Company v. Commissioners of Inland Revenue (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess.); *Macdonald & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1970] R.C.É. 230; [1970] C.T.C. 17; (1970), 70 DTC 6032; *Roenisch, C. W. v. The Minister of National Revenue*, [1931] R.C.É. 1; *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.É. 108; [1955] C.T.C. 47; (1955), 55 DTC 1044; *Urbandale Realty Corporation Limited c. M.N.R.* (1992), 93 DTC 154 (C.C.I.); *Neonex International Ltd. c. La Reine* (1978), 78 DTC 6339; 22 N.R. 284 (C.A.F.); *Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.É. 77; [1947] 2 D.L.R. 172; [1947] C.T.C. 63; (1947), 3 DTC 958.

g DOCTRINE

Arnold, B. J. «The Concept of Profit» in *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*, Can. Tax Paper No. 71, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.

Hansen, B. G. et al. *Essays on Canadian Taxation: Basic Accounting Concepts*, Toronto: Richard De Boo Ltd., 1978.

Jackett, W. R. «Computation of Business Profits for Tax Purposes» in Corporate Management Tax Conference, 1981. *Current Developments in Measuring Business Income for Tax Purposes*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1982.

McDonnell, T. E. «Current Cases—More on GAAP and Profit» (1994), 42 *Can. Tax J.* 452.

APPEL d'une décision par laquelle la C.C.I. (*Canderel Ltd. c. La Reine* (1994), 94 DTC 1133) a autorisé un promoteur immobilier à déduire le plein mon-

amount of lease inducement payments in the year in which they were made. Appeal allowed.

tant des paiements incitatifs versés aux locataires dans l'année des paiements en question. Appel accueilli.

COUNSEL:

Roger E. Taylor and Alnasir Meghji for appellant.

Guy Du Pont and Stephen Klar for respondent.

^a AVOCATS:

Roger E. Taylor et Alnasir Meghji pour l'appelant.

Guy Du Pont et Stephen Klar pour l'intimée.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Phillips & Vineberg, Montréal, for respondent.

^b PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'appelante.

Phillips & Vineberg, Montréal, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

STONE J.A.: I too have come to the conclusion that this appeal should be allowed but do so to an extent by a somewhat different route.

^d

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'en suis également arrivé à la conclusion que l'appel devrait être accueilli, mais pour des motifs un peu différents.

In my view, the matching principle of accounting has, at least in this Court, been elevated to the status of a legal principle. The principle was best expressed by MacGuigan J.A. in *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 732 (C.A.), at page 745:

^e

À mon avis, le principe comptable du rattachement a été élevé, du moins par la Cour, au statut de principe juridique. Le juge MacGuigan, J.C.A., a très bien formulé le principe dans l'affaire *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 732 (C.A.), à la page 745:

The approved principle is that whichever method presents the "truer picture" of a taxpayer's revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which "matches" revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed.

^g

... la méthode applicable est celle qui donne l'image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur «rattachement» des charges et des produits.

That case, of course, was concerned with earned but unbilled income, and it was decided that the accrual method of accounting "presented a truer picture of the appellant's revenue because it more accurately and fairly matched revenue and expenditure" (at page 747). However, I do not see that its application should be limited to a determination of in which of two years revenue should be reported and therefore that it should have no application where, as here, the issue becomes whether a taxpayer is required to match expenditures against revenues in computing

^h

Cette affaire portait évidemment sur un revenu gagné, mais non facturé, et la Cour a décidé que la méthode de la comptabilité d'exercice «donnait une image plus fidèle des bénéfices réalisés par l'appelant parce qu'elle rattachait les produits aux charges de façon plus juste et plus exacte» (à la page 747). Cependant, à mon avis, il n'y a aucune raison d'appliquer cette méthode uniquement pour déterminer quelle est celle des deux années pour laquelle les produits devraient être déclarés, de sorte qu'elle ne devrait pas s'appliquer lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la question à trancher est celle de savoir si un contribuable est tenu de rattacher les charges et les produits pour calculer son «bénéfice» aux fins de

^j

“profit” for tax purposes under subsection 9(1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended.¹

It is true, as the Trial Judge concluded [(1994), 94 DTC 1133 (T.C.C.)], that in law as in accountancy, current expenses need not be matched with corresponding items of revenue for tax purposes if they are “running expenses,” to be deducted in the year in which they are incurred. It is apparent, however, that the tenant inducement payments here in issue do not fit the classical description of “running expenses” in the off-quoted passage from the judgment of Rowlatt J. in *Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue* (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.), at page 1027:

Now, one starts, of course, with the principle that has often been laid down in many other cases—it was cited from *Whimster’s* case, a Scotch case—that the profits for Income Tax purposes are the receipts of the business less the expenditure incurred in earning those receipts. It is quite true and accurate to say, as Mr. Maugham says, that receipts and expenditure require a little explanation. Receipts include debts due and they also include, at any rate in the case of a trader, goods in stock. Expenditure includes debts payable; and expenditure incurred in repairs, the running expenses of a business and so on, cannot be allocated directly to corresponding items of receipts, and it cannot be restricted in its allowance in some way corresponding, or in an endeavour to make it correspond, to the actual receipts during the particular year. If running repairs are made, if lubricants are bought, of course no enquiry is instituted as to whether those repairs were partly owing to wear and tear that earned profits in the preceding year or whether they will not help to make profits in the following year and so on. The way it is looked at, and must be looked at, is this, that that sort of expenditure is expenditure incurred on the running of the business as a whole in each year, and the income is the income of the business as a whole for the year, without trying to trace items of expenditure as earning particular items of profit. [Emphasis added; footnote omitted.]

It can, however, be argued that the tenant inducement payments laid out by the respondent were in the

¹ 9. (1) Subject to this Part, a taxpayer’s income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

l’impôt conformément au paragraphe 9(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et ses modifications¹.

Il est vrai que, comme le juge de première instance l’a dit [(1994), 94 DTC 1133 (C.C.I.)], en droit comme en comptabilité, il n’est pas nécessaire de rattacher les charges courantes aux éléments correspondants des produits aux fins de l’impôt, s’il s’agit de «dépenses courantes» devant être déduites dans l’année au cours de laquelle elles sont engagées. Cependant, il est évident que les paiements incitatifs aux locataires dont il est question en l’espèce ne correspondent pas à la description classique des «dépenses courantes» de l’extrait souvent cité du jugement qu’a rendu le juge Rowlatt dans l’affaire *Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue* (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.), à la page 1027:

[TRADUCTION] Le point de départ est évidemment le principe qui a été répété à maintes reprises dans d’autres causes; c’est un principe tiré de l’affaire *Whimster*, une affaire écossaise. Selon ce principe, les profits aux fins de l’impôt sur le revenu correspondent aux recettes de l’entreprise moins les dépenses engagées pour gagner ces recettes. Il est bien vrai, comme M. Maugham le soutient, que des explications s’imposent au sujet des recettes et des dépenses. Les recettes comprennent les créances et, dans le cas d’un commerçant, les marchandises en stock. Les dépenses comprennent les dettes à payer; et les frais de réparation, les dépenses courantes d’une entreprise et ainsi de suite ne peuvent pas être imputés directement aux postes de rentrées correspondants, et leur imputation ne peut pas être limitée de manière à les faire correspondre, ou à essayer de les faire correspondre, aux rentrées réelles de l’année en question. Si des réparations courantes sont faites, si des lubrifiants sont achetés, il n’est évidemment pas question de procéder à une enquête pour déterminer si les réparations ont été en partie rendues nécessaires par l’usure normale d’une pièce de matériel qui a produit des bénéfices durant l’année qui a précédé ou si les réparations faites permettront à la pièce de matériel de contribuer aux profits durant l’année suivante, et ainsi de suite. Les dépenses de ce genre sont considérées, et doivent être considérées, comme des dépenses engagées dans l’exploitation de l’entreprise envisagée comme un tout chaque année, et les revenus sont les revenus de l’entreprise envisagée comme un tout pour l’année, sans essayer de rattacher chaque dépense à un poste donné des revenus. [Non souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

Cependant, certains peuvent soutenir que les paiements incitatifs que l’intimée a versés aux locataires

¹ 9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d’une entreprise ou d’un bien pour une année d’imposition est le bénéfice qu’il en tire pour cette année.

nature of running expenses on the basis that they represented a cost of doing business in the 1986 taxation year and also that the respondent would likely have faced significant financial disadvantages if they had not been laid out and did achieve significant financial advantages by laying them out. It is a well-established principle that an expenditure becomes deductible in the year in which it was incurred even if the whole of the expenditure did not bear fruit in that year (*Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer* (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.). Lord Reid explained this principle in *Duple Motor Bodies, Ltd. v. Ostime* (1961), 39 T.C. 537 (H.L.), at page 571:

It matters not that certain expenditure may have proved abortive, or may have been spent solely with a view to production and profit in some future year and have no relation at all to production during the year of account. This was settled as long ago as 1910 in *Vallambrosa Rubber Co., Ltd. v. Farmer*, 5 T.C. 529, a decision often followed and never questioned.

In the present case, it is apparent that these expenditures were not incurred in earning income solely in the taxation year 1986 but in all of the years during which the respective leases were to run.

Nor am I able to equate these expenditures with the kind of outlay that was before the Court in *Oxford Shopping Centres Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 89 (T.D.). It is evident in that case that it was not possible to match the outlay with particular items of revenue. The case of *Cummings (J L) v The Queen*, [1981] CTC 285 (F.C.A.), did not deal directly with the issue. It was concerned with whether lease pick-up expenses were to be treated as income expenses or as capital expenses. It is true that Heald J.A. in *obiter*, was prepared to characterize those expenses both as current and as "running expenses," but I am not satisfied that his analysis was intended to extend beyond the circumstances under which expenses of that kind had theretofore been so categorized. He relied on what he described as the "double rationale" of the *Oxford Shopping, supra*, and went on to say, at page 291:

étaient des dépenses courantes, parce qu'ils représentaient des frais liés à l'exploitation d'une entreprise au cours de l'année d'imposition de 1986, et aussi parce que l'intimée aurait été nettement désavantagée sur le plan financier si elle n'avait pas versé ces paiements et qu'elle a effectivement obtenu des avantages financiers importants en les versant. Il est bien reconnu qu'une dépense devient déductible dans l'année au cours de laquelle elle a été engagée, même si la totalité de la dépense n'a pas donné d'avantages au cours de cette même année (*Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer* (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.). Lord Reid a expliqué ce principe dans l'affaire *Duple Motor Bodies, Ltd. v. Ostime* (1961), 39 T.C. 537 (H.L.), à la page 571:

[TRADUCTION] Il importe peu que certaines dépenses se soient révélées inutiles ou qu'elles aient été faites uniquement à des fins de production et de bénéfice au cours d'une année ultérieure et n'aient aucun lien avec la production faite pendant l'année au cours de laquelle elle a été comptabilisée. Ce principe remonte à une décision rendue en 1910 dans l'affaire *Vallambrosa Rubber Co., Ltd. v. Farmer*, 5 T.C. 529, décision qui a été suivie à maintes reprises et qui n'a jamais été remise en question.

Dans le cas qui nous occupe, il est évident que ces dépenses n'ont pas été engagées dans le but de produire un revenu uniquement dans l'année d'imposition 1986, mais pendant toutes les années au cours desquelles les baux en question devaient être en vigueur.

Je ne puis dire non plus que ces dépenses ressemblent à celles dont la Cour était saisie dans l'affaire *Oxford Shopping Centres Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 89 (1^{re} inst.). Il est évident, dans cette affaire, qu'il n'était pas possible de rattacher la dépense à des postes de revenu précis. Par ailleurs, l'affaire *Cummings (J L) c La Reine*, [1981] CTC 285 (C.A.F.), ne portait pas directement sur la question en litige. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si les frais engagés pour assumer les obligations découlant des baux devaient être considérés comme des dépenses d'entreprise ou des dépenses en immobilisations. Il est vrai que, dans une remarque incidente, le juge Heald, J.C.A., était prêt à considérer ces dépenses comme des «dépenses courantes», mais je ne suis pas convaincu que son analyse devait s'appliquer en dehors des circonstances pour lesquelles des dépenses de cette nature avaient été ainsi classifiées jusque-là. Il s'est fondé

It seems clear to me that subject expenditure was a “running expense” and in the same category as for example, an extensive advertising campaign to obtain tenants or an offer to a prospective tenant of a rent-free period as an inducement to enter into a long-term lease or a finder’s fee for obtaining tenants and leases. As Mr. Vineberg characterized it, the \$790,000 was spent to “prevent a hole in income”, said monies being spent “to plug the hole”.

It seems to me, however, that these views assume, as it was put in *Naval Colliery, supra*, that the expenses “cannot be allocated directly to corresponding items of receipts” which, as my colleague points out, accords with a view expressed by Thurlow J. (as he then was) in *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 19.

In the present case, I share my colleague’s view that the expenses in question could be matched with revenue from the particular leases in accordance with the matching principle discussed above. That they could be so matched is evident from the fact that they were matched for financial reporting purposes.

I would dispose of this appeal in the manner proposed by my colleague.

ROBERTSON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A.: The issue in this appeal of a judgment of the Tax Court of Canada² is one of timing. It relates to whether the respondent is entitled to deduct

² *Canderel Ltd. v. The Queen* (1994), 94 DTC 1133 (T.C.C.).

sur ce qu’il a appelé la double justification de l’arrêt *Oxford Shopping*, précité, et a poursuivi en ces termes à la page 291:

Il me semble évident que la dépense en litige est une «dépense courante» du même genre que, par exemple, une importante campagne publicitaire en vue de trouver des locataires, l’offre faite à un locataire éventuel de bénéficier d’une période à l’égard de laquelle aucun loyer n’est payable afin de l’inciter à conclure un bail à long terme, ou le paiement d’honoraires à la personne qui trouve des locataires et permet la signature de baux. Comme l’a décrit M^e Vineberg, la somme de 790 000 \$ a été dépensée afin de [TRADUCTION] «prévenir un manque à gagner». Cette somme ayant servi à [TRADUCTION] «empêcher qu’il ne se produise».

Cependant, ces opinions me semblent fondées sur la présomption selon laquelle, comme le juge Rowlett l’a dit dans l’affaire *Naval Colliery*, précitée, les dépenses [TRADUCTION] «ne peuvent pas être imputées directement aux postes de rentrées correspondants», laquelle présomption, comme ma collègue le souligne, est conforme à l’opinion que le juge Thurlow (tel était alors son titre) a exprimée dans l’affaire *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 19.

Dans le présent litige, je souscris à l’opinion de ma collègue selon laquelle les dépenses en question pouvaient être rattachées aux produits provenant des baux en question conformément au principe du rattachement commenté ci-dessus. D’ailleurs, ce rattachement a été fait aux fins des rapports financiers.

Je trancherais l’appel de la façon proposée par ma collègue.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux motifs exprimés par le juge Stone.

* * *

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La question à trancher dans le présent appel interjeté à l’égard d’un jugement rendu par la Cour canadienne de l’impôt² est

² *Canderel Ltd. c. La Reine* (1994), 94 DTC 1133 (C.C.I.).

in full, in its taxation year 1986, the sum of \$1,208,369³ which it disbursed in 1986 as tenant inducement payments (TIPs) (hereinafter referred to as the "expensing method") or whether, as contended by the appellant, the sum should be amortized over the life of the respective leases (amortization method).

It should be made clear that this is not a case as to whether the disputed expenditures are of a capital or income nature. The parties agree that the TIPs were expenses incurred by the respondent for the purpose of gaining or producing income from the business and that the requirements of paragraph 18(1)(a) of the *Income Tax Act* (the Act) are satisfied.⁴ What is at stake is in which taxation year or years are the inducement payments, made by the respondent in 1986, deductible in computing its profit. The question arises in the context of expert evidence that, in the relevant year, generally accepted accounting principles (GAAP) permitted the use of both the expensing method and the amortization method for financial reporting purposes. Moreover, it is admitted by the appellant that the expensing method applied by the respondent was in usage in the real estate industry at the relevant time under the guidelines published by the Canadian Institute of Public Real Estate Companies (CIPREC).

The facts

The facts are not in dispute and can be found in the reported decision of the Tax Court of Canada. I propose, therefore, to relate only those which are essential for an understanding of this appeal.

³ Although the Trial Judge speaks of an amount of \$1,238,369, the Minister's reassessment refers to an amount of \$1,208,369 under the heading "Tenants allowance to amortize." See A.B., Vol. IV, at p. 837.

⁴ S.C. 1970-71-72, c. 63.

une question de nature chronologique. Il s'agit de savoir si l'intimée a le droit de déduire en entier, pour son année d'imposition 1986, le montant de 1 208 369 \$³ qu'elle a versé en 1986 à titre de paiements incitatifs aux locataires (PIL) (soit la «méthode de la passation par pertes et profits») ou si, comme le soutient l'appelante, le montant devrait être amorti sur toute la durée des baux respectifs (méthode de la prise en charge par amortissement).

Il convient de préciser que le litige en l'espèce ne porte pas sur la question de savoir si les dépenses contestées sont des dépenses en immobilisations ou des dépenses d'entreprise. Les parties conviennent que les PIL sont des dépenses que l'intimée a engagées pour tirer un revenu de l'entreprise et que les exigences de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) sont respectées⁴. Le litige concerne la question de savoir quelle est ou quelles sont les années d'imposition au cours desquelles les paiements en question que l'intimée a versés en 1986 peuvent être déduits aux fins du calcul du bénéfice. Selon les témoignages d'experts qui ont été présentés, au cours de l'année pertinente, les principes comptables généralement reconnus (PCGR) permettaient l'utilisation tant de la méthode de la passation par pertes et profits que de la méthode de prise en charge par amortissement aux fins des rapports financiers. En outre, l'appelante admet que la première méthode appliquée par l'intimée était utilisée dans l'industrie de l'immobilier au cours de la période pertinente, selon les lignes directrices publiées par l'Institut canadien des compagnies immobilières publiques (ICCIP).

Les faits

Les faits ne sont pas contestés et sont décrits dans la décision publiée de la Cour canadienne de l'impôt. J'ai donc l'intention de revenir uniquement sur ceux qui sont essentiels à la compréhension du présent appel.

³ Même si le juge de première instance fait allusion à un montant de 1 238 369 \$, le ministre renvoie dans sa nouvelle cotisation à un montant de 1 208 369 \$ sous la rubrique [TRANSDUCTION] «Amortissement de l'allocation versée aux locataires». Voir le dossier d'appel, vol. IV, à la p. 837.

⁴ S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 26).

Canderel, wholly owned by Jonathan Wener until 1985, at which time ownership was transferred to Canderel Holdings Inc., also wholly owned by Jonathan Wener, is a corporation mainly involved in the business of managing and developing commercial real estate. To a lesser extent, it engages in industrial development and management.

On February 3, 1984, it entered into an agreement with Mount-Batten Properties Ltd. for the development of a property located at 1600 Carling Avenue, Ottawa, which eventually became known as Churchill Office Park project (COP). A management agreement was signed contemporaneously with the development agreement according to which the respondent would also act as the property manager of COP. Its duties were, among other things, to negotiate leases and their renewals. The project was to be financed with a mortgage to minimize equity and cover the cost with mortgage debt. An early positive cash flow was imperative and the key to the success of the project was leasing velocity. Short-term "bridge financing" was arranged in essentially demand loan form. Once the building was 75% to 85% leased, permanent financing would be obtainable.

The market conditions turned out to be difficult. When COP opened in June 1985, the building costs were approximately \$25 million but only 2.3% of the building was leased. There was intense competition for tenants in the locality.

The Toronto Dominion Bank had provided interim financing by a \$1.5 million operation loan and mortgage of \$22 million. According to the evidence at trial, Canderel had to find tenants at project completion, or shortly thereafter, or several adverse consequences would occur namely:⁵ (a) the operating and financing costs which approximated \$2.9 million (amortized) would have to be entirely borne by the joint venturers, significantly reducing COP's prospective cash yield; (b) permanent financing would not be obtained leaving the joint venturers with a

⁵ (1994), 94 DTC 1133 (T.C.C.), at p. 1136.

La société Canderel a appartenu exclusivement à Jonathan Wener jusqu'en 1985, année au cours de laquelle elle a été transférée à Canderel Holdings Inc., qui appartenait également en propriété exclusive à Jonathan Wener. Canderel s'occupe principalement de gestion et de mise en valeur de propriétés commerciales et, dans une moindre mesure, de propriétés industrielles.

Le 3 février 1984, elle a conclu avec Mount-Batten Properties Ltd. une entente relative à la mise en valeur d'une propriété située au 1600, avenue Carling, à Ottawa, qui a plus tard été connue sous le nom de projet Churchill Office Park (COP). Selon l'entente de gestion signée en même temps que l'entente de mise en valeur, l'intimée devait également agir comme gestionnaire de la propriété du COP. À cette fin, elle devait, notamment, négocier les baux et leurs renouvellements. Le projet devait être financé au moyen d'un prêt hypothécaire qui permettrait de minimiser les apports de capitaux et de couvrir les coûts. Il était impérieux d'obtenir le plus tôt possible un flux de trésorerie positif et le succès du projet reposait sur la rapidité avec laquelle des baux pourraient être conclus. Du financement provisoire a été obtenu essentiellement sous forme de prêt remboursable à vue. Dès que l'immeuble serait loué à raison de 75 % à 85 %, il serait possible d'obtenir du financement permanent.

La situation du marché s'est dégradée. À l'ouverture du COP en juin 1985, les coûts de l'immeuble s'élevaient à environ 25 000 000 \$, mais seulement 2,3 % de l'immeuble était loué. La concurrence que l'on se livrait dans la ville pour trouver des locataires était très vive.

La Banque Toronto-Dominion avait fourni du financement provisoire au moyen d'un prêt d'exploitation de 1 500 000 \$ et d'un prêt hypothécaire de 22 000 000 \$. D'après la preuve présentée à l'instruction, Canderel devait trouver des locataires à la fin du projet ou peu après, faute de quoi elle risquait de subir plusieurs conséquences défavorables⁵: ainsi, a) les frais d'exploitation et de financement, qui totalisaient environ 2 900 000 \$ (après amortissement), devraient être supportés en entier par les coentrepreneurs, ce qui aurait pour effet de réduire considéra-

⁵ (1994), 94 DTC 1133 (C.C.I.), à la p. 1136.

demand full recourse loan funding a long-term asset with floating interest rates; (c) the project could become known as not having gained market acceptance, thus reducing the likelihood of attracting stable credit-worthy tenants that, in essence, would ensure the financial viability of the project.

The respondent's management decided to allocate budgeted losses to lease inducement payments and to reorganize the budget in order to meet those difficulties. To obtain permanent financing for a period of ten years, management needed to show the lender it had long-term leases of approximately the term of the loan generating revenues of \$17 per square foot. A leasing campaign was orchestrated to induce tenants to enter into leases which would generate such revenues. Lease inducement payments were given to tenants on the signing of leases which, ultimately, ran between three to ten years. An example of such an inducement clause reads thus:⁶

6. Tenant Inducement

Landlord, acknowledging the desire to obtain Tenant as a lessee in the building has agreed to pay Tenant an inducement of one million eighty-one thousand eight hundred and seventy-two dollars (\$1,081,872) to execute this lease, receipt of which is hereby acknowledged. If for any reason Tenant does not *bona fide* take possession of its premises on the Commencement Date and fulfil all obligations which become due under the Lease during the first two (2) months of the term, Tenant shall forthwith return to the Landlord the amount of said inducement.

The quantum of these payments was not a function of the rental rate being paid or of the length of the lease but was a function of a myriad of factors including market conditions, tenant requirements and *ad hoc* negotiations.

By the end of June 1986, COP was 59% rented and, by June 1987, it was 85% rented.

⁶ A.B., Vol. I, tab A-6, at p. 186, clause 6.

blement le rendement monétaire possible du COP; b) le financement permanent ne serait pas accordé, ce qui laisserait les coentrepreneurs aux prises avec un prêt à demande finançant un actif immobilisé et comportant des taux d'intérêt flottants; c) le projet pourrait devenir connu comme projet impopulaire sur le marché, ce qui réduirait les chances d'attirer des locataires stables et solvables qui assureraient en fait la viabilité financière du projet.

La direction de l'intimée a décidé d'attribuer les pertes prévues au budget aux paiements incitatifs aux locataires et de réorganiser le budget afin de faire face à ces problèmes. Afin d'obtenir du financement pour une période de dix ans, la direction devait prouver au prêteur qu'elle avait des baux à long terme correspondant à peu près à la période du prêt et produisant des revenus de 17 \$ le pied carré. Elle a mis en branle une campagne de location afin d'inciter les locataires à conclure des baux qui génèreraient ces revenus. Des paiements incitatifs ont été versés aux locataires à la signature des baux qui ont finalement été obtenus pour une durée variant de trois à dix ans. Voici un exemple de cette clause d'incitation à prise à bail⁶:

[TRADUCTION] 6. Incitation à prise à bail

Reconnaissant qu'il désire compter le Locataire parmi les locataires de l'immeuble, le Propriétaire a convenu de verser au Locataire, à titre de paiement incitatif, un montant d'un million quatre-vingt-un mille huit cent soixante-douze dollars (1 081 872 \$) à la signature du présent bail, montant que le Locataire reconnaît avoir reçu. Si, pour une raison ou pour une autre, le Locataire ne prend pas possession de bonne foi de ses locaux à la date d'entrée en vigueur et qu'il ne remplit pas toutes les obligations à échoir aux termes du bail au cours des deux (2) premiers mois de la durée, le Locataire remettra sans délai au Propriétaire le paiement incitatif en question.

Le montant de ces paiements a été établi non pas en fonction du taux de location payé ou de la durée du bail, mais plutôt en fonction d'une kyrielle de facteurs, y compris la situation du marché, les exigences du locataire et les négociations spéciales.

À la fin de juin 1986, 59 % du COP était loué et, en juin 1987, cette proportion avait atteint 85 %.

⁶ Dossier d'appel, vol. I, onglet A-6, à la p. 186, clause 6.

On June 17, 1986, the respondent's agent acquired a Sun Life permanent financing commitment for ten years in the amount of \$25.5 million.

The auditor's report of January 1986 showed an operating loss of \$1.219 million and the notes to the balance sheet showed that the TIPs were treated in the respondent's books as being capitalized. By 1986, \$4 million had been capitalized and amortized. For 1986, income was minus \$800,000 (before amortization). The return showed that the TIPs were deducted from income in the year of payment. The reconciliation showed that the respondent changed the treatment from capitalization to write off in the current year.

In computing its income for income tax purposes for its 1986 taxation year, Canderel deducted the full amount of \$1,208,369 representing its share of the tenant inducement payments made or incurred in that taxation year as an expense incurred to gain or produce income from its business for that taxation year.

The Minister, in his reassessment, disallowed the deduction of \$1,208,369 and, instead, allowed the respondent a deduction of \$69,274 being the resultant amount of amortizing each of the tenant inducement payments over the initial term of the lease in respect of which the tenant inducement payment was made. The decision was based on the fact that the respondent, in computing its "profit," was not permitted to deduct the entire amount of an inducement payment in the year of payment, but rather was required to amortize the inducement over the term of the respective leases. Commissions paid by the respondent in the amount of \$735,000 incurred in relation with these leases were deducted by Canderel for income tax purposes in the taxation year they were incurred. The deduction of those expenditures was not challenged by the Minister.

The Tax Court of Canada allowed the respondent's appeal.

Le 17 juin 1986, le mandataire de l'intimée a obtenu un engagement de financement permanent de la Sun Life d'une durée de dix ans selon un montant de 25 500 000 \$.

Le rapport du vérificateur en date de janvier 1986 fait état d'une perte d'exploitation de 1 219 000 \$ et, d'après les notes afférentes au bilan, les PIL étaient traités dans les livres de l'intimée comme des montants capitalisés. En 1986, un montant de 4 000 000 \$ avait été capitalisé et amorti. Pour l'exercice de 1986, le revenu s'établissait à moins 800 000 \$ (avant l'amortissement). Selon la déclaration, les PIL ont été déduits du revenu au cours de l'année du paiement. D'après l'état de rapprochement, l'intimée a remplacé la capitalisation par la radiation pour l'exercice en cours.

Dans le calcul de son revenu aux fins de l'impôt pour son année d'imposition 1986, Canderel a déduit le plein montant de 1 208 369 \$, qui représentait sa part des paiements incitatifs versés aux locataires ou engagés au cours de cette année d'imposition, à titre de dépense engagée en vue de tirer un revenu de son entreprise ou de faire produire un revenu à son entreprise pour cette année d'imposition.

Dans sa nouvelle cotisation, le ministre a refusé la déduction de 1 208 369 \$ et a plutôt permis à l'intimée de déduire un montant de 69 274 \$, soit le montant obtenu en amortissant chacun des paiements incitatifs versés aux locataires sur la durée initiale du bail visé par le paiement en question. La décision tenait au fait que, dans le calcul de son «bénéfice», l'intimée ne pouvait déduire la totalité d'un paiement incitatif dans l'année du paiement, mais devait amortir le montant en question sur toute la durée des baux concernés. Aux fins de l'impôt sur le revenu, Canderel a déduit les commissions de 735 000 \$ qu'elle avait versées à l'égard de ces baux dans l'année d'imposition au cours de laquelle lesdites commissions ont été versées. Le ministre n'a pas contesté la déduction de ces dépenses.

La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de l'intimée.

The judgment below

The Tax Court Judge found four main benefits that were generated by the TIPs. These were:⁷

- (1) to "prevent a hole in income" otherwise caused by maintaining a vacant building;
- (2) to satisfy the underlying requirements of its interim financing and to obtain permanent financing;
- (3) to meet its competition, maintain its market position and reputation;
- (4) to earn revenues through rentals, management, and development fees.

He started with the proposition that courts had consistently held that an expense is deductible entirely in the year on which it was paid although there is no directly resulting income in that year. The genesis of that principle, he said, was to be found in *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer*.⁸ He then examined whether the TIPs were running expenses and whether these should be matched with the generating revenues. He referred to the recent decisions of the Supreme Court of Canada in *Symes v. Canada*⁹ where Iacobucci J. quoted Wilson J. in *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*,¹⁰ where she said:

The only thing that matters is that the expenditures were a legitimate expense made in the ordinary course of business with the intention that the company could generate a taxable income some time in the future.

Following which, Iacobucci J. added:¹¹

In making this statement, and in proceeding to discuss an interpretation bulletin reference to the "income-earning process" (at pp. 189-90), Wilson J. . . . was rejecting both the need for a causal connection between a particular expenditure and a particular receipt, and the suggestion that a receipt must arise in the same year as an expenditure is incurred. Her reference to the "ordinary course of business" is merely a reflection of these other conclusions.

The Trial Judge inferred from Wilson J.'s reference that the "intention" of the taxpayer was a relevant

⁷ (1994), 94 DTC 1133 (T.C.C.), at p. 1142.

⁸ (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.).

⁹ [1993] 4 S.C.R. 695.

¹⁰ [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 189.

¹¹ [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 733.

Le jugement de l'instance inférieure

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que les PIL donnaient lieu à quatre avantages⁷:

- a (1) «éviter un trou dans le revenu» qu'occasionnerait autrement l'entretien d'un immeuble vacant;
- (2) satisfaire aux exigences sous-jacentes de son financement provisoire et obtenir un financement permanent;
- b (3) faire face à la concurrence et préserver sa position sur le marché ainsi que sa réputation;
- (4) gagner des revenus au moyen de loyers et d'honoraires de gestion et d'aménagement.

c Il a d'abord rappelé que les tribunaux ont constamment statué qu'une dépense est déductible en entier dans l'année au cours de laquelle elle a été faite, même si aucun revenu découlant directement de cette dépense n'a été gagné pendant cette même année. d Selon le juge, ce principe remonte à l'affaire *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer*⁸. Il s'est ensuite demandé si les PIL constituaient des dépenses courantes et s'il était nécessaire de les rattacher aux produits. Il a cité la décision que la Cour suprême du e Canada a récemment rendue dans l'affaire *Symes c. Canada*⁹, où le juge Iacobucci a lui-même cité les remarques suivantes que le juge Wilson a formulées dans l'affaire *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*¹⁰:

f Tout ce qui importe, c'est que les dépenses aient été engagées légitimement dans le cours ordinaire des affaires et dans le but qu'il en découle ultérieurement un revenu imposable pour la compagnie.

g Le juge Iacobucci a ensuite ajouté ce qui suit¹¹:

En faisant cette déclaration et en procédant ensuite à l'étude du «processus de gain» (aux pp. 189 et 190) mentionné dans un bulletin d'interprétation, le juge Wilson . . . rejetait à la fois h l'exigence d'un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et l'idée que le revenu devait être généré dans l'année où la dépense avait été engagée. La mention qu'elle fait du «cours ordinaire des affaires» ne fait que refléter ces autres conclusions.

i Le juge de première instance a conclu des remarques du juge Wilson que l'«intention» du con-

⁷ (1994), 94 DTC 1133 (C.C.I.), à la p. 1142.

⁸ (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.).

⁹ [1993] 4 R.C.S. 695.

¹⁰ [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 189.

¹¹ [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 733.

factor. After an extensive review of the case law, he concluded that the expenses deducted by the respondent were running expenses, that matching was not in that case the appropriate method of profit calculation for tax purposes and that the respondent should be allowed to adopt the expensing method. In addition, he found that there was no requirement under the law for consistency in accounting methods between financial statements and income tax calculation, and that there was no requirement in law for him to follow the GAAP rules.

The contention of the parties

The appellant submits that this case is exclusively one where section 9 receives application. The fundamental error of the Trial Judge was to confuse the principles elaborated by the courts in dealing with paragraph 18(1)(a) of the Act with those concerned with section 9.¹² The Tax Court Judge, she says, incorrectly applied the decision of the Supreme Court of Canada in *Symes* where the issue was whether the child care expenses in dispute had been incurred for the “purpose of gaining or producing income” within the meaning of paragraph 18(1)(a). It was in the context of speaking to this “purpose” test that Iacobucci J. rejected both the need for a causal connection between a particular expenditure and a particular receipt and the suggestion that a receipt must arise in the same year as an expenditure is incurred. In the instant case, she says, it is admitted that the tenant inducements were incurred for the purpose of earning income from business. Therefore, none of the cases on paragraph 18(1)(a), on which the respondent relies

¹² S. 9(1), at the relevant time, read thus:

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

S. 18(1)(a), at the relevant time, read thus:

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

tribuable était un facteur pertinent. Après avoir fait un examen en profondeur de la jurisprudence, il a conclu que les dépenses déduites par l'intimée étaient des dépenses courantes, que le rattachement n'était pas, en l'espèce, la méthode qu'il convenait d'utiliser pour calculer le bénéfice aux fins de l'impôt et que l'intimée devrait être autorisée à adopter la méthode de la passation par pertes et profits. De plus, il a jugé que la loi n'exigeait nullement l'application de méthodes comptables uniformes pour la préparation des états financiers et le calcul des impôts sur le revenu ni n'exigeait le respect des PCGR.

c Les arguments des parties

L'appelante soutient qu'en l'espèce, seul l'article 9 s'applique. L'erreur fondamentale du juge de première instance a été de confondre les principes que les tribunaux ont élaborés lorsqu'il s'agit d'appliquer l'alinéa 18(1)a) de la Loi avec ceux qui concernent l'article 9¹². De l'avis de l'appelante, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a mal appliqué la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *Symes*, où le litige portait sur la question de savoir si les frais contestés de garde d'enfants avaient été engagés «en vue de tirer un revenu» au sens de l'alinéa 18(1)a). C'est lorsqu'il a parlé du critère de «l'objet» que le juge Iacobucci a rejeté à la fois l'exigence d'un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et l'idée que le revenu devait être généré dans l'année où la dépense avait été engagée. Dans le cas qui nous occupe, soutient-elle, il est admis que les paiements incitatifs versés aux locataires ont été engagés pour tirer un revenu de l'entreprise. En conséquence, aucun des arrêts relatifs

¹² À l'époque pertinente, le texte de l'art. 9(1) et celui de l'art. 18(1)a) étaient les suivants:

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) Un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense a été fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien.

in support of its contention that the expenses are deductible in the year of payment, can be of any assistance.

Moreover, claims the appellant, the question as to what method of computing profit is required to be used in computing profit for income tax purposes when there is more than one method acceptable for financial reporting purposes has been addressed most recently by this Court in three cases: *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*;¹³ *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Canada*;¹⁴ and *Friedberg (A.D.) v. Canada*.¹⁵ The basic rule to be derived from these cases is the following: if there are two methods acceptable under GAAP, but one method is not appropriate at all for tax purposes, then it is not a question of choosing between acceptable methods because only one method is appropriate for tax purposes. This is the implication of the *Friedberg* case. Where, however, as here, there are two accounting methods acceptable under GAAP for financing reporting purposes, namely the expensing method and the amortization method, and both methods are otherwise appropriate for tax purposes, the Court will prefer the method that results in a "truer picture" of the respondent's profit. This is the implication in the *West Kootenay* case.¹⁶ It follows that, in the case at bar, the amortization method more fairly and accurately reflects profit since the matching of revenues with expenditures can reasonably be made. It is, therefore, the only method which determines Canderel's "profit" as that word is to be understood in legal terms. The taxpayer, according, to the above cases, has no choice but to follow this method of accounting. Hence, concludes the appellant, the Trial Judge made a fundamental error of law when he stated:

à l'alinéa 18(1)a) que l'intimée invoque pour soutenir que les dépenses sont déductibles dans l'année du paiement ne peut s'appliquer.

a

L'appelante ajoute que, très récemment, la Cour a examiné dans trois arrêts la question de savoir quelle est la méthode à utiliser pour calculer les bénéfices aux fins de l'impôt sur le revenu lorsque plusieurs méthodes sont acceptables aux fins des rapports financiers. Les arrêts en question sont les affaires *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*¹³; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Canada*¹⁴; et *Friedberg (A.D.) c. Canada*¹⁵. La règle fondamentale qui découle de ces arrêts est la suivante: s'il existe deux méthodes acceptables selon les PCGR, mais que l'une d'elles ne convient pas aux fins de l'impôt, il n'est plus question de choisir entre des méthodes acceptables, parce qu'une seule est appropriée aux fins de l'impôt. Cette conclusion ressort de la décision rendue dans l'affaire *Friedberg*. Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, deux méthodes comptables sont acceptables selon les PCGR aux fins des déclarations des frais de financement, soit la méthode de la passation par pertes et profits et la méthode de la prise en charge par amortissement, et que les deux méthodes conviennent par ailleurs aux fins de l'impôt, la Cour retiendra la méthode qui donne une image plus fidèle du bénéfice de l'intimée. Cette conclusion ressort de l'arrêt *West Kootenay*¹⁶. En conséquence, dans le cas qui nous concerne, la méthode de la prise en charge par amortissement présente plus fidèlement et avec plus d'exactitude les bénéfices, étant donné qu'elle permet le rapprochement des produits et des charges. Il s'agit donc de la seule méthode qui permet de déterminer le «bénéfice» de Canderel selon le sens juridique de ce mot. D'après les arrêts susmentionnés, le contribuable n'a d'autre choix que de suivre cette méthode de comptabilité. Par conséquent, selon l'appelante, le juge de première instance a commis une erreur de droit fondamentale lorsqu'il a dit ce qui suit:

b

c

d

e

f

g

h

i

¹³ [1992] 1 F.C. 732 (C.A.).

¹⁴ [1992] 1 F.C. 753 (C.A.).

¹⁵ [1992] 1 C.T.C. 1 (F.C.A.); aff. by [1993] 4 S.C.R. 285.

¹⁶ These propositions, cited by the appellant, were taken from T. E. McDonnell, "Current Cases—More on GAAP and Profit" (1994), 42 *Can. Tax J.* 452, at p. 454.

¹³ [1992] 1 C.F. 732 (C.A.).

¹⁴ [1992] 1 C.F. 753 (C.A.).

¹⁵ [1992] 1 C.T.C. 1 (C.A.F.); conf. par [1993] 4 R.C.S. 285.

¹⁶ Ces propositions que l'appelante a citées sont extraites de l'article de T. E. McDonnell intitulé «Current Cases—More on GAAP and Profit» (1994), 42 *Can. Tax J.* 452, à la p. 454.

While the matching principle may have its usefulness, especially for accounting purposes, such is not necessarily the case for income tax purposes.¹⁷

The respondent, for its part, claims that the Trial Judge found as a fact that the impugned expenditures generated four key benefits. Based on those findings of facts, which were amply supported by the evidence, the learned Judge found that these expenditures were running expenses with the result that there is no obligation to match. Absent any overriding error in these findings, these expenditures are deductible in the taxation year they are incurred as it was decided by this Court in *Cummings (J L) v The Queen*.¹⁸

The respondent adds that there is no rule of law or statutory provision in the Act which expressly or implicitly requires Canderel to "match" or "endeavour to match" these current expenditures against revenues to be earned by it in subsequent taxation years, and the Minister cannot compel Canderel to adopt any. As a general rule, current expenditures made for the purpose of gaining or producing income are deductible in the taxation year they were incurred, whether or not they generate revenue in the taxation year incurred, in the subsequent taxation years or no revenue at all. The respondent relies heavily on cases such as *Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue*¹⁹ and *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer*²⁰ to support its proposition. But, even if Canderel were required in law to "match" or "endeavour to match," which is denied, the expensing method gives the true picture of the respondent's income for the year because: (i) for a business person in Canderel's position, the true profits for its 1986 taxation year were the revenues it generated less these current expenses incurred in that taxation year for the purpose of gaining or producing its income from its business; (ii) these amounts, consistent with the learned Trial Judge's findings of fact,

Bien que le principe du rapprochement puisse avoir son utilité, surtout à des fins comptables, cela n'est pas nécessairement le cas pour le calcul de l'impôt sur le revenu¹⁷.

^a Pour sa part, l'intimée fait valoir que le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que les dépenses contestées avaient engendré quatre avantages clés. Compte tenu de ces conclusions de fait, ^b qui étaient amplement justifiées par la preuve, le savant juge a statué que les dépenses en question étaient des dépenses courantes, de sorte qu'aucune obligation de rattachement n'existait. À moins que ces conclusions ne comportent une erreur majeure, ^c ces dépenses sont déductibles dans l'année d'imposition pendant laquelle elles sont engagées, comme la Cour l'a décidé dans l'affaire *Cummings (J L) c La Reine*¹⁸.

^d L'intimée a ajouté qu'il n'existe aucune règle de droit non plus qu'aucune disposition de la Loi qui obligent expressément ou implicitement Canderel à ^e «rattacher» ou à «tenter de rattacher» ces dépenses courantes aux produits qu'elle recevra au cours des années d'imposition subséquentes et que le ministre ne peut forcer Canderel à le faire. Selon la règle générale, les dépenses courantes qui sont faites dans ^f le but de tirer ou de faire produire un revenu sont déductibles dans l'année d'imposition au cours de laquelle elles sont engagées, qu'elles génèrent ou non des produits dans l'année d'imposition en question ou ^g au cours des années d'imposition subséquentes ou qu'elles ne génèrent aucun produit. À l'appui de sa proposition, l'intimée invoque des arrêts comme *Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue*¹⁹ et *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer*²⁰. Cependant, même si Canderel était tenue, en droit, de faire le rattachement ou ^h de tenter de le faire, ce qui est nié, la méthode de la passation par pertes et profits présente l'image fidèle du revenu de l'intimée pour l'année, pour les raisons ⁱ suivantes: (i) pour une personne dans la situation de Canderel, les bénéfices véritables qu'elle a tirés au cours de son année d'imposition 1986 étaient les

¹⁷ At, p. 1141.

¹⁸ [1981] CTC 285 (F.C.A.).

¹⁹ (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.).

²⁰ (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.).

¹⁷ À la p. 1141.

¹⁸ [1981] CTC 285 (C.A.F.).

¹⁹ (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.).

²⁰ (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.).

should be matched against the many immediate financial benefits they gave rise to; (iii) Canderel, by paying these TIPs, was filling a hole in its income which, absent these TIPs, would have been created by otherwise deductible costs in the taxation year in issue, and (iv) the effect of the appellant's "matching" and "endeavouring to match" theory would be the taxation of unrealized gains and the deduction of incurred losses.

Analysis

The interrelationship of subsection 9(1) and paragraphs 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *Income Tax Act* was clearly stated by Iacobucci J. in *Symes v. Canada*:²¹

At one time, it was not clearly understood whether the authority for deducting business expenses was located within what is now s. 9(1) or within what is now s. 18(1)(a). In a series of decisions culminating in *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, 57 DTC 1055 (Ex. Ct.), however, Thorson P. recognized that the deduction of business expenses is a necessary part of the s. 9(1) "profit" calculation. In *Daley v. Minister of National Revenue*, [1950] Ex. C.R. 516, Thorson P. commented upon s. 3 (the forerunner to s. 9) and s. 6(a) (the forerunner to s. 18(1)(a)) of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, in the following terms (at p. 521):

The correct view, in my opinion, is that the deductibility of the disbursements and expenses that may properly be deducted "in computing the amount of the profits or gains to be assessed" is inherent in the concept of "annual net profit or gain" in the definition of taxable income contained in section 3. The deductibility from the receipts of a taxation year of the appropriate disbursements or expenses stems, therefore, from section 3 of the Act, if it stems from any section, and not at all, even inferentially, from paragraph (a) of section 6.

In other words, the "profit" concept in s. 9(1) is inherently a net concept which presupposes business expense deductions. It

²¹ [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 721-725. S. 18(1)(h) of the Act is not relevant to the case at bar.

recettes qu'elle a générées, déduction faite des dépenses courantes qu'elle a engagées au cours de cette même année d'imposition en vue de tirer un revenu de son entreprise ou de faire produire un revenu à son entreprise; (ii) compte tenu des conclusions de fait du juge de première instance, ces montants devraient être rattachés aux nombreux avantages financiers immédiats qu'ils ont engendrés; (iii) en versant ces PIL, Canderel a évité un manque à gagner qui, en l'absence des paiements en question, aurait été créé par des frais par ailleurs déductibles au cours de l'année d'imposition en question; (iv) l'application de la méthode du «rattachement» et de la «tentative de rattachement» par l'appelante donnerait lieu à l'imposition de gains non réalisés et à la déduction de pertes engagées.

d Analyse

Dans l'arrêt *Symes c. Canada*²¹, le juge Iacobucci a décrit clairement les liens entre le paragraphe 9(1) et les alinéas 18(1)a) et 18(1)h) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

À une certaine époque, il n'était pas clair si le fondement de la déduction des dépenses d'entreprise se trouvait dans la disposition qui est maintenant le par. 9(1) ou dans celle qui est l'al. 18(1)a) actuel. Toutefois, dans une série d'arrêts ayant abouti à l'arrêt *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055 (C. de l'É.), le président Thorson a reconnu que la déduction des dépenses d'entreprise constitue une partie nécessaire du calcul du «bénéfice» en vertu du par. 9(1). Dans l'arrêt *Daley c. Minister of National Revenue*, [1950] R.C. de l'É. 516, le président Thorson disait ce qui suit au sujet de l'art. 3 (qui est à l'origine de l'art. 9) et de l'al. 6a) (qui est à l'origine de l'al. 18(1)a) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97 (à la p. 521):

[TRADUCTION] À mon avis, il est exact de dire que la déductibilité des débours et dépenses qui peuvent à juste titre être déduits «dans le calcul du montant des bénéfices ou gains à imposer» se rattache au concept de «bénéfice ou gain net annuel» dans la définition du revenu imposable figurant à l'article 3. La déductibilité de débours ou dépenses des recettes d'une année d'imposition découle donc de l'article 3 de la Loi et ne résulte pas du tout, même par déduction, de l'alinéa 6a).

En d'autres termes, le concept de «bénéfice» au par. 9(1) est en soi un résultat net qui présuppose des déductions de dépenses

²¹ [1993] 4 R.C.S. 695, aux p. 721 à 725. L'art. 18(1)h) n'est pas pertinent dans la cause qui nous occupe.

is now generally accepted that it is s. 9(1) which authorizes the deduction of business expenses; the provisions of s. 18(1) are limiting provisions only. See *The Queen v. MerBan Capital Corp.*, 89 DTC 5404 (F.C.A.).

To so describe ss. 9(1) and 18(1)(a) does not, however, clarify the proper approach in this case. While ss. 18(1)(a) and (h) may first appear logically to limit—within the structure of the *Act*—deductions which have already satisfied s. 9(1), this structure can make less logical sense than one might suppose. This is because it is generally not clear what kinds of expenses would be deductible under s. 9(1), yet prohibited by ss. 18(1)(a) or (h).

Under s. 9(1), deductibility is ordinarily considered as it was by Thorson P. in *Royal Trust*, *supra* (at p. 1059):

... the first approach to the question whether a particular disbursement or expense was deductible for income tax purpose was to ascertain whether its deduction was consistent with ordinary principles of commercial trading or well accepted principles of business ... practice ... [Emphasis added]

Thus, in a deductibility analysis, one's first recourse is to s. 9(1), a section which embodies, as the trial judge suggested, a form of "business test" for taxable profit.

This is a test which has been variously phrased. As the trial judge rightly noted, the determination of profit under s. 9(1) is a question of law: *Neonex International Ltd. v. The Queen*, [1978] C.T.C. 485 (F.C.A.). Perhaps for this reason, and as *Neonex* itself impliedly suggests, courts have been reluctant to posit a s. 9(1) test based upon "generally accepted accounting principles" (G.A.A.P.): see also "Business Income and Taxable Income" (1953 Conference Report: Canadian Tax Foundation) cited in B. J. Arnold and T. W. Edgar, eds., *Materials on Canadian Income Tax* (9th ed. 1990), at p. 336. Any reference to G.A.A.P. connotes a degree of control by professional accountants which is inconsistent with a legal test for "profit" under s. 9(1). Further, whereas an accountant questioning the propriety of a deduction may be motivated by a desire to present an appropriately conservative picture of current profitability, the *Act* is motivated by a different purpose: the raising of public revenues. For these reasons, it is more appropriate in considering the s. 9(1) business test to speak of "well accepted principles of business (or accounting) practice" or "well accepted principles of commercial trading".

Adopting this approach to deductibility, it becomes immediately apparent that the well accepted principles of business practice encompassed by s. 9(1) would generally operate to prohibit the deduction of expenses which lack an income earning purpose, or which are personal expenses, just as much as

d'entreprise. Il est maintenant généralement reconnu que c'est le par. 9(1) qui autorise la déduction des dépenses d'entreprise; le par. 18(1) est limitatif seulement. Voir l'arrêt *The Queen c. MerBan Capital Corp.*, 89 D.T.C. 5404 (C.A.F.).

a Décrire ainsi le par. 9(1) et l'al. 18(1)a ne permet toutefois pas de clarifier la méthode d'analyse qu'il convient d'utiliser en l'espèce. S'il semble que, selon l'économie de la *Loi*, les al. 18(1)a et h) peuvent logiquement paraître limiter des déductions déjà autorisées par le par. 9(1), cette organisation peut être moins logique qu'on le supposerait. La raison en est que l'on ne sait généralement pas quels types de dépenses pourraient être déductibles en vertu du par. 9(1), mais interdites par les al. 18(1)a ou h).

b En vertu du par. 9(1), la déductibilité est habituellement considérée de la façon dont elle l'avait été par le président Thorson dans *Royal Trust*, précité (à la p. 1059):

c [TRADUCTION] ... pour savoir si un débours ou une dépense était déductible aux fins d'impôt la première étape était de déterminer si la déduction était conforme aux principes ordinaires des affaires commerciales ou aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires ... [Je souligne.]

d En conséquence, dans l'analyse des déductions, il faut commencer par le par. 9(1), disposition qui englobe, comme l'a précisé le juge de première instance, un «critère des affaires» aux fins du calcul du bénéfice imposable.

e C'est un critère qui a été formulé de bien des façons. Comme le juge de première instance l'a bien fait ressortir, la détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) est une question de droit: *Neonex International Ltd. c. The Queen*, [1978] C.T.C. 485 (C.A.F.). C'est peut-être pour ce motif (comme le laisse entendre implicitement *Neonex*) que les tribunaux ont hésité à énoncer, relativement au par. 9(1), un critère fondé «sur les principes comptables généralement reconnus» (P.C.G.R.): voir aussi «Business Income and Taxable Income» (1953 Conference Report: Association canadienne d'études fiscales) cité dans B. J. Arnold et T. W. Edgar, dir., *Materials on Canadian Income Tax* (9^e éd. 1990), à la p. 336. Toute mention des P.C.G.R. comporte l'idée d'un degré de contrôle exercé par des comptables professionnels, ce qui est incompatible avec un critère juridique du «bénéfice» en vertu du par. 9(1). f Alors qu'un comptable s'interrogeant sur l'opportunité d'une déduction peut être motivé par le désir de présenter un tableau plutôt conservateur du niveau des profits courants, la *Loi* vise une fin différente: la perception de revenus publics. Pour ces motifs, dans l'examen du par. 9(1), il convient davantage de parler de «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» ou de «principes bien reconnus des affaires commerciales». g

h Si l'on adopte cette conception de la déductibilité, on se rend immédiatement compte que les principes bien reconnus de la pratique courante des affaires visés au par. 9(1) auraient généralement pour effet d'interdire la déduction de dépenses qui n'ont pas pour objet de gagner un revenu ou qui sont des

ss. 18(1)(a) and (h) operate expressly to prohibit such deductions. For this reason, there is an artificiality apparent in the suggestion that one can first examine s. 9(1) in order to determine whether a deduction is authorized, and can then turn to s. 18(1) where another analysis can be undertaken: N. Brooks, "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses" in B. G. Hansen, V. Krishna, and J. A. Rendall, eds., *Essays on Canadian Taxation* (1978), 249, at pp. 253-54; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4th ed. 1992), at p. 365, footnote 44, and p. 367.

Although ss. 18(1)(a) and (h) may, therefore, simply be analytically repetitive or confirmatory of prohibitions already embodied in s. 9(1), they may serve to reinforce the point already made, namely, that the s. 9(1) test is a legal test rather than an accountancy test. At the same time, they conveniently summarize what might otherwise be abstract principles of commercial practice. As noted by D. Ish, J. A. Rendall, and C. A. Brown ("Deductions" in *Materials on Canadian Income Tax*, *supra*, at pp. 387-88):

... the frequency with which paragraph 18(1)(a) appears in the cases confirms that it is useful, if not necessary, for the Minister to have specific statements which can be relied upon... Arguably, paragraph 18(1)(h) is just a refinement of paragraph 18(1)(a); indeed, one might suppose that the taxpayer's personal or living expenses would not be deducted according to standard practices of accounting for business profits, the test erected by subsection 9(1). The process we are describing is one in which the focus is progressively narrowed. Although a personal or living expense prohibited by paragraph 18(1)(h) arguably would also be prohibited by paragraph 18(1)(a)... the Minister may nevertheless find it very useful to concentrate attention on the specific characterization of a disputed expense as being of a personal consumption nature.

There is no doubt that, in some cases, s. 9(1) will operate in isolation to scrutinize deductions according to well accepted principles of business practice. In this respect, I refer to cases, also noted by the trial judge, in which the real issue was whether a particular method of accounting could be used to escape tax liability: e.g. *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 96; *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 3. In other cases, including the present case, however, the real issue may be whether a deduction is prohibited by well accepted principles of business practice for the reason that it is not incurred for the purpose of earning income, or for the reason that it is a personal or living expense. In such cases, any treatment of the issue will necessarily blur s. 9(1) with ss. 18(1)(a) and (h).

dépenses personnelles, de la même façon que les al. 18(1)(a) et (h) visent expressément à interdire de telles déductions. Pour ce motif, il est artificiel de dire qu'il faut tout d'abord examiner le par. 9(1) pour déterminer si une déduction est autorisée, et que l'on peut ensuite se fonder sur le par. 18(1) pour procéder à une autre analyse: N. Brooks, «The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses» dans B. G. Hansen, V. Krishna et J. A. Rendall, dir., *Essays on Canadian Taxation* (1978), 249, aux pp. 253 et 254; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4^e éd. 1992), à la p. 365, renvoi 44, et à la p. 367.

En conséquence, bien que les al. 18(1)(a) et (h) puissent, sur le plan analytique, simplement reprendre ou confirmer les interdictions déjà comprises dans le par. 9(1), ils peuvent servir à renforcer le point déjà mentionné, savoir que le critère visé au par. 9(1) est un critère juridique plutôt qu'un critère comptable. En outre, ces alinéas résument d'une façon utile ce qui pourrait par ailleurs constituer des principes abstraits de la pratique commerciale. Comme l'ont indiqué D. Ish, J. A. Rendall et C. A. Brown («Deductions» dans *Materials on Canadian Income Tax*, *op. cit.*, aux pp. 387 et 388):

[TRADUCTION] ... la fréquence avec laquelle l'alinéa 18(1)(a) apparaît dans la jurisprudence confirme qu'il est utile, sinon nécessaire, que le ministre fasse des déclarations précises auxquelles on pourra se fier. [...] On peut soutenir que l'alinéa 18(1)(h) vient seulement préciser l'alinéa 18(1)(a); en fait, on pourrait supposer que les frais personnels ou les frais de subsistance du contribuable ne seraient pas déduits selon les pratiques ordinaires en matière comptable applicables aux bénéfices d'entreprise, le critère établi par le paragraphe 9(1). Le processus que nous décrivons est une diminution progressive du champ. Bien que l'on puisse soutenir que les frais personnels ou les frais de subsistance interdits par l'alinéa 18(1)(h) le seraient également en vertu de l'alinéa 18(1)(a) [...] le ministre peut néanmoins juger utile d'attirer l'attention sur la caractérisation précise d'une dépense contestée comme dépense de consommation personnelle.

Il n'y a pas de doute que, dans certains cas, le par. 9(1) s'appliquera isolément pour l'examen de déductions conformément aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires. À cet égard, je renvoie à des arrêts, également mentionnés par le juge de première instance, dans lesquels la véritable question était de savoir si une méthode comptable particulière pouvait servir à éviter l'assujettissement à l'impôt: par exemple, *Associated Investors of Canada Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C. de l'É. 96; *Canadian General Electric Co. c. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 3. Cependant, dans d'autres cas, comme en l'espèce, la véritable question est de savoir si une déduction est interdite par les principes bien reconnus de la pratique courante des affaires au motif que la dépense en question n'a pas été engagée en vue de tirer un revenu ou au motif que la dépense constitue des frais personnels ou des frais de subsistance. Dans ces cas, l'examen de la question confondra nécessairement le par. 9(1) et les al. 18(1)(a) et (h).

In the case at bar, there is no dispute with regard to the expenses being of an income nature. Our examination is directed, therefore, to subsection 9(1) of the Act. On this basis, we are not concerned with the purpose of the expenditure but with the net of the year. The Trial Judge erred in relying on the statement made by Iacobucci J. in *Symes* (where he says that Wilson J. rejected “both the need for a causal connection between a particular expenditure and a particular receipt, and the suggestion that a receipt must arise in the same year as an expenditure is incurred”)²² so as to make it a rule applicable to the case at bar. When read in context, it is clear that Iacobucci J. was not addressing his mind to the timing of a deduction. It is a misapplication of the law to ignore that his pronouncement was made *secundum subjectam materiam*. What we are concerned with here is the proper legal treatment of those TIPs so as to determine the net profit of the taxpayer for the year in question.

The appellant relies on three decisions of this Court to support her proposition that where there are two methods acceptable under GAAP, which are also acceptable for tax purposes, the Court will prefer the one that results in a “truer picture” of the taxpayer’s profit.

I shall first briefly summarize each of these cases. I will then state what, in my view, they stand for.

*West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*²³ dealt with the question as to whether estimates of earned but unbilled revenue at December 31, the end of the taxpayer’s taxation year, must be included in its income from business in that year. The appellant was an investor-owned corporation engaged in the business of generating and distributing hydro-electric power in British Columbia. Its residential customers were on a two-month-billing cycle and meter read-

Dans le cas qui nous occupe, il est admis que les dépenses sont des dépenses d’entreprise. Notre examen concerne donc le paragraphe 9(1) de la Loi. À cette fin, nous devons nous préoccuper, non pas de l’objet de la dépense, mais du résultat net de l’année. Lorsqu’il s’est fondé sur les commentaires que le juge Iacobucci a formulés dans l’affaire *Symes* (où il mentionne que le juge Wilson a rejeté «à la fois l’exigence d’un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et l’idée que le revenu devait être généré dans l’année où la dépense avait été engagée»²²), le juge de première instance a commis une erreur en faisant de ces commentaires une règle applicable au présent litige. Une lecture des remarques du juge Iacobucci dans leur contexte indique clairement qu’elles ne concernent pas le moment d’une déduction. Le fait d’ignorer que ces remarques ont été formulées *secundum subjectam materiam* constitue une application erronée du droit. Ce que nous devons déterminer en l’espèce, c’est la façon de traiter ces PIL afin de calculer le bénéfice net de la contribuable pour l’année en question.

L’appelante invoque trois décisions de la Cour pour soutenir que, lorsqu’il existe deux méthodes acceptables selon les PCGR et que ces méthodes sont également acceptables aux fins de l’impôt, la Cour s’en tiendra à celle qui présente une «image plus fidèle» du bénéfice du contribuable.

Je résumerai d’abord brièvement chacune de ces décisions et je préciserai ensuite les principes qui, à mon avis, s’en dégagent.

L’affaire *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*²³ portait sur la question de savoir si les produits d’exploitation estimatifs non encore facturés au 31 décembre, soit la fin de l’année d’imposition de la contribuable, devaient être inclus dans le revenu tiré de son entreprise pour cette année. L’appelante était une société ouverte qui produisait et distribuait de l’énergie hydro-électrique en Colombie-Britannique. La facturation des services fournis aux usagers

²² *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 733.

²³ [1992] 1 F.C. 732 (C.A.).

²² *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 733.

²³ [1992] 1 C.F. 732 (C.A.).

ings were made on a bi-monthly basis. At the relevant fiscal year-ends 1983 and 1984, the appellant had delivered some electricity for which, as of these year-ends, the customers had not yet been billed. The British Columbia Utilities Commission, who approved tariff, did not permit the appellant to issue bills for electricity supplied to December 31 until the completion of the billing cycle ending after that date. Until 1979, the accounting practice followed by the taxpayer did not take account of earned but unbilled revenue but, in that year, on the advice of accountants, the appellant changed its practice and recorded income based on estimates of the revenue anticipated to be received, both for financial statements of its operation and for tax purposes. The accrual basis was continued through 1982. In 1983, while maintaining the accrual basis for calculating income for its annual statements, the appellant changed from an accrual to a "billed" basis for its income tax return, eliminating from its income the estimate of revenue unbilled at year end and reported revenues only as billed. Both methods of accounting were permitted under GAAP. The unbilled revenue was added by the Minister to the taxpayer's taxation year. MacGuigan J.A., for the Court, estimated that there was no absolute requirement of conformity between financial statements and tax returns. He then added:²⁴

The approved principle is that whichever method presents the "truer picture" of a taxpayer's revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which "matches" revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed.

He then addressed his mind to the question as to whether the unbilled revenues in question came under the provision of paragraph 12(1)(b) of the Act²⁵ as

²⁴ *West Kootenay Power and Light Co.*, at p. 745.

²⁵ S. 12(1)(b) of the Act, at the time this case was decided, read thus:

(Continued on next page)

domestiques suivait un cycle de deux mois et les compteurs étaient relevés bimestriellement. À la fin des exercices financiers en cause (1983 et 1984), l'appelante avait livré de l'électricité qu'elle n'avait pas encore facturée à ses clients. La British Columbia Utilities Commission, qui a approuvé le tarif, n'a pas autorisé l'appelante à facturer l'électricité fournie au 31 décembre avant la fin du cycle de facturation se terminant après cette date. Jusqu'en 1979, la contribuable ne tenait pas compte des produits d'exploitation non facturés aux fins comptables; cependant, en 1979, suivant les conseils de ses comptables, l'appelante a changé sa méthode et s'est mise à calculer son revenu en se fondant sur des estimations des produits d'exploitation qu'elle prévoyait recevoir, tant pour la préparation de ses états financiers que pour celle de ses déclarations de revenus. Elle a continué à appliquer la méthode de la comptabilité d'exercice jusqu'en 1982. En 1983, l'appelante a substitué la méthode des produits «facturés» à la comptabilité d'exercice aux fins de sa déclaration de revenus tout en conservant cette dernière méthode comptable pour la préparation des états financiers annuels. Elle a éliminé de son revenu les produits d'exploitation estimatifs non facturés à la fin de l'exercice et n'a déclaré que les produits facturés. Les deux méthodes de comptabilité étaient permises selon les PCGR. Le ministre a ajouté les produits non facturés au revenu de l'appelante pour l'année d'imposition. Le juge MacGuigan, J.C.A., qui s'est exprimé au nom de la Cour, a jugé qu'il n'était pas obligatoire d'appliquer la même méthode pour la préparation des états financiers et celle des déclarations de revenus. Il a ajouté ce qui suit²⁴:

... la méthode applicable est celle qui donne l'image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur «rattachement» des charges et des produits.

Il s'est ensuite demandé si les produits d'exploitation non facturés en question étaient visés par l'alinéa 12(1)(b) de la Loi²⁵, modifié par S.C. 1980-81-82-83,

²⁴ *West Kootenay Power and Light Co.*, à la p. 745.

²⁵ Voici le libellé de l'art. 12(1)(b) de la Loi qui était en vigueur lorsque cette décision a été rendue:

(Suite à la page suivante)

amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4(1) as an amount receivable. He concluded that they were both sufficiently ascertainable to be receivable even though not yet billed or due and had to be included in income for the year then ending and were not excluded by the "unless" clause of paragraph 12(1)(b). The principle to be applied for that part of the Act was, therefore, the "truer picture" or "matching principle" which had the effect of denying the taxpayer the right to use the billed account method.

*Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Canada*²⁶ dealt with the same paragraph 12(1)(b) of the *Income Tax Act* as amended in 1983 which was

(Continued from previous page)

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

(b) any amount receivable by the taxpayer in respect of property sold or services rendered in the course of a business in the year, notwithstanding that the amount or any part thereof is not due until a subsequent year, unless the method adopted by the taxpayer for computing income from the business and accepted for the purpose of this Part does not require him to include any amount receivable in computing his income for a taxation year unless it had been received in the year, and for the purposes of this paragraph, an amount shall be deemed to have become receivable in respect of services rendered in the course of a business on the day that is the earlier of

- (i) the day upon which the account in respect of the services was rendered, and
- (ii) the day upon which the account in respect of those services would have been rendered had there been no undue delay in rendering the account in respect of the services;

(2) Paragraphs (1)(a) and (b) are enacted for greater certainty and shall not be construed as implying that any amount not referred to therein is not to be included in computing income from a business for a taxation year whether it is received or receivable in the year or not.

²⁶ [1992] 1 F.C. 753 (C.A.).

ch. 140, art. 4(1), à titre de sommes à recevoir. Il a conclu que les deux montants pouvaient être déterminés avec suffisamment de certitude pour être considérés comme des sommes à recevoir, même s'ils n'avaient pas encore été facturés ni n'étaient encore exigibles, que la contribuable devait les inclure dans le calcul de son revenu pour l'année et qu'ils n'étaient pas exonérés aux termes de l'exception prévue à l'alinéa 12(1)b). En conséquence, le principe à appliquer aux fins de cette Partie de la Loi était celui de «l'image la plus fidèle» ou celui du «rattachement des charges et des produits», lequel avait pour effet d'interdire à la contribuable le recours à la méthode des factures établies.

L'affaire *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Canada*²⁶ portait sur le même alinéa 12(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, modifié en 1983, qui a été

(Suite de la page précédente)

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

b) toute somme à recevoir par le contribuable au titre de la vente de biens ou de la fourniture de services au cours de l'année, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, bien que la somme ou une partie de la somme puisse n'être due que dans une année postérieure, sauf dans le cas où la méthode adoptée par le contribuable pour le calcul du revenu tiré de son entreprise et acceptée aux fins de la présente Partie, ne l'oblige pas à inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition toute somme à recevoir qui n'a pas été effectivement reçue dans l'année et, aux fins du présent alinéa, une somme est réputée à recevoir pour services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à compter de celui des jours suivants à survenir le premier:

- (i) le jour où a été remis le compte à l'égard des services qui ont été rendus, et
- (ii) le jour où aurait été remis le compte pour ces services si la remise de ce compte n'avait pas subi un retard indu;

(2) Les dispositions des alinéas (1)a) et b) ont été édictées pour plus de précision et ne doivent pas s'interpréter comme signifiant que toute somme qui n'y est pas visée ne doit pas être incluse dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise pour une année d'imposition, qu'elle soit reçue ou à recevoir dans l'année ou non.

²⁶ [1992] 1 C.F. 753 (C.A.).

considered in *West Kootenay Power and Light Co.* The question in *Maritime Telegraph and Telephone Co.*, was whether year end amounts, which the taxpayer included in its 1985 income, should, as the respondent argued, be included in its 1984 taxation year (and similarly for the year end of 1985 in relation to 1986). The appellant, a telephone company, placed its customers into nine separate billing groups. Each group was billed at different times of the month for services rendered up to the date of billing. The customer had thirty days within which to pay the bill before an interest charge became payable. There was little doubt that the amount earned but not billed during “the stab end” of the taxation year could be ascertained with a considerable degree of accuracy. Until 1984, the first of the two taxation years in issue, the appellant did its accounting for income tax purposes on the basis of the “earned” method, estimating the amount of revenue earned by year-end (its fiscal year coinciding with the calendar year), even though some customers had not yet been billed for those amounts. Its financial statements were prepared in the same way, both for reporting to its shareholders and for review by the Nova Scotia Board of Commissioners of Public Utilities. However, as of the 1984 taxation year, the appellant changed its method of accounting for income tax purposes, adopting a “billed” method for reporting income, but retaining the “earned” method for its financial statements. This change in its tax reporting, as Reed J. found at trial [[1991] 1 C.T.C. 28 (F.C.T.D.)], was made on the advice of its accountants, who relied on what they considered to be the meaning of the 1983 amendment to paragraph 12(1)(b). Either of the methods was permissible under GAAP. The Trial Judge found that the unbilled but earned revenues were to be brought into income pursuant to subsection 9(1) of the Act, and that the earned method gave a truer picture of the taxpayer’s income for the year than the billed method. She was upheld on her finding by the Court of Appeal.

examiné dans l’arrêt *West Kootenay Power and Light Co.* Dans l’affaire *Maritime Telegraph and Telephone Co.*, la question était celle de savoir si les produits du fragment final de l’année que la contribuable avait inclus dans son revenu de 1985 auraient dû être déclarés pour son année d’imposition 1984 (et de même pour ceux de l’année 1985 qu’elle a déclarés en 1986), comme l’intimée l’a soutenu. L’appelante, qui est une société de téléphone, a réparti ses abonnés en neuf groupes de facturation différents. Chaque groupe était facturé à différents moments du mois à l’égard des services rendus jusqu’à la date de facturation. L’abonné disposait d’un délai de 30 jours pour payer la facture avant que des frais d’intérêt ne deviennent exigibles. Il était plus que probable que le montant gagné mais non facturé au cours du fragment final de l’année d’imposition pouvait être déterminé de façon assez précise. Jusqu’en 1984, la première des deux années d’imposition en litige, l’appelante a utilisé, aux fins de l’impôt sur le revenu, la méthode du revenu gagné en calculant de façon estimative le montant des produits gagnés à la fin de l’année (son exercice financier coïncidant avec l’année civile), même si certains abonnés n’avaient pas encore été facturés à l’égard de ces montants. Ses états financiers étaient préparés de la même façon, tant pour les rapports qu’elle remettait à ses actionnaires que pour l’examen par le Nova Scotia Board of Commissioners of Public Utilities. Cependant, dès l’année d’imposition 1984, l’appelante a modifié sa méthode de comptabilité aux fins de l’impôt sur le revenu et a adopté la méthode de montant facturé pour déclarer son revenu, tout en conservant la méthode du montant «gagné» aux fins de ses états financiers. Comme le juge Reed [[1991] 1 C.T.C. 28 (C.F. 1^{re} inst.)] l’a constaté à l’instruction, la contribuable a procédé à ce changement suivant les conseils de ses comptables, qui se sont fondés sur ce qu’ils estimaient être le sens de la modification apportée en 1983 à l’alinéa 12(1)b). Les deux méthodes étaient permises selon les PCGR. Le juge de première instance a conclu que les produits non facturés mais gagnés devaient être inclus dans le revenu conformément au paragraphe 9(1) de la Loi et que la méthode du montant gagné présentait une image plus fidèle du revenu de la contribuable pour l’année que la méthode du montant facturé. La Cour d’appel a confirmé cette conclusion.

In *Friedberg v. Canada*,²⁷ the taxpayer, in 1978, purchased contracts for the delivery of gold in 1979. Also, in 1978, he sold the same number of contracts for gold, for settlement in 1979. Before the end of 1978, he closed out the losing leg of the straddle, realizing an actual loss. He carried the winning leg over into 1979. In computing his income for 1978 (and for that matter in 1979, 1980 and 1981), he deducted the losses but did not include the accrued gains. The taxpayer employed a method called the "lower of cost or market" method, acceptable under GAAP, by which a gain in trading is recognized as income when it is closed out and sold, whereas an unrealized loss is immediately accounted for and debited from income. The Crown challenged this because under the "marked to market method" which, it contended, better reflected the economic reality, the realized loss was to be netted against the accrued gain at the end of 1978, in the computation of income. The Supreme Court of Canada was of the view that the "marked to market" accounting method could not describe income, for income tax purposes.²⁸ The Court recognized that the "lower of cost or market" method advocated by the taxpayer suggested that unincurred losses could be deducted in the calculation of income, but noted that no unincurred losses were deducted by the taxpayer on the facts of the case. Accordingly, it had acted properly. The Court declined to comment on the implications of the "lower of cost or market" method in that case.

The first two cases deal with revenue. The third deals with a loss. In the first two cases, the Court looked at the year the income had in fact been earned and felt that the method of accounting, which best reflected the taxpayer's true revenue position for the year, was the one that should be accepted for income

²⁷ [1993] 4 S.C.R. 285.

²⁸ The Supreme Court of Canada also said that the margin account balance was not the proper measure of realized income for tax purposes.

Dans l'affaire *Friedberg c. Canada*²⁷, le contribuable a acheté, en 1978, des contrats prévoyant la livraison d'or en 1979. En 1978, il a également vendu le même nombre de contrats dont le règlement devait avoir lieu en 1979. Avant la fin de 1978, il a liquidé la position perdante de l'opération sur double option et a réalisé une perte. Il a reporté la position gagnante à l'année 1979. Dans le calcul de son revenu pour l'année 1978 (et aussi pour les années 1979, 1980 et 1981), il a déduit les pertes, mais n'a pas déclaré les gains accumulés. Le contribuable a appliqué une méthode appelée «la méthode de la valeur minimale», qui était acceptable d'après les PCGR et selon laquelle un gain lié à une opération est reconnu comme un revenu lorsque la position est liquidée et vendue, tandis qu'une perte non réalisée est comptabilisée immédiatement et déduite du revenu. Sa Majesté a contesté cette méthode parce que, d'après la «méthode de l'évaluation au marché» qui, selon elle, présentait plus fidèlement la réalité économique, la perte réalisée devait être déduite du gain accumulé en 1978 dans le calcul du revenu. La Cour suprême du Canada était d'avis que la «méthode de l'évaluation au marché» ne permettait pas de décrire le revenu aux fins de l'impôt sur le revenu²⁸. Elle a reconnu que la «méthode de la valeur minimale» préconisée par le contribuable donnait à entendre que les pertes non subies selon les faits pouvaient être déduites dans le calcul du revenu, mais elle a souligné que le contribuable n'avait déduit aucune perte non subie selon les faits de cette affaire. En conséquence, il avait bien agi. La Cour suprême a refusé de formuler des commentaires au sujet des conséquences de l'application de la méthode de la «valeur minimale» dans cette affaire.

Les deux premières causes concernent des produits, tandis que la troisième concerne une perte. Dans les deux premières causes, la Cour a examiné l'année au cours de laquelle le revenu avait effectivement été gagné et a jugé que la méthode de comptabilité qui présentait le plus fidèlement la position véri-

²⁷ [1993] 4 R.C.S. 285.

²⁸ La Cour suprême du Canada a ajouté que le solde de compte sur marge ne constituait pas la façon appropriée d'évaluer le revenu réalisé aux fins de l'imposition.

tax purposes. In *Friedberg*, the Supreme Court of Canada was evidently satisfied that the method adopted by the taxpayer in deducting his actual loss was, on the facts, the proper one for tax purposes. In essence, what the courts have been looking for is the true realized gains and losses of a taxpayer in the relevant taxation year. In *West Kootenay Power and Light Co.*, this true position could be found by following the accrual method, a form of matching.²⁹ But whether matching is the acceptable method for tax purposes, in this case, I would rather decide it on the basis of those decisions where the “matching principle” has been specifically developed.

As stated by W. R. Jackett,³⁰ “[t]he commencement point for the computation of business profits for income tax purposes in Canada is the rule to be found in subsection 9(1) of the Income Tax Act that, *prima facie*, a taxpayer’s income for a year from a business is his ‘profit therefrom for the year’.”

Profit from a business is a question of law for the Court. It has been defined by Lord Herschell in *Russell v. Town and County Bank*³¹ in the following manner:

The profit of a trade or business is the surplus by which the receipts from the trade or business exceed the expenditure necessary for the purpose of earning those receipts.

²⁹ *Minister of National Revenue v. Tower Investment Inc.*, [1972] F.C. 454 (T.D.), at p. 457; B. G. Hansen *et al.*, *Essays on Canadian Taxation: Basic Accounting Concepts* (Toronto: Richard De Boo Limited, 1978), at p. 115.

³⁰ W. R. Jackett, “Computation of Business Profits for Tax Purposes” in Corporate Management Tax Conference 1981. *Current Developments in Measuring Business Income for Tax Purposes*, Toronto, at p. 285.

³¹ (1888), 13 App. Cas. 418 (H.L.), at p. 424.

table du contribuable pour l’année était celle qui devrait être acceptée aux fins de l’impôt sur le revenu. Dans l’affaire *Friedberg*, la Cour suprême du Canada était manifestement convaincue que la méthode que le contribuable a appliquée pour déduire sa perte réelle était, d’après les faits, celle qui convenait aux fins de l’impôt. Essentiellement, ce que les tribunaux ont recherché, ce sont les gains et pertes véritables que le contribuable a réalisés au cours de l’année d’imposition pertinente. Dans l’affaire *West Kootenay Power and Light Co.*, il était possible de déterminer cette situation véritable en suivant la méthode de la comptabilité d’exercice, qui est une forme de rattachement²⁹. Cependant, pour déterminer si le rattachement est la méthode qui convient aux fins de l’impôt en l’espèce, je me fonderai plutôt sur les décisions dans lesquelles le «principe du rattachement» a été élaboré de façon explicite.

Comme l’a dit W. R. Jackett³⁰, [TRADUCTION] «[l]e point de départ pour le calcul des bénéfices d’une entreprise aux fins de l’impôt sur le revenu au Canada est la règle énoncée au paragraphe 9(1) de la Loi de l’impôt sur le revenu selon laquelle, à première vue, le revenu tiré par un contribuable d’une entreprise pour une année est le “bénéfice qu’il en tire pour cette année”».

Le bénéfice tiré d’une entreprise est une question de droit que la Cour doit trancher. Il a été défini en ces termes par lord Herschell dans l’affaire *Russell v. Town and County Bank*³¹:

[TRADUCTION] Le bénéfice provenant d’une opération commerciale ou d’une entreprise est l’excédent des recettes tirées de l’opération ou de l’entreprise sur les dépenses nécessaires pour gagner ces recettes.

²⁹ *Le ministre du Revenu national. c. Tower Investment Inc.*, [1972] C.F. 454 (1^{re} inst.), à la p. 457; B. G. Hansen et autres, *Essays on Canadian Taxation: Basic Accounting Concepts* (Toronto: Richard De Boo Limited, 1978), à la p. 115.

³⁰ W. R. Jackett, «Computation of Business Profits for Tax Purposes», dans Corporate Management Tax Conference, 1981. *Current Developments in Measuring Business Income for Tax Purposes*, Toronto, à la p. 285.

³¹ (1888), 13 App. Cas. 418 (H.L.), à la p. 424.

It is to be determined in the sense in which that word is understood by businessmen³² or, as has been frequently said, in accordance with “well accepted principles of business (or accounting) practice” or “well accepted principles of commercial trading”³³ unless they run counter to an express statutory provision or a principle of income tax law.

In *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*,³⁴ Thurlow J. stated:

... since what is declared to be the income from a business is the profit therefrom for the year, the method adopted must be one which accurately reflects the result of the years' operations, and where two different methods, either of which may be acceptable for business purposes, differ in their results, for income tax purposes the appropriate method is that which most accurately shows the profit from the years' operations.

³² W. R. Jackett, “Computation of Business Profits for Tax Purposes” in Corporate Management Tax Conference, 1981. *Current Developments in Measuring Business for Tax Purposes*, Toronto, at p. 285.

³³ *Whimster and Company v. Commissioners of Inland Revenue* (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess.), at p. 823; *Macdonald & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1970] Ex. C.R. 230; *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 96, at pp. 101-102; *Roenisch, C. W. v. The Minister of National Revenue*, [1931] Ex. C.R. 1, at pp. 4-6; B. J. Arnold, “The Concept of Profit” in *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*, Can. Tax Paper No. 71 (Canadian Tax Foundation, 1983), at pp. 10-23; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 723 where Iacobucci J. says:

... courts have been reluctant to posit a s. 9(1) test based upon “generally accepted accounting principles” (G.A.A.P.) . . . Any reference to G.A.A.P. connotes a degree of control by professional accountants which is inconsistent with a legal test for “profit” under s. 9(1). Further, whereas an accountant questioning the propriety of a deduction may be motivated by a desire to present an appropriately conservative picture of current profitability, the Act is motivated by a different purpose: the raising of public revenues. For these reasons, it is more appropriate in considering the s. 9(1) business test to speak of “well accepted principles of business (or accounting) practice” or “well accepted principles of commercial trading”.

³⁴ [1961] Ex. C.R. 19, at pp. 23-24.

Il doit être déterminé de la façon dont les gens d'affaires comprennent cette expression³² ou, pour reprendre une expression fréquemment utilisée, conformément aux «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» ou aux «principes bien reconnus des affaires commerciales»³³, sauf s'ils vont à l'encontre d'une disposition législative explicite ou d'un principe du droit fiscal.

Dans l'affaire *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*³⁴, le juge Thurlow a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] . . . Le bénéficiaire déclaré étant le revenu tiré de l'entreprise pour l'exercice, il faut que la méthode adoptée représente fidèlement le résultat des opérations de l'exercice; s'il existe deux méthodes distinctes, également acceptables à des fins commerciales, qui conduisent à des résultats différents, alors, aux fins de l'impôt sur le revenu, la méthode appropriée est celle qui montre le plus fidèlement possible le bénéfice tiré des opérations de l'exercice.

³² W. R. Jackett, «Computation of Business Profits for Tax Purposes» in Corporate Management Tax Conference, 1981. *Current Developments in Measuring Business Income for Tax Purposes*, Toronto, à la p. 285.

³³ *Whimster and Company v. Commissioners of Inland Revenue* (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess.), à la p. 823; *Macdonald & Sons Ltd. v. M.N.R.*, [1970] R.C.É. 230; *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C.É. 96, aux p. 101 et 102; *Roenisch, C. W. v. The Minister of National Revenue*, [1931] R.C.É. 1, aux p. 4 à 6; B. J. Arnold, «The Concept of Profit» in *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*, Can. Tax Paper n° 71 (Association canadienne d'études fiscales, 1983), aux p. 10 à 23; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 723, où le juge Iacobucci s'exprime comme suit:

... les tribunaux ont hésité à énoncer, relativement au par. 9(1), un critère fondé «sur les principes comptables généralement reconnus» (P.C.G.R.) . . . Toute mention des P.C.G.R. comporte l'idée d'un degré de contrôle exercé par des comptables professionnels, ce qui est incompatible avec un critère juridique du «bénéfice» en vertu du par. 9(1). Alors qu'un comptable s'interrogeant sur l'opportunité d'une déduction peut être motivé par le désir de présenter un tableau plutôt conservateur du niveau des profits courants, la Loi vise une fin différente: la perception de revenus publics. Pour ces motifs, dans l'examen du par. 9(1), il convient davantage de parler de «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» ou de «principes bien reconnus des affaires commerciales».

³⁴ [1961] R.C.É. 19, aux p. 23 et 24.

Thus in *Publishers Guild v. Minister of National Revenue* ([1957] C.T.C. 1; 57 DTC 1017), Thorson P. said at p. 29:

What is basically to be determined under the *Income War Tax Act* is the amount of "net profit or gain . . . received" by the taxpayer during the year. It was established by the House of Lords in *Sun Insurance Office v. Clark*, [1912] A.C. 443, that "the question of what is or is not profit or gain must primarily be one of fact, and of fact to be ascertained by the tests applied in ordinary business". Thus, what is to be determined here is, not whether the Department has accepted the accrual basis system of accounting and rejected the instalment system, but rather which system more nearly accurately reflects the taxpayer's income position.

See also *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* ([1955] C.T.C. 311; 55 D.T.C. 1220), and *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue* ([1955] Ex. C.R. 108).

The question that must be addressed, therefore, is which method most accurately shows the profit from the year's operation?

Both parties have cited numerous cases. For the most part, they are the same except that the parties apply them differently. The leading case is *Oxford Shopping Centres Ltd. v. R.*³⁵ Timing was considered in that case and there was an admission similar to the one in the case at bar with regard to paragraph 18(1)(a). Moreover, *Oxford Shopping Centres Ltd.* was affirmed by this Court.

Two main issues were raised in *Oxford Shopping Centres Ltd.* One was whether an amount paid by Oxford Shopping Centres Ltd. (the taxpayer) to the city of Calgary under the terms of a written contract was an outlay of capital or an expense deductible in computing income for tax purposes. The second was whether, if the amount was deductible as an expense, the taxpayer was required to amortize it over a period of fifteen years deducting only an appropriate portion

³⁵ [1980] 2 F.C. 89 (T.D.); affd. without reasons *R. v. Oxford Shopping Centres Ltd.*, [1982] 1 F.C. 97 (C.A.).

Ainsi, dans l'affaire *Publishers Guild v. Minister of National Revenue* ([1957] C.T.C. 1; 57 DTC 1017), le président Thorson a dit ce qui suit à la p. 29:

[TRADUCTION] Ce qu'il faut essentiellement déterminer aux termes de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, c'est le montant de «bénéfice ou de gain net reçu» par le contribuable au cours de l'année. Dans l'affaire *Sun Insurance Office v. Clark*, [1912] A.C. 443, la Chambre des lords a décidé que «la question de savoir ce qui constitue ou non un bénéfice ou un gain est avant tout une question de fait à trancher d'après les critères appliqués aux entreprises ordinaires». En conséquence, la question à trancher en l'espèce n'est pas celle de savoir si le ministère a accepté la méthode de la comptabilité d'exercice et rejeté la méthode des versements, mais plutôt celle de déterminer laquelle des deux méthodes présente le plus fidèlement le revenu du contribuable.

Voir également l'arrêt *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* ([1955] C.T.C. 311; 55 D.T.C. 1220) et l'arrêt *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue* ([1955] R.C.É. 108).

La question qu'il faut se poser en l'espèce est donc celle de savoir quelle est la méthode qui présente le plus fidèlement le bénéfice tiré de l'exploitation pour l'année.

Les deux parties ont cité une jurisprudence abondante. La plupart des décisions invoquées sont les mêmes, mais les parties les appliquent de façon différente. L'arrêt clé est la décision *Oxford Shopping Centres Ltd. c. R.*³⁵, où les dates de déclaration choisies ont été examinées et où une admission semblable à celle dont nous sommes saisis en l'espèce en ce qui a trait à l'alinéa 18(1)a) a été faite. En outre, en appel, la Cour a confirmé cette décision.

Deux grandes questions ont été soulevées dans l'affaire *Oxford Shopping Centres Ltd.* La première était celle de savoir si un montant payé par *Oxford Shopping Centres Ltd.* (la contribuable) à la ville de Calgary conformément à une entente écrite était une dépense en immobilisations ou une dépense déductible aux fins de l'impôt sur le revenu. La seconde visait à déterminer si, dans le cas où le montant constituait une dépense déductible, la contribuable devait

³⁵ [1980] 2 C.F. 89 (1^{re} inst.); conf. sans motifs dans *R. c. Oxford Shopping Centres Ltd.*, [1982] 1 C.F. 97 (C.A.).

of it in the taxation year in question. That the amount was expended for the purpose of gaining or producing income from business or property was admitted.

In order to facilitate the access of the shopping centre to customers, the taxpayer and the city concluded a number of agreements for the construction of a "tight-diamond" interchange to accommodate traffic. These agreements formed one transaction for which the taxpayer paid a total of \$490,050. Thurlow A.C.J. [as he then was] established first that the expenditures should be classified as a revenue expense and not an outlay of capital. He then turned his mind to the apportionment of the expenditure. A note in the balance sheet of the taxpayer stated that the \$490,050, treated as an asset, would be amortized over a period of fifteen years. But, for income tax purposes, the taxpayer deducted the amount in full as an expense in the year 1973.

Thurlow A.C.J.³⁶ noted that in *Minister of National Revenue v. Tower Investment Inc.*,³⁷ Collier J. had concluded that, in respect of monies disbursed in 1963, 1964 and 1965 for advertising the taxpayer's apartments over a period of years, the taxpayer was not required to deduct the actual amounts in the year in which the expenditure had been made but, in accordance with accounting principles, he could

³⁶ [1980] 2 F.C. 89 (T.D.), at p. 104.

³⁷ [1972] F.C. 454 (T.D.). In this case, the taxpayer conducted an intense advertising campaign over a period of three years which cost \$153,301.78 *in toto*. He deducted the amount in the following way: \$7,351.01 in 1963, \$63,595.87 in 1964 and \$82,354.90 in 1965, in which year the entire undertaking was sold. The actual amount expended for advertising were \$92,351.01 in 1963, \$58,595.87 in 1964 and \$2,354 in 1965. The method used by the taxpayer did not coincide with the actual timing of the expenditures and the Minister reassessed.

l'amortir sur une période de quinze ans et en déduire uniquement une partie appropriée au cours de l'année d'imposition en cause. Les parties avaient admis que la dépense avait été faite dans le but de tirer un

a revenu d'une entreprise ou d'un bien ou de faire produire un revenu à un bien ou à une entreprise.

b Afin de simplifier l'accès au centre commercial pour la clientèle, la contribuable et la ville ont conclu un certain nombre d'ententes relatives à la construction d'un échangeur pour faciliter la circulation. Ces ententes constituaient une transaction à l'égard de laquelle la contribuable a versé un montant total de 490 050 \$. Le juge en chef adjoint Thurlow [tel était alors son titre] a d'abord décidé que les dépenses devraient être considérées comme des dépenses d'entreprise et non comme des dépenses en immobilisations. Il a ensuite examiné la question de la répartition des dépenses. Selon une note figurant sur le bilan de la contribuable, le montant de 490 050 \$, considéré comme un élément d'actif, devait être amorti sur

d une période de quinze ans. Toutefois, aux fins de l'impôt sur le revenu, la contribuable a déduit le montant en entier à titre de dépense au cours de l'année 1973.

f

Le juge en chef adjoint Thurlow³⁶ a souligné que, dans l'affaire *Le ministre du Revenu national c. Tower Investment Inc.*,³⁷ le juge Collier avait conclu que, dans le cas des montants qu'elle avait dépensés en 1963, 1964 et 1965 pour annoncer ses appartements pendant quelques années, la contribuable n'était pas tenue de déduire les montants réels dans l'année au cours de laquelle ils avaient été dépensés

³⁶ [1980] 2 C.F. 89 (1^{re} inst.), à la p. 104.

³⁷ [1972] C.F. 454 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, la contribuable a mené une campagne de publicité intensive au cours d'une période de trois ans, laquelle campagne a coûté au total 153 301,78 \$. Elle a déduit le montant de la façon suivante: 7 351,01 \$ en 1963, 63 595,87 \$ en 1964 et 82 354,90 \$ en 1965, année au cours de laquelle toute l'entreprise a été vendue. Les montants effectivement dépensés à des fins de publicité se sont élevés à 92 351,01 \$ en 1963, 58 595,87 \$ en 1964 et 2 354 \$ en 1965. La méthode que la contribuable a utilisée ne coïncidait pas avec les dates réelles des dépenses et le ministre a établi une nouvelle cotisation.

defer an appropriate part of the deduction to a later year under the "matching principle" since there was no prohibition in the statute against it.³⁸ Thurlow A.C.J. then cited the dissenting opinion of Le Dain J. who, in *Minister of National Revenue v. Canadian Glassine Co. Ltd.*,³⁹ approved Jackett P.'s statement in *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*.⁴⁰ What Jackett P. said was that the principle expressed in *Rossmor Auto Supply Ltd. v. M.N.R.*,⁴¹ that a deduction of an outlay was limited to that incurred in the year of assessment, was not "applicable in all circumstances," and that "there are many types of expenditure that are deductible in computing profit for the year 'in respect of' which they were paid or payable." [My emphasis.]

et que, selon les principes comptables, elle pouvait reporter une partie appropriée de la déduction à une année subséquente conformément au «principe du rattachement», étant donné que la Loi ne renfermait aucune interdiction à ce sujet³⁸. Le juge en chef adjoint Thurlow a ensuite cité l'opinion dissidente du juge Le Dain qui, dans l'affaire *Ministre du Revenu national c. Canadian Glassine Co. Ltd.*,³⁹ a approuvé les remarques formulées par le président Jackett dans l'affaire *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*⁴⁰. Le président Jackett a alors dit que le principe exprimé dans l'affaire *Rossmor Auto Supply Ltd. v. M.N.R.*⁴¹, selon lequel la déduction d'une dépense se limitait au montant engagé pendant l'année de cotisation, [TRADUCTION] «ne s'appliquait pas dans n'importe quelles circonstances» et qu' [TRADUCTION] «il existe plusieurs genres de dépenses qui sont déductibles dans le calcul des bénéfices pour l'année "relativement" à laquelle elles ont été faites ou sont dues». [Non souligné dans l'original.]

³⁸ At p. 457. Collier J. was also of the view that the advertising expenses "were not current expenditures in the normal sense. They were laid out to bring in income not only for the year they were made but for future years." (At pp. 461-462).

³⁹ [1976] 2 F.C. 517 (C.A.).

⁴⁰ [1967] 2 Ex. C.R. 96, at p. 100 (note 1). *Associated Investors of Canada Ltd.* is a case where the taxpayer made advances to an employee over the years 1954-1961 substantially in excess of the actual commissions earned by that employee. By 1960, the taxpayer concluded that an excess of over \$85,000 would never be recovered. In the years 1960 and 1961, the taxpayer sought to deduct its loss to the extent of \$25,000 each year by writing this amount off to sales promotion expenses. President Jackett concluded that the excess advances were deductible in 1960 and 1961 as claimed by the taxpayer (at p. 105):

In my view, [the loss] must be so taken into account in computing the profit from the business for the year in which the appellant, as a "business-man", recognized that the loss had occurred. It cannot properly be taken into account in computing the profit for a previous year. There is no sound basis for taking it into account in computing the profit for a subsequent year.

⁴¹ [1962] C.T.C. 123 (Ex. Ct.). It was also the rule under the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97. See also *Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] Ex. C.R. 77.

³⁸ À la p. 457. Le juge Collier était également d'avis que les frais de publicité «ne sont pas des dépenses courantes au sens usuel de cette expression. Ils ont été engagés en vue de produire des revenus non seulement dans l'année durant laquelle ils ont été faits, mais aussi dans les années à venir» (aux p. 461 et 462).

³⁹ [1976] 2 C.F. 517 (C.A.).

⁴⁰ [1967] 2 R.C.É., à la p. 100 (note 1). Dans cette affaire, la contribuable a versé à un employé, de 1954 à 1961, des avances dépassant sensiblement les commissions que l'employé avait effectivement gagnées. En 1960, la contribuable a conclu qu'un excédent de plus de 85 000 \$ ne serait jamais recouvré. En 1960 et 1961, la contribuable a tenté de déduire ses pertes jusqu'à concurrence de 25 000 \$ chaque année en imputant ce montant à des frais de promotion des ventes. Le président Jackett a conclu que la contribuable pouvait déduire, comme elle l'avait fait, les avances excédentaires en 1960 et 1961 (à la p. 105):

[TRADUCTION] À mon avis, [la perte] doit être comptabilisée de cette façon dans le calcul du profit bénéfice de l'entreprise pendant l'année au cours de laquelle l'appellant, comme homme d'affaires, a reconnu que la perte était survenue. Elle ne peut dûment être comptabilisée dans le calcul du profit se rapportant à une année précédente. Il n'y a pas lieu non plus d'en tenir compte dans le calcul du bénéfice pour une année subséquente.

⁴¹ [1962] C.T.C. 123 (C. de l'É.). C'était également la règle aux termes de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97. Voir aussi l'arrêt *Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.É. 77.

Thurlow A.C.J. in *Oxford Shopping Centres Ltd.* was careful to cite in full Jackett P.'s comments which were contained in a footnote.⁴² Then, he

⁴² This famous footnote is the following: *Oxford Shopping Centres Ltd.*, at pp. 105-107.

A submission was also made that section 12(1)(a) of the *Income Tax Act*, which reads as follows:

12. (1) In computing income, no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer,

must be interpreted as prohibiting the deduction in the computation of profit from a business for a year of any outlay or expense not made or incurred in that year. In support of this submission, reliance was placed on *Rossmor Auto Supply Ltd. v. M.N.R.*, [1962] C.T.C. 123, per Thorson P. at page 126, where he said, "As I view Section 12(1)(a), the outlay or expense that may be deducted in computing the taxpayer's income for the year . . . is limited to an outlay or expense that was made or incurred by the taxpayer in the year for which the taxpayer is assessed" (the italics are mine). If this view were a necessary part of the reasoning upon which the decision in that case was based, I should feel constrained to follow it although, in my view, it is not based on a principle that is applicable in all circumstances. In that case, however, the loan was clearly not made in the course of the appellant's business and the President so held. In my view, while certain types of expense must be deducted in the year when made or incurred, or not at all, (e.g., repairs as in *Naval Colliery Co. Ltd. v. C.I.R.*, (1928) 12 T.C. 1017, or weeding as in *Vallambrosa Rubber Co., Ltd. v. Farmer*, (1910) 5 T.C. 529), there are many types of expenditure that are deductible in computing profit for the year "in respect of" which they were paid or payable. (Compare sections 11(1)(c) and 14 of the Act.) This is, for example, the effect of the ordinary method of computing gross trading profit (proceeds of sales in the year less the amount by which opening inventories plus cost of purchases in the year exceeds closing inventories) the effect of which (leaving aside the possibility of market being less than cost) is that the cost of the goods sold in the year is deducted from the proceeds of the sale of those goods even though the goods were acquired and paid for in an earlier year. This is, of course, the only sound basis for computing the profits from the sales made in the year. Compare *I.R.C. v. Gardner Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947) 29 T.C. 69 per Viscount Simon at page 93: "In calculating the taxable profit of a business . . . services completely rendered or goods supplied, which are not to be paid for till a subsequent year, cannot, generally speaking, be dealt with by treating the taxpayer's outlay as pure loss in the year in which it was incurred and bringing in the remuneration as pure profit in the subsequent year in which it is paid, or is due to be paid. In making an assessment . . . the net result of the transaction, setting

(Continued on next page)

Dans l'affaire *Oxford Shopping Centres Ltd.*, le juge en chef adjoint Thurlow a pris soin de citer la totalité des commentaires du président Jackett qui se trouvaient dans une note en bas de page⁴². Il a ensuite

⁴² Cette fameuse note, reproduite ci-après, se trouve aux p. 105 à 107 de l'arrêt *Oxford Shopping Centres Ltd.*:

[TRADUCTION] Il a également été plaidé que l'article 12(1)(a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui énonce:

12. (1) Dans le calcul du revenu, il n'est opéré aucune déduction à l'égard

a) d'une somme déboursée ou dépensée, sauf dans la mesure où elle l'a été par le contribuable en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable,

doit être interprété comme interdisant, dans le calcul des bénéfices tirés d'une entreprise pour une année, la déduction d'une somme qui n'a pas été déboursée ou dépensée au cours de ladite année. À l'appui de cette prétention, on a invoqué le jugement du président Thorson dans l'affaire *Rossmor Auto Supply Ltd. v. M.N.R.*, [1962] C.T.C. 123, qui déclare (p. 126): «Selon l'interprétation que je donne à l'article 12(1)(a), les débours ou les dépenses qui peuvent être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour l'année . . . se limitent aux sommes déboursées ou dépensées par le contribuable durant l'année sur laquelle porte la cotisation» (les italiques sont de moi). Si cette interprétation était une partie essentielle de l'argumentation sur laquelle la décision rendue dans cette affaire a été basée, je me sentirais obligé de la suivre, bien qu'elle ne soit pas, à mon avis, basée sur un principe qui s'applique dans n'importe quelles circonstances. Dans ladite affaire, toutefois, il est clair que le prêt n'a pas été consenti dans le cours ordinaire des affaires de l'appelante, et c'est ce que le président a décidé. À mon avis, bien que certains genres de dépenses doivent être déduites dans l'année durant laquelle elles ont été faites ou engagées, et dans aucune autre, (par exemple, des frais de réparations, comme dans l'affaire *Naval Colliery Co. Ltd. v. C.I.R.* (1928) 12 T.C. 1017, ou des frais de sarclage, comme dans l'affaire *Vallambrosa Rubber Co., Ltd. v. Farmer* ((1910) 5 T.C. 529), il existe plusieurs genres de dépenses qui sont déductibles dans le calcul des bénéfices pour l'année «relativement à laquelle» elles ont été faites ou sont dues. (Comparer les articles 11(1)(c) et 14 de la Loi). Par exemple, la façon ordinaire de calculer les bénéfices bruts d'exploitation aboutit à un pareil résultat (produit des ventes de l'année, dont on retranche l'excédent du stock initial en début d'exercice plus les achats faits durant l'année sur le stock final en clôture d'exercice), c'est-à-dire que (hormis le cas où la valeur marchande des marchandises serait inférieure au prix payé) le coût des marchandises vendues dans l'année est déduit du produit de la vente de celles-ci, même si lesdites marchandises ont été achetées et payées au cours d'un exercice antérieur. Il s'agit là, bien sûr, de la seule façon logique de calculer le produit des ventes faites dans l'année. Comparer le jugement du vicomte Simon dans l'affaire *I.R.C. v. Gardner Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.*, (1947) 29 T.C. (p. 93): «Dans le calcul des bén-

(Suite à la page suivante)

said:⁴³

I think it follows from this that for income tax purposes, while the "matching principle" will apply to expenses related to particular items of income, and in particular with respect to the computation of profit from the acquisition and sale of inventory (compare *Neonex International Ltd. v. The Queen* [1978] CTC 485 at page 497), it does not apply to the running expense of the business as a whole even though the deduction of a particularly heavy item of running expense in the year in which it is paid will distort the income for that particular year. Thus while there is in the present case some evidence that accepted principles of accounting recognize the method adopted by the plaintiff in amortizing the amount in question

(Continued from previous page)

expenses on the one side and a figure for remuneration on the other side, ought to appear . . . in the same year's profit and loss account, and that year will be the year when the service was rendered or the goods delivered." (Applied in this Court in *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] Ex. C.R. 108, per Cameron J. at page 119.) The situation is different in the case of "running expenses". See *Naval Colliery Co. Ltd. v. C.I.R.*, *supra*, per Rowlatt J. at page 1027: ". . . and expenditure incurred in repairs, the running expenses of a business and so on, cannot be allocated directly to corresponding items of receipts, and it cannot be restricted in its allowance in some way corresponding, or in an endeavour to make it correspond, to the actual receipts during the particular year. If running repairs are made, if lubricants are bought, of course no enquiry is instituted as to whether those repairs were partly owing to wear and tear that earned profits in the preceding year or whether they will not help to make profits in the following year and so on. The way it is looked at, and must be looked at, is this, that that sort of expenditure is expenditure incurred on the running of the business as a whole in each year, and the income is the income of the business as a whole for the year, without trying to trace items of expenditure as earning particular items of profit". See also *Riedle Brewery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1939] S.C.R. 253. With regard to the flexibility of method permitted under the *Income Tax Act* for computing profit, see Cameron J. in the *Ken Steeves* case, *supra*, at pages 113-4.

dit ce qui suit⁴³:

Je pense qu'aux fins de l'impôt sur le revenu, il ressort de ce jugement que le «principe du rapprochement» s'applique aux dépenses afférentes à certains postes de revenu et, en particulier, au calcul des bénéfices tirés de l'achat et de la vente d'un stock (comparer avec *Neonex International Ltd. c. La Reine*, [1978] C.T.C. 485, à la page 497), mais par contre ne s'applique pas aux dépenses en cours de l'entreprise et ce, même si le fait de déduire un poste de dépenses en cours particulièrement important dans l'année où il est payé dénature le revenu de ladite année. Or, en l'espèce, il paraît indiscutable que les principes de comptabilité admettent la méthode que la demanderesse a adoptée lorsqu'elle a choisi d'amortir ledit montant

(Suite de la page précédente)

fices imposables d'une entreprise . . . le prix des services rendus et des marchandises livrées, lorsqu'il ne sera payé que dans une année ultérieure, ne peut pas, d'une manière générale, être considéré comme une perte pure du contribuable pour l'année durant laquelle le prix a été déboursé et, pour l'année durant laquelle le prix sera payé ou viendra à échéance, le prix desdites marchandises ne peut pas être considéré comme un profit pur. En déterminant . . . le montant du résultat net de l'opération, les chiffres placés du côté des recettes doivent se rapporter . . . au compte des profits et pertes de la même année, et cette année sera l'année durant laquelle le service a été rendu ou durant laquelle les marchandises ont été livrées.» (Cette Cour a suivi ce raisonnement dans le jugement du juge Cameron dans l'affaire *Ken Steeves Sales Ltd. c. Minister of National Revenue* [1955] R.C.É. 108, à la p. 119). La situation est différente dans le cas des «dépenses courantes». Voir le jugement du juge Rowlatt dans l'affaire *Naval Colliery Co. Ltd. v. C.I.R.* précitée (p. 1027): «. . . et les frais de réparation, les dépenses courantes d'une entreprise et ainsi de suite ne peuvent pas être imputés directement aux postes de rentrées correspondants, et leur imputation ne peut pas être limitée de manière à les faire correspondre, ou à essayer de les faire correspondre, aux rentrées réelles de l'année en question. Si des réparations courantes sont faites, si des lubrifiants sont achetés, il n'est évidemment pas question de procéder à une enquête pour déterminer si les réparations ont été en partie rendues nécessaires par l'usure normale d'une pièce de matériel qui a produit des bénéfices durant l'année qui a précédé ou si les réparations faites permettront à la pièce de matériel de contribuer aux profits durant l'année suivante, et ainsi de suite. Les dépenses de ce genre sont considérées, et doivent être considérées, comme des dépenses engagées dans l'exploitation de l'entreprise envisagée comme un tout chaque année, et les revenus sont les revenus de l'entreprise envisagée comme un tout pour l'année, sans essayer de rattacher chaque dépense à un poste donné des revenus». Voir également *Riedle Brewery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1939] R.C.S. 253. En ce qui concerne la souplesse de la méthode de calcul des revenus permise par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, voir le jugement du juge Cameron dans l'affaire *Ken Steeves* (précitée) aux pages 113 et 114.

⁴³ *Oxford Shopping Centres Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 89 (T.D.), at pp. 107-108.

⁴³ *Oxford Shopping Centres Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 89 (1^{re} inst.), aux p. 107 et 108.

for corporate purposes and there is also evidence that to deduct the whole amount in 1973 would distort the profit for that year, it appears to me that as the nature of the amount is that of a running expense that is not referable or related to any particular item of revenue, the footnote to the *Associated Investors* case and the authorities referred to by Jackett P., and in particular the *Vallambrosa Rubber* case and the *Naval Colliery* case, indicate that the amount is deductible only in the year in which it was paid. All that appears to me to have been held in the *Tower Investment* case and by the Trial Judge and Le Dain J. in the *Canadian Glassine* case is that it was nevertheless open to the taxpayer to spread the deduction there in question over a number of years. It was not decided that the whole expenditure might not be deducted in the year in which it was made, as the earlier authorities hold. And there is no specific provision in the Act which prohibits deduction of the full amount in the year it was paid. I do not think, therefore, that the Minister is entitled to insist on an amortization of the expenditure or on the plaintiff spreading the deduction in respect of it over a period of years. [My emphasis.]

Thurlow A.C.J. was convinced that the amount disbursed by the taxpayer in *Oxford Shopping Centres Ltd.* was in the nature of a "running expense of the business as a whole" and was not "an expense related to a particular item of income." Matching, therefore, did not apply, though the deduction of the disputed amount in the year it was paid would distort the income for that particular year. He recognized that under *Tower Investment Inc.*, and *Canadian Glassine Co. Ltd.* when an expense was characterized as a running expense, the taxpayer had the option of amortizing the amount.

Thurlow A.C.J., in *Oxford Shopping Centres Ltd.*, added another reason which confirmed his conclusion that the amount should be deductible in full in the year of payment. The fifteen-year period chosen by the taxpayer had not much relation to the expected life of the street improvements. They may last longer. But, he said, it was not the expected life of the street improvements that should be considered. What, if anything, should be considered for such a purpose was the expected duration of the benefits to the expected popularity of the shopping centres, and this compounded with the competition of other developments in a rapidly growing city was, in his view, imponderable.

pour des fins commerciales. De plus, il paraît non moins indiscutable que le fait de déduire la totalité du montant en 1973 dénaturerait les bénéfices pour cette année-là. Par conséquent, puisque ledit montant représente une dépense en cours qui n'est liée à aucun poste du revenu, le renvoi à l'affaire *Associated Investors* et la jurisprudence à laquelle le président Jackett se réfère (et en particulier l'affaire *Vallambrosa Rubber* et l'affaire *Naval Colliery*) indiquent que ce montant est déductible seulement dans l'année où il a été payé. Selon le sens du jugement dans l'affaire *Tower Investment* et celui des propos du juge de première instance et du juge Le Dain dans l'affaire *Canadian Glassine*, il semble que l'on ait seulement jugé qu'un contribuable restait libre d'étaler la déduction sur un certain nombre d'années. Il n'y a pas été affirmé, comme cela l'avait été dans la jurisprudence antérieure, que la dépense ne peut pas être déduite intégralement dans l'année où elle a été faite. Quant à la Loi, elle ne comporte aucune disposition particulière qui interdise la déduction du plein montant dans l'année où il a été versé. Par conséquent, je ne pense pas que le ministre ait le droit d'insister pour que la demanderesse amortisse la dépense ou l'étale sur un certain nombre d'années. [Non souligné dans l'original.]

Le juge en chef adjoint Thurlow était convaincu que le montant dépensé par la contribuable dans l'affaire *Oxford Shopping Centres Ltd.* était une «dépense en cours de l'entreprise» et non une «dépense afférente à certains postes de revenu». En conséquence, le principe du rattachement ne s'appliquait pas, même si le fait de déduire le montant contesté dans l'année où il a été payé dénaturait les bénéfices pour cette année-là. Il a reconnu que, selon les arrêts *Tower Investment Inc.* et *Canadian Glassine Co. Ltd.*, lorsqu'une dépense est considérée comme une dépense courante, le contribuable a la possibilité d'amortir le montant.

Dans le même arrêt *Oxford Shopping Centres Ltd.*, le juge en chef adjoint Thurlow a ajouté un autre motif qui l'a incité à conclure que le montant devrait pouvoir être déduit au complet dans l'année du paiement. La période de quinze ans choisie par la contribuable n'était guère liée à la durée prévisible des améliorations de voirie, qui pouvait fort bien être plus longue. Cependant, a-t-il précisé, ce n'est pas la durée prévue des améliorations dont il faut tenir compte. Ce qu'il faut examiner, c'est plutôt la durée prévue des avantages qui sont censés influencer sur la popularité du centre commercial, élément qui, ajouté à la mise en œuvre d'autres projets du même ordre dans une ville en pleine expansion, était à son avis un facteur impondérable.

The particular passage of Thurlow A.C.J. which I find key to the case at bar is the following [at page 107]:

I think it follows from this that for income tax purposes, while the "matching principle" will apply to expenses related to particular items of income, and in particular... it does not apply to the running expense of the business as a whole even though the deduction of a particularly heavy item of running expense in the year in which it is paid will distort the income for that particular year. [My emphasis.]

What is at stake here is whether TIPs are expenses related to a particular item of income, or whether they are running expenses. If they are related to a particular item of income, the "matching principle" will apply. If they are running expenses, the taxpayer will have the option of deducting the amount in full or amortizing it.

TIPs are clearly expenses related to particular items of income. They are not running expenses such as those disbursed for advertising the taxpayer's apartments over a period of years (*Tower Investment Inc.*) where the return is unknown or where, as in *Oxford Shopping Centres Ltd.*, the matching would have been inappropriate and, in any case, impossible. The essence of a running expense is that it is akin to an overhead item which cannot be traced to specific items of revenue. This, however, is a far cry from a TIP of the present kind where, as evident from the lease agreements themselves, there is a direct contractual relationship between the TIP and the stream of revenues gained over the period of the lease. The real and immediate effect of the TIPs is to pull a string of revenues. It is the revenues which, once they flow in, on account of the TIPs, have the remaining financial benefits described by the Trial Judge.

Matching of TIPs is compulsory.

The authority on which Thurlow A.C.J. rested his proposition, that matching is compulsory when related to a particular item of income, is *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.*⁴⁴ which Jackett P. cited in his now famous footnote. In that case, the company acted for certain underwriters at Lloyd's, who formed

⁴⁴ (1947), 29 T.C. 69 (H.L.).

L'extrait du jugement du juge en chef adjoint Thurlow qui m'apparaît crucial aux fins du présent litige est le suivant [à la page 107]:

Je pense qu'aux fins de l'impôt sur le revenu, il ressort de ce jugement que le «principe du rapprochement» s'applique aux dépenses afférentes à certains postes de revenu et, en particulier... ne s'applique pas aux dépenses en cours de l'entreprise et ce, même si le fait de déduire un poste de dépenses en cours particulièrement important dans l'année où il est payé dénature le revenu de ladite année. [Non souligné dans l'original.]

La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si les PIL sont des dépenses liées à un poste de revenu particulier ou s'ils constituent des dépenses courantes. S'ils sont liés à un poste de revenu particulier, le «principe du rattachement» s'appliquera. Dans le cas contraire, la contribuable pourra déduire le montant en entier ou l'amortir, à son choix.

Il ne fait aucun doute que les PIL sont des dépenses liées à des postes de revenu particuliers. Ils ne constituent pas des dépenses courantes semblables à celles que la contribuable a faites dans l'affaire *Tower Investment Inc.* pour annoncer ses appartements pendant un certain nombre d'années, cas où le rendement est inconnu ou, comme dans l'affaire *Oxford Shopping Centres Ltd.*, l'application du principe du rattachement aurait été inappropriée et, à tout événement, impossible. Fondamentalement, une dépense courante ressemble à une dépense indirecte qui ne peut être liée à un poste de revenu particulier. On ne saurait cependant la comparer aux paiements semblables aux PIL dont nous sommes saisis en l'espèce et qui, comme l'indiquent les baux eux-mêmes, sont directement liés au flux de revenus gagnés au cours de la période du bail. L'effet réel et immédiat des PIL est de générer des produits. Ce sont les produits générés au titre des PIL qui bénéficient des autres avantages financiers que le juge de première instance a décrits.

Le rattachement des PIL est obligatoire.

Pour conclure que le rattachement est obligatoire lorsqu'il est lié à un poste de revenu particulier, le juge en chef adjoint Thurlow s'est fondé sur l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.*⁴⁴ que le président Jackett a cité dans sa désormais célèbre note. Dans cette affaire, la société a agi au nom de certains assureurs

⁴⁴ (1947), 29 T.C. 69 (H.L.).

themselves into syndicates, the members of the syndicates being known as "Names." The functions of the company were to obtain Names and, on behalf of the group of Names for which it acted, to accept risks, issue policies, collect premiums, settle claims and adjust returns of premiums when due. As underwriter's agent, it entered into agreements with certain underwriters at Lloyd's under which it was entitled to receive commissions on the net profits of each year's underwriting. The agreements provided that accounts should be kept for the period ending 31 March in each year. The company did not discharge all its duties in reference to a given transaction of insurance by merely underwriting the risk and receiving the premiums. It had to follow the transaction through the end, which might involve modifications of premiums and reinsurance of risk as well as possible questions of average and payment of losses—matters which may have occupied the attention of the agents for as much as two years after the year in which the risk was undertaken. The net profits resulting from a year's underwriting could not be ascertained till two years later. It was only then that the figure of profit for the year was known and only then that the commission on that profit was calculated and paid. The question became whether the commission earned was to be brought into account in the underwriting year, or whether it was to be brought into account when it was received, which was normally at the end of the second year after the conclusion of the underwriting year. In the House of Lords, Viscount Simon was of the view "that the commission, though ascertained by reference to profits arising from underwriting in the year 1938-39 and its subsequent outcome and paid two years later, e.g., in March, 1941,"⁴⁵ was "remuneration for work done, and completely done, in the year ending 31st March, 1939." He then said:⁴⁶

chez Lloyd's, qui se sont constitués en consortiums dont les membres étaient appelés «Names» (noms). Les fonctions de la société consistaient à obtenir des noms et, pour le compte du groupe de noms qu'elle représentait, à accepter des risques, à délivrer des polices, à recouvrer les primes, à régler les demandes d'indemnité et à rajuster les remboursements de primes, le cas échéant. En qualité d'agent souscripteur, la société a conclu avec certains assureurs de Lloyd's des ententes selon lesquelles elle avait le droit de recevoir des commissions sur les profits nets de la souscription de chaque année. Les ententes prévoyaient que des comptes devaient être tenus pour la période se terminant le 31 mars de chaque année. Les tâches de la société ne se limitaient pas à souscrire les risques et à recevoir les primes. Elle devait assurer le suivi de la transaction jusqu'à la fin, ce qui pouvait nécessiter des modifications de primes, la réassurance du risque ainsi que des fonctions liées au règlement d'avaries et au paiement des sinistres, questions qui pouvaient nécessiter l'attention des agents pendant une période pouvant atteindre deux ans suivant l'année de souscription du risque. Il fallait attendre au moins deux ans avant de pouvoir déterminer les bénéfices nets découlant des souscriptions d'une année. Ce n'est qu'après cette période que le montant du bénéfice pour l'année était connu et que la commission sur le bénéfice en question était calculée et payée. La question qui s'est posée était celle de savoir si la commission gagnée devait être prise en compte dans l'année de souscription ou dans l'année de réception, laquelle se situait habituellement à l'expiration de la deuxième année suivant la fin de l'année de souscription. S'exprimant au nom de la Chambre des lords, le vicomte Simon a décidé que [TRADUCTION] «même si la commission était déterminée en fonction des bénéfices découlant de la souscription faite au cours de l'année 1938-1939 et de son résultat subséquent et qu'elle était payée deux ans plus tard, c'est-à-dire en mars 1941⁴⁵», elle constituait [TRADUCTION] «une rémunération à l'égard de tâches exécutées et terminées dans l'année qui a pris fin le 31 mars 1939». Il a ensuite ajouté ce qui suit⁴⁶:

In calculating the taxable profit of a business . . . services completely rendered or goods supplied, which are not to be

[TRADUCTION] Dans le calcul des bénéfices imposables d'une entreprise . . . le prix des services rendus et des marchandises

⁴⁵ *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.), at p. 92.

⁴⁶ *Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.*, at p. 93.

⁴⁵ *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.), à la p. 92.

⁴⁶ *Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.*, à la p. 93.

paid for till a subsequent year, cannot, generally speaking, be dealt with by treating the taxpayer's outlay as pure loss in the year in which it was incurred and bringing in the remuneration as pure profit in the subsequent year in which it is paid, or is due to be paid. In making an assessment . . . the net result of the transaction, setting expenses on the one side and a figure for remuneration on the other side, ought to appear . . . in the same year's profit and loss account, and that year will be the year when the service was rendered or the goods delivered. [My emphasis.]

The respondent says⁴⁷ that this part of the statement by Viscount Simon, with respect to costs, dealt with costs of inventory for which special rules have developed.⁴⁸

I do not share this view. *Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* dealt with a service industry, that of an underwriter's agent, and Viscount Simon's words were directed both to "services completely rendered or goods supplied" (my emphasis). The respondent, in the case at bar, is in a type of service industry, namely that of commercial rentals. The principles enunciated in *Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* apply to it. The net result is that the TIPs are to be deducted as the services are rendered, that is, over the period of the lease.

Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer,⁴⁹ relied on by the respondent, is precisely a case where matching was resisted, and rightly so. The question arose with regard to the profits of the first year of operation of a new venture. The company was in the business of cultivation and sale of rubber, and owned an estate for that matter. It claimed, as expense, a sum which represented expenditures such as superintendence, allowances, weeding etc. There was an admission that only one-seventh of the rubber tree was in full bearing the first year. The Crown's claim was, therefore, that only one-seventh of those

⁴⁷ Respondent's memorandum of fact and law, at pp. 84-85, para. 139.

⁴⁸ *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] Ex. C.R. 108; *Urbandale Realty Corporation Limited v. M.N.R.* (1992), 93 DTC 154 (T.C.C.). See also *Neonex International Ltd. v. The Queen* (1978), 78 DTC 6339, at p. 6348 (F.C.A.) where matching was applied to a company who carried no stock in trade of signs, but produced them only in response to contracts.

⁴⁹ (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.), at p. 534.

livrées, lorsqu'il ne sera payé que dans une année ultérieure, ne peut pas, d'une manière générale, être considéré comme une perte pure du contribuable pour l'année durant laquelle le prix a été déboursé et, pour l'année durant laquelle le prix sera payé ou viendra à échéance, le prix desdites marchandises ne peut pas être considéré comme un profit pur. En déterminant . . . le montant du résultat net de l'opération, les chiffres placés du côté des recettes doivent se rapporter . . . au compte des profits et pertes de la même année, et cette année sera l'année durant laquelle le service a été rendu ou durant laquelle les marchandises ont été livrées. [Non souligné dans l'original.]

De l'avis de l'intimée⁴⁷, cette partie des commentaires du vicomte Simon concernant les frais se rapportaient aux frais d'inventaire à l'égard desquels des règles spéciales ont été élaborées⁴⁸.

Je ne suis pas d'accord. L'affaire *Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* concernait une industrie de services, celle d'un agent souscripteur, et les propos du vicomte Simon portaient à la fois sur «des services rendus et sur des marchandises livrées» (non souligné dans l'original). Dans le cas qui nous occupe, l'intimée œuvre dans un autre type d'industrie de services, soit celle de la location commerciale. Les principes énoncés dans l'arrêt *Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* s'y appliquent. Par conséquent, les PIL doivent être déduits au fur et à mesure que les services sont rendus, c'est-à-dire pendant toute la période du bail.

L'affaire *Vallambrosa Rubber Company, Limited v. Farmer*⁴⁹, que l'intimée a invoquée, est précisément un cas où l'application du principe du rattachement a été contestée avec raison. Le litige portait sur les profits gagnés au cours de la première année d'exploitation d'une nouvelle entreprise. La société s'occupait de cultiver et de vendre du caoutchouc et était propriétaire d'un bien-fonds à cette fin. Elle a réclamé à titre de dépense certains frais, tels les allocations, les frais de surveillance et de sarclage, etc. Il a été admis que seulement un septième des arbres à caoutchouc étaient pleinement producteurs la première année. Sa

⁴⁷ Mémoire de l'intimée, aux p. 84 et 85, par. 139.

⁴⁸ *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.É. 108; *Urbandale Realty Corporation Limited v. M.N.R.* (1992), 93 DTC 154 (C.C.I.). Voir également l'arrêt *Neonex International Ltd. c. La Reine* (1978), 78 DTC 6339, à la p. 6348 (C.A.F.), où le principe du rattachement a été appliqué à une entreprise qui ne gardait pas d'enseignes en stock, mais les produisait uniquement sur commande.

⁴⁹ (1910), 5 T.C. 529 (Ct. Sess.), à la p. 534.

expenses were to be deducted and not the other six-sevenths. This proposition, said to be “startling,” was flatly rejected. The Court dismissed the Crown’s proposition that:⁵⁰

... nothing ever could be deducted as an expense unless that expense was purely and solely referable to a profit which was reaped within the year. [My emphasis.]

It then said:⁵¹

I think the proposition only needs to be stated to be upset by its own absurdity. Because what does it come to? It would mean this, that if your business is connected with a fruit which is not always ready precisely within the year of assessment you would never be allowed to deduct the necessary expenses without which you could not raise that fruit. This very case, which deals with a class of thing that takes six years to mature before you pluck or tap it, is a very good illustration, but of course without any ingenuity one could multiply cases by the score. Supposing a man conducted a milk business, it really comes to the limits of absurdity to suppose that he would not be allowed to charge for the keep of one of his cows because at a particular time of the year, towards the end of the year of assessment, that cow was not in milk, and therefore the profit which he was going to get from the cow would be outside the year of assessment . . . the real point is, What are the profits and gains of the business? . . . when you come to think of the expense in this particular case that is incurred for instance in the weeding which is necessary in order that a particular tree should bear rubber, how can it possibly be said that that is not a necessary expense for the rearing of the tree from which alone the profit eventually comes? And the Crown will not really be prejudiced by this, because when the tree comes to bear the whole produce will go to the credit side of the profit and loss account. When the year comes when the tree produces the only deduction will be the amount which has been spent on the tree in that year; they will not be allowed to deduct what has been deducted before.

Indeed, there comes a point where expenses cannot be related reasonably to a particular item of income.

Vallambrosa Rubber Company, Limited is, however, not our case.

In *Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue*,⁵² also relied on by the

⁵⁰ *Vallambrosa Rubber Company, Limited*, at p. 534.

⁵¹ *Vallambrosa Rubber Company, Limited*, at p. 535.

⁵² (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.); confd by C.A. at p. 1029, and H.L. at p. 1045.

Majesté a donc soutenu que seulement un septième de ces dépenses devaient être déduites et non le reste. Cette proposition, qui a été jugée plutôt «étonnante», a été carrément rejetée. La Cour a refusé d’admettre le bien-fondé de la proposition de Sa Majesté selon laquelle⁵⁰:

[TRADUCTION] . . . rien ne peut être déduit à titre de dépense que si cette dépense est strictement rattachée à un bénéfice tiré dans l’année. [Non souligné dans l’original.]

La Cour a ensuite ajouté ce qui suit⁵¹:

[TRADUCTION] Je crois qu’il suffit d’énoncer cette thèse pour que sa propre absurdité la réduise à néant. Que signifie-t-elle? Elle signifie que, si votre entreprise est liée à un fruit qui n’est pas toujours mûr au cours de la même année de cotisation, vous ne pourriez jamais déduire les frais nécessaires sans lesquels vous ne pourriez obtenir ce fruit. Cette situation précise, qui concerne une catégorie de produits pour laquelle il faut attendre six ans avant de pouvoir l’exploiter, est un très bon exemple, mais il ne faut pas beaucoup d’imagination pour en trouver de nombreux autres du même genre. Supposons qu’un homme exploite une entreprise laitière. Il serait vraiment absurde de prétendre qu’il ne pourrait déduire quelque montant que ce soit pour le soin de ses vaches parce qu’à un certain moment de l’année, vers la fin de l’année d’imposition, cette vache ne produisait pas de lait et que le bénéfice qu’il obtiendrait de la vache ne serait donc pas un bénéfice obtenu pendant la même année. La véritable question qui se pose est celle de savoir quels sont les bénéfices et les gains de l’entreprise? . . . Dans le cas qui nous occupe, lorsqu’on pense aux frais engagés pour le sarclage nécessaire pour qu’un arbre puisse produire du caoutchouc, comment peut-on soutenir qu’il ne s’agit pas d’une dépense nécessaire à la culture de l’arbre d’où un bénéfice sera tiré? Sa Majesté ne sera pas vraiment lésée de ce fait parce que, lorsque l’arbre produira ses fruits, tout le produit sera déclaré dans la colonne du crédit de l’état des résultats. Au cours de l’année de production de l’arbre, le seul montant pouvant être déduit sera le montant qui aura été dépensé pour cet arbre pendant cette même année; la contribuable n’aura pas le droit de déduire les montants qu’elle a déjà déduits.

Effectivement, à un certain moment, il n’est plus possible de lier raisonnablement des dépenses à un poste de revenu particulier.

Cependant, l’arrêt *Vallambrosa Rubber Company, Limited* ne s’applique pas en l’espèce.

Dans l’affaire *Naval Colliery Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue*⁵², que l’intimée a

⁵⁰ *Vallambrosa Rubber Company, Limited*, à la p. 534.

⁵¹ *Vallambrosa Rubber Company, Limited*, à la p. 535.

⁵² (1928), 12 T.C. 1017 (K.B.); conf. par la C.A., à la p. 1029, et par la C.L., à la p. 1045.

respondent, a colliery company had to make reconditioning of its equipment after a national stoppage in the coal mining industry had created damages. The final accounting period for excess profits duty ended June 30, 1921, but no expenditure was made until after the period. The company, however, entered a debit in respect of those costs during the accounting year. Such amounts were disallowed as not being a proper deduction in the period. In rendering his decision, Rowlatt J. of the King's Bench Division elaborated a number of key principles:⁵³

Now, one starts, of course, with the principle that has often been laid down in many other cases—it was cited from *Whinster's* case, a Scotch case—that the profits for Income Tax purposes are the receipts of the business less the expenditure incurred in earning those receipts. It is quite true and accurate to say, as Mr. Maugham says, that receipts and expenditure require a little explanation. Receipts include debts due and they also include, at any rate in the case of a trader, goods in stock. Expenditure includes debts payable; and expenditure incurred in repairs, the running expenses of a business and so on, cannot be allocated directly to corresponding items of receipts, and it cannot be restricted in its allowance in some way corresponding, or in an endeavour to make it correspond, to the actual receipts during the particular year. If running repairs are made, if lubricants are bought, of course no enquiry is instituted as to whether those repairs were partly owing to wear and tear that earned profits in the preceding year or whether they will not help to make profits in the following year and so on. The way it is looked at, and must be looked at, is this, that that sort of expenditure is expenditure incurred on the running of the business as a whole in each year, and the income is the income of the business as a whole for the year, without trying to trace items of expenditure as earning particular items of profit. [My emphasis.]

Naval Colliery Company, Limited, again, is not our case.

The respondent's contention⁵⁴ is that the present issue was decided in its favour by our Court in *Cummings (J L) v The Queen*.⁵⁵ I find, however, that tim-

⁵³ *Ibid.*, at p. 1027.

⁵⁴ Respondent's memorandum of fact and law, para. 156, at p. 97.

⁵⁵ [1981] CTC 285 (F.C.A.).

également citée, une société houillère a dû faire réparer son équipement qui avait été endommagé par suite d'un arrêt à l'échelle nationale dans l'industrie de l'exploitation du charbon. La période comptable finale aux fins des droits sur les profits supplémentaires se terminait le 30 juin 1921, mais aucune dépense n'a été faite avant cette date. Cependant, la société a imputé ces frais sur l'exercice comptable. Ces montants ont été refusés, la déduction dans la période en question n'ayant pas été jugée appropriée. Pour en arriver à sa décision, le juge Rowlatt, de la Division du Banc de la Reine, a élaboré certains principes clés⁵³:

[TRADUCTION] Le point de départ est évidemment le principe qui a été répété à maintes reprises dans d'autres causes; c'est un principe tiré de l'affaire *Whinster*, une affaire écossaise. Selon ce principe, les profits aux fins de l'impôt sur le revenu correspondent aux recettes de l'entreprise moins les dépenses engagées pour gagner ces recettes. Il est bien vrai, comme M. Maugham le soutient, que des explications s'imposent au sujet des recettes et des dépenses. Les recettes comprennent les créances et, dans le cas d'un commerçant, les marchandises en stock. Les dépenses comprennent les dettes à payer; et les frais de réparation, les dépenses courantes d'une entreprise et ainsi de suite ne peuvent pas être imputés directement aux postes de rentrées correspondants, et leur imputation ne peut pas être limitée de manière à les faire correspondre, ou à essayer de les faire correspondre, aux rentrées réelles de l'année en question. Si des réparations courantes sont faites, si des lubrifiants sont achetés, il n'est évidemment pas question de procéder à une enquête pour déterminer si les réparations ont été en partie rendues nécessaires par l'usure normale d'une pièce de matériel qui a produit des bénéfices durant l'année qui a précédé ou si les réparations faites permettront à la pièce de matériel de contribuer aux profits durant l'année suivante, et ainsi de suite. Les dépenses de ce genre sont considérées, et doivent être considérées, comme des dépenses engagées dans l'exploitation de l'entreprise envisagée comme un tout chaque année, et les revenus sont les revenus de l'entreprise envisagée comme un tout pour l'année, sans essayer de rattacher chaque dépense à un poste donné des revenus. [Non souligné dans l'original.]

L'affaire *Naval Colliery Company, Limited* ne nous concerne pas non plus.

L'intimée soutient⁵⁴ que la Cour a tranché la question qui se pose en l'espèce en sa faveur dans l'affaire *Cummings (J L) c La Reine*.⁵⁵ Cependant, à mon avis,

⁵³ *Ibid.*, à la p. 1027.

⁵⁴ Mémoire de l'intimée, par. 156, à la p. 97.

⁵⁵ [1981] CTC 285 (C.A.F.).

ing was not raised in *Cummings*. The matter was, therefore, never decided.

Cummings had erected a 15-storey office building in the city of Montréal. At the time construction began, the market appeared buoyant. Shortly thereafter, the market deteriorated and Cummings encountered difficulties in leasing their building. They managed to persuade Domtar Ltd. to lease the entire building for a ten-year lease with further renewals of four ten-year periods. As part of their agreement, Cummings undertook to “pick-up” Domtar’s existing leases in the Place Ville-Marie and CIBC buildings in Montréal. Three payments were made with regard to these leases which represented a total of \$790,000. They were: \$200,000 to Place Ville-Marie’s owners, \$500,000 to Canadian Imperial Bank of Commerce and Sun Life Insurance, and \$90,000 commissions paid to the real estate broker, Montreal Trust.

The lease pick-up obligation owing to Place Ville-Marie in an amount of \$200,000 was paid on July 31, 1968. Then, prior to the time the amounts of \$500,000 and \$90,000 were owing, the Cummings building was sold to a company called Holstead Holding Ltd. Holstead assumed the obligation to pay these last expenditures. The amount of \$500,000 was paid by October 31, 1969. The fee of \$90,000 was paid earlier, in July of 1969.

What was at stake was whether the \$790,000 was a capital expenditure or a current expenditure of the business. Heald J.A., relying on *Oxford Shopping Centres Ltd.* and what he called the “double rationale” of the case, held that the amount of \$790,000 was on account of income, the advantage given to the taxpayer in *Cummings* being even less of a permanent nature than in *Oxford Shopping Centres Ltd.* He then said it was clear to him that the expenditure was a “running expense” in the same category as, for example, an extensive advertising campaign to obtain tenants or an offer to a prospective tenant of a rent-free period as an inducement to enter into a long-term

la question des dates de déclaration n’a pas été soulevée dans cette affaire. En conséquence, la question n’a jamais été tranchée.

Cummings avait construit un édifice à bureaux de quinze étages dans la ville de Montréal. Lorsque les travaux de construction ont débuté, le marché semblait soutenu. Peu de temps après, il s’est détérioré et Cummings a éprouvé des difficultés à louer son immeuble. Elle a réussi à convaincre Domtar Ltd. de louer l’ensemble de l’immeuble pour une durée de dix ans, lequel bail comportait une option de renouvellement pour quatre autres périodes de dix ans. Dans le cadre de l’entente, Cummings a convenu «d’assumer» les obligations découlant des baux existants de Domtar à l’égard de la Place Ville-Marie et de la CIBC de Montréal. Trois paiements totalisant 790 000 \$ ont été versés à l’égard de ces baux: un montant de 200 000 \$ aux propriétaires de la Place Ville-Marie, un montant de 500 000 \$ à la Banque canadienne impériale de commerce et à la Sun Life ainsi que des commissions de 90 000 \$ au courtier Montreal Trust.

Le montant de 200 000 \$ qui était dû aux propriétaires de la Place Ville-Marie pour la prise en charge des obligations découlant du bail a été payé le 31 juillet 1968. Par la suite, avant que les montants de 500 000 \$ et 90 000 \$ deviennent échus, l’immeuble de Cummings a été vendu à une société appelée Holstead Holding Ltd., qui a assumé l’obligation de payer ces dernières dépenses. Le montant de 500 000 \$ a été payé avant le 31 octobre 1969, tandis que la commission de 90 000 \$ a été payée plus tôt, en juillet de la même année.

La question en litige était celle de savoir si le montant de 790 000 \$ était une dépense en immobilisations ou une dépense courante de l’entreprise. Se fondant sur l’arrêt *Oxford Shopping Centres Ltd.* et sur ce qu’il a appelé la double justification de cette décision, le juge Heald, J.C.A., a statué que le montant de 790 000 \$ était une dépense d’entreprise, l’avantage accordé au contribuable dans l’affaire *Cummings* étant encore moins permanent que celui de l’affaire *Oxford Shopping Centres, Ltd.* Le juge Heald a ajouté qu’à son avis, il était évident que la dépense était une dépense courante appartenant à la même catégorie, par exemple, qu’une dépense faite dans le cadre

lease or a finder's fee for obtaining tenants and leases. He accepted that the \$790,000 had been spent to "prevent a hole in income" and concluded that the amount of \$790,000 was a current⁵⁶ expenditure. With regard to the portions of \$500,000 and \$90,000, however, those liabilities, as of October 31, 1968, the end of the appellant's 1968 taxation year, were contingent and therefore no amount in respect thereof was deductible in the appellant's 1968 taxation year.

But, since the only issue raised was whether the amount spent was of a capital nature rather than revenue, the rest was *obiter*.

Conclusion

I conclude that the tenant inducement payments disbursed by the respondent in the taxation year 1986 are to be amortized over the life of the respective leases. The amortization method is the only method acceptable for income tax purposes.

In arriving at my conclusion, I am not unmindful of the decision of this Court in *The Queen v. Remington*⁵⁷ where it was decided that an amount of \$1,000,000 received by the taxpayer as inducement to enter a lease was taxable to him as income in the year of receipt with a reserve of \$100,000 pursuant to sub-

⁵⁶ W. R. Jackett, "Computation of Business Profits for Tax Purposes" in Corporate Management Tax Conference, 1981. *Current Developments in Measuring Business Income for Tax Purposes*, Toronto, states at p. 287, footnote 4:

Maybe I should apologize for using the terms "operation of a business" and "carrying on a business" interchangeably as meaning the same thing. I do so because both are, or were, in current use; and I have not been able to detect a difference in nuance between them. The same remarks apply to the use of "operating", "current" and "revenue" account.

⁵⁷ (1994), 94 DTC 6549 (F.C.A.).

d'une importante campagne publicitaire pour trouver des locataires, qu'une offre de période de location gratuite à un locataire pour l'inciter à conclure un bail à long terme ou encore que le paiement d'honoraires à la personne qui trouve des locataires et permet la signature de baux. Il a reconnu que le montant de 790 000 \$ avait été dépensé pour «prévenir un manque à gagner» et conclu qu'il s'agissait d'une dépense courante⁵⁶. Cependant, en ce qui a trait aux montants de 500 000 \$ et 90 000 \$, ces dettes étaient, le 31 octobre 1968, soit la fin de l'année d'imposition de 1968 de l'appelante, des dettes éventuelles et aucun montant ne pouvait donc être déduit à leur égard dans l'année d'imposition 1968 de l'appelante.

Cependant, comme la seule question soulevée était celle de savoir si le montant dépensé était une dépense en immobilisations plutôt qu'une dépense d'entreprise, les autres remarques étaient des remarques incidentes.

Conclusion

J'en arrive à la conclusion que les paiements incitatifs que l'intimée a versés aux locataires au cours de l'année d'imposition 1986 doivent être amortis sur toute la durée des baux respectifs. La méthode de la prise en charge par amortissement est la seule méthode acceptable aux fins de l'impôt sur le revenu.

Pour en arriver à ma conclusion, j'ai à l'esprit l'affaire *La Reine c. Remington*⁵⁷, où la Cour a statué que le montant de 1 000 000 \$ que le contribuable a reçu comme incitation à la conclusion d'un bail était imposable entre ses mains comme revenu dans l'année de réception, compte tenu d'une réserve pour

⁵⁶ Dans «Computation of Business Profits for Tax Purposes» in Corporate Management Tax Conference, 1981. *Current Developments in Measuring Business Income for Tax Purposes*, Toronto, W. R. Jackett formule les remarques suivantes à la p. 287, à la note 4:

[TRADUCTION] Je devrais peut-être m'excuser d'utiliser les expressions «exploitation d'une entreprise» et «poursuite des activités commerciales» de façon interchangeable, comme si elles signifiaient la même chose. Je le fais parce que ces deux expressions sont ou étaient couramment utilisées et je n'ai pu trouver de différence de nuance entre les deux. Les mêmes remarques s'appliquent à l'utilisation des mots compte «d'exploitation», compte «courant» et compte «de revenu».

⁵⁷ (1994), 94 DTC 6549 (C.A.F.).

paragraph 20(1)(l)(i) of the *Income Tax Act* for doubtful debt.

I would, therefore, allow this appeal with costs, I would set aside the judgment of the Tax Court of Canada, and I would restore the Minister's reassessment for the 1986 taxation year dated 15 June 1990.

créance douteuse de 100 000 \$ conformément au sous-alinéa 20(1)(l)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

^a En conséquence, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais le jugement de la Cour canadienne de l'impôt et je rétablirais la nouvelle cotisation du ministre datée du 15 juin 1990 à l'égard de l'année d'imposition 1986.

T-359-94

Steiner Antonsen, Steiner Fishing Company Ltd., Andrew Goddard, Ronald Goreman, Hank McBride, Albert Radil, John Radil, George Radil, Radil Fishing, John Roach, Garry Sigmund, Tom Wilkinson, Marke Antonsen, Stamar Fishing Co. Ltd., Golden Alaska Fisheries Inc. and Supreme Alaska Fisheries Inc. (*Plaintiffs*)

v.

The Attorney General for Canada and the Minister of Fisheries and Oceans (*Defendants*)

INDEXED AS: ANTONSEN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Reed J.—Ottawa, October 3, 1994 and February 17, 1995.

Fisheries — Minister refusing to license foreign fishing vessels to enter Canadian fisheries waters under Coastal Fisheries Protection Act — Refusal based on lack of cooperation with Canada's fisheries conservation objectives — Subdelegation of Governor in Council's authority to Minister "respecting" issuance of permits — Powers of subdelegation to be strictly interpreted — Minister exceeding authority in refusing permits — Fishery (General) Regulations, s. 32 allowing licence conditions imposed by Minister.

Administrative law — Refusal of Minister to licence fishing vessels of foreign country not cooperating with Canadian fisheries conservation objectives — Statute prohibiting entry of foreign fishing vessels unless authorized by Act or regulations — Governor in Council empowered to make regulations — Necessity for subdelegation to Minister — Power to "prescribe," regulate "respecting" certain matters, distinguished — Whether Minister's delegated authority extending beyond details to principles of law — Purpose of legislation not to buttress Minister's position in international negotiations — Minister exceeding authority — Law long opposed to ill-defined powers of subdelegation, interpreting strictly.

This action resulted from the refusal of the Minister of Fisheries and Oceans to license two of the plaintiffs, which are owners of American fish processing vessels, to enter Canadian fisheries waters because the United States does not cooperate with Canada's fisheries conservation objectives. The plaintiffs also challenged the conditions which the Minister has attached to the hake fishing licenses of Canadian fishing vessels requiring that catches of hake be either landed at a location within

T-359-94

Steiner Antonsen, Steiner Fishing Company Ltd., Andrew Goddard, Ronald Goreman, Hank McBride, Albert Radil, John Radil, George Radil, Radil Fishing, John Roach, Garry Sigmund, Tom Wilkinson, Marke Antonsen, Stamar Fishing Co. Ltd., Golden Alaska Fisheries Inc. et Supreme Alaska Fisheries Inc. (*demandeurs*)

b c.

Le Procureur général du Canada et le Ministre des pêches et océans (*défendeurs*)

c RÉPERTORIÉ: ANTONSEN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1re INST.)

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 3 octobre 1994 et 17 février 1995.

d

Pêches — Refus par le ministre de permettre aux bateaux de pêche étrangers de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes aux termes de la Loi sur la protection des pêches côtières — Refus fondé sur le manque de respect des objectifs du Canada en matière de conservation des pêches — Subdélégation au ministre du pouvoir du gouverneur en conseil de «régir» la délivrance des licences — Les pouvoirs obtenus par subdélégation doivent être interprétés de façon restrictive — Le ministre a outrepassé son pouvoir en refusant de délivrer les licences — L'art. 32 du Règlement de pêche (dispositions générales) permet au ministre d'assortir les permis de conditions.

f

Droit administratif — Refus par le ministre de délivrer des licences à des bateaux de pêche d'un pays étranger qui ne respecte pas les objectifs canadiens en matière de conservation des pêches — La Loi interdit l'entrée des bateaux de pêche étrangers, sauf si cette entrée est autorisée par la Loi ou un règlement — Le gouverneur en conseil est autorisé à prendre des règlements — Nécessité d'une subdélégation au ministre — Distinction entre le pouvoir de «déterminer» par règlement et le pouvoir de «régir» certaines questions par règlement — Le pouvoir délégué au ministre va-t-il au delà des détails pour s'étendre aux principes de droit? — L'objet de la Loi n'est pas de renforcer la position du ministre lors des négociations internationales — Le ministre a outrepassé son pouvoir — Les pouvoirs de subdélégation mal définis sont, depuis longtemps, mal perçus en droit et interprétés de façon restrictive.

i

Il s'agit d'un litige découlant du refus par le ministre des Pêches et Océans d'autoriser deux des demandeurs, qui sont propriétaires de bateaux de traitement de poisson américains, à pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes, parce que les États-Unis ne respectent les objectifs du Canada en matière de conservation des pêches. Les demandeurs ont également contesté les conditions que le ministre a ajoutées aux permis de pêche au merlu accordés aux bateaux de pêche canadiens et

j

Canada or delivered to a fish processing vessel licensed by the Minister to enter Canadian waters. Three issues were raised herein: 1) whether the Minister had authority to refuse permits to enter Canadian waters to a whole class of foreign fishing vessels, on the basis on which he has acted; 2) whether he had authority to attach said conditions to the Canadian vessel fishing licences and 3) whether he acted without authority because the cumulative effect of his actions was to impose a restriction on exports.

Held, a declaration should issue, declaring invalid the Minister's refusal to permit the plaintiffs' vessels to enter Canadian fisheries waters.

1) Section 3 of the *Coastal Fisheries Protection Act* prohibits all foreign fishing vessels from entering Canadian fisheries waters unless authorized by the Act or regulations to do so. Section 6 of that Act confers upon the Governor in Council power to make regulations "for authorizing" the entry of foreign fishing vessels by permits and to impose terms and conditions therein. The Minister's authority with respect to the issuing of permits to enter Canadian waters is implicit in the wording of the Act. The Governor in Council was not meant to deal with each permit application himself and as a matter of practical necessity, subdelegation to the Minister or to some other person would be required. When the Governor in Council is given power to "prescribe" certain matters, there is no right to subdelegate that authority to another. When, however, power to make regulations is given "respecting" certain matters, there is room for subdelegation. The Governor in Council's authority under paragraph 6(a) of the Act to make regulations "for authorizing [entry] . . . for any purpose specified in the regulations" does not mean that broad authority to establish not only the details but the principles of the entire law can be conferred on the Minister. The legislation was not intended to be used by the Minister to buttress his stance internationally when negotiating with other nations on Canada's fisheries objectives. The Minister exceeded his authority in rejecting the applications for permits to enter Canadian waters. The law has long set its face against ill-defined powers of subdelegation and interpreted such strictly. Decision-making by subdelegates, based on broad and undefined powers, can too easily be exercised in an unfair manner.

2) In the case of the Canadian fishing vessel licences, it was not the Minister's issuing authority which was in dispute, but his authority to attach terms and conditions to the hake trawl fishing licences. The Minister was not required to deal with each licence individually and to designate specific landing locations for each vessel different from the specific landing locations for other vessels. However, the landing conditions on their face were a valid exercise of the authority which has been subdelegated to the Minister. If the actions of the Minister can be justified as having proceeded in consideration of relevant

selon lesquelles le merlu pêché doit être débarqué à un endroit situé au Canada ou remis à un bateau de traitement du poisson qui a reçu du ministre l'autorisation de pénétrer dans les eaux canadiennes. Trois questions ont été soulevées en l'espèce: (1) le ministre était-il habilité à refuser, comme il l'a fait, des demandes de licence autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes pour toute une catégorie de bateaux de pêche étrangers? (2) avait-il le pouvoir d'ajouter lesdites conditions aux permis de pêche accordés à l'égard des bateaux canadiens? et (3) a-t-il agi sans autorisation, parce que ses actions ont eu pour effet cumulatif d'imposer une restriction à l'exportation.

Jugement: un jugement déclaratoire est rendu déclarant invalide le refus par le ministre d'autoriser les bateaux des demandeurs à pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes.

(1) L'article 3 de la *Loi sur la protection des pêches côtières* interdit à tous les bateaux de pêche étrangers de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes, sauf s'ils y sont autorisés par la Loi ou par un règlement. L'article 6 de cette même Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir d'adopter des règlements visant à accorder par licence aux bateaux de pêche étrangers l'«autorisation» de pénétrer dans les eaux canadiennes et d'assortir ladite licence de conditions. Le pouvoir du ministre en ce qui a trait à la délivrance de licences autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes découle implicitement du libellé de la Loi. Le gouverneur en conseil n'était pas censé traiter chaque demande de licence lui-même et, sur le plan pratique, une subdélégation au ministre ou à une autre personne était nécessaire. Lorsque le gouverneur en conseil a le pouvoir de «déterminer» certaines questions, il n'a pas le droit de subdéléguer ce pouvoir à une autre personne. Cependant, lorsque le pouvoir de prendre des règlements «concernant» certaines questions est accordé, la subdélégation est possible. Le pouvoir du gouverneur en conseil, aux termes de l'alinéa 6a) de la Loi, de «prévoir l'autorisation [l'entrée] . . . aux fins précisées dans le règlement» ne signifie pas qu'un large pouvoir d'établir non seulement les détails, mais aussi les principes de l'ensemble du règlement peut être conféré au ministre. Le ministre ne devait pas utiliser la Loi pour renforcer sa position à l'échelle internationale au moment de négocier avec d'autres pays au sujet des objectifs du Canada en matière de pêche. Il a outrepassé son pouvoir lorsqu'il a refusé les demandes de licences autorisant les bateaux à entrer dans les eaux canadiennes. Les pouvoirs de subdélégation mal définis sont, depuis longtemps, mal perçus en droit et interprétés de façon restrictive. La prise de décisions par des subdélégués, fondée sur des pouvoirs larges et mal définis, peut trop souvent mener à un exercice inéquitable de tels pouvoirs.

(2) Dans le cas des permis relatifs aux bateaux de pêche canadiens, ce n'est pas le pouvoir du ministre en matière de délivrance qui est contesté, mais plutôt la portée du pouvoir d'assortir de conditions les permis de pêche au merlu. Le ministre n'était pas tenu d'examiner chaque demande de permis séparément et de désigner des endroits de débarquement précis pour chaque bateau. Cependant, les conditions imposées au sujet du débarquement découlaient, à première vue, d'un exercice valable du pouvoir qui a été conféré au ministre par voie de subdélégation. S'il peut être établi que la décision du

matters, even though based in part on some irrelevant and less relevant matters, the exercise of authority will be found to be valid. Section 32 of the *Fishery (General) Regulations* deals with the transshipment of fish from a Canadian fishing vessel, which is prohibited unless the vessel to which the fish are transferred is licensed under the *Coastal Fisheries Protection Regulations*. That provision is a complete answer to the plaintiffs' arguments with respect to the invalidity of the licence conditions which the Minister has imposed.

3) Provisions of both the Free Trade Agreement (FTA) and the North American Free Trade Agreement (NAFTA) require that the signatory parties not impose export restrictions on goods destined for the territory of the other country(ies). Parliament has "approved" both agreements without declaring them to be part of Canadian domestic law. The various provisions of the *Coastal Fisheries Protection Act*, the *Fisheries Act* and the related regulations are not so ambiguous as to require the assistance of the provisions of FTA and NAFTA to interpret them. In refusing to issue permits to the plaintiffs' fish processing vessels in order to put pressure on the United States government, the Minister exceeded the jurisdiction conferred on him by the *Coastal Fisheries Protection Act*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Coastal Fisheries Protection Act, S.C. 1994, c. 14.

Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, ss. 5, 8, Schedule—Part A, Art. 407(1), 1201.

Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20.

Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C., 1985, c. C-33, ss. 2, 3, 6 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 43).

Coastal Fisheries Protection Regulations, C.R.C., c. 413, ss. 5(1) (as am. by SOR/85-527, s. 3; 86-939, s. 2), 6 (as am. by SOR/80-186, s. 2; 85-527, s. 4), 7 (as am. by SOR/80-186, s. 3; 85-527, s. 5), 7.1 (as enacted by SOR/79-713, s. 5), 8 (as am. *idem*, s. 6; 80-186, s. 4; 85-527, s. 6), 9 (as am. by SOR/86-939, s. 3).

Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 5(1), 8(1).

Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 34(g) (as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 4), (m), 48.

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 43(a),(b),(c),(f),(g),(j),(l),(m) (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 12).

Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, ss. 3 (as am. by SOR/94-296, s. 1), 22(1) (as am. by SOR/93-333, s. 4), 32, 65 (as enacted by SOR/94-296, s. 2), 66 (as enacted *idem*), 67 (as enacted *idem*), 68 (as enacted *idem*).

Foreign Missions and International Organizations Act, S.C. 1991, c. 41.

ministre était fondée sur des facteurs pertinents, l'exercice du pouvoir sera jugé valable, même si la décision en question reposait sur certaines considérations plus ou moins pertinentes. L'article 32 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* interdit le transbordement du poisson d'un bateau de pêche canadien à un bateau de pêche étranger, à moins que celui-ci ne soit autorisé à prendre ce poisson à son bord en vertu du *Règlement sur la protection des pêcheries côtières*. Cette disposition a pour effet de réfuter en entier les arguments des demandeurs quant à l'invalidité des conditions que le ministre a imposées à l'égard des permis.

(3) Selon les dispositions de l'Accord de libre-échange (ALE) et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), les parties signataires ne peuvent imposer de restrictions touchant l'exportation des marchandises destinées au territoire de l'autre pays. Le Parlement a «approuvé» les deux accords sans déclarer qu'ils font partie de la législation canadienne. Les différentes dispositions de la *Loi sur la protection des pêches côtières*, de la *Loi sur les pêches* ainsi que des règlements connexes ne sont pas ambiguës au point qu'il faille examiner les dispositions de l'ALE et de l'ALENA pour les interpréter. En refusant de délivrer des licences aux bateaux de traitement de poisson des demandeurs afin de faire pression auprès du gouvernement américain, le ministre a dépassé le pouvoir dont il était investi en vertu de la *Loi sur la protection des pêches côtières*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A, art. 407(1), 1201.

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 309(1) (encore inédit).

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. no 31, art. XI, XX.

Loi corrective de 1991, L.C. 1992, ch. 1, art. 43.

Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis, L.C. 1988, ch. 65, art. 5, 8, Annexe—partie A, art. 407(1), 1201.

Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44, art. 6, 10.

Loi de 1984 sur la Convention Canada—États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20.

Loi modifiant la Loi sur la protection des pêches côtières, L.C. 1994, ch. 14.

Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères, S.C. 1986, ch. 21.

Loi sur la protection des pêches côtières, L.R.C. (1985), ch. C-33, art. 2, 3, 6 (mod. par L.C. (1992), ch. 1, art. 43).

Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. (1985), ch. G-3.

Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 5(1), 8(1).

Free Trade Agreement between Canada and the United States of America, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A, Art. 407(1), 1201.

General Agreement on Tariffs and Trade, October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31, Art. XI, XX.

Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3.

Magnuson Fishery Conservation and Management Act, 16 U.S.C. § 1801-1858 (1988).

Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1991, S.C. 1992, c. 1, s. 43.

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 309(1) (not yet published).

North American Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1993, c. 44, ss. 6, 10.

Treaty Between the Government of Canada and the Government of the United States of America Concerning Pacific Salmon, January 28, 1985, [1985] Can. T.S. No. 7.

United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act, S.C. 1986, c. 21.

Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales, L.C. 1991, ch. 41.

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 43(a),b),c),f),g),j),l),m) (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 12).

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34g) (mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} suppl.), ch. 17, art. 4), m), 48 (mod. par L.C. 1988, ch. 2, art. 67).

Magnuson Fishery Conservation and Management Act, 16 U.S.C. §1801-1858 (1988).

Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 3 (mod. par DORS/94-296, art. 1), 22(1) (mod. par DORS/93-333, art. 4), 32, 65 (édicte par DORS/94-296, art. 2), 66 (édicte, *idem*), 67 (édicte, *idem*), 68 (édicte, *idem*).

Règlement sur la protection des pêcheries côtières, C.R.C., ch. 413, art. 5(1) (mod. par DORS/85-527, art. 3; 86-939, art. 2), 6 (mod. par DORS/80-186, art. 2; 85-527, art. 4), 7 (mod. par DORS/80-186, art. 3; 85-527, art. 5), 7.1 (édicte par DORS/79-713, art. 5), 8 (mod., *idem*, art. 6; 80-186, art. 4; 85-527, art. 6), 9 (mod. par DORS/86-939, art. 3).

Traité entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant le saumon du Pacifique, le 28 janvier 1985, [1985] R.T. Can. no 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al., Re (1985), 49 O.R. (2d) 705; 7 O.A.C. 283 (C.A.); affd [1988] 2 S.C.R. 1045; (1988), 66 O.R. (2d) 543; 56 D.L.R. (4th) 575; 89 N.R. 323; 31 O.A.C. 319.

DISTINGUISHED:

R. v. Mark, [1989] B.C.J. No. 962 (Co. Ct.) (QL); *R. v. Roach*, [1991] B.C.J. No. 751 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

R. v. Tenale et al. (1982), 145 D.L.R. (3d) 521; 42 B.C.L.R. 91; 3 C.C.C. (3d) 254 (B.C.C.A.); *Canada—Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon* (1987-1988), IBSD 355/98.

REFERRED TO:

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; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.); *Reference as to whether members of the Military or Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] S.C.R. 483.

AUTHORS CITED

Driedger, E. A. "Subordinate Legislation" (1960), 38 *Can. Bar Rev.* 1.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al., Re (1985), 49 O.R. (2d) 705; 7 O.A.C. 283 (C.A.); conf. par [1988] 2 R.C.S. 1045; (1988), 66 O.R. (2d) 543; 56 D.L.R. (4th) 575; 89 N.R. 323; 31 O.A.C. 319.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Mark, [1989] B.C.J. n° 962 (Co. Ct.) (QL); *R. v. Roach*, [1991] B.C.J. n° 751 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Tenale et al. (1982), 145 D.L.R. (3d) 521; 42 B.C.L.R. 91; 3 C.C.C. (3d) 254 (C.A.C.-B.); *Canada—Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés* (1987-1988), IBDD S35/106.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

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; *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.); *Reference as to whether members of the Military or Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483.

DOCTRINE:

Driedger, E. A. «Subordinate Legislation» (1960), 38 *Can. Bar Rev.* 1.

Driedger, E. A. *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents*, 2nd ed. Ottawa: Dept. of Justice, 1976.

Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto, Carswell, 1992. ^a

Keyes, J. M. *Executive Legislation: Delegated Law-Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.

Kindred Hugh M. et al. *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 4th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1987. ^b

Richard, J. D. *Working With NAFTA: Maximizing the Benefits, Dispute Settlement Mechanisms in NAFTA*. Canadian Bar Association, Ontario Branch, Continuing Legal Education, 1994. ^c

Driedger, E. A. *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents*, 2nd ed. Ottawa: Dept. of Justice, 1976.

Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 1992.

Keyes, J. M. *Executive Legislation: Delegated Law-Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.

Kindred Hugh M. et al. *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 4th ed. Toronto: Emond Montgomery, 1987.

Richard, J. D. *Working With NAFTA: Maximizing the Benefits, Dispute Settlement Mechanisms in NAFTA*. Association du Barreau canadien, section de l'éducation juridique permanente de l'Ontario, 1994.

APPLICATION to set aside a refusal by the Minister of Fisheries and Oceans to license fishing vessels to enter Canadian fisheries waters if operating under the flag of a country which does not cooperate with Canadian fisheries conservation objectives. Refusal declared invalid. ^d

DEMANDE visant à annuler le refus par le ministre des Pêches et Océans d'autoriser des bateaux de pêche à pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes s'ils poursuivent leurs activités sous le pavillon d'un pays qui ne respecte pas les objectifs canadiens en matière de conservation des pêches. Refus déclaré invalide.

COUNSEL:

Christopher Harvey and Kevin Price for plaintiffs.

George C. Carruthers and David Prest for defendants. ^e

AVOCATS:

Christopher Harvey et Kevin Price pour les demandeurs.

George C. Carruthers et David Prest pour les défendeurs. ^f

SOLICITORS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendants. ^g

PROCUREURS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

REED J.: This dispute concerns the refusal of the Minister of Fisheries and Oceans (the Minister) to license foreign fishing vessels to enter Canadian fisheries waters if they operate under the flag of a country which does not co-operate with Canada's fisheries conservation objectives. Two of the plaintiffs,¹ Golden Alaska Fisheries Inc. and Supreme Alaska Fisheries Inc., are owners of foreign fish processing

LE JUGE REED: Le présent litige concerne le refus par le ministre des Pêches et Océans (le ministre) d'autoriser des bateaux de pêche étrangers à pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes s'ils poursuivent leurs activités sous le pavillon d'un pays qui ne respecte pas les objectifs du Canada en matière de conservation des pêches. Deux des sociétés demandereses¹, Golden Alaska Fisheries Inc. et Supreme Alaska

¹ Technically the parties should probably have been designated as applicants and respondents but I will retain the terminology used by the parties.

¹ Du point de vue technique, il aurait probablement fallu que les parties soient désignées à titre de requérants et d'intimés, mais je conserverai la terminologie qu'elles ont utilisée.

vessels (the U.S. processing vessels). They have been refused licences to enter Canadian waters because the United States is a country which does not cooperate with Canada's fisheries objectives.

The plaintiffs also challenge the conditions which the Minister has attached to the hake fishing licences of Canadian fishing vessels. These require that catches of hake be either landed at a location within Canada or delivered to a fish processing vessel which has been licensed by the Minister to enter Canadian waters. The plaintiffs, other than the owners of the U.S. fish processing vessels, are the owners of Canadian fishing vessels which are licensed to fish for hake. Prior to the attaching of the challenged conditions to their licences, the catches of the Canadian vessels could be sold "over-the-side"² to the U.S. vessels. The Canadian vessels were not prevented from crossing into United States waters and delivering their catches to the U.S. processing vessels in this manner.

The particular hake fishery in question is located off the southwest coast of Vancouver Island. The Minister issues licences to enter Canadian waters to processing vessels from several foreign countries including Poland, Russia, Korea and Japan. Such licences are issued to the extent that there is hake catch surplus to that which can be processed by Canadian processing facilities. The Canadian facilities are, in general, land-based since it has been Canadian government policy to encourage the development of shore-based processing capacity by prohibiting delivery to Canadian processing vessels. Indeed, it appears from the evidence that only one such vessel exists. It is small and processes only its own catch.

The U.S. processing vessels are "state-of-the-art." Because of their greater efficiency, the hake caught by Canadian fishing vessels would likely be sold for

² Selling over-the-side involves transferring the catch while still in the net, at sea, by exchanging a full net (codend) for an empty one.

Fisheries Inc., sont propriétaires de bateaux étrangers servant au traitement du poisson (les bateaux de traitement américains). Elles n'ont pas obtenu l'autorisation de pénétrer dans les eaux canadiennes, parce que
 a les États-Unis ne respectent pas les objectifs du Canada en matière de pêche.

Les demandeurs contestent également les conditions que le ministre a ajoutées aux permis de pêche au merlu accordés aux bateaux de pêche canadiens. Selon ces conditions, le merlu pêché doit être débarqué à un endroit situé au Canada ou remis à un bateau de traitement du poisson qui a reçu du ministre l'autorisation de pénétrer dans les eaux canadiennes. À l'exception des propriétaires des bateaux de traitement américains, les demandeurs sont propriétaires de bateaux de pêche canadiens à l'égard desquels un permis de pêche au merlu a été délivré.
 d Avant l'ajout des conditions contestées, le poisson pêché par les bateaux canadiens pouvait être vendu «directement en mer»² aux bateaux américains. Il n'était pas interdit aux bateaux canadiens de franchir la frontière américaine et de remettre leurs prises aux
 e bateaux de traitement américains de cette façon.

La pêche au merlu en question est située au large de la côte sud-ouest de l'île de Vancouver. Le ministre délivre des permis ayant pour effet d'autoriser les bateaux de traitement provenant de plusieurs pays étrangers, y compris la Pologne, la Russie, la Corée et le Japon, à pénétrer dans les eaux canadiennes. Ces permis sont délivrés dans la mesure où il y a un surplus de merlu par rapport à celui qui peut être traité par les installations canadiennes. De façon générale, les installations canadiennes sont situées sur la terre ferme, étant donné que le gouvernement canadien a toujours eu pour politique d'encourager la croissance de la capacité de traitement terrestre en interdisant la livraison à des bateaux de traitement canadiens. Effectivement, il appert de la preuve qu'un seul bateau de cette nature existe. C'est un petit bateau qui traite seulement sa propre prise.

Les bateaux de traitement américains sont fabriqués selon la plus récente technologie. Comme ceux-ci sont plus efficaces, le merlu pêché par des

² La vente en mer consiste à transférer la prise pendant qu'elle se trouve encore dans le filet, en mer, par l'échange d'un filet plein (poche de chalut) contre un filet vide.

a higher price if sales could be made to the U.S. vessels. To more easily distinguish the licences to enter Canadian waters, from the licences to catch fish I will hereinafter refer to the former as "permits."

The plaintiffs' challenge can be categorized under three headings. Firstly, the Minister does not have the authority to refuse permits to enter Canadian waters to a whole class of foreign fishing vessels, on the basis on which he has acted. Secondly, the Minister does not have authority to attach the conditions to the Canadian vessel fishing licences which require that catches of hake be landed either at a location within Canada or delivered to a processing vessel which has been issued a permit to enter Canadian waters. Alternatively, if he has authority to impose these types of conditions, he improperly fettered his discretion in this case by taking into account extraneous considerations. Thirdly, counsel argues that the Minister acted without authority because the cumulative effect of his actions is to impose a restriction on exports which is contrary to the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, [1994] Can. T.S. No. 2 (not yet published) (NAFTA) and the *Free Trade Agreement between Canada and the United States of America* [S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A] (FTA).

Permits to Enter Canadian Waters—Foreign Processing Vessels

a) Statutory Provisions

Section 3 of the *Coastal Fisheries Protection Act*³ prohibits all foreign fishing vessels, and this includes foreign fish processing vessels,⁴ from entering Canadian fisheries waters unless authorized by the Act or regulations to do so:

³ R.S.C., 1985, c. C-33, as amended.

⁴ *Ibid.*, s. 2.

bateaux de pêche canadiens se vendrait probablement à un prix plus élevé s'il pouvait être vendu à des bateaux de traitement américains. Afin qu'il soit plus facile de faire une distinction entre les licences autorisant les bateaux à entrer dans les eaux canadiennes et les licences autorisant la pêche, j'appellerai les secondes des «permis».

La contestation des demandeurs peut être divisée en trois parties. D'abord, les demandeurs soutiennent que le ministre n'est pas habilité à refuser d'accorder, comme il l'a fait, des licences autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes à toute une catégorie de bateaux de pêche étrangers. En deuxième lieu, le ministre n'a pas le pouvoir voulu pour ajouter aux permis de pêche accordés à l'égard des bateaux canadiens des conditions ayant pour effet d'exiger que le merlu pêché soit débarqué à un établissement situé à l'intérieur du Canada ou remis à un bateau de traitement qui a reçu l'autorisation de pénétrer dans les eaux canadiennes. Subsidièrement, s'il est habilité à imposer ces types de conditions, il a utilisé son pouvoir discrétionnaire de façon abusive en l'espèce en tenant compte de facteurs non pertinents. En troisième lieu, l'avocat fait valoir que le ministre n'était pas autorisé à agir comme il l'a fait, parce que ses actions ont pour effet cumulatif d'imposer une restriction à l'exportation qui est contraire à l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, [1994] R.T. Can. n° 2 (encore inédit) (ALENA) et à l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* [L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A] (ALE).

Licences autorisant les bateaux de traitement étrangers à pénétrer dans les eaux canadiennes

a) Dispositions législatives

L'article 3 de la *Loi sur la protection des pêches côtières*³ interdit à tous les bateaux de pêche étrangers, y compris les bateaux de traitement de poisson étrangers⁴, de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes, sauf s'ils y sont autorisés par la Loi ou par un règlement:

³ L.R.C. (1985), ch. C-33 et ses modifications.

⁴ *Ibid.*, art. 2.

3. No foreign fishing vessel shall enter Canadian fisheries waters for any purpose unless authorized by this Act or the regulations, any other law of Canada or a treaty.

Section 6 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 43] of the Act confers upon the Governor in Council power to make regulations "for authorizing" the entry of foreign fishing vessels by means of permits and the imposing of terms and conditions therein:

6. The Governor in Council may make regulations

(a) for authorizing, by means of licences, permits or otherwise,

(i) foreign fishing vessels to enter Canadian fisheries waters for any purpose specified in the regulations,

(b) respecting the issuance, suspension and cancellation of any licences or permits provided for under paragraph (a) and prescribing their forms, the fees payable therefor and their terms and conditions, which are in addition to such terms and conditions, if any, as the Minister may specify therein;

(c) for appointing or authorizing persons to enforce the provisions of this Act and the regulations;

(e) generally for carrying out the purposes and provisions of this Act.

b) Regulations

The Governor in Council exercised his authority under section 6 of the *Coastal Fisheries Protection Act* (the Act) and issued the *Coastal Fisheries Protection Regulations* (the Regulations).⁵ In subsection 5(1) [as am. by SOR/85-527, s. 3; 86-939, s. 2] thereof, the Governor in Council authorized the Minister to issue permits allowing the entry of foreign vessels into Canadian waters for specified purposes, including for the purpose of processing fish at sea:

5. (1) The Minister may, on receipt of an application for a licence, issue a licence authorizing

(a) a foreign fishing vessel and its crew to enter Canadian fisheries waters for all or any of the following purposes, namely,

(ii) to tranship or take on board any fish, outfit or supplies while at sea,

3. Il est interdit aux bateaux de pêche étrangers de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes, à quelque fin que ce soit, sans y être autorisés par la présente loi ou ses règlements, par une autre loi canadienne ou par un traité.

L'article 6 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 43] de la Loi accorde au gouverneur en conseil le pouvoir d'adopter des règlements visant à accorder par licence aux bateaux de pêche étrangers l'«autorisation» de pénétrer dans les eaux canadiennes et d'asortir ladite licence de conditions:

6. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) prévoir l'autorisation, notamment par licence ou permis:

(i) pour les bateaux de pêche étrangers, de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes aux fins précisées,

b) régir la délivrance, la suspension et l'annulation des licences ou permis prévus à l'alinéa a), et fixer leur forme, les droits à acquitter pour les obtenir et leurs conditions d'octroi, en sus des conditions que peut spécifier le ministre;

c) prévoir la nomination ou l'autorisation de personnes chargées d'exercer des pouvoirs de police dans le cadre de la présente loi et de ses règlements;

e) prendre toute autre mesure d'application de la présente loi.

b) Règlement

Exerçant le pouvoir dont il est investi en vertu de l'article 6 de la *Loi sur la protection des pêches côtières* (la Loi), le gouverneur en conseil a adopté le *Règlement sur la protection des pêcheries côtières* (le Règlement)⁵. Au paragraphe 5(1) [mod. par DORS/85-527, art. 3; 86-939, art. 2] dudit Règlement, le gouverneur en conseil a autorisé le ministre à délivrer des licences autorisant les bateaux étrangers à pénétrer dans les eaux canadiennes à des fins précises, notamment le traitement du poisson en mer:

5. (1) Le Ministre peut, sur réception d'une demande, délivrer une licence autorisant

a) un bâtiment de pêche étranger et les membres de son équipage à pénétrer dans les eaux des pêcheries canadiennes pour l'une ou plusieurs des fins suivantes:

(ii) transborder ou embarquer, en mer, du poisson, des agrès ou des fournitures,

⁵ C.R.C., c. 413 as amended to SOR/90-57.

⁵ C.R.C., ch. 413 et ses modifications jusqu'au DORS/90-57.

(iii) to process fish at sea,

(viii) to purchase, load, unload, transship, sell or process fish or fish products at a Canadian port;

The Regulations also specify the kind of information which should be included in an application to enter Canadian waters (e.g., size of vessel, description of equipment, side number, radio frequencies used), and the terms and conditions of the permit and the fees payable therefor.

c) Minister's Decision

As has been noted, the Minister exercised the power, granted by the Regulations, and permitted some foreign processing vessels to enter Canadian waters for the purpose of processing fish. He has refused, however, to issue a permit to U.S. processing vessels and U.S. fishing vessels generally because the United States is "not cooperating with Canada's fisheries conservation objectives." The Minister's decision to refuse to issue permits to the U.S. processing vessels was taken pursuant to what is called the Port Access Policy.⁶

⁶ The policy reads in part:

The relationship between Canada and the United States on fisheries conservation has become strained since 1990. The areas where the U.S. does not cooperate with Canada on fisheries conservation are as follows:

- (a) the continued overfishing by U.S. registered vessels on the nose and tail of the Grand Banks off Newfoundland of groundfish stocks straddling Canada's 200-mile zone;
- (b) rapidly increasing interceptions by U.S. fishermen of Canadian origin Pacific salmon, in contravention of the equity provisions contained in the Canada-United States Pacific Salmon Treaty; and
- (c) the continued promotion of overfishing of Pacific hake by the United States fishery management authorities in disregard of Canada's traditional share of this transboundary migratory species.

Objectives [of the Policy]

- (a) to reinforce Canadian sovereign rights to achieve our conservation objectives,

(Continued on next page)

(iii) traiter le poisson en mer,

(viii) acheter, charger, décharger, transborder, vendre ou traiter du poisson ou des produits de la pêche dans un port canadien;

Le Règlement précise également le type de renseignements à fournir dans une demande visant à obtenir l'autorisation de pénétrer dans les eaux canadiennes (p. ex., grandeur du bateau, description de l'équipement, numéro de coque, radiofréquences utilisées), ainsi que les conditions de la licence et les droits exigibles.

c) La décision du ministre

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, le ministre a exercé le pouvoir que lui accordait le Règlement et a autorisé certains bateaux de traitement étrangers à pénétrer dans les eaux canadiennes pour le traitement du poisson. Cependant, il a refusé de délivrer une licence à l'ensemble des bateaux de traitement et des bateaux de pêche américains, parce que les États-Unis [TRADUCTION] «ne respectent pas les objectifs du Canada en matière de conservation des pêches». La décision du ministre de refuser d'accorder des permis aux bateaux de traitement américains est fondée sur un document intitulé Port Access Policy (politique concernant l'accès aux ports)⁶.

⁶ Voici une partie du texte de cette politique:

[TRADUCTION] Les liens entre le Canada et les États-Unis au sujet de la conservation des pêches sont tendus depuis 1990. Les aspects sur lesquels les États-Unis ne collaborent pas avec le Canada en matière de conservation des pêches sont les suivants:

- a) les bateaux américains continuent de faire de la pêche excessive sur le nez et la queue des Grands Bancs, au large des côtes de Terre-Neuve, laquelle activité touche les stocks de poissons de fond qui chevauchent la zone de 200 milles du Canada;
- b) les pêcheurs américains interceptent souvent du saumon du Pacifique d'origine canadienne, malgré les dispositions relatives à l'équité du Traité sur le saumon du Pacifique conclu entre le Canada et les États-Unis;
- c) les autorités américaines chargées de la gestion des pêches continuent à promouvoir la pêche excessive de merlu du Pacifique malgré la préoccupation traditionnelle du Canada à l'égard de cette espèce migratrice transfrontalière.

Objectifs [de la politique]

- a) renforcer les droits souverains du Canada afin d'atteindre nos objectifs en matière de conservation;

(Suite à la page suivante)

The evidence put before the Minister for the purpose of making the decision, in the case of the application by the owners of the two U.S. fish processing vessels who are plaintiffs, was that the United States was not co-operating with Canada in that:

(i) U.S. fishermen have been sighted fishing on the Nose and Tail of the Grand Banks, contrary to the international conservation measures established by NAFO [Northwest Atlantic Fisheries Organization];

(ii) the United States and Canada are in a dispute concerning their respective catch shares for the transboundary Pacific hake resource;

(iii) the United States has not implemented the central principles of the Pacific Salmon Treaty [*Treaty Between the Government of Canada and the Government of the United States of America Concerning Pacific Salmon*, January 28, 1985, [1985] Can. T.S. No. 7].

The Minister refused to issue permits to the U.S. processing vessels, then, because United States flag vessels were over-fishing straddling stocks on the eastern coast of Canada, the United States had not accepted Canada's position with respect to its share of transboundary pacific hake and the United States had not implemented a treaty respecting pacific salmon.

Counsel notes that there is nothing the applicants can do to bring themselves within the criteria which the Minister has "legislated." The criteria do not relate, for example, to the size of the vessels, the equipment thereon, the crew's or owner's past behaviour, the amount of hake to be caught or the location

(Continued from previous page)

(b) ensuring that Canada's competitive position in the fisheries market-place is not compromised through the facilitation of foreign fishing activity, and

(c) optimizing benefits to the Canadian economy derived from the presence of the foreign fishing vessels within the Canadian zone.

– favourable fishery regulations with Canada are based predominantly on adherence by a foreign country to both Canadian and international conservation practices and policies and applies to countries fishing off Canada's coasts either with a bilateral fisheries agreement or not

D'après la preuve dont le ministre a été saisi dans le cas de la demande présentée par les propriétaires des deux bateaux de traitement du poisson américains qui sont parties demandereses, les États-Unis ne collaboraient pas avec le Canada:

(i) des pêcheurs américains faisaient de la pêche sur le nez et la queue des Grands Bancs, contrairement aux mesures internationales établies par l'OPAN [Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest] en matière de conservation;

(ii) un litige oppose actuellement les États-Unis et le Canada en ce qui a trait à leurs parts respectives de la prise de merlu du Pacifique transfrontalier;

(iii) les États-Unis n'ont pas mis en œuvre les principes fondamentaux du Traité sur le saumon du Pacifique [*Traité entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant le saumon du Pacifique*, le 28 janvier 1985, [1985] R.T. Can. n° 7].

Le ministre a refusé d'accorder des licences à l'égard des bateaux de traitement américains, parce que les bateaux battant pavillon américain faisaient de la surpêche de stocks chevauchants sur la côte est du Canada, et que les États-Unis n'avaient pas accepté la position du Canada au sujet de sa part du merlu du Pacifique transfrontalier ni n'avaient mis en œuvre un traité concernant le saumon du pacifique.

L'avocat souligne qu'il n'existe aucune mesure que les requérants peuvent adopter pour respecter les critères que le ministre a «imposés par voie législative». Les critères ne concernent pas, par exemple, la grandeur ou l'équipement des bateaux, le comportement antérieur de l'équipage ou du propriétaire, la

(Suite de la page précédente)

b) éviter de mettre en péril la position concurrentielle du Canada sur le marché des pêches en facilitant les activités de pêche étrangères;

c) optimiser les avantages que l'économie canadienne peut tirer de la présence de bateaux de pêche étrangers dans la zone canadienne.

– Le contrôle des pêches au Canada est fondé avant tout sur le respect par un pays étranger des pratiques et politiques canadiennes et internationales en matière de conservation et s'applique aux pays qui pêchent au large des côtes canadiennes, que ce soit ou non aux termes d'une entente bilatérale à cet égard.

in which the vessels operate. The applicants are refused a permit because the country whose flag their ships carry has been determined to be one which does not cooperate with Canada's fisheries conservation objectives. There is no doubt that the policy of refusing permits to U.S. vessels is designed to put pressure on the United States government to cooperate with Canadian government policies.

The merits of the particular action taken by the Minister are not in dispute. The question is whether the decision he has taken falls within the authority conferred upon him by the wording of the relevant provisions of the Act and Regulations.

d) Decision—Legislative or Administrative in Nature

Counsel for the plaintiffs argues that the Minister's decision is a legislative one, adopting general rules of conduct for classes of vessels and as such is outside his subdelegated authority.

Counsel for the defendants argues that the Minister's decision is an administrative one, which he has taken in the exercise of his discretion pursuant to a policy which it is within his authority to adopt.

I do not find it particularly useful to characterize the Minister's action as administrative or legislative. As is the case in other areas of administrative law, drawing distinctions between decisions on the basis of this kind of compartmentalizing can lead to a somewhat sterile debate. It certainly leads to endless argument. The question is always an evaluation of the particular action the Minister has taken, viewed in the context of the scope of authority given to the Minister under the relevant statute and regulations.

e) Minister's Permit Issuing Authority

As can be seen from the provisions quoted above, no authority to issue permits to vessels to allow them to enter Canadian waters is conferred upon the Minister by the Act directly. This can be contrasted, for

quantité de merlu à pêcher ou l'endroit où les bateaux poursuivent leurs activités. Les requérants se sont vu refuser une autorisation parce que le pays dont ils battent pavillon a été considéré comme un pays qui ne respecte pas les objectifs du Canada en matière de conservation des pêches. Il est évident que le refus d'accorder des licences aux bateaux américains vise à inciter le gouvernement des États-Unis à respecter les politiques du gouvernement canadien.

Le bien-fondé des mesures prises par le ministre n'est pas contesté. La question qui se pose est celle de savoir si la décision qu'il a prise dépasse ou non le pouvoir dont il est investi en vertu des dispositions pertinentes de la Loi et du Règlement.

d) Nature législative ou administrative de la décision

L'avocat des demandeurs fait valoir que la décision du ministre est une décision législative, soit l'adoption de règles de conduite générales à l'égard de certaines catégories de bateaux, et dépasse donc les limites du pouvoir qu'il a obtenu par subdélégation.

Pour sa part, l'avocat des défendeurs allègue que la décision du ministre est de nature administrative, soit une décision qu'il a prise dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire conformément à une politique qu'il est autorisé à adopter.

Il ne m'apparaît pas particulièrement utile de déterminer si la décision du ministre est administrative ou législative. Comme c'est le cas pour d'autres aspects du droit administratif, l'établissement de distinctions entre des décisions en fonction de ce type de classification peut mener à un débat plutôt stérile et conduit certainement à des arguments sans fin. La question porte toujours sur une évaluation de la mesure particulière que le ministre a adoptée, compte tenu de l'étendue du pouvoir qui lui a été conféré en vertu de la loi et du règlement pertinents.

e) Le pouvoir du ministre en matière de délivrance de licences

Comme l'indiquent les dispositions précitées, le ministre n'est pas habilité directement par la Loi à délivrer des licences en vue d'autoriser les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes. Cette situation

example, with the express authority conferred under the *Fisheries Act*⁷ with respect to fishing licences. In that case, the Minister's authority is explicit and it is to issue licences "in his absolute discretion."

The absence of any explicit conferral of authority to issue permits by the Act can also be contrasted with the authority which exists with respect to attaching conditions to the permits to enter Canadian waters. Paragraph 6(b) of the Act describes the terms and conditions which the Governor in Council may prescribe as being "in addition to such terms and conditions, if any, as the Minister may specify." The phrase, "in addition to such terms and conditions, if any, as the Minister may specify" was added to paragraph 6(b) of the Act by the *Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1991*, S.C. 1992, c. 1, s. 43.⁸ No amendment was made, however, to expressly refer to, grant, or define the Minister's permit issuing authority.

Despite the rather strange lacuna in the legislative scheme, with respect to the issuing of permits to enter Canadian waters, I am persuaded that the Minister's authority in this regard is implicit in the wording of the Act. It is not suggested that the Governor in Council was meant to deal with each permit application himself. As a matter of practical necessity sub-delegation to the Minister or to some other person would be required. The question then becomes, in the absence of any express conferral of issuing authority by the Act, and in the absence of any express definition thereof, what is the extent of the Minister's

⁷ R.S.C., 1985, c. F-14.

⁸ This came into force on February 28, 1992. It is clear from the legislative proceedings that the amendment to s. 6(b) was not a minor one designed to clear up anomalies or editorial mistakes. It was made to effect a substantive change in the law: to ensure that the Minister could add terms and conditions to the permits, and that these did not have to be prescribed by the Governor in Council by regulation (see Bill C-35, First reading October 4, 1991, explanatory note to s. 43). It must be admitted that this seems a somewhat backwards way of achieving that goal since the Governor in Council's previously unconditional authority to stipulate terms and conditions is now expressed to be additional to that of the Minister but the Minister is nowhere given any express authority in this regard.

est bien différente de celle qui caractérise les permis de pêche, que le ministre est autorisé à délivrer en vertu de la *Loi sur les pêches*⁷. Dans ce dernier cas, le pouvoir du ministre est explicite et lui permet de délivrer des permis «à discrétion».

L'absence de pouvoir explicite en ce qui a trait à la délivrance de licences peut également être comparée au pouvoir qui existe à l'égard de l'ajout de conditions aux licences autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes. Selon l'alinéa 6b) de la Loi, le gouverneur en conseil peut prescrire des conditions «en sus des conditions que peut spécifier le ministre». Les mots «en sus des conditions que peut spécifier le ministre» ont été ajoutés à l'alinéa 6b) de la Loi par la *Loi corrective de 1991*, L.C. 1992, ch. 1, art. 43⁸. Cependant, aucune modification n'a été apportée en vue de mentionner, d'octroyer ou de définir le pouvoir du ministre en matière de délivrance de licences.

Malgré la lacune plutôt étrange de la Loi en ce qui a trait à la délivrance de licences autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes, je suis convaincue que le pouvoir du ministre à cet égard découle implicitement du libellé de la Loi. Le gouverneur en conseil n'était certainement pas censé traiter chaque demande de licence lui-même. Sur le plan pratique, une subdélégation au ministre ou à une autre personne était nécessaire. La question devient donc celle de savoir, en l'absence de dispositions conférant explicitement le pouvoir de délivrer les licences ainsi que de dispositions définissant expres-

⁷ L.R.C. (1985), ch. F-14.

⁸ Cette loi est entrée en vigueur le 28 février 1992. Il appert clairement des débats entourant l'adoption de la Loi que la modification apportée à l'art. 6b) n'était pas un changement mineur visant à éliminer des anomalies ou des erreurs de rédaction. Elle visait à apporter un changement de fond à la loi, c'est-à-dire à permettre au ministre d'assortir les licences de conditions qui ne devaient pas nécessairement être prescrites par le gouverneur en conseil au moyen d'un règlement (voir le projet de loi C-35, première lecture du 4 octobre 1991, note explicative concernant l'art. 43). Il faut admettre que cette tactique semble être une façon un peu contournée d'atteindre cet objectif, étant donné que le pouvoir précédemment absolu du gouverneur en conseil d'imposer des conditions est maintenant décrit comme un pouvoir qui s'ajoute à celui du ministre, alors que celui-ci n'est investi d'aucun pouvoir explicite à cet égard.

authority to establish the criteria upon which such permits will be issued?

f) Eligibility Criteria for Obtaining a Permit—
Power of the Governor in Council

Counsel for the plaintiffs argues that, while the Minister may have authority to issue permits, the criteria upon which such permits are to be issued must be established by the Governor in Council. The Governor in Council is given authority, by the Act, to make regulations “respecting the issuance of permits,” not the Minister.

I am not persuaded that the Minister has no authority to set eligibility criteria. That is too categorical a position. If the Minister has authority to issue permits to enter Canadian waters he must also have some authority to establish some criteria according to which the permits are to be issued. The Minister must adopt some criteria if he is to make a choice between applicants. The adopting of such criteria is necessarily incidental to the exercise of his issuing authority.

That the Minister has a subdelegated power to establish criteria also follows from an analysis of the regulation-making power given to the Governor in Council. The regulation-making power is described differently with respect to the different types of powers which are granted. The Governor in Council is given authority: (1) “for authorizing” foreign vessels to enter Canadian fisheries waters, by permit, for purposes specified in the regulations; (2) “respecting” the issuance, suspension and cancellation of permits; and (3) “prescribing” the forms, fees and terms and conditions attaching to permits. The jurisprudence indicates that when the Governor in Council is given power to “prescribe” (“déterminer”) certain matters there is no right to subdelegate that authority to another. The Governor in Council and only the Governor in Council can exercise the authority.⁹ When, however, power to make regulations is given

⁹ *Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al., Re* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.); affd [1988] 2 S.C.R. 1045; E. A. Driedger “Subordinate Legislation” (1960), 38 *Can. Bar. Rev.* 1, at p. 31.

sément le pouvoir en question, quelle est l’étendue du pouvoir du ministre en ce qui a trait à l’établissement des critères devant servir de fondement à la délivrance de ces licences.

f) Critères d’admissibilité liés à l’obtention d’une
licence—Pouvoir du gouverneur en conseil

L’avocat des demandeurs soutient que, même si le ministre a peut-être le pouvoir de délivrer des licences, les critères relatifs à cette délivrance doivent être établis par le gouverneur en conseil. La Loi accorde le pouvoir de «régir la délivrance . . . des licences» au gouverneur en conseil et non au ministre.

Je ne suis pas convaincue que le ministre n’a pas le pouvoir d’établir des critères d’admissibilité. C’est là une position trop catégorique. Si le ministre a le pouvoir de délivrer des licences autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes, il doit également avoir le pouvoir d’établir des critères relatifs à la délivrance des licences en question. Le ministre doit adopter certains critères pour faire un choix entre les requérants. L’adoption de ces critères est une fonction nécessairement accessoire à l’exercice du pouvoir du ministre en matière de délivrance.

L’analyse du pouvoir de réglementation accordé au gouverneur en conseil indique également que le ministre a obtenu par subdélégation le pouvoir d’établir les critères en question. Le pouvoir de réglementation est décrit de façon différente en ce qui a trait aux divers types de pouvoirs qui sont accordés. Le gouverneur en conseil a le pouvoir (1) «d’autoriser», par licence, les bateaux étrangers à pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes aux fins précisées dans le Règlement; (2) «de régir la délivrance, la suspension et l’annulation» des licences; (3) «de fixer» leur forme et leurs conditions d’octroi ainsi que les droits s’y rapportant. Selon la jurisprudence, lorsque le gouverneur en conseil a le pouvoir de «déterminer» («prescrire») certaines questions, il n’a pas le droit de subdéléguer ce pouvoir à une autre personne. Seul le gouverneur en conseil peut exercer le pouvoir en question⁹. Cependant, lorsque le pouvoir de prendre

⁹ *Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al., Re* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.); conf. par [1988] 2 R.C.S. 1045; E. A. Driedger «Subordinate Legislation» (1960), 38 *Can. Bar. Rev.* 1, à la p. 31.

“respecting” (*concernant*) certain matters, there is room for subdelegation.¹⁰ I accept the argument that an over-emphasis on the particular “link” word chosen by the drafter of the legislation is not always a compelling method of interpreting a statutory provision: see J. M. Keyes, *Executive Legislation* (Butterworths, 1992), at page 259. At the same time, in this case, three different types of authority have been conferred and that which relates to the issuance of permits does not specifically preclude subdelegation. Rather, it invites the conclusion that such was intended. The question remains what is the scope of that authority?

g) Eligibility Criteria for Obtaining a Permit—Scope of Minister’s Authority

Counsel for the plaintiffs argues that one cannot conclude that the Minister was intended to exercise subdelegated authority to establish eligibility criteria for the issuance of permits, on the basis of broad political policy objectives. Firstly, the statute is completely silent as to the conferral of any authority on him. Secondly, the statute requires that matters of *minutia*¹¹ (the form of applications and permits, the fees to be paid therefor) can only be established by the Governor in Council. In the face of these statutory provisions, it is argued that the scope of his implied authority to establish criteria for the issuing of permits must be narrowly construed.

Counsel for the defendants, on the other hand, argues that the Minister’s discretion is exceptionally broad. This, it is said, follows from the fact that the Act creates an absolute prohibition against entry into Canadian fisheries waters, which is a recitation of a basic principle of international law—entry by non-nationals into another country’s jurisdiction is a privilege not a right. Thus, it is argued, the Minister’s

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ E.g., ss. 6-9, *Coastal Fisheries Protection Regulations*, C.R.C., c. 413, as amended [s. 6 (as am. by SOR/80-186, s. 2; 85-527, s. 4), 7 (as am. by SOR/80-186, s. 3; 85-527, s. 5), 7.1 (as enacted by SOR/79-713, s. 5), 8 (as am. *idem*, s. 6; 80-186, s. 4; 85-527, s. 6), 9 (as am. by SOR/86-939, s. 3)].

des règlements «concernant» (*respecting*) certaines questions est accordé, la subdélégation est possible¹⁰. Je reconnais que, pour interpréter une disposition législative, il n’y a pas toujours lieu d’accorder une grande importance au mot «charnière» choisi par le rédacteur législatif: voir J. M. Keyes, *Executive Legislation* (Butterworths, 1992), à la page 259. Au même moment, en l’espèce, trois types différents de pouvoir ont été conférés et la disposition qui concerne la délivrance de licences n’interdit pas expressément la subdélégation, laquelle semble même découler implicitement de la disposition en question. Il faut donc se demander quelle est l’étendue de ce pouvoir.

g) Critères d’admissibilité liés à l’obtention d’une licence—Étendue du pouvoir du ministre

L’avocat des demandeurs soutient que le législateur n’avait certainement pas l’intention de permettre au ministre d’exercer un pouvoir obtenu par subdélégation pour établir des critères d’admissibilité aux fins de la délivrance de licences, compte tenu des objectifs politiques généraux qu’il visait. D’abord, la Loi ne renferme aucune disposition conférant un pouvoir quelconque au ministre. En deuxième lieu, la Loi prévoit que les questions concernant les détails¹¹ (la forme des demandes et des licences et les droits s’y rapportant) ne peuvent être déterminées que par le gouverneur en conseil. Compte tenu de ces dispositions législatives, les demandeurs allèguent que la portée du pouvoir implicite du ministre d’établir des critères à l’égard de la délivrance des licences doit être interprétée de façon restrictive.

Pour sa part, l’avocat des défendeurs fait valoir que le pouvoir discrétionnaire du ministre est exceptionnellement large. En effet, la Loi énonce une interdiction absolue de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes; cette disposition correspond à un principe fondamental du droit international selon lequel l’entrée par des étrangers dans le territoire d’un autre pays est un privilège et non un droit. L’avocat sou-

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ P. ex., art. 6 à 9, *Règlement sur la protection des pêcheries côtières*, C.R.C., ch. 413 et ses modifications [art. 6 (mod. par DORS/80-186, art. 2; 85-527, art. 4), 7 (mod. par DORS/80-186, art. 3; 85-527, art. 5), 7.1 (édicte par DORS/79-713, art. 5), 8 (mod., *idem*, art. 6; 80-186, art. 4; 85-527, art. 6), 9 (mod. par DORS/86-939, art. 3)].

discretion to grant or refuse permits, in the absence of any explicit restrictions thereon, can be exercised on the basis of broad social, cultural and economic as well as political policies and goals. It is argued that this broad scope of authority also flows from the wording of paragraph 6(a) of the Act, which grants the Governor in Council authority to “make regulations . . . for authorizing by means of . . . permits . . . foreign fishing vessels to enter Canadian fisheries waters for any purpose specified in the regulations” (underlining added). Lastly, it is argued that in any event an exercise of discretion for the purposes of pressuring the United States government into cooperating with Canada’s objectives is within the scope and objectives of the Act.

I am not persuaded that merely because the Act creates an absolute prohibition within the context of which the Minister grants exemptions by issuing permits, that the Minister, in choosing between applicants for entry, may base his decision on broad social, cultural, economic and other policy objectives and goals. This is particularly so when the Minister’s authority, itself, is not defined in any way by the Act and flows only from an implied authority of the Governor in Council to subdelegate. I do not think that the decisions in either *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2 or *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.) stand for the proposition that because a Minister is granting an exemption from a general prohibition against importing into the country, that the scope of discretion attaching thereto is very broad and general. In both of the cases mentioned above, the Minister was exercising authority expressly granted to him by the relevant Act, the *Export and Import Permits Act*.¹² In the former case, as well, the fundamental issue was whether there was a duty to issue a permit to allow importa-

¹² S. 8(1) of the *Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, reads as follows:

8. (1) The Minister may issue to any resident of Canada applying therefor a permit to import goods included in an Import Control List, in such quantity and of such quality, by such persons, from such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations. [Underlining added.]

(Continued on next page)

tient donc que le ministre peut, en l’absence de restrictions explicites à ce sujet, exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à accepter ou à refuser de délivrer des licences en se fondant sur des politiques et objectifs généraux en matière sociale, culturelle, économique et politique. Ce large pouvoir découlerait également du libellé de l’alinéa 6(a) de la Loi, selon lequel le gouverneur en conseil peut, «par règlement . . . prévoir l’autorisation . . . par licence . . . pour les bateaux de pêche étrangers, de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes aux fins précisées [dans le règlement]» (non souligné dans l’original). Enfin, les défendeurs ajoutent qu’à tout événement, l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire pour inciter le gouvernement des États-Unis à respecter les objectifs canadiens est visé par la portée et les objectifs de la Loi.

Je ne suis pas convaincue que, pour la simple raison que le ministre accorde des exemptions en délivrant des licences dans le contexte de l’interdiction absolue qui est énoncée dans la Loi, il peut se fonder sur des objectifs généraux en matière sociale, culturelle, économique et politique pour choisir les requérants admissibles à pénétrer dans les eaux canadiennes. De plus, le pouvoir du ministre n’est défini d’aucune façon dans la Loi et découle uniquement du pouvoir implicite de subdélégation du gouverneur en conseil. À mon avis, la décision rendue dans les affaires *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2 ou *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.) ne permet pas de dire que, parce que le ministre accorde une exemption à l’égard d’une interdiction générale touchant les importations au pays, la portée du pouvoir discrétionnaire liée à l’exemption est très large et très générale. Dans les deux causes susmentionnées, le ministre exerçait un pouvoir qui lui avait été expressément conféré par la loi pertinente, soit la *Loi sur les licences d’exportation et d’importation*.¹² De plus,

¹² Voici le libellé de l’art. 8(1) de la *Loi sur les licences d’exportation et d’importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19:

8. (1) Le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence pour l’importation de marchandises figurant sur la liste des marchandises d’importation contrôlée, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés. [Non souligné dans l’original.]

(Suite à la page suivante)

tion into the country. While counsel for the plaintiffs may have tried, in the present case, to argue that such a duty exists, this is clearly not a tenable argument.

I turn, then, to counsel for the defendants' argument that a broad scope of authority flows to the Minister as a result of the wording of paragraph 6(a) of the Act. As has been noted, it authorizes the Governor in Council to "make regulations. . . for authorizing [entry] . . . for any purpose specified in the regulations" (underlining added). I do not read the excerpts, from the academic writings referred to, in the same way as counsel does. In the text by E. A. Driedger, *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents*, 2nd ed. (Ottawa: Department of Justice, 1976), at pages 192-193, the following is found:

. . . where Parliament authorizes regulations for a stated purpose, the regulation-making authority has a free hand to establish, not only the details, but also the main principles. The entire law is therefore to be left to the decision of subordinates. So long as the law is within the stated purpose, it cannot be challenged.

The distinction between purposes or subjects, on the one hand, and powers on the other, is also relevant in relation to sub-delegation. For example, if a Minister had power to make regulations respecting tariffs and tolls he could authorize some other person to fix a tariff or toll; such a regulation would clearly be one respecting tariffs and tolls. But if the Minister's authority is to make regulations prescribing tariffs and tolls then the Minister must himself prescribe, and cannot delegate that authority to another. [Underlining added.]

(Continued from previous page)

S. 5(1) of the same Act states:

5. (1) The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Import Control List, including therein any article the import of which the Governor in Council deems it necessary to control for any of the following purposes;

(b) to restrict, for the purpose of supporting any action taken under the *Farm Products Marketing Agencies Act*, the importation in any form of a like article to one produced or marketed in Canada the quantities of which are fixed or determined under that Act;

dans le premier arrêt, la question fondamentale à trancher était celle de savoir s'il existait une obligation de délivrer une licence autorisant l'importation au pays. L'avocat des demandeurs a peut-être tenté, en l'espèce, de soutenir que cette obligation existait, mais cet argument n'est vraiment pas défendable.

J'en arrive maintenant à l'argument des défendeurs selon lequel le ministre possède un pouvoir étendu en raison du libellé de l'alinéa 6a) de la Loi. Tel qu'il est souligné ci-dessus, cette disposition autorise le gouverneur en conseil, «par règlement . . . prévoir l'autorisation [l'entrée] . . . aux fins précisées [dans le règlement]» (non souligné dans l'original). Je n'interprète pas les extraits tirés des ouvrages qui ont été cités de la même façon que l'avocat. Voici ce qu'on peut lire dans l'ouvrage de E. A. Driedger, *The Composition of Legislation. Legislative Forms and Precedents*, 2^e édition (Ottawa: ministère de la Justice, 1976), aux pages 192 et 193:

[TRADUCTION] . . . lorsque le Parlement autorise l'adoption d'un règlement à une fin donnée, l'autorité réglementante peut établir, comme bon lui semble, non seulement les détails, mais aussi les principes fondamentaux. La totalité des règles relève donc de la décision de subalternes. Tant et aussi longtemps qu'elles respectent l'objet énoncé, elles ne peuvent être contestées.

La distinction entre les buts ou objets, d'une part, et les pouvoirs, d'autre part, est également pertinente en ce qui a trait à la subdélégation. Ainsi, lorsqu'un ministre a le pouvoir de prendre des règlements concernant les tarifs et les droits, il peut aussi autoriser une autre personne à fixer un droit ou un tarif et ce règlement serait certainement un règlement concernant les tarifs et les droits. Cependant, si le pouvoir du ministre consiste à prendre un règlement prescrivant les tarifs et les droits, le ministre doit établir ces droits lui-même et ne peut déléguer ce pouvoir à une autre personne. [Non souligné dans l'original.]

(Suite de la page précédente)

Voici le texte de l'art. 5(1) de la même Loi:

5. (1) Le gouverneur en conseil peut dresser la liste des marchandises d'importation contrôlée comprenant les articles dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'importation pour l'une des fins suivantes:

b) appuyer une mesure d'application de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme* en limitant l'importation sous quelque forme que ce soit d'un article semblable à un article produit ou commercialisé au Canada et dont les quantités sont fixées ou déterminées en vertu de cette loi;

These same comments are also found in E. A. Driedger, "Subordinate Legislation", 38 *Can. Bar. Rev.* 1, at pages 29-31 (1960).

I have accepted counsel's argument that the Governor in Council's authority, to make regulations "respecting" the issuance of permits, allows for a subdelegation of issuing authority to the Minister. I do not agree, however, that the authority to make regulations "for authorizing [entry] . . . for any purpose specified in the regulations" means that broad authority to establish not only the details but the principles of the entire law can be conferred on the Minister. Professor Driedger's comments, quoted previously, were: "where Parliament authorizes regulations for a stated purpose, the regulation making authority has a free hand" (underlining added). Thus while the regulation-making authority, i.e., Parliament's delegate or subordinate, which in this case is the Governor in Council, may have considerable scope to make regulations on the subject, as a result of having been "authorized," this does not mean that a comparable breadth of authority can be conferred by the Governor in Council upon a subdelegate.

In order to accept counsel for the defendants' argument, it seems to me, I must find that a provision of a statute which states that the Governor in Council may make regulations for authorizing, by means of permits, foreign vessels to enter Canadian fisheries waters, carries with it authority for the Governor in Council to confer upon the Minister authority to refuse to issue permits, to certain vessels, in order to pressure a foreign government to co-operate with Canada in international negotiations and because nationals of that same country are over-fishing on a different coast with respect to a different fishery. I also have to conclude that the Governor in Council in fact conferred such broad authority on the Minister. I do not read the Act or Regulations in that way.

I turn, then, to a consideration of the statutory purpose of the Act and Regulations to determine whether the eligibility criterion which the Minister adopted flows therefrom. As I read the Act and the Regula-

Ces mêmes commentaires se trouvent également dans l'ouvrage de E. A. Driedger intitulé «Subordinate Legislation», 38 *Can. Bar. Rev.* 1, aux pages 29 à 31 (1960).

^a À l'instar de l'avocat, je reconnais que le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements «concernant» la délivrance de licences permet une subdélégation du pouvoir de délivrance au ministre.

^b Toutefois, je ne puis admettre que le pouvoir, «par règlement . . . prévoir l'autorisation [l'entrée] . . . aux fins précisées [dans le règlement]» signifie qu'un large pouvoir d'établir non seulement les détails, mais aussi les principes de l'ensemble du règlement peut être conféré au ministre. Pour reprendre les propos du professeur Driedger, [TRADUCTION] «lorsque le Parlement autorise l'adoption d'un règlement à une fin donnée, l'autorité réglementante peut établir, comme bon lui semble» (non souligné dans l'original). Ainsi, même si l'autorité réglementante, c'est-à-dire le délégué ou le subordonné du Parlement, en l'occurrence, le gouverneur en conseil, peut avoir un pouvoir considérablement étendu en ce qui a trait à l'adoption d'un règlement sur ce sujet, par suite de cette «autorisation», cela ne signifie pas qu'il peut conférer un pouvoir tout aussi étendu par subdélégation.

^f Pour accepter l'argument de l'avocat des défendeurs, je dois conclure qu'une disposition d'une loi qui permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements autorisant, au moyen de licences, des bateaux étrangers à pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes lui permet également de conférer au ministre le pouvoir de refuser de délivrer des licences à l'endroit de certains bateaux pour inciter un gouvernement étranger à collaborer avec le Canada aux fins des négociations internationales et parce que les ressortissants de ce même pays font de la surpêche sur une côte différente à l'égard d'une pêche différente. Je dois également conclure que le gouverneur en conseil a effectivement conféré ce large pouvoir au ministre. Or, ce n'est pas ainsi que j'interprète la Loi ou le Règlement.

J'en arrive maintenant à l'examen de l'objet de la Loi et du Règlement pour déterminer si le critère d'admissibilité que le ministre a adopté découle de cet objet. À mon sens, la Loi et le Règlement visent à

tions, they are intended to prevent over-fishing (the catching of too many fish). They are intended to aid in policing Canada's fisheries in this regard. The Act and Regulations, for example, require that all fishing vessels which pass through Canadian waters be identified and their presence made known to Canadian authorities. They make unauthorized fishing by the crews of foreign vessels criminal offences. However, the commercial disposition of the fish, once they are caught, is not relevant to the purposes of that statute except to the extent that verification of the quantities of fish caught is necessary for the enforcement of the rules which regulate those quantities.

There is no dispute that the quantities of fish caught are in no way affected by the delivery of the catches of hake to U.S. processing vessels, rather than to those of other nations. The number of fish caught, the observance of anti-pollution standards by the vessels are no less in conformity with Canadian legislation when the fish are delivered to the U.S. processors than when delivered to others. I do not find in the legislation any indication that it was intended to be used by the Minister to buttress his stance internationally when negotiating with other nations on Canada's fisheries objectives. I am persuaded that counsel for the plaintiffs' argument must prevail—the Minister exceeded his authority and the Minister's rejection of the applications for permits to enter Canadian waters should be set aside.

It is important to emphasize, again, that the merits of the Minister's decision are not in dispute. Most Canadians, I suggest, would find his actions laudable. The question is one of principle: the degree of specificity with which subdelegated powers must be defined. The further a subdelegate is removed from the primary delegating body, Parliament, the less immediate is its accountability to the electorate. More importantly, perhaps, is the absence of any guaranteed opportunity for advance notice and public debate before a decision is taken. (Even the issuing of regulations is now preceded by a requirement for advance publication and explanation by way of a Regulatory Impact Assessment Statement.) The law has long set

prévenir la surpêche (c'est-à-dire la prise d'une quantité excessive de poisson). Ils visent également à favoriser le contrôle des pêches canadiennes à cet égard. Ainsi, la Loi et le Règlement prévoient que tous les bateaux de pêche qui pénètrent dans les eaux canadiennes doivent être identifiés et que leur présence doit être portée à la connaissance des autorités canadiennes. En outre, la pêche non autorisée faite par l'équipage de bateaux étrangers constitue un acte criminel. Toutefois, le traitement commercial du poisson pêché n'est pas pertinent aux fins de cette loi, sauf dans la mesure où la vérification des quantités de poisson pêchées est nécessaire pour assurer le respect des règles applicables à ces quantités.

Il est indéniable que les quantités de poisson pêchées ne sont nullement touchées par la remise des prises de merlu aux bateaux de traitement américains plutôt qu'aux bateaux de certains autres pays. Les lois et règlements canadiens concernant la quantité de poisson pêchée et les normes antipollution ne sont pas moins respectés lorsque le poisson est remis à des entreprises de traitement américaines plutôt qu'à d'autres entreprises. La Loi ne comporte aucune disposition indiquant que le législateur souhaitait que le ministre s'en serve pour renforcer sa position à l'échelle internationale au moment de négocier avec d'autres pays au sujet des objectifs du Canada en matière de pêche. Je suis convaincue que l'argument de l'avocat des demandeurs doit l'emporter: le ministre a outrepassé son pouvoir et la décision par laquelle il a refusé les demandes de licences autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes doit être annulée.

Il importe de répéter que le bien-fondé de la décision du ministre n'est pas contesté. La plupart des Canadiens seraient d'avis, j'imagine, que ses actions sont louables. La question en est une de principe: elle concerne le degré de spécificité avec lequel les pouvoirs conférés par subdélégation doivent être définis. Plus un subdélégué est éloigné du principal organisme délégant, soit le Parlement, moins il est directement responsable envers l'électorat. Qui plus est, moins il y a de chances qu'une décision soit précédée d'un préavis et d'un débat public. (Même l'adoption d'un règlement doit maintenant être précédée d'une publication et d'une explication au moyen d'un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation.)

its face against ill-defined powers of subdelegation and interpreted such strictly. Decision-making by subdelegates, based on broad and undefined powers, can too easily lead to the real reasons for a decision being obscured (although such is not the situation in this case); such authority can too easily be exercised in an unfair manner.

By way of *addenda* to the arguments respecting the permits, I should note that I have not found it necessary to consider the defendants' argument based on the Magnuson Act of the United States.¹³ I do not think it is relevant to the interpretation of our Act and Regulations. What is more, there is no evidence, as I understand it, that Canada has ever sought reciprocal treatment from the United States of the kind in issue. In addition to not considering the argument relating to the Magnuson Act, I have not dealt with counsel for the plaintiffs' argument concerning the recent amendments, to the Act, to specifically provide for the exclusion of classes for foreign fishing vessels (by nationality) from fishing for straddling stocks on the east coast.¹⁴ I am not convinced that it is relevant to the issues before me.

Vessel Fishing Licence Conditions

In the case of the Canadian fishing vessel licences, it is not the Minister's issuing authority which is in dispute, it is the scope of his authority to attach terms and conditions to the licences. As has been noted, under the *Fisheries Act*, the Minister is given authority to issue fishing licenses, "in his absolute discretion."¹⁵ Nothing is expressly said in the *Fisheries Act*, however, about the scope of his authority to attach terms and conditions to such licences.

a) Statutory Provisions

¹³ *Magnuson Fishery Conservation and Management Act*, 16 U.S.C. § 1801-1858 (1988).

¹⁴ *An Act to amend the Coastal Fisheries Protection Act*, S.C. 1994, c. 14.

¹⁵ *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7.

Les pouvoirs de subdélégation mal définis sont, depuis longtemps, mal perçus en droit et interprétés de façon restrictive. La prise de décisions par des subdélégués, fondée sur des pouvoirs larges et mal définis, peut trop souvent mener aux véritables raisons pour lesquelles une décision n'est pas claire (bien que ce ne soit pas le cas en l'espèce); en outre, il est trop facile d'exercer ces pouvoirs de façon inéquitable.

À titre d'ajout aux arguments concernant les licences, je souligne qu'il ne m'est pas apparu nécessaire d'examiner l'argument des défendeurs fondé sur la loi des États-Unis intitulée Magnuson Act¹³. Cette loi ne me semble pas pertinente aux fins de l'interprétation de notre Loi et de notre Règlement. En outre, aucun élément de preuve n'indique que le Canada a cherché à obtenir des États-Unis un traitement réciproque semblable au traitement en litige. Non seulement je n'ai pas examiné l'argument concernant le Magnuson Act, mais je n'ai pas examiné non plus l'argument des demandeurs concernant les récentes modifications apportées à la Loi, lesquelles modifications prévoient expressément l'exclusion de certaines catégories de bateaux de pêche étrangers (selon la nationalité) en ce qui a trait à la pêche de poissons chevauchants sur la côte est¹⁴. Je ne suis pas convaincue que cet argument est pertinent quant aux questions dont je suis saisie.

Conditions relatives aux permis de pêche

Dans le cas des permis relatifs aux bateaux de pêche canadiens, ce n'est pas le pouvoir du ministre en matière de délivrance qui est contesté, mais plutôt la portée du pouvoir d'assortir lesdits permis de conditions. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, en vertu de la *Loi sur les pêches*, le ministre a le pouvoir de délivrer des permis de pêche «à discrétion»¹⁵. Cependant, la *Loi sur les pêches* ne renferme aucune disposition énonçant expressément la portée du pouvoir du ministre d'assortir ces permis de conditions.

a) Dispositions législatives

¹³ *Magnuson Fishery Conservation and Management Act*, 16 U.S.C. § 1801-1858 (1988).

¹⁴ *Loi modifiant la Loi sur la protection des pêches côtières*, L.C. 1994, ch. 14.

¹⁵ *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7.

Section 43 of the *Fisheries Act* authorizes the Governor in Council to make regulations for carrying out the purposes and provisions of that Act, including issuing regulations:

43. . . .

(a) for the proper management and control of the sea-coast and inland fisheries;

(b) respecting the conservation and protection of fish;

(c) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;

(f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

(g) respecting the terms and conditions under which a licence and lease may be issued;

(j) respecting the export of fish or any part thereof from Canada;

(l) prescribing the powers and duties of persons engaged or employed in the administration or enforcement of this Act and providing for the carrying out of those powers and duties; . . . [Underlining added.]

(b) Regulations

Pursuant to the authority given under section 43 of the *Fisheries Act*, the Governor in Council issued the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53. Subsection 22(1) (as amended by SOR/93-333, s. 4) thereof provides:

22. (1) For the proper management and control of fisheries and the conservation and protection of fish, the Minister may specify in a licence any condition that is not inconsistent with these Regulations or any of the Regulations listed in subsection 3(4) and in particular, but not restricting the generality of the foregoing, may specify conditions respecting any of the following matters:

(a) the species of fish and quantities thereof that are permitted to be taken or transported;

(b) the age, sex, stage of development or size of fish that are permitted to be taken or transported;

(c) the waters in which fishing is permitted to be carried out;

(d) the location from which and to which fish is permitted to be transported;

(e) the vessel from which and to which fish is permitted to be transhipped;

(f) the period during which fishing or transporting fish is permitted to be carried out;

L'article 43 de la *Loi sur les pêches* autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements d'application de la Loi, y compris des règlements:

43. . . .

a) concernant la gestion et la surveillance judiciaires des pêches en eaux côtières et internes;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;

f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;

g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux;

j) concernant l'exportation de poisson;

l) prescrivant les pouvoirs et fonctions des personnes chargées de l'application de la présente loi, ainsi que l'exercice de ces pouvoirs et fonctions; . . . [Non souligné dans l'original.]

b) Règlement

Conformément au pouvoir conféré par l'article 43 de la *Loi sur les pêches*, le gouverneur en conseil a adopté le *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53. Le paragraphe 22(1) (modifié par DORS/93-333, art. 4) de ce Règlement prévoit ce qui suit:

22. (1) Pour une gestion et une surveillance judiciaires des pêches et pour la conservation et la protection du poisson, le ministre peut indiquer sur un permis toute condition compatible avec le présent règlement et avec les règlements énumérés au paragraphe 3(4), notamment une ou plusieurs des conditions concernant ce qui suit:

a) les espèces et quantités de poissons qui peuvent être prises ou transportées;

b) l'âge, le sexe, l'étape de développement ou la taille des poissons qui peuvent être pris ou transportés;

c) les eaux dans lesquelles la pêche peut être pratiquée;

d) les endroits à partir desquels ou vers lesquels le poisson peut être transporté;

e) les bateaux à partir desquels ou vers lesquels le poisson peut être transbordé;

f) la période pendant laquelle la pêche peut être pratiquée ou le transport du poisson peut être effectué;

(m) the location and times at which landing of fish from the vessel is permitted; [Underlining added.]

m) l'endroit et le moment où le poisson peut être débarqué;
[Non souligné dans l'original.]

c) Minister's Decision

Prior to the 1992 fishing season the conditions which were attached to groundfish trawl licences by the Minister allowed the licence holders to choose among a number of landing options (hake is a species of groundfish). One of these allowed the catch to be delivered at designated locations in the United States. In addition, as has been noted, there was nothing preventing the Canadian fishing vessels from moving outside Canadian waters and selling over-the-side to U.S. fish processing vessels located on the other side of the Canada—United States boundary. As has also been noted, the U.S. processing vessels, whose owners are plaintiffs in this case, received hake from Canadian fishing vessels in this manner.

Section 8 of the conditions which are attached to the Canadian fishing vessel licences, by the Minister, was subsequently amended to effectively prevent this activity and to prevent the landing of hake at United States ports:

Section 8 under the heading "Location permitted for landing of fish" is amended by replacing paragraph (d) with the following:

All Pacific hake caught outside of the Exemption Area shall be:

- (i) transhipped to a foreign fishing vessel licensed under the *Coastal Fisheries Protection Regulations* to take on board the fish; or
- (ii) landed at one of the following locations:
Hi-To Fisheries, Government Wharf, Sooke
Johnston Fishing & Packing Ltd., Port Hardy
SM Products Ltd., Ladner
Pacific Coast Processors, Ucluelet
North Sea Products Ltd., Vancouver
Ucluelet Seafood Processors Ltd., Ucluelet

d) Limitations on Minister's Authority to Attach Terms and Conditions to Licences Arising as a Result of Powers Conferred on the Governor in Council

The plaintiffs' argument is based on the decisions in *R. v. Tenale et al.* (1982), 145 D.L.R. (3d) 521

a c) Décision du ministre

Avant la saison de pêche de 1992, selon les conditions que le ministre avait imposées à l'égard des permis de pêche au chalut de poisson de fond, le titulaire de permis pouvait choisir parmi un certain nombre de possibilités en matière de débarquement (le merlu est une espèce de poisson de fond). Selon l'une de ces options, la prise pouvait être livrée à certains endroits désignés des États-Unis. En outre, tel qu'il est mentionné plus haut, aucune règle n'empêchait les bateaux de pêche canadiens de sortir des eaux canadiennes et de vendre leurs prises directement en mer à des bateaux de traitement du poisson américains situés de l'autre côté de la frontière canado-américaine. C'est de cette façon que les bateaux de traitement américains, dont les propriétaires sont parties demandereses en l'espèce, ont reçu du merlu des bateaux de pêche canadiens.

L'article 8 des conditions que le ministre a imposées à l'égard des permis accordés aux bateaux de pêche canadiens a subséquemment été modifié de façon à interdire cette activité ainsi que le débarquement du merlu aux ports américains:

[TRANSDUCTION] L'article 8, intitulé «Endroits où le poisson peut être débarqué», est modifié, l'alinéa d) étant remplacé par ce qui suit:

Le merlu du Pacifique pêché en dehors de la zone d'exemption

- (i) est transbordé vers un bateau de pêche étranger autorisé aux termes du *Règlement sur la protection des pêcheries côtières* à embarquer le poisson;
- (ii) est débarqué à l'un ou l'autre des endroits suivants:
Hi-To Fisheries, Government Wharf, Sooke
Johnston Fishing & Packing Ltd., Port Hardy
SM Products Ltd., Ladner
Pacific Coast Processors, Ucluelet
North Sea Products Ltd., Vancouver
Ucluelet Seafood Processors Ltd., Ucluelet

d) Restrictions touchant le pouvoir du ministre d'assortir les permis de conditions en raison des pouvoirs conférés au gouverneur en conseil

L'argument des demandeurs est fondé sur les décisions rendues dans les affaires *R. v. Tenale et al.*

(B.C.C.A.); *Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al., Re.* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.); affd [1988] 2 S.C.R. 1045; *R. v. Mark* [[1989] B.C.J. No. 962 (QL)] (May 12, 1989, Prince Rupert Co. Ct. Nos. 10467 and 10997 unreported) and *R. v. Roach* [[1991] B.C.J. No. 751 (QL)] (March 22, 1991, B.C.C.A. Nos. CA010739 and CA010936, not reported). As has been noted above, with respect to the permits to enter Canadian waters, I do not find the characterization of decisions as being legislative or administrative a particularly helpful one. At the same time this distinction is repeatedly referred to in the jurisprudence, discussed below.

In *R. v. Tenale et al.*, paragraph 34(m) of the *Fisheries Act* [R.S.C. 1970, c. F-14] (now paragraph 43(m) [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 12]) was in issue. Paragraph 34(m) provided that the Governor in Council could make regulations “authorizing a person engaged or employed in the administration or enforcement of . . . [the] Act to vary any close time or fishing quota that has been fixed by the regulations.” This was held not to be broad enough to allow a Minister to issue an order prohibiting fishing in certain specified waterways during specified periods of time.¹⁶ The British Columbia Court of Appeal held that neither paragraph 34(m) nor any other provision of section 34 contemplated that the Governor in Council would pass on the authority to make such an order to a subdelegate. Authority to make this kind of decision was reserved to the Governor in Council.

In *Peralta*, paragraph 34(g) [as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 4] (now paragraph 43(g) of the *Fisheries Act*) was in issue. Paragraph 34(g) provided that the Governor in Council could make regulations

¹⁶ The Minister’s order in question read:

No person shall, from April 1 to June 30, fish for, catch, kill, or have in possession a fish in or from a stream in Region 5 other than the Chilcotin River, Chilko River, Chimney Creek below Brunson Lake, Fraser River, Quesnel River below Quesnel Forks, Baker Creek below Pinnacle Provincial Park, Williams Lake Creek and all streams in MU’s 5-7, 5-8, 5-9 and 5-11.

(1982), 145 D.L.R. (3d) 521 (C.A.C.-B.); *Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al., Re.* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.); conf. par [1988] 2 R.C.S. 1045; *R. v. Mark* [[1989] B.C.J. n° 962 (QL)], Cour de comté de Prince Rupert nos 10467 et 10997, 12 mai 1989, décision inédite), et *R. v. Roach* [[1991] B.C.J. n° 751 (QL)] (22 mars 1991, C.A.C.-B. nos CA010739 et CA010936, décisions inédites). Tel qu’il est mentionné plus haut, en ce qui a trait aux licences autorisant les bateaux à pénétrer dans les eaux canadiennes, il ne m’apparaît pas utile de déterminer si les décisions sont de nature législative ou administrative. Cependant, cette distinction est répétée à maintes reprises dans la jurisprudence commentée ci-après.

Dans l’affaire *R. v. Tenale et al.*, le litige portait sur l’alinéa 34(m) de la *Loi sur les pêches* [S.R.C. 1970, ch. F-14] (maintenant l’alinéa 43(m) [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 12]). Cette disposition prévoyait que le gouverneur en conseil pouvait prendre des règlements «autorisant une personne engagée ou employée à l’administration ou l’application . . . [la] loi à modifier une période de temps prohibé ou la quantité maximum de poisson qu’il est permis de prendre, que les règlements ont fixées». La Cour a jugé que cette disposition n’était pas suffisamment large pour permettre à un ministre de délivrer une instruction interdisant la pêche dans certains cours d’eau au cours de certaines périodes¹⁶. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé que ni l’alinéa 34(m) non plus que quelque autre disposition de l’article 34 ne permettaient implicitement au gouverneur en conseil de transférer le pouvoir de délivrer cette instruction à un subdélégué. Le pouvoir de prendre ce type de décision était réservé au gouverneur en conseil.

L’affaire *Peralta* portait, pour sa part, sur l’alinéa 34(g) [mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 17, art. 4] (maintenant l’alinéa 43(g) de la *Loi sur les pêches*), qui autorisait le gouverneur en conseil à prendre des

¹⁶ Voici le texte de l’instruction du ministre:

[TRADUCTION] Du 1^{er} avril au 30 juin, nul ne peut prendre, pêcher ou tuer un poisson se trouvant dans un cours d’eau de la région 5, sauf la rivière Chilcotin, la rivière Chilko, le ruisseau Chimney sous le lac Brunson, le fleuve Fraser, la rivière Quesnel sous les fourches Quesnel, le ruisseau Baker sous le parc provincial Pinnacle, le ruisseau du lac Williams et tous les cours d’eau se trouvant dans les MU 5-7, 5-8, 5-9 et 5-11, ni en avoir la possession.

“respecting the terms and conditions under which a . . . licence may be issued.” The Ontario Court of Appeal held that pursuant to that paragraph, the Minister could impose fishing quotas in individual fishing licences, for specific species. It was held that since the paragraph allowed the Governor in Council to make regulations “respecting” the terms and conditions under which a licence might be issued, authority with respect thereto could be subdelegated. This was distinguished from authority given to the Governor in Council to “prescribe” or “fix” terms and conditions. In those cases it was held that only the Governor in Council could exercise the authority. The paragraph was interpreted as allowing a subdelegation of administrative authority.¹⁷ In *Peralta*, the Court of Appeal noted that the Governor in Council had not abdicated all his power to the Minister for he had set general conditions applicable to commercial

¹⁷ It is difficult to accept that Parliament intended that the Governor in Council administer in detail the myriad of situations existing across Canada from the suburban areas to the remote north. If the respondents are right, the Governor in Council, in administering the regulations in the instant case, would be expected to allocate the thousands of individual quotas within the over-all maximum quota it had set with relation to yellow pickerel as well as divide up the various water areas.

It is of interest to note that before the amendment changing the word “prescribing” to “respecting” in para. 34(g), when the other paragraphs at that time used the word “respecting”, the French language version of both “respecting” and “prescribing” was the single word “concernant”. The word “concernant” was also used to introduce the French language version of s. 34(a) which reads in English “for the proper management and control of the seacoast and inland fisheries”. In using the same word “concernant” throughout, it reinforces my view that it was always the intention of Parliament that the Governor in Council would have the power to subdelegate under paras. 34(a) to (k), even though the word “prescribing” was originally used in para. 34(g) and had to be changed.

The use of the word “respecting” allows for a delegation of the administration of the regulations.

Be that as it may, the basic question which has to be determined under this heading is whether the powers delegated to the Minister under the *Ontario Fishery Regulations* are administrative or legislative.

As the Divisional Court judge pointed out, there is sometimes a fine line to be drawn between whether the powers being exercised are legislative or administrative. S. A. de

(Continued on next page)

règlements «concernant les modalités selon lesquelles un . . . permis peut être délivré». La Cour d'appel de l'Ontario a statué que, aux termes de cette disposition, le ministre pouvait imposer à l'égard de permis de pêche individuels des quotas de pêche touchant certaines espèces déterminées. La Cour a jugé que, comme la disposition permettait au gouverneur en conseil de prendre des règlements «concernant» les conditions dont un permis pouvait être assorti, le pouvoir s'y rapportant pouvait faire l'objet d'une subdélégation. Une distinction a été faite entre ce pouvoir et celui de «prescrire» ou de «fixer» des conditions qui est conféré au gouverneur en conseil. Dans les affaires concernant ce dernier cas, il a été décidé que seul le gouverneur en conseil pouvait exercer le pouvoir. Cet alinéa a été considéré comme une disposition permettant une subdélégation d'un pouvoir administratif¹⁷. Dans l'affaire *Peralta*, la

¹⁷ [TRADUCTION] Il est difficile de reconnaître que le Parlement désirait que le gouverneur en conseil administre la kyrielle de situations existant un peu partout au Canada, depuis les régions des banlieues jusqu'aux endroits éloignés du nord. Si les intimés ont raison, cela signifierait que, dans le cadre de l'administration du règlement en l'espèce, le gouverneur en conseil devrait répartir les milliers de quotas individuels à l'intérieur du quota maximal qu'il avait fixé à l'égard du doré et diviser les différentes zones aquatiques.

Il convient de souligner qu'avant que le mot «prescribing» de la version anglaise de l'alinéa 34g) soit remplacé par le mot «respecting», qui était utilisé dans tous les autres alinéas de cette disposition à l'époque, ces deux mots étaient rendus par le mot «concernant» dans la version française. Le mot «concernant» a également été utilisé dans les mots introductifs de l'alinéa 34a): «concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches en eaux côtières et internes». L'utilisation constante du mot «concernant» me convainc encore plus que le Parlement a toujours désiré permettre au gouverneur en conseil de subdéléguer certains pouvoirs aux termes des alinéas 34a) à 34k), même si le mot «prescribing» a été utilisé à l'origine à l'alinéa 34g) et a dû être remplacé.

L'utilisation du mot «respecting» (concernant) permet une délégation de l'administration du règlement.

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, la question fondamentale qui doit être tranchée sous cette rubrique est celle de savoir si les pouvoirs délégués au ministre aux termes du *Règlement sur les pêches de l'Ontario* sont des pouvoirs de nature administrative ou législative.

Comme le juge de la Cour divisionnaire l'a souligné, il s'agit parfois d'une distinction fort ténue. Voici comment S. A. de Smith s'exprime à ce sujet dans son ouvrage intitulé

(Suite à la page suivante)

fishing to gill-nets and trawl-nets, established global quotas for commercial fishing of particular species from particular waters, and set minimum sizes. It was within that framework that the Minister had acted imposing individual quotas, in individual licences, with respect to the individual species. The Supreme Court affirmed that decision for the reasons given by the Court of Appeal.

(Continued from previous page)

Smith in his *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. (1980), states (p. 71):

A distinction often made between legislative and administrative acts is that between the general and the particular. A legislative act is the creation and promulgation of a general rule of conduct without reference to particular cases; an administrative act cannot be exactly defined, but it includes the adoption of a policy, the making and issue of a specific direction, and the application of a general rule to a particular case in accordance with the requirements of policy or expediency or administrative practice.

As I said earlier, it cannot have been the intention of Parliament that the Governor in Council would have the obligation to issue individual licences with individual quotas to thousands of commercial fishermen, with regard to the different areas of the large lakes being fished, having set out in part at least the maximum total quotas for the individual species and set out generally the waters from which they might be taken.

Dickson J. also quoted (p. 147 D.L.R., p. 312 N.R.) from 1 Hals., 4th ed., p. 7, para. 4, under the title "Administrative Law" as follows:

"The functions of government are classified as legislative; executive or administrative; judicial; and ministerial . . . executive and administrative acts entail the formulation or application of general policy in relation to particular situations or cases, or the making or execution of individual discretionary decisions . . ."

The action of the Minister in fixing the individual quotas for commercial fishermen for particular waters "was the application of general policy in relation to particular situations or cases" in the province. That action was, accordingly, administrative and did not fall within the ban on interdelegation of legislative power: see also *Desrosiers v. Thinel*, [1962] S.C.R. 515, at pp. 517-8, 519. [At pp. 716-717; 728-729.]

Cour d'appel a souligné que le gouverneur en conseil n'avait pas transféré la totalité de son pouvoir au ministre, car il avait énoncé des conditions générales applicables à la pêche commerciale au chalut et au filet maillant, fixé des quotas globaux à l'égard de la pêche commerciale de certaines espèces dans certains cours d'eau et établi des dimensions minimales. C'est dans ce contexte que le ministre avait imposé dans des permis individuels des quotas individuels à l'égard des espèces individuelles. La Cour suprême a

(Suite de la page précédente)

Judicial Review of Administrative Action, 4th ed. (1980) (p. 71):

[TRADUCTION] Une distinction qui est souvent faite entre les actes législatifs et les actes administratifs est une distinction entre les mesures générales et les mesures particulières. Un acte législatif est un acte qui consiste à créer et à promulguer une règle de conduite générale sans faire allusion à des cas particuliers; un acte administratif ne peut être défini avec exactitude, mais il comprend l'adoption d'une politique, la formulation et l'adoption d'une directive précise et l'application d'une règle générale à un cas particulier conformément aux exigences liées à la politique, à la convenance ou à la pratique administrative.

Comme je l'ai déjà mentionné, le Parlement ne peut avoir eu l'intention d'obliger le gouverneur en conseil à délivrer des permis individuels comportant des quotas individuels à des milliers de pêcheurs commerciaux pour toutes les régions des grands lacs exploitées, après avoir fixé, du moins en partie, les quotas totaux à l'égard des espèces individuelles et indiqué, de façon générale, les cours d'eau dans lesquels les poissons pouvaient être pêchés.

Le juge Dickson a également cité (p. 147 D.L.R., p. 312 N.R.) un extrait de Hals, 4th ed., p. 7, par. 4, intitulé «Administrative Law»:

[TRADUCTION] «Les fonctions du gouvernement appartiennent à trois catégories: les fonctions législatives, les fonctions exécutives ou administratives et les fonctions judiciaires. Les fonctions exécutives et administratives du ministre sous-entendent la formulation ou l'application d'une politique générale à l'égard de certains cas ou situations ou l'adoption ou l'application de décisions discrétionnaires individuelles . . .»

L'établissement par le ministre de quotas individuels à l'égard des pêcheurs commerciaux pour certains cours d'eau constituait «l'application d'une politique générale à l'égard de certains cas ou situations» dans la province. Par conséquent, cette mesure était administrative et n'était pas visée par l'interdiction touchant l'interdélégation d'un pouvoir législatif: voir également l'arrêt *Desrosiers v. Thinel*, [1962] R.C.S. 515, aux pages 517, 518 et 519. [Aux pp. 716 et 717; 728 et 729.]

The more recent *Mark* and *Roach* cases apply the *Tenale* and *Peralta* decisions. In *Mark* (No. 10467), it was held that paragraph 34(g) did not authorize the Minister to make it a condition of a fishing licence that the licence holder had to record in his log records the management sub-areas in which he was fishing. In *Mark* (No. 10997), it was held that the Minister did not have authority to make it a condition of a fishing licence that the licence holder report his catch by radio-telephone (a hail report). Section 48 of the *Fisheries Act* provides for the reporting of catch data and the terms set out therein provided for a different system of reporting than was set out in the licences. In addition the Court found that the conditions in the licences were general rules of conduct applicable to all licence holders and this amounted to the imposition of an obligation on all licence holders—the exercise of a legislative function which could not be subdelegated without express authority. In the *Roach* (CA010739) and *Mark* (CA010936) cases, the British Columbia Court of Appeal upheld the finding that the conditions respecting log records and hail reports could not be attached by the Minister as conditions to fishing licences. It was held that the regulation which authorized the Minister to attach “any other terms and conditions,” that is other than those provided for by regulation, was an *ultra vires* sub-delegation of power.

I turn then to assess the conditions which the Minister has added to the hake trawl fishing licences in the light of this jurisprudence.

I do not think I need to consider the *Mark* and *Roach* cases. While those cases commented on the scope of authority granted to the Minister (administrative and not legislative), the main focus was that the conditions which were being imposed by the Minister went beyond, and were arguably different from, the conditions required, for reporting a catch,

confirmé cette décision pour les motifs exprimés par la Cour d’appel.

Les décisions rendues dans les affaires *Tenale* et *Peralta* ont été appliquées dans les jugements plus récents des affaires *Mark* et *Roach*. Dans l’affaire *Mark* (n° 10467), la Cour a décidé que l’alinéa 34g) n’autorisait pas le ministre à ajouter dans le permis de pêche une condition obligeant le titulaire du permis à inscrire dans ses registres les sous-régions dans lesquelles il faisait de la pêche. Dans l’affaire *Mark* (n° 10997), la Cour a décidé que le ministre n’avait pas le pouvoir d’ajouter dans le permis de pêche une condition selon laquelle le titulaire du permis devait signaler sa prise au moyen d’un rapport radio des prises. La communication des données sur la prise est prévue à l’article 48 [mod. par L.C. 1988, ch. 2, art. 67] de la *Loi sur les pêcheries* et les conditions énoncées dans cette disposition prévoient un système de déclaration différent de celui qui est décrit dans les permis. De plus, la Cour a jugé que les conditions des permis étaient des règles de conduite générales applicables à tous les titulaires de permis et avaient pour effet de leur imposer à tous une obligation, ce qui constituait l’exercice d’une fonction législative qui ne pouvait pas faire l’objet d’une subdélégation en l’absence d’un pouvoir explicite à cette fin. Dans les affaires *Roach* (CA010739) et *Mark* (CA010936), la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé la conclusion selon laquelle le ministre ne pouvait assortir les permis de pêche des conditions relatives aux journaux de pêche et aux rapports radio des prises. La Cour a ajouté que la disposition du règlement qui autorisait le ministre à imposer «toute autre condition», c’est-à-dire des conditions autres que celles qui sont prévues par règlement, constituait une subdélégation de pouvoir inconstitutionnelle.

J’en arrive maintenant à une évaluation des conditions que le ministre a ajoutées aux permis de pêche au merlu à la lumière de cette jurisprudence.

Il ne m’apparaît pas nécessaire d’examiner les arrêts *Mark* et *Roach*. Même s’ils comportaient des commentaires sur l’étendue du pouvoir accordé au ministre (pouvoir administratif et non législatif), les éléments essentiels des décisions étaient les suivants: les conditions imposées par le ministre allaient au-delà et étaient probablement différentes des condi-

found in the *Fisheries Act* itself. It is trite law that delegated authority, be it legislative or administrative, cannot be used to derogate from the terms of the empowering Act unless such authority is expressly given.

Thus, it is the *Tenale* and the *Peralta* decisions which I must consider. The *Peralta* decision being later in time and having been confirmed by the Supreme Court of Canada, I shall consider it as being the more pertinent. In addition, it relates to the identical provision under consideration in this case, paragraph 43(g) of the *Fisheries Act*.

In my view the conditions which are attached to the licences in this case fit within the *Peralta* decision. Counsel for the plaintiffs' argument amounts to a requirement that the Minister deal with each licence individually and designate specific landing locations for each vessel different from the specific landing locations for other vessels. It is argued that this would be an administrative decision and properly the subject of subdelegation. I am not persuaded that such a degree of detail is required. The licence conditions relate to only the hake fishery. The licence holders are obliged to choose between landing options and each set of conditions relates to a subset of hake licence holders. The licence holders apply on an individual basis for an exemption which allows them to deliver fish to foreign licensed processing vessels. The power granted to the Governor in Council is framed as a power "respecting" the terms and conditions of a licence. I am persuaded that the landing conditions on their face are a valid exercise of the authority which has been subdelegated to the Minister.

e) Minister's Authority Used for an Extraneous Purpose

I turn then to the argument that even if the Minister was properly delegated authority he exercised that authority improperly in this case because he exercised it for the purpose of excluding transfers to U.S. land-based locations and U.S. fish processing vessels,

tions énoncées dans la *Loi sur les pêches* elle-même en ce qui a trait à la communication des données relatives à une prise. Il est reconnu qu'il est interdit d'utiliser le pouvoir délégué, qu'il soit de nature législative ou administrative, pour violer les dispositions de la *Loi habilitante*, sauf si ce pouvoir est conféré de façon explicite.

Ce sont donc les décisions rendues dans les affaires *Tenale* et *Peralta* que je dois examiner. Comme cette dernière a été rendue plus tard et qu'elle a été confirmée par la Cour suprême du Canada, j'estime qu'elle est la plus pertinente. En outre, elle concerne la disposition même qui fait l'objet du présent litige, soit l'alinéa 43g) de la *Loi sur les pêches*.

À mon avis, les conditions dont les permis sont assortis en l'espèce sont visées par la décision rendue dans l'affaire *Peralta*. L'argument de l'avocat des demandeurs a pour effet d'exiger que le ministre délivre chaque permis et désigne des endroits de débarquement précis pour chaque bateau, lesquels endroits seront différents des autres endroits désignés pour d'autres bateaux. Selon l'avocat, cette décision serait une décision administrative qui pourrait faire l'objet d'une subdélégation. Je ne suis pas convaincue que ce degré de spécificité soit nécessaire. Les conditions des permis concernent uniquement la pêche au merlu. Les titulaires de permis doivent choisir entre les différentes options en matière de débarquement et chaque ensemble de conditions concerne une sous-catégorie de titulaires de permis de pêche au merlu. Les titulaires de permis demandent individuellement une exemption les autorisant à livrer leur poisson à des bateaux de traitement étrangers. Le pouvoir accordé au gouverneur en conseil est un pouvoir «concernant» les conditions d'un permis. Je suis convaincue qu'à première vue, les conditions imposées au sujet du débarquement constituent un exercice valable du pouvoir qui a été conféré au ministre par voie de subdélégation.

e) Utilisation du pouvoir du ministre à une fin non pertinente

J'examine maintenant l'argument selon lequel, même si le pouvoir que le ministre a exercé lui a été délégué en bonne et due forme, il a exercé ce pouvoir de façon inappropriée en l'espèce, parce qu'il l'a fait dans le but d'interdire les transferts à des établisse-

for reasons unrelated to the specific purposes of the *Fisheries Act*. It is argued that the conditions in the licences do not have as their purpose “the proper management and control of fisheries and the conservation and protection of fish.” The conditions were imposed, it is argued, to put political pressure on the United States government and are unrelated to the specific characteristics or past conduct of the U.S. processing vessels. In addition, the landing conditions contravene NAFTA and FTA, about which more will be said later.

I note first of all that paragraph (m) of subsection 22(1) of the *Fishery (General) Regulations* specifically grants the Minister power to designate the locations at which fish may be landed. Paragraphs (d) and (e) grant authority to put conditions in licences respecting the transshipment of and locations between which fish may be transported. On the basis of decisions such as that in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, and *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.), if the actions of the Minister can be justified as having proceeded in consideration of relevant matters, even though based in part on some irrelevant and less relevant matters, the exercise of authority will be found to be valid.

In any event, in this case, even if the Minister’s motive in requiring landing in Canada was for reasons outside the purposes of his authority, the plaintiffs are not helped thereby. As I understand the evidence, they do not want landings to take place at land-based locations within the United States but to their processing vessels. Subsequent to argument before me I noticed that section 32 of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 states:

32. No person shall trans-ship any fish from a Canadian fishing vessel to a foreign fishing vessel unless that foreign fishing vessel is licensed under the *Coastal Fisheries Protection Regulations* to take on board the fish. [Underlining added.]

ments situés aux États-Unis ainsi qu’à des bateaux de traitement américains pour des raisons non liées aux objets précis de la *Loi sur les pêches*. Les demandeurs soutiennent que les conditions des permis ne visent pas à assurer [TRADUCTION] «une gestion et une surveillance judicieuses des pêches et . . . la conservation et la protection du poisson». Les conditions auraient été imposées pour faire pression auprès du gouvernement des États-Unis et ne sont pas liées aux caractéristiques précises ou à la conduite antérieure des bateaux de traitement américains. En outre, les conditions de débarquement vont à l’encontre de l’ALENA et de l’ALE, dont il sera question plus loin.

Je souligne d’abord que l’alinéa m) du paragraphe 22(1) du *Règlement de pêche (dispositions générales)* accorde explicitement au ministre le pouvoir de désigner les endroits à partir desquels ou vers lesquels le poisson peut être débarqué. Les alinéas d) et e) lui permettent d’imposer dans les permis des conditions concernant le transbordement du poisson et les endroits entre lesquels le poisson peut être transporté. Compte tenu de décisions semblables aux arrêts *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, et *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.), s’il peut être établi que la décision du ministre était fondée sur des facteurs pertinents, l’exercice du pouvoir sera jugé valable, même si la décision en question reposait sur certaines considérations plus ou moins pertinentes.

À tout événement, même si, dans le cas qui nous occupe, la raison pour laquelle le ministre a exigé le débarquement au Canada n’était pas liée aux objets du pouvoir dont il était investi, les demandeurs ne sont pas plus favorisés pour autant. D’après la preuve présentée, ils veulent que le débarquement ait lieu, non pas dans des établissements situés aux États-Unis, mais plutôt sur leurs bateaux de traitement. Après avoir entendu les plaidoiries en l’espèce, j’ai examiné attentivement le texte de l’article 32 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53:

32. Il est interdit de transborder des poissons d’un bateau de pêche canadien à un bateau de pêche étranger à moins que celui-ci ne soit autorisé à prendre ce poisson à son bord en vertu du *Règlement sur la protection des pêcheries côtières*. [Non souligné dans l’original.]

Section 32 is found in Part IV of the *Fishery (General) Regulations*. Section 3, as amended by SOR/94-296, s. 1, describes the scope of applicability of Parts I to VIII. The provisions found in those Parts apply to:

3. . . .

(a) fishing and related activities in Canadian fisheries waters off the Atlantic, Pacific and Arctic coasts;

(b) fishing and related activities in the provinces of Nova Scotia, New Brunswick, British Columbia, Prince Edward Island and Newfoundland and in the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(c) fishing and related activities carried out in waters other than Canadian fisheries waters from vessels subject to the jurisdiction of Canada. [Underlining added.]

As I read section 32 in the light of section 3, the prohibition against transferring fish over-the-side to unlicensed vessels is not merely imposed as a result of the conditions attached to the fishing licences by the Minister but is also imposed directly by the Governor in Council by regulation. I must note that neither counsel for the plaintiffs nor counsel for the defendants initially interpreted section 32 of the *Fishery (General) Regulations* as I do. From representations recently received, however, I understand that counsel for the defendants now shares this view.

Counsel for the plaintiffs argues that section 32 can only apply in Canadian fisheries waters because it is only within those waters that Canada has jurisdiction to require that foreign vessels be licensed (obtain a permit). It is argued that the only foreign vessels who apply for and obtain permits under the *Coastal Fisheries Protection Act* are those that come into Canadian waters and, thus, section 32 only applies within Canadian fisheries waters. I am not convinced that this is relevant to the scope of application of section 32. A foreign vessel may hold a permit under the *Coastal Fisheries Protection Act* but not necessarily spend all its time within Canadian waters. It may be physically located, at times, outside those waters. There would be no reason why the transshipment of the fish could not take place outside those waters if it was practical to do so. I do not

L'article 32 se trouve dans la partie IV du *Règlement de pêche (dispositions générales)*. L'article 3, modifié par DORS/94-296, art. 1, décrit la portée de l'application des parties I à VIII. Les dispositions qui se trouvent dans ces parties s'appliquent:

3. . . .

a) à la pêche et aux activités connexes dans les eaux de pêche canadiennes situées au large des côtes de l'Atlantique, du Pacifique et de l'Arctique;

b) à la pêche et aux activités connexes dans les provinces de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve et dans le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest;

c) à la pêche et aux activités connexes pratiquées dans les eaux autres que les eaux de pêche canadiennes à partir de bateaux ressortissant à la compétence du Canada. [Non souligné dans l'original.]

Lorsque j'interprète l'article 32 en tenant compte de l'article 3, je constate que l'interdiction relative au transbordement des poissons directement en mer vers des bateaux non autorisés ne découle pas simplement des conditions que le ministre a ajoutées aux permis de pêche, mais qu'elle est aussi imposée directement par un règlement du gouverneur en conseil. Je dois souligner qu'aucun des avocats des parties n'a d'abord interprété l'article 32 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* comme je le fais. Cependant, d'après les observations écrites que j'ai récemment reçues, l'avocat des défendeurs semble maintenant souscrire à cette interprétation.

Selon l'avocat des demandeurs, l'article 32 ne peut s'appliquer que dans les eaux de pêches canadiennes, parce que c'est seulement dans ces eaux que le Canada peut exiger que les bateaux étrangers soient autorisés (qu'ils obtiennent une licence). Toujours selon l'avocat, les seuls bateaux étrangers qui demandent et obtiennent des licences aux termes de la *Loi sur la protection des pêches côtières* sont ceux qui viennent dans les eaux canadiennes, de sorte que l'article 32 ne s'applique qu'à l'intérieur des eaux de pêche canadiennes. Je ne suis pas convaincue que cet argument est pertinent aux fins de la portée de l'article 32. Un bateau étranger peut détenir une licence aux termes de la *Loi sur la protection des pêches côtières* sans passer nécessairement tout son temps à l'intérieur des eaux canadiennes. Il peut parfois se trouver physiquement en dehors de ces eaux. Il n'y a

understand why section 32 only applies within Canadian waters because only foreign vessels wishing to come into those waters apply for permits.

Counsel for the plaintiffs argues that section 32 can only be applicable to Canadian fisheries waters because sections 65 to 68 [as enacted by SOR/94-296, s. 2] found in Part XIII deal with transshipment of fish outside Canadian waters. I am not persuaded that the provisions are inconsistent. Section 32 deals with the transshipment of fish from a Canadian fishing vessel. This is prohibited unless the vessel to which the fish are transferred is licensed under the *Coastal Fisheries Protection Regulations*. Section 65 also deals with the transshipment of fish. It deals with transshipment outside Canadian waters by (or to) a vessel which is subject to the jurisdiction of Canada. Transshipment is prohibited unless a licence has been issued. Under both provisions transshipment is prohibited unless a licence has been granted. I have not been persuaded that section 65 operates so as to curtail the scope of section 32.

Counsel also argues that section 32 can only be interpreted as applicable to Canadian waters because if it is interpreted more broadly it would cover, for example, Canadian flag vessels fishing off the coast of another country under a licence from that country. I am not persuaded that this is a necessary result. The provision applies to "vessels subject to the jurisdiction of Canada." I have not been referred to any definition of that phrase but it would certainly seem, at least, to cover Canadian fishing vessels disposing of fish caught in Canadian waters which have been caught pursuant to a licence issued under the *Fisheries Act*. There is both jurisdiction over the person and over the subject-matter. I note as well that part of the regulation-making power given to the Governor in Council by section 43 of the *Fisheries Act* is the

aucune raison pour laquelle le transbordement du poisson ne pourrait avoir lieu en dehors de ces eaux, s'il était utile d'agir ainsi. Je ne comprends pas pourquoi l'article 32 s'applique seulement à l'intérieur des eaux canadiennes du fait que seuls des bateaux étrangers qui désirent pénétrer dans ces eaux demandent des licences.

^a L'avocat des demandeurs soutient que l'article 32 ne peut s'appliquer qu'aux eaux de pêche canadiennes parce que les articles 65 à 68 [édités par DORS/94-296, art. 2] qui se trouvent dans la partie XIII concernent le transbordement du poisson à l'extérieur des eaux canadiennes. Je ne suis pas convaincue que les dispositions sont incompatibles. L'article 32 concerne le transbordement de poisson depuis un bateau de pêche canadien. Ce transbordement est interdit, à moins que le bateau à bord duquel le poisson est transféré ne soit titulaire d'une licence conformément au *Règlement sur la protection des pêcheries côtières*. L'article 65 porte également sur le transbordement du poisson. Plus précisément, il concerne le transbordement à l'extérieur des eaux canadiennes depuis ou vers un bateau ressortissant à la compétence du Canada. Le transbordement est interdit, à moins qu'un permis n'ait été délivré. Les deux dispositions interdisent le transbordement à moins qu'un permis n'ait été accordé. Je ne suis pas convaincue que l'article 65 s'applique de façon à atténuer la portée de l'article 32.

^b L'avocat ajoute que l'article 32 ne peut s'appliquer qu'aux eaux canadiennes parce que, s'il était interprété de façon plus large, il couvrirait, par exemple, les bateaux battant pavillon canadien et pêchant au large de la côte d'un autre pays aux termes d'une licence obtenue de ce pays. À mon avis, tel ne serait pas nécessairement le cas. La disposition s'applique aux «bateaux ressortissant à la compétence du Canada». Aucune définition de cette expression ne m'a été citée, mais elle semble certainement couvrir, à tout le moins, les bateaux de pêche canadiens qui vendent le poisson pêché dans les eaux canadiennes conformément à un permis délivré aux termes de la *Loi sur les pêches*. Il y a compétence à la fois personnelle et matérielle. Je souligne également que le pouvoir de réglementation accordé au gouverneur en

authority to make regulations “(j) respecting the export of fish or any part thereof from Canada.”

The existence of section 32 in the *Fishery (General) Regulations*, it seems to me, is a complete answer to the plaintiffs’ arguments with respect to the invalidity of the licence conditions which the Minister has imposed.

Free Trade Argument

As has been noted, prior to the 1992 fishing season Canadian fishing vessels could move outside Canadian waters and deliver their catches of hake to U.S. processing vessels. With the changes to the landing conditions in the licences and, subsequently, in my view, the application of section 32 of the *Fishery (General) Regulations*, this was no longer possible. In the 1992 fishing season, the plaintiff owners of the U.S. processing vessels attempted to take delivery of stocks of hake, after they had been landed at a Canadian port. This was found to be uneconomic. Hake deteriorates rapidly and the delay occasioned by the off-landing and reloading made that procedure both uneconomic and impractical. It is argued that the cumulative effect of the refusal to issue permits allowing the U.S. processing vessels to enter Canadian waters together with the landing conditions attached to the Canadian fishing vessel licences offend the provision of the FTA and NAFTA. Indeed, it was argued that the landing conditions alone constitute such infringement.

a) Restrictions on Export

Provisions of both the FTA and NAFTA require that the signatory parties not impose export restrictions on goods destined for the territory of the other country(ies). Article 407, paragraph 1 of the FTA states:

Article 407 . . .

1. Subject to the further rights and obligations of this Agreement, the Parties affirm their respective rights and obligations under the *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)

conseil par l’article 43 de la *Loi sur les pêches* porte, en partie, sur le pouvoir de prendre des règlements «j) concernant l’exportation de poisson».

a À mon avis, l’existence de l’article 32 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* a pour effet de réfuter en entier les arguments des demandeurs quant à l’invalidité des conditions que le ministre a imposées à l’égard des permis.

b

Argument concernant le libre-échange

Tel qu’il est mentionné plus haut, avant la saison de pêche de 1992, les bateaux de pêche canadiens pouvaient se déplacer en dehors des eaux canadiennes et livrer leurs prises de merlu à des bateaux de traitement américains. Par suite des modifications apportées aux conditions de débarquement et, plus tard, de l’application de l’article 32 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, cette possibilité a été éliminée. Au cours de la saison de pêche de 1992, les parties demanderessees qui sont propriétaires des bateaux de traitement américains ont tenté de prendre livraison de stocks de merlu après le débarquement de ceux-ci à un port canadien. Cette activité a été jugée peu rentable. Le merlu se détériore rapidement et le retard occasionné par le débarquement et le rechargement rend cette démarche à la fois peu utile et peu rentable. Les demandeurs soutiennent que le refus de délivrer des licences autorisant les bateaux de traitement américains à pénétrer dans les eaux canadiennes et les conditions de débarquement dont les permis de pêche canadiens sont assortis ont cumulativement pour effet de violer les dispositions de l’ALE et de l’ALENA. En fait, les conditions de débarquement constitueraient à elles seules une violation de ces accords.

h

a) Restrictions à l’exportation

Selon les dispositions de l’ALE et de l’ALENA, les parties signataires ne peuvent imposer de restrictions touchant l’exportation des marchandises destinées au territoire de l’autre pays. Voici le texte de l’article 407, paragraphe 1 de l’ALE:

Article 407 . . .

1. Sous réserve des autres droits et obligations prévus au présent accord, les Parties confirment leurs droits et obligations respectifs en vertu de l’Accord général sur les tarifs dou-

j

with respect to prohibitions or restrictions on bilateral trade in goods.

GATT [*General Agreement on Tariffs and Trade*, October 30, 1947, [1948] Can. T.S. No. 31] Article XI is headed "General Elimination of Quantitative Restrictions." Paragraph (1) provides as follows:

1. No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.

Paragraph 1 of Article 309 of NAFTA states:

Article 309 . . .

1. Except as otherwise provided in this Agreement, no Party may adopt or maintain any prohibition or restriction . . . on the exportation or sale for export of any good destined for the territory of another Party, except in accordance with Article XI of the GATT . . .

I did not understand either counsel to suggest that the qualification in paragraph 1 of Article 407 of FTA "[s]ubject to the further rights and obligations of this agreement" or that in paragraph 1 of Article 309 of NAFTA "Except as otherwise provided in this agreement" are relevant for present purposes.

The plaintiffs' argument relies on a decision by a Canada-United States Trade Commission Panel (FTA Panel).¹⁸ The decision cited is *Canada—Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon* (1987-1988), BISD 355/98. That decision, in turn, makes reference to an earlier decision by the GATT Council. It found that Canada's prohibition of the export of unprocessed herring and salmon violated the provisions of GATT: it violated Article XI, paragraph 1 and was not justified by paragraph 2(b) of Article XI or sub-paragraph (g) of Part I of Article XX. Canada accepted that decision and agreed to remove the prohibitions against export but asserted

¹⁸ Established pursuant to chapter 18 of the FTA.

niers et le commerce (l'Accord général) en ce qui concerne les interdictions ou restrictions touchant leurs échanges bilatéraux de produits.

Le paragraphe (1) de l'article XI de l'Accord général [*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, [1948] R.T. Can. n° 31], intitulé «Élimination générale des restrictions quantitatives», prévoit ce qui suit:

1. Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douanes, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé.

Par ailleurs, le paragraphe 1 de l'article 309 de l'ALENA énonce que:

Article 309 . . .

1. Sauf disposition contraire du présent accord, aucune des Parties ne pourra adopter ou maintenir une interdiction ou une restriction à l'importation d'un produit d'une autre Partie ou à l'exportation ou à la vente pour exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre Partie, sauf en conformité avec l'article XI de l'Accord général, . . .

Aucun des avocats n'a donné à entendre que la restriction énoncée au paragraphe 1 de l'article 407 de l'ALE «Sous réserve des autres droits et obligations prévus au présent accord» ou au paragraphe 1 de l'article 309 de l'ALENA «Sauf disposition contraire du présent accord» est pertinente dans le présent litige.

L'argument des demandeurs est fondé sur une décision rendue par un groupe spécial de la Commission mixte du commerce canado-américain (groupe spécial formé en vertu de l'ALE)¹⁸. Il s'agit de la décision rendue dans *Canada—Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés* (1987-1988), IBDD S35/106. Dans cette décision, le groupe spécial cite une décision antérieure dans laquelle le Conseil de l'Accord général a conclu que l'interdiction imposée par le Canada quant à l'exportation de hareng et de saumon non traités allait à l'encontre des dispositions de l'Accord général, notamment de l'article XI, paragraphe 1, et n'était pas

¹⁸ Créé conformément au chapitre 18 de l'ALE.

that some landing requirements were necessary to meet conservation and management goals. Regulations were introduced to require the landing in Canada of all roe herring, sockeye and pink salmon caught commercially in Canadian waters. The FTA Panel in the *Canada-Measures* case, cited above, held that such conditions were incompatible with Article 407 of the FTA and were not justified as a conservation measure under Article 1201.

The requirement to land the fish in Canada was held to constitute a restriction on "sale for export." It imposed additional commercial burdens on U.S. purchasers as compared with those borne by Canadian purchasers. These arose as a result of the extra time involved in transporting the fish, the extra cost in landing and unloading, as well as possible dockage fees, and the product deterioration resulting from off-loading and reloading. All these factors, it was held, combined to place the U.S. processors at a competitive disadvantage in relation to their Canadian counterparts. The FTA Panel stated that where the primary effect of a measure is in fact the regulation of export transactions, the measure may be considered a restriction within the meaning of Article XI, paragraph 1 if it has the effect of imposing a materially greater commercial burden on exports than on domestic sales.

Counsel for the plaintiffs argues that that situation mirrors the present. In addition, he argues that the whole purpose of agreements such as the FTA and NAFTA is to remove commercial activity from the vagaries of politically motivated acts, which he

justifiée par le paragraphe 2b) de l'article XI ni par l'alinéa g) de la partie I de l'article XX. Le Canada a accepté cette décision et a convenu d'éliminer les interdictions touchant l'exportation, mais il a fait valoir que certaines restrictions concernant le débarquement étaient nécessaires pour assurer le respect des objectifs en matière de conservation et de gestion. Il a donc adopté un règlement exigeant le débarquement au Canada de toutes les prises commerciales de hareng plein, de saumon rouge et de saumon rose dans les eaux canadiennes. Dans l'affaire de *Canada—Mesures*, précitée, le groupe spécial de l'ALE a jugé que ces conditions étaient incompatibles avec l'article 407 de l'ALE et ne pouvaient être justifiées à titre de mesures de conservation aux termes de l'article 1201.

L'obligation de débarquer le poisson au Canada a été assimilée à une restriction touchant la «vente pour l'exportation». Elle avait pour effet d'imposer un fardeau commercial supplémentaire aux acheteurs américains comparativement à celui des acheteurs canadiens. En effet, il fallait tenir compte du temps supplémentaire lié au transport du poisson, des frais supplémentaires de débarquement et de chargement, des droits de bassin possibles ainsi que de la détérioration du produit par suite du débarquement et du rechargement. De l'avis du groupe spécial, tous ces facteurs plaçaient les entreprises de traitement américaines dans une situation concurrentielle moins avantageuse comparativement à celle des entreprises canadiennes. Le groupe spécial de l'ALE a ajouté que, lorsque la principale conséquence d'une mesure réside effectivement dans la réglementation des opérations d'exportation, la mesure peut être considérée comme une restriction au sens de l'article XI, paragraphe 1 si elle a pour effet d'imposer un fardeau commercial sensiblement plus élevé aux exportations comparativement à celui des ventes nationales.

L'avocat des demandeurs fait valoir que cette situation est semblable à celle qui nous occupe. Il ajoute que l'objet général d'accords comme l'ALE et l'ALENA est de soustraire l'activité commerciale aux caprices des actes motivés par des considérations

asserts is the cause of his clients' situation in this case.

b) FTA and NAFTA—Part of the Law of Canada

Counsel for the defendants argues that FTA and NAFTA are not part of Canadian law. Those agreements are implemented by the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65 (FTA Act) and the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, (NAFTA Act). In one case (the FTA Act), the whole text of the agreement is included as part of the statute, in the other, the agreement is incorporated by reference. This difference is not relevant. There is no provision in either Act which expressly states that the Agreements are part of Canadian domestic law. Section 8 of FTA and section 10 of NAFTA each state only that "[t]he Agreement is hereby approved."

Counsel for the defendants argues that sections 8 and 10 should be contrasted with provisions, for example, in the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20, the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, S.C. 1986, c. 21 and the *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41. The first two contain provisions which state that the relevant "Convention is approved and declared to have the force of law in Canada" (underlining added). The third also states that, with respect to certain articles of the relevant Convention, those articles shall "have the force of law in Canada in respect of all foreign states." Since there is no express declaration in the FTA Act or the NAFTA Act stating that the respective agreements are "declared to have the force of law in Canada" it is argued that they do not form part of Canadian domestic law.¹⁹

¹⁹ See A. E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making* (Toronto: Butterworths, 1968), at pp. 14-15; H. M. Kindred *et al.*, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 4th ed. (Toronto: Emond Montgomery, 1987), at p. 136; *Reference as to whether members of the Military or Naval Forces*

politiques qui, selon lui, sont à l'origine du problème de ses clients en l'espèce.

b) L'ALE et l'ALENA font partie de la législation canadienne

L'avocat des défendeurs allègue que l'ALE et l'ALENA ne font pas partie de la législation canadienne. Ces accords sont mis en œuvre par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. (1988), ch. 65 (Loi de l'ALE) et la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44 (Loi de l'ALENA). Dans le premier cas, tout le texte de l'accord est inclus dans la loi elle-même tandis que, dans l'autre, l'ALENA est intégré dans la loi par renvoi. Cette différence n'est pas pertinente. Aucune de ces deux Lois ne renferme une disposition énonçant expressément que les accords font partie de la législation canadienne. L'article 8 de l'ALE et l'article 10 de l'ALENA énoncent simplement que «[l'] Accord est approuvé».

L'avocat des défendeurs fait valoir que les articles 8 et 10 devraient être comparés à certaines dispositions énoncées, notamment, dans la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20, dans la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, ch. 21, et dans la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, ch. 41. Les deux premières lois renferment des dispositions énonçant que la «Convention est approuvée et a force de loi au Canada» (non souligné dans l'original). La troisième prévoit également que certains articles de la Convention concernée «sont applicables sur le territoire canadien à tous les États étrangers». Étant donné que la Loi de l'ALE et la Loi de l'ALENA ne renferment aucune disposition énonçant expressément que les accords respectifs «ont force de loi au Canada», l'avocat des défendeurs soutient que ces accords ne font pas partie de la législation canadienne¹⁹.

¹⁹ Voir A. E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making* (Toronto: Butterworths, 1968), aux p. 14 et 15; H. M. Kindred *et al.*, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 4^e édition (Toronto: Emond Montgomery, 1987), à la p. 136; *Reference as to whether members of the Military or*

Counsel for the plaintiffs, on the other hand, refers to the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, which contains no express declaration that that convention shall be part of Canadian law, and to the Kindred and Castel text, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, (4th ed.), at page 136. That text refers to the Geneva Convention as being part of the law of Canada. I note, as counsel for the defendants pointed out, that the *Geneva Conventions Act* directly incorporates the provisions of the Convention, by independently drafted provisions which form part of the body of the statute which follows. Thus, the inclusion of a clause expressly declaring the agreement to be law in Canada is not required.

With respect to the content of the FTA and NAFTA Acts, counsel for the plaintiffs and counsel for the defendants read them in diametrically opposite fashion. Counsel for the plaintiffs says that many of the provisions would not make sense if the agreements were not part of Canadian law. Counsel for the defendants argues that the same or different provisions indicate that they were not intended to be so.²⁰ In addition, the effect of the agreements having been “approved” by Parliament (sections 8 and 10, *supra*) is ambiguous. In the absence of any implementing legislation by Parliament, or a provincial legislature, an international agreement which is signed by Canada would be binding on Canada, internationally, although it would not be enforceable in the courts of this country. What then did Parliament intend to add to this situation, by “approving” the agreements but not declaring them to be part of our domestic law.²¹

(Continued from previous page)

of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts, [1943] S.C.R. 483.

²⁰ A description of the various enforcement mechanisms found in NAFTA is set out in J. D. Richard, *Working With NAFTA: Maximizing the Benefits, Dispute Settlement Mechanisms in NAFTA* (January 1994, Can. Bar Ass'n—Ontario Continuing Legal Education).

²¹ An answer is attempted in A. E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making* (Butterworths, 1968), at pp. 15-19.

Pour sa part, l'avocat des demandeurs cite la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, qui ne renferme aucune disposition énonçant expressément que la convention fait partie de la législation canadienne, et le texte de Kindred et Castel intitulé *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (4^e éd.), à la page 136. Dans cet ouvrage, les auteurs considèrent la convention de Genève comme faisant partie de la législation canadienne. Comme l'avocat des défendeurs l'a souligné, je constate que la *Loi sur les conventions de Genève* intègre directement les dispositions de la Convention au moyen de dispositions distinctes qui font partie du texte de la loi qui suit. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'inclure une disposition prévoyant expressément que l'accord a force de loi au Canada.

En ce qui a trait au contenu des Lois de l'ALE et de l'ALENA, les avocats des parties les interprètent de façon diamétralement opposée. L'avocat des demandeurs soutient que bon nombre des dispositions n'auraient aucun sens si les accords ne faisaient pas partie de la législation canadienne. En revanche, l'avocat des défendeurs soutient que les mêmes dispositions ou d'autres dispositions indiquent que telle n'était pas l'intention du législateur²⁰. En outre, l'effet de «l'approbation» de deux accords par le Parlement (voir les articles 8 et 10, précités) est ambigu. En l'absence d'une loi de mise en œuvre adoptée par le Parlement ou par une assemblée législative provinciale, un accord international qui est signé par le Canada lie celui-ci à l'échelle internationale, mais ne serait pas exécutoire devant les tribunaux de notre pays. Quelle était donc l'intention du Parlement lorsqu'il a «approuvé» les accords sans déclarer qu'ils faisaient partie de notre législation nationale²¹?

(Suite de la page précédente)

Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts, [1943] R.C.S. 483.

²⁰ Une description des différents mécanismes d'application de l'ALENA figure dans le texte de J. D. Richard, *Working With NAFTA: Maximizing the Benefits, Dispute Settlement Mechanisms in NAFTA* (Janvier 1994, Association du Barreau canadien—section de l'éducation juridique permanente de l'Ontario).

²¹ Une réponse est proposée dans A. E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making* (Butterworths, 1968), aux p. 15 à 19.

After careful consideration of counsels' arguments, I have come to the conclusion that asking whether or not the FTA and NAFTA are part of Canadian domestic law is to ask an unnecessary question and perhaps an irrelevant one. Parts of the Agreements clearly are part of domestic law. At the same time, even if the Agreements in their entirety were considered to be so, this would not make them enforceable in the domestic courts of this country. The question to be asked, with respect to any alleged breach of the agreements, is how is it intended that redress for such be obtained.

c) Jurisdiction of this Court—Prohibitive Clauses

Both statutes contain what are referred to as prohibitive clauses. Section 5 of the FTA Act states:

5. No person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of Part I, or any regulation made under Part I, or the Agreement. [Underlining added.]

Section 6 of the NAFTA Act provides:

6. (1) No person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of part I . . .

(2) Subject to Section B of Chapter Eleven of the Agreement, no person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of the Agreement. [Underlining added.]

Counsel for the plaintiffs argues that while these clauses prohibit the Court entertaining a claim which arises solely under the respective Agreements, the present claim is not of that nature. He argues that reliance on the trade agreements is only brought in as an aid to the interpretation of the scope of the Minister's authority. Counsel seeks to rely on the trade agreements to interpret ambiguous legislative provisions, i.e., the various provisions of the *Coastal Fisheries Protection Act*, the *Fisheries Act* and the related regulations referred to above. Counsel relies on the provisions of the FTA and NAFTA as support for his argu-

Après avoir examiné attentivement les arguments des avocats, j'en suis arrivée à la conclusion que la question de savoir si l'ALE et l'ALENA font partie de la législation canadienne est une question qui n'est pas nécessaire et qui n'est peut-être pas pertinente. Il est indéniable que certaines parties des accords font partie de la législation nationale. Au même moment, même si cette conclusion était tirée pour l'ensemble du texte des accords, ceux-ci ne seraient pas pour autant exécutoires devant les tribunaux nationaux de notre pays. La question qu'il faut se poser est celle de savoir quelle est la façon d'obtenir réparation en cas de violation des accords.

c) Compétence de la Cour—dispositions prohibitives

Les deux lois renferment des dispositions appelées dispositions prohibitives. Voici le texte de l'article 5 de la Loi de l'ALE:

5. Le droit de poursuite, relativement aux droits ou obligations uniquement fondés sur la partie I, ses règlements d'application ou l'Accord, ne peut être exercé par quiconque sans le consentement du procureur général du Canada. [Non souligné dans l'original.]

L'article 6 de la Loi de l'ALENA prévoit ce qui suit:

6. (1) Le droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur la partie I ou ses règlements ou décrets d'application, ne peut être exercé qu'avec le consentement du procureur général du Canada.

(2) Sauf cas prévus à la section B du chapitre II de l'Accord, le droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur l'Accord, ne peut être exercé qu'avec le consentement du procureur général du Canada. [Non souligné dans l'original.]

L'avocat des demandeurs estime que, même si ces dispositions interdisent à la Cour d'examiner une demande de réparation fondée uniquement sur les accords respectifs, la demande en l'espèce n'est pas une demande de cette nature. Les accords commerciaux ne sont cités que pour interpréter la portée du pouvoir du ministre. L'avocat invoque les accords commerciaux pour interpréter des dispositions législatives ambiguës, en l'occurrence, les différentes dispositions de la *Loi sur la protection des pêches côtières*, de la *Loi sur les pêches* ainsi que des règlements connexes susmentionnés. L'avocat se fonde

ment that the Minister lacks authority to refuse permits, on the ground on which he acted, and took into account extraneous considerations, when attaching the conditions to the fishing licences. Thus, counsel argues, the Agreements are being used in the same way that international law has always been used by Canadian courts, when it is not directly part of Canadian domestic law, to interpret domestic legislation so that it conforms as far as possible with Canada's international obligations.²²

Even if I accept that argument, if the text of the domestic legislation is clear, "there is no room for interpreting it into conformity with the international rule."²³ I have not found the legislative provisions in question to be so ambiguous as to require the assistance of the provisions of FTA and NAFTA to interpret them. In the case of the permits, it is my view that the Minister exceeded the authority which had been given to him. In the case of the fishing licences, I am of the view that section 32 of the *Fishery (General) Regulations* expressly proscribes delivery to foreign vessels for which permits under the *Coastal Fisheries Protection Act* have not been issued. Thus, there is no ambiguity.

Conclusion and Remedies

I have concluded that when the Minister refused to issue permits to the plaintiffs' processing vessels, in order to put pressure on the United States government, he exceeded the jurisdiction which had been conferred on him by the *Coastal Fisheries Protection Act*. While this means that those decisions should be set aside, this may give little comfort to the plaintiffs. While the Minister can be required to reconsider the plaintiffs' applications for permits, there is no ground upon which *mandamus* can issue to require their issuance. Since I have found the conditions in the fishing licences to be valid no order need be given with respect to them.

²² See, for example, Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., 1992, at p. 286.

²³ *Ibid.*, at p. 287.

sur les dispositions de l'ALE et de l'ALENA pour soutenir que le ministre n'a pas la compétence voulue pour refuser d'accorder des licences pour les raisons qu'il a invoquées et qu'il a tenu compte de facteurs non pertinents lorsqu'il a assorti les permis de pêche des conditions en question. Selon l'avocat, les accords sont utilisés de la même façon que les tribunaux canadiens ont toujours utilisé les règles de droit international, lorsqu'elles ne font pas directement partie du droit national canadien, pour interpréter les lois et règlements nationaux de façon à assurer dans la mesure du possible le respect des obligations internationales du Canada²².

Même si je reconnais le bien-fondé de cet argument, si le texte de la loi nationale est clair, [TRADUCTION] «il n'y a aucune raison de l'interpréter de façon à assurer le respect de la règle internationale»²³. À mon avis, les dispositions législatives en question ne sont pas ambiguës au point qu'il faille examiner les dispositions de l'ALE et de l'ALENA pour les interpréter. Dans le cas des licences, j'estime que le ministre a dépassé le pouvoir qui lui avait été conféré. Dans le cas des permis de pêche, je suis d'avis que l'article 32 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* interdit expressément la livraison à des bateaux étrangers qui n'ont pas été autorisés aux termes de la *Loi sur la protection des pêches côtières*. Il n'y a donc aucune ambiguïté.

Conclusion et réparations

J'en suis arrivée à la conclusion que, lorsque le ministre a refusé de délivrer des licences aux bateaux de traitement des demandeurs pour faire pression auprès du gouvernement américain, il a dépassé le pouvoir dont il avait été investi en vertu de la *Loi sur la protection des pêches côtières*. Ces décisions devraient donc être annulées, mais cette réparation est peu utile pour les demandeurs. Même si le ministre peut être contraint de réexaminer les demandes de licence des demandeurs, il n'y a aucune raison justifiant l'octroi d'une ordonnance de *mandamus* pour exiger la délivrance de ces licences. Comme j'en suis venue à la conclusion que les conditions des permis

²² Voir, par exemple, Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., 1992, à la p. 286.

²³ *Ibid.*, à la p. 287.

The permits and licences in question all relate to the 1994 hake fishing season. That season ended long ago. It ended before the plaintiffs' application was ready to be heard by the Court. The defendants, however, agreed that they would not argue that the plaintiffs' application should be dismissed because it was moot. It is my understanding that part of the delay, in having the application heard, was a result of the defendants needing adequate time to properly prepare their case. I have been informed that it is in the interest of both parties to have a decision made with respect to the issues in question. In the circumstances, the most appropriate remedy is a declaration. A declaration will therefore issue, declaring invalid the Minister's refusal of the requests by Golden Alaska Fisheries Inc. and Supreme Alaska Fisheries Inc. to have permits issued, pursuant to the *Coastal Fisheries Protection Act*, to permit vessels owned by them to enter Canadian fisheries waters.

de pêche sont valables, il n'est pas nécessaire de rendre une ordonnance à leur sujet.

Les permis et licences en question concernent tous la saison de pêche au merlu de 1994. Cette saison est terminée depuis longtemps. Elle a pris fin avant même que la demande des demandeurs puisse être entendue par la Cour. Cependant, les défendeurs ont accepté de ne pas invoquer le caractère purement théorique de la demande des demandeurs. J'ai cru comprendre qu'une partie du retard lié à l'audition de la demande découlait du fait que les défendeurs avaient besoin de temps pour préparer leur cause. J'ai également été avisée que les deux parties souhaitent qu'une décision soit rendue au sujet des questions en litige. Dans les circonstances, la réparation qui convient le mieux est un jugement déclaratoire. Je déclarerai donc invalide le refus du ministre de délivrer des licences en faveur de Golden Alaska Fisheries Inc. et de Supreme Alaska Fisheries Inc. conformément à la *Loi sur la protection des pêches côtières* afin de permettre aux bateaux qui leur appartiennent de pénétrer dans les eaux de pêche canadiennes.

T-1499-92

T-1499-92

Riverside Concrete Limited (Plaintiff)**Riverside Concrete Limited (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen as represented by the Minister of National Revenue (Defendant)**Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre du Revenu national (défenderesse)***INDEXED AS: RIVERSIDE CONCRETE LTD. v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: RIVERSIDE CONCRETE LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Toronto, January 9, 13; Ottawa, March 17, 1995.

Section de première instance, juge Rothstein—Toronto, 9, 13 janvier; Ottawa, 17 mars 1995.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Action for refund of sales tax paid on concrete mixed at job sites between August 1, 1985 and September 25, 1988 — Taxpayer not deducting transportation costs from sale price to calculate tax Review — Protesting to M.N.R. tax unfair in letter of May 26, 1988 — On September 25, 1990, C.I.T.T., in another case, holding sales tax on concrete mixed at job site calculated after deducting transportation costs — Excise Tax Act, s. 68 imposing two-year limitation period on refunds of payments made under “mistake of fact or law or otherwise” — S. 68 limitation period applied — Voluntariness of payment, not protest, significant to determination of whether payment made under mistake of law — Involuntariness associated with extra-judicial sanctions, i.e. seizure of property, duress, denial of right to continue in business — Sales tax not paid under compulsion, duress after May 1, 1986, date of coming into force of s. 53.3, precluding collection action while taxpayer pursuing rights through official levels — No evidence of actual, threatened extra-judicial sanctions prior thereto.

Equity — Equitable remedies — Mistake — Taxing statute imposing limitation period on refunds where payment made under “mistake of fact or law or otherwise” — Whether payment made under mistake of law or under duress — Review of case law, authors on protest and mistake of law in context of tax payments — Tax paid voluntarily under mistake of law so limitation period applies.

Construction of statutes — Excise Tax Act, s. 68 imposing two-year limitation period on refunds of payments made under “mistake of fact or law or otherwise” — Addition of “or otherwise” not meaning s. 68 applies regardless of reason for payment, but making subject of mistake as applied in s. 68 more ambiguous — Reconsideration of s. 68 by Parliament warranted.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Action en remboursement de la taxe de vente payée relativement au béton mélangé sur le chantier entre le 1^{er} août 1985 et le 25 septembre 1988 — La contribuable ne déduisait pas le coût du transport du prix de vente aux fins du calcul de la taxe de vente — Dans sa lettre du 26 mai 1988, elle s'est plainte de ce que la taxe était injuste — Le 25 septembre 1990, le T.C.C.E., dans une autre affaire, a statué que la taxe de vente sur le béton mélangé sur le chantier devait être calculée après déduction des coûts du transport — L'art. 68 de la Loi sur la taxe d'accise fixe à deux ans la période de prescription pour le remboursement de la taxe payée par «erreur de fait ou de droit ou autrement» — Application de l'art. 68 — C'est le caractère volontaire du paiement, et non la protestation, qui importe pour déterminer si le paiement a été fait par erreur de droit — Le caractère involontaire d'un paiement est lié à des sanctions extrajudiciaires, p. ex. la saisie des biens, la coercition personnelle, le déni du droit de continuer les activités commerciales — La taxe de vente n'a pas été payée en raison d'une contrainte ou de la coercition personnelle après le 1^{er} mai 1986, date à laquelle est entré en vigueur l'art. 53.3, qui interdit les moyens de perception tant que le contribuable cherche à faire respecter ses droits en s'adressant aux divers paliers officiels — Aucune preuve qu'avant cette date on a pris ou menacé de prendre des sanctions extrajudiciaires.

Equity — Recours en equity — Erreur — La loi fiscale fixe un délai de prescription pour le remboursement des paiements faits par «erreur de fait ou de droit ou autrement» — Le paiement a-t-il été fait par erreur de droit ou en raison d'une coercition personnelle? — Examen de la jurisprudence et de la doctrine portant sur la protestation et l'erreur de droit dans le contexte fiscal — La taxe a été payée volontairement en raison d'une erreur de droit, par conséquent le délai de prescription s'applique.

Interprétation des lois — L'art. 68 de la Loi sur la taxe d'accise impose un délai de prescription de deux ans pour le remboursement des paiements faits par «erreur de fait ou de droit ou autrement» — L'adjonction de «ou autrement» ne signifie pas que l'art. 68 s'applique quelles que soient les raisons du paiement, mais rend encore plus ambiguë la notion d'erreur telle qu'appliquée dans le contexte de l'art. 68 — Le

This was an action for a refund of sales tax paid between August 1, 1985 and September 25, 1988. The plaintiff sold concrete that was mixed at the job site. It did not deduct the cost of transporting the concrete to the job site from the selling price before calculating sales tax, unlike the calculation of sales tax on pre-mix concrete. By letter to Revenue Canada dated May 26, 1988, the plaintiff asserted that the difference in treatment between pre-mix concrete and concrete mixed at the job site gave the plaintiff's pre-mix competitors an unfair advantage with respect to production costs. Plaintiff's position was rejected and it continued to pay federal sales tax on the same basis. On September 25, 1990, the Canadian International Trade Tribunal (C.I.T.T.), in another case, held that sales tax on concrete mixed at the job site should be calculated after deducting transportation costs. The plaintiff applied, in the prescribed form, for a refund of sales tax paid between August 1, 1985 and December 31, 1990. The Minister allowed a refund for the period after September 25, 1988, but refused to allow a refund for the period prior thereto as this period was beyond the two-year time limit prescribed in *Excise Tax Act*, section 68. Section 68 imposes a two-year limitation period on refunds of payments made in error, "whether by reason of mistake of fact or law or otherwise."

The plaintiff argued that because it had paid under protest it had not paid under a mistake and therefore the limitation period in section 68 was not applicable. The issue was whether the plaintiff paid under a mistake of law.

Held, the action should be dismissed.

The plaintiff's letter of protest had limited legal significance. It did not argue that the tax charged on transportation costs was unlawful, but that it was "unfair" because it placed the plaintiff at a competitive disadvantage. The protest letter did not support plaintiff's argument that the payment of excise tax was not made under a mistake of law.

Voluntariness of the tax payment, and not any protest, is significant in determining whether payment has been made under a mistake of law. Payment will be voluntary if it can only be enforced through judicial proceedings in which the validity of the tax could be put in issue. Involuntariness requires some actual or threatened exercise of power for which the payer has no immediate relief other than by making payment. It is associated with extra-judicial sanctions such as seizure of property, duress of the person, or denial of the right to continue in business. The existence of extra-judicial sanctions of themselves is insufficient to make payment of tax involuntary in the absence of an intent by a governmental authority to implement such

législateur serait justifié de reconsidérer la formulation de cette disposition.

Il s'agit d'une demande de remboursement de la taxe de vente payée entre le 1^{er} août 1985 et le 25 septembre 1988. La demanderesse vendait du béton qui était mélangé sur le chantier. Elle ne déduisait pas du prix de vente le coût du transport du béton avant de calculer la taxe de vente, contrairement à la façon de calculer la taxe de vente sur le béton prémélangé. Dans sa lettre du 26 mai 1988 adressée à Revenu Canada, la demanderesse a allégué que l'inégalité de traitement, selon qu'il s'agissait de béton prémélangé ou de béton mélangé sur le chantier, procurait à ses compétiteurs fournissant du béton prémélangé un avantage indu quant aux coûts de production. Revenu Canada a rejeté la plainte de la demanderesse, qui a continué à payer la taxe de vente fédérale comme auparavant. Le 25 septembre 1990, le Tribunal canadien du commerce extérieur (T.C.C.E.), dans une autre affaire, a statué que la taxe de vente sur le béton mélangé sur le chantier devait être calculée après déduction des coûts du transport. La demanderesse a demandé, dans la forme prescrite, le remboursement de la taxe de vente payée pour la période du 1^{er} août 1985 au 31 décembre 1990. Le ministre a accordé le remboursement pour la période postérieure au 25 septembre 1988, mais a refusé le remboursement pour la période antérieure à cette date parce que cette période était au-delà du délai de deux ans prévu par l'article 68 de la *Loi sur la taxe d'accise*. L'article 68 impose un délai de prescription de deux ans relativement au remboursement des paiements faits par erreur, que ce soit par «erreur de fait ou de droit ou autrement».

La demanderesse allègue que, parce qu'elle a payé sous réserve, elle n'a pas payé par suite d'une erreur et que, par conséquent, le délai de prescription de l'article 68 ne peut pas lui être opposé. La question en litige est donc de savoir si la demanderesse a versé les sommes d'argent en cause par erreur de droit.

Jugement: l'action est rejetée.

La lettre de protestation de la demanderesse a peu d'incidence sur le plan juridique. La demanderesse n'a pas allégué que la taxe perçue sur les coûts du transport est illégale, mais qu'elle est «injuste» parce qu'elle la place dans une situation désavantageuse par rapport à ses compétiteurs. La lettre de protestation n'est d'aucun secours à la demanderesse quant à son argument que le paiement de la taxe d'accise n'a pas été fait par erreur de droit.

Le caractère volontaire du paiement, non la protestation, permet de déterminer si le paiement a été fait par erreur de droit. Le paiement sera volontaire s'il peut seulement être exigé au moyen de procédures judiciaires dans lesquelles la validité de la taxe peut être mise en question. Pour que le paiement soit qualifié d'involontaire, il faut qu'il y ait utilisation ou menace d'utilisation de moyens contre lesquels le payeur ne peut immédiatement se prémunir qu'en payant la somme exigée. Le caractère involontaire du paiement est lié à des sanctions extrajudiciaires telles que la saisie des biens, la coercition personnelle, le déni du droit de continuer les activités commerciales. L'existence de sanctions extrajudiciaires est en elle-

sanctions. Even if some doubt is felt about the validity of the authorizing statute, payments still cannot be recovered unless made in circumstances amounting to judicially cognizable duress.

As of May 1, 1986, collection could only have been enforced through judicial proceedings. Section 53.3, which came into force on May 1, 1986, precludes government officials from taking collection action while a taxpayer asserts specified rights through official levels and courts. The Minister may not impose extra-judicial sanctions to collect taxes during the time the taxpayer's challenge is outstanding. The plaintiff did not pay sales tax due to compulsion or duress following May 1, 1986. There was no evidence that between August 1, 1985 and April 30, 1986 the Minister sought to implement extra-judicial sanctions. As the plaintiff paid voluntarily, the taxes were paid under a mistake of law and the two-year limitation period in section 68 applied.

An informal application for refund does not have a continuing effect which would protect the plaintiff's entitlement to refund for the period extending back two years. The plaintiff chose not to follow the procedures for refunds established by the *Excise Tax Act*. It could not now argue that section 68 was inoperative on the strength of an informal letter.

Addition of the words "or otherwise" to modify the words "mistake" or "error" did not make section 68 apply regardless of the reason for the payment, but made the subject of mistake as it is applied in section 68 even more ambiguous. Some reconsideration by Parliament of this provision is warranted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Excise Tax Act, R.S.C. 1952, c. 100, s. 46(6).

Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 52(4) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 38), 53 (as am. *idem*, s. 40), 53.3 (as enacted *idem*).

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 68 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34), 72(2) (as am. *idem*), (6) (as am. *idem*), 81.2 (as enacted *idem*, s. 38; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.17 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38), 81.19 (as enacted *idem*; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52), 83 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 41), 86 (as am. *idem*; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.

même insuffisante pour rendre un paiement de taxe involontaire, en l'absence d'une intention de la part de l'autorité gouvernementale d'appliquer ces sanctions. Même dans le cas où des doutes sont ressentis au sujet de la validité de la loi fiscale, on ne peut recouvrer les sommes payées à moins de pouvoir faire judiciairement la preuve de la coercition.

À compter du 1^{er} mai 1986, seuls des moyens d'exécution judiciaires pouvaient être pris. L'article 53.3, qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 1986, interdit aux représentants du gouvernement de prendre des moyens de perception tant que le contribuable cherche à faire respecter certains droits précis en s'adressant aux divers paliers administratifs et aux tribunaux. Le ministre ne peut pas imposer des sanctions extrajudiciaires dans le but de percevoir les taxes pendant que la contestation du contribuable suit son cours. La demanderesse n'a pas payé la taxe de vente en raison de la contrainte ou de la coercition après le 1^{er} mai 1986. Il n'y a aucune preuve que, entre le 1^{er} août 1985 et le 30 avril 1986, le ministre a tenté de prendre des sanctions extrajudiciaires. Comme la demanderesse a payé volontairement, les taxes ont été payées par erreur de droit, et le délai de prescription de deux ans de l'article 68 s'applique.

Une demande informelle de remboursement n'a pas un effet continu qui protège le droit de la demanderesse à un remboursement pour une période remontant à deux ans. La demanderesse a choisi de ne pas suivre les procédures de remboursement prescrites par la *Loi sur la taxe d'accise*. Elle ne peut pas maintenant alléguer, s'appuyant sur une lettre informelle, que l'article 68 est inopérant.

L'adjonction des mots «or otherwise» pour modifier les mots «mistake» ou «error» dans la version anglaise n'a pas pour effet de rendre l'article 68 applicable quelles que soient les raisons du paiement, mais rend encore plus ambiguë la notion d'erreur telle qu'appliquée dans le contexte de l'article 68. Le législateur serait justifié de reconsidérer la formulation de cette disposition.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7.

Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1952, ch. 100, art. 46(6).

Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 52(4) (mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 38), 53 (mod., *idem*, art. 40), 53.3 (édicte, *idem*).

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 68 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34), 72(2) (mod., *idem*), (6) (mod., *idem*), 81.2 (édicte, *idem*, art. 38; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.17 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38), 81.19 (édicte, *idem*; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 83 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 41), 86 (mod., *idem*; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 52).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Bain v. Corporation of Montreal* ^a (1883), 8 S.C.R. 252.

NOT FOLLOWED:

Monarch Concrete Products Ltd. v. Canada, [1990] 1 C.T.C. 1; (1989), 29 F.T.R. 218; 2 TCT 4321; 1 TST 2201 (F.C.T.D.). ^b

DISTINGUISHED:

Queen, The v. Premier Mouton Products Inc., [1961] S.C.R. 361; (1961), 27 D.L.R. (2d) 639; [1961] C.T.C. 160; 61 DTC 1105. ^c

CONSIDERED:

Pick-a-Mix Concrete Ltd. v. M.N.R. (1990), 3 TCT 2347 (C.I.T.T.); *474245 Ontario Ltd v. M.N.R.* (1993), 1 GTC 4086 (C.I.T.T.); *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.* (1937), 52 B.C.R. 32; [1937] 4 D.L.R. 128; [1937] 3 W.W.R. 121 (C.A.). ^d

REFERRED TO:

Maskell v. Horner, [1915] 3 K.B. 106 (C.A.); *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97. ^e

AUTHORS CITED

Pannam, Clifford L. "The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States" (1964), 42 *Tex. L. Rev.* 779. ^f

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994. ^g

ACTION claiming a refund of sales tax paid established under protest and outside the two-year limitation period established by *Excise Tax Act*, section 68 for refunds of payments made "by reason of mistake of fact or law or otherwise." Action dismissed. ^h

COUNSEL:

Ian R. Blain for plaintiff.
P. Christopher Parke for defendant.

SOLICITORS:

Parker, Ross, Blain & Rodenhurst, Ingersoll, Ontario, for plaintiff. ^j

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Bain v. Corporation of Montreal* (1883), 8 R.C.S. 252.

DÉCISION NON SUIVIE:

Monarch Concrete Products Ltd. c. Canada, [1990] 1 C.T.C. 1; (1989), 29 F.T.R. 218; 2 TCT 4321; 1 TST 2201 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Queen, The v. Premier Mouton Products Inc., [1961] R.C.S. 361; (1961), 27 D.L.R. (2d) 639; [1961] C.T.C. 160; 61 DTC 1105.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Pick-a-Mix Concrete Ltd. c. M.R.N. (1990), 3 TCT 2347 (T.C.C.E.); *474245 Ontario Ltd. c. M.R.N.* (1993), 1 GTC 4086 (T.C.C.E.); *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.* (1937), 52 B.C.R. 32; [1937] 4 D.L.R. 128; [1937] 3 W.W.R. 121 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Maskell v. Horner, [1915] 3 K.B. 106 (C.A.); *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97.

DOCTRINE

Pannam, Clifford L. «The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States» (1964), 42 *Tex. L. Rev.* 779.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994. ^g

ACTION en remboursement de la taxe de vente payée sous réserve et à l'extérieur du délai de prescription de deux ans fixé par l'article 68 de la *Loi sur la taxe d'accise* pour le remboursement des paiements faits «par erreur de fait ou de droit ou autrement». Action rejetée.

AVOCATS:

Ian R. Blain pour la demanderesse.
P. Christopher Parke pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Parker, Ross, Blain & Rodenhurst, Ingersoll (Ontario), pour la demanderesse.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

ROTHSTEIN J.: In this proceeding, the plaintiff seeks a refund of federal sales tax paid between August 1, 1985 and December 31, 1990. The defendant allowed a refund of that portion of the tax paid after September 25, 1988. With respect to the plaintiff's claim for refund of the tax paid before that date, the issue is whether the limitation period in section 68 of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34] is applicable.

LE JUGE ROTHSTEIN: En l'espèce, la demanderesse demande le remboursement de la taxe de vente fédérale payée entre le 1^{er} août 1985 et le 31 décembre 1990. La défenderesse a accordé le remboursement de la taxe payée à compter du 25 septembre 1988. En ce qui concerne la demande de remboursement de la taxe payée avant cette date, la question en litige consiste à savoir si le délai de prescription prévu à l'article 68 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34], est applicable.

Facts

Les faits

The plaintiff sold concrete that was mixed at the job site. It did not deduct the cost of transporting the concrete to the job site from the selling price for purposes of calculating sales tax. On May 26, 1988, in a letter to Revenue Canada, the plaintiff protested that sales tax on pre-mix concrete was calculated after deducting the cost of transporting concrete to the job site. It claimed the difference in treatment between pre-mix concrete and concrete mixed at the job site gave the plaintiff's pre-mix competitors an unfair advantage with respect to production costs. The plaintiff's protest was rejected by Revenue Canada in a letter dated June 6, 1988. The plaintiff continued to pay federal sales tax on the total sale price of concrete including that portion attributable to transportation costs.

La demanderesse vendait du béton qui était mélangé sur le chantier. Elle ne déduisait pas du prix de vente le coût du transport du béton au chantier aux fins du calcul de la taxe de vente. Dans sa lettre du 26 mai 1988 adressée à Revenu Canada, la demanderesse s'est plainte de ce que la taxe de vente sur le béton prémélangé était calculée après déduction du coût du transport du béton au chantier. Elle a déclaré que l'inégalité de traitement, selon qu'il s'agissait de béton prémélangé ou de béton mélangé sur le chantier, procurait à ses compétiteurs fournissant du béton prémélangé un avantage indu quant aux coûts de production. Revenu Canada a rejeté la plainte de la demanderesse par lettre datée du 6 juin 1988. La demanderesse a continué à payer la taxe de vente fédérale sur le prix de vente total du béton, incluant la partie imputable aux coûts du transport.

On September 25, 1990, in an appeal by Pick-a-Mix Concrete Limited, the Canadian International Trade Tribunal (C.I.T.T.) decided that sales tax on concrete mixed at the job site should be calculated after deducting transportation costs: *Pick-a-Mix Concrete Ltd. v. M.N.R.* (1990), 3 TCT 2347.

Le 25 septembre 1990, statuant sur un appel interjeté par Pick-a-Mix Concrete Limited, le Tribunal canadien du commerce extérieur (T.C.C.E.) a statué que la taxe de vente sur le béton mélangé sur le chantier devait être calculée après déduction des coûts du transport: *Pick-a-Mix Concrete Ltd. c. M.R.N.* (1990), 3 TCT 2347.

On March 22, 1991, and presumably because of the *Pick-a-Mix* decision, the plaintiff filed with Revenue Canada an application, in the prescribed form, for a refund of sales tax for the period August 1,

Le 22 mars 1991, probablement en raison de la décision *Pick-a-Mix*, la demanderesse a déposé dans la forme prescrite, auprès de Revenu Canada, une demande de remboursement de la taxe de vente payée

1985, to December 31, 1990. The refund claimed was \$46,092.08. On June 11, 1991, by notice of determination, the Minister allowed a refund of \$20,342.31 for sales tax paid on transportation costs for the period September 25, 1988 (two years prior to the *Pick-a-Mix* decision) to December 31, 1990. The Minister refused to allow a refund for the period prior to September 25, 1988 as this period was "beyond the two-year time limit as prescribed in section 68 (previously section 44) of the" *Excise Tax Act*.

Issue

The issue in this case is whether the plaintiff is entitled to a refund for the period prior to September 25, 1988.

Analysis

Section 68 of the *Excise Tax Act* provides:

68. Where a person, otherwise than pursuant to an assessment, has paid any moneys in error, whether by reason of mistake of fact or law or otherwise, and the moneys have been taken into account as taxes, penalties, interest or other sums under this Act, an amount equal to the amount of those moneys shall, subject to this Part, be paid to that person if he applies therefor within two years after the payment of the moneys.

On its face, section 68 sets forth a two-year limitation period on refund claims for excise tax paid in error.¹

A case with facts similar to the ones at bar is *474245 Ontario Ltd. v. M.N.R.* (1993), 1 GTC 4086 (C.I.T.T.). In that case, the appellant claimed a refund for a period prior to two years before the filing of the refund application. The C.I.T.T. denied the appeal, stating at page 4088:

The limitation period set out in section 68 of the Act is two years after the payment of the moneys. Since the Tribunal has no equitable jurisdiction to ignore or vary a limitation period

¹ In this case the two-year period prior to the application filed by the plaintiff commenced on March 22, 1989. Counsel for the Minister advised that on a gratuitous basis the Minister allowed the refund for the period commencing September 25, 1988, which was two years before the *Pick-a-Mix* decision by the C.I.T.T.

pour la période du 1^{er} août 1985 au 31 décembre 1990. La somme réclamée s'élevait à 46 092,08 \$. Le 11 juin 1991, le ministre a accordé, dans un avis de décision, un remboursement de 20 342,31 \$ pour la taxe de vente payée sur les coûts du transport pour la période du 25 septembre 1988 (soit deux ans avant la décision *Pick-a-Mix*) au 31 décembre 1990. Le ministre n'a pas accordé de remboursement pour la période antérieure au 25 septembre 1988, parce que cette période était [TRADUCTION] «au-delà du délai de deux ans prévu par l'article 68 (antérieurement l'article 44) de la» *Loi sur la taxe d'accise*.

Question en litige

La question en litige en l'espèce consiste à savoir si la demanderesse a droit à un remboursement pour la période antérieure au 25 septembre 1988.

Analyse

L'article 68 de la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit que:

68. Lorsqu'une personne, sauf à la suite d'une cotisation, a versé des sommes d'argent par erreur de fait ou de droit ou autrement, et qu'il a été tenu compte des sommes d'argent à titre de taxes, de pénalités, d'intérêts ou d'autres sommes en vertu de la présente loi, un montant égal à celui de ces sommes doit, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, être payé à cette personne, si elle en fait la demande dans les deux ans suivant le paiement de ces sommes.

À première vue, l'article 68 fixe à deux ans la période de prescription pour le remboursement de la taxe d'accise payée par erreur¹.

Dans la décision *474245 Ontario Ltd. c. M.R.N.* (1993), 1 GTC 4086 (T.C.C.E.), qui portait sur des faits semblables à ceux de l'espèce, l'appelante demandait le remboursement pour une période remontant à plus de deux ans avant le dépôt de sa demande de remboursement. Le T.C.C.E. a rejeté l'appel dans les termes suivants, à la page 4088:

Le délai prévu à l'article 68 de la Loi est de deux ans après le paiement de la demanderesse. Comme le Tribunal n'a pas juridiction d'équité pour ignorer ou modifier un délai comme celui

¹ En l'espèce, la période de deux ans précédant le dépôt de la demande de la demanderesse a commencé le 22 mars 1989. L'avocat du ministre a précisé que le ministre avait accordé à titre gracieux le remboursement pour la période débutant le 25 septembre 1988, soit deux ans avant que le T.C.C.E. rende sa décision dans l'affaire *Pick-a-Mix*.

such as the one prescribed under section 68 of the Act on the basis that it would be fair or just, the time-frame to be considered in determining the appellant's entitlement to a refund must be two years prior to the filing of the refund application in the prescribed form, or March 6, 1989, to March 6, 1991. The appellant, therefore, is not entitled to a refund for moneys paid prior to March 6, 1989, and this appeal is dismissed.

The plaintiff asserts that *474245 Ontario Ltd.* was wrongly decided because the C.I.T.T. did not have regard to the relevant jurisprudence.

Counsel claims that because the plaintiff paid under protest, as a result of its May 26, 1988 letter, it did not pay under a mistake, and therefore the limitation period in section 68 is not applicable. In support of this proposition counsel relies on *Queen, The v. Premier Mouton Products Inc.*, [1961] S.C.R. 361, which, as he noted, was not discussed in *474245 Ontario Ltd.* In *Premier Mouton*, the taxpayer paid excise tax on the "mouton" it produced from 1950 to 1952. Mouton was made from sheepskins. The tax was charged under a statutory provision pertaining to fur. In another case, decided in June 1956, the Supreme Court of Canada determined that sheepskin could not be described as a fur and that no excise tax was therefore payable. In October 1957, Premier Mouton Products Inc. commenced proceedings to recover the excise tax it had earlier paid. This case was argued before the Supreme Court of Canada in 1960. A decision was rendered in 1961.

When the decision in *Premier Mouton* was rendered, the predecessor provision to what is now section 68 was subsection 46(6) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 100:

46. . . .

(6) If any person, whether by mistake of law or fact, has paid or overpaid to Her Majesty, any moneys that have been taken to account, as taxes imposed by this Act, such moneys shall not be refunded unless application has been made in writing within two years after such moneys were paid or overpaid.

The issue was whether the two-year limitation period under subsection 46(6) was applicable. The majority

prescrit à l'article 68 de la Loi pour le motif que ce serait juste ou équitable, la période à considérer dans la détermination du droit de l'appelant à un remboursement doit être de deux ans avant la présentation de la demande de remboursement en la forme prescrite, soit la période allant du 6 mars 1989 au 6 mars 1991. L'appelant n'a donc pas droit à un remboursement des sommes payées avant le 6 mars 1989, et l'appel est rejeté.

La demanderesse allègue que la décision *474245 Ontario Ltd.* est erronée parce que le T.C.C.E. n'a pas tenu compte de la jurisprudence pertinente.

L'avocat de la demanderesse avance que puisque cette dernière a payé sous réserve, à la suite de sa lettre du 26 mai 1988, elle n'a pas payé par suite d'une erreur, et que, par conséquent, le délai de prescription de l'article 68 ne peut pas lui être opposé. Il appuie cette affirmation sur l'arrêt *Queen, The v. Premier Mouton Products Inc.*, [1961] R.C.S. 361, qui, comme il l'a fait remarquer, n'a pas été pris en considération dans la décision *474245 Ontario Ltd.* Dans l'arrêt *Premier Mouton*, le contribuable a payé la taxe d'accise sur le «mouton doré» produit de 1950 à 1952. Le «mouton doré» était fabriqué à partir de peaux de mouton. La taxe était exigée en vertu d'une disposition qui se rapportait à la fourrure. Dans une autre affaire, tranchée en juin 1956, la Cour suprême du Canada avait statué que la peau de mouton ne pouvait pas être qualifiée de fourrure et que, par conséquent, elle n'était assujettie à aucune taxe d'accise. En octobre 1957, Premier Mouton Products Inc. a engagé des procédures afin de se faire rembourser les sommes d'argent qu'elle avait versées au titre de la taxe d'accise. L'affaire a été plaidée devant la Cour suprême du Canada en 1960, qui a rendu son arrêt en 1961.

Au moment où l'arrêt *Premier Mouton* a été rendu, la disposition alors en vigueur, qui a été ultérieurement remplacée par l'article 68, était le paragraphe 46(6) de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, ch. 100:

46. . . .

(6) Si quelqu'un, par erreur de droit ou de fait, a payé ou a payé en trop à Sa Majesté des deniers dont il a été tenu compte à titre de taxes imposées par la présente loi, ces deniers ne doivent pas être remboursés à moins que demande n'ait été faite par écrit dans les deux ans qui suivent le paiement ou le paiement en trop de ces deniers.

La question en litige était de savoir si le délai de deux ans fixé par le paragraphe 46(6) était applicable.

of the Supreme Court of Canada found it was not. It held that Premier Mouton Products Inc. had not been mistaken as to the law. It found that the company's real reasons for paying were that its officers had been intimidated and threatened by officers of the Department and for fear of having its business closed up. As a result, the two-year limitation period for claiming refunds of excise tax under subsection 46(6) of the *Excise Tax Act* was found not to apply.

While plaintiff's counsel argues that *Premier Mouton* is applicable to the case at bar, he concedes that section 68 is worded more broadly than its predecessor subsection 46(6). The words "or otherwise" have been added to section 68 so that errors contemplated by the section are "whether by reason of mistake of fact or law or otherwise." However, plaintiff's counsel says that the words "or otherwise" qualify the word "mistake." He says there was no mistake of any kind in this case because the plaintiff had protested the payment of tax, and the addition of the words "or otherwise" have no bearing.

The defendant submits that the words "or otherwise" are not limited to qualifying the word "mistake" but rather are intended to render section 68 applicable to any refund claim, irrespective of the reason for the payment of moneys by the taxpayer.

I confess to having some doubt as to the effect of the addition of the words "or otherwise" to section 68. As far as I am aware, in the legal context, the subject-matter of mistake is either law or fact. In my view, when Parliament used the words "whether by reason of mistake of fact or law" in section 68, it must have had regard to the general law of mistake as understood by lawyers. The words "or otherwise" seem to have been added to ensure that the limitation

Dans un arrêt rendu à majorité, la Cour suprême du Canada a statué qu'il ne s'appliquait pas. Elle a jugé que Premier Mouton Products Inc. n'avait pas mal interprété la loi, et que les véritables raisons de la compagnie pour avoir payé étaient que ses dirigeants avaient été intimidés et menacés par les représentants du Ministère et qu'ils avaient craint que leur commerce ne soit fermé. Par conséquent, la Cour a jugé inapplicable le délai de deux ans pour demander le remboursement de la taxe d'accise en vertu du paragraphe 46(6) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

L'avocat de la demanderesse allègue que l'arrêt *Premier Mouton* s'applique en l'espèce; il admet par ailleurs que le libellé de l'article 68 est plus large que celui de son prédécesseur, le paragraphe 46(6). Les mots «ou autrement» ont été ajoutés dans l'article 68, de sorte que les fautes* visées par cet article sont celles commises par «erreur de fait ou de droit ou autrement». Toutefois, l'avocat de la demanderesse affirme que les mots «ou autrement» qualifient le mot «erreur». Il dit qu'aucune erreur quelle qu'elle soit n'a été commise en l'espèce, parce que la demanderesse s'est opposée au paiement de la taxe, si bien que l'adjonction des mots «ou autrement» n'a aucune incidence.

La défenderesse soutient que les mots «ou autrement» ne font pas que qualifier le mot «erreur», mais qu'ils ont été ajoutés pour rendre l'article 68 applicable à toute demande de remboursement, quelle qu'ait été la raison pour laquelle le contribuable a versé les sommes d'argent.

J'admets avoir certains doutes quant à l'effet de l'adjonction des mots «ou autrement» dans l'article 68. Pour autant que je sache, en contexte juridique, l'erreur est soit erreur de droit, soit erreur de fait. À mon avis, lorsque le législateur a utilisé les mots «par erreur de fait ou de droit» dans l'article 68, il a dû s'inspirer des principes de droit généraux en matière d'erreur tels qu'entendus par les juristes. Il semble que le législateur ait ajouté les mots «ou autrement»

* N.D.T.: Alors que la version anglaise de l'art. 68 utilise les mots «error» et «mistake», la version française n'utilise que le mot «erreur». Étant donné qu'une partie de la discussion de la présente décision porte sur ces termes, les mots «error», «mistake» de même que «or otherwise» ont été repris tels quels dans le texte français lorsque leur traduction pouvait entraîner une obscurité.

period in section 68 applied even if monies were paid for reason other than mistake of fact or law. However, it appears that the words "or otherwise" modify the word "mistake," or at least the word "error." In either case, I have difficulty conceiving of what type of error or mistake Parliament had in mind with the addition of these words. If it was Parliament's intention that section 68 apply regardless of the reason for the payment, I do not think that objective was accomplished by the addition of the words "or otherwise" to modify the words "mistake" or "error." In my view, the addition of these words make even more ambiguous the difficult subject of mistake as it is applied in section 68. Some reconsideration of this provision by Parliament seems warranted. In any event, I do not think the addition of the words "or otherwise" distinguishes this case from *Premier Mouton*.

Having regard to *Premier Mouton*, the issue is whether the plaintiff paid under a mistake of law, in view of its letter of protest and its obligation to pay federal sales tax under the *Excise Tax Act*. I have concluded that the plaintiff's letter of protest has limited legal significance and that the plaintiff did not pay sales tax under compulsion or duress. As a result, the plaintiff paid under a mistake of law and the two-year limitation period in section 68 is applicable.

I would first observe that even if some legal significance is to be attached to a letter of protest, such significance would not assist the plaintiff to demonstrate that payment was not made under a mistake of law in this case. The plaintiff's letter of protest states:

This is a letter of protest, against the portion of Exice [*sic*] tax which we pay on transportation, in the delivery of our product.

This is an unfair tax, in that, our competetors [*sic*] in the Ready-mix concrete business are exempt from paying this portion of tax which gives them an unfair advantage in production cost.

pour s'assurer que le délai prévu par l'article 68 s'applique même aux cas où les sommes d'argent ont été payées pour une autre raison que l'erreur de fait ou l'erreur de droit. Toutefois, dans la version anglaise, les mots «*or otherwise*» paraissent modifier le mot «*mistake*», ou au moins le mot «*error*». Dans l'un et l'autre cas, j'ai du mal à concevoir quel type de faute ou d'erreur le législateur envisageait lorsqu'il a ajouté ces mots. S'il voulait que l'article 68 s'applique quelles que soient les raisons du paiement, je ne crois pas qu'il ait atteint son but par l'adjonction des mots «*or otherwise*» pour modifier les mots «*mistake*» ou «*error*» dans la version anglaise. À mon avis, l'adjonction de ces mots rend encore plus ambiguë la notion déjà difficile de l'erreur telle qu'appliquée dans le contexte de l'article 68. Le législateur serait justifié de reconsidérer la formulation de cette disposition. De toute façon, je ne crois pas que l'adjonction des mots «*ou autrement*» permette de distinguer l'espèce de l'arrêt *Premier Mouton*.

Au regard de l'arrêt *Premier Mouton*, la question est de savoir si la demanderesse a payé les sommes d'argent en cause par erreur de droit, compte tenu de sa lettre de protestation et de son obligation de payer la taxe de vente fédérale en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. J'ai conclu que la lettre de protestation de la demanderesse a une portée juridique limitée et que la demanderesse n'a pas payé la taxe de vente en raison d'une contrainte ou d'une coercition qui aurait été exercée sur elle. Par conséquent, la demanderesse a payé par erreur de droit, et le délai de deux ans prévu par l'article 68 s'applique.

Je voudrais d'abord faire remarquer que même s'il faut accorder certains effets juridiques à une lettre de protestation, ces effets ne peuvent aider la demanderesse à démontrer que le paiement n'a pas été fait par erreur de droit en l'espèce. La demanderesse affirme dans sa lettre de protestation:

[TRADUCTION] La présente constitue une protestation contre la partie de la taxe d'accise que nous payons sur le transport, pour la livraison de notre produit.

Cette taxe est injuste parce que nos compétiteurs dans le domaine du béton prémélangé sont exemptés de cette partie de la taxe, ce qui leur donne un avantage indû quant à leurs coûts de production.

What is noteworthy is that the plaintiff did not argue that the tax charged on transportation costs was unlawful. The argument was that it “is an unfair tax” because it placed the plaintiff at a competitive disadvantage relative to its competitors who “are exempt from paying this portion of tax.” The thrust of the plaintiff’s argument was that all competitors should be treated the same, not that the tax was unlawful. As such, the letter of protest does not assist the plaintiff in the argument that the payment of excise tax was not made under a mistake of law.

In any event, as I have said, a letter of protest generally has limited legal significance as to whether tax is paid under a mistake of law. The issue is whether the tax is paid voluntarily. In *Premier Mouton*, duress was the most important consideration in determining whether the tax had been paid voluntarily. Protest was of little significance. The judgment of Taschereau J. seems to be the clearest on this point. At page 369, he holds that:

... the mere fact that the payment was made “under protest” is not conclusive but, when all the circumstances of the case are considered, it flows that the respondent clearly intended to keep alive its right to recover the sum paid.

Paraphrasing Lord Reading in the well-known case *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106 (C.A.), Taschereau J. states [at page 369]:

... I am satisfied that the payments made were not prompted by the desire to discharge a legal obligation, or to settle definitely a contested claim. The pressure that was exercised is sufficient, I think, to negative the expression of the free will of the respondent’s officers, with the result that the alleged agreement to pay the tax has no legal effect and may be avoided. The payment was not made voluntarily to close the transaction. . . . [T]he payment was made for the purpose of averting the threatened evil, and not with the intention of giving up a right, but with the intention of preserving the right to dispute the legality of the demand. The threats and the payments made under protest support this contention of the respondent.

Fauteux J. [as he then was] concurred in the result with Taschereau J. Like Taschereau J., he focused on the voluntariness of the payment of tax and not the

Ce qu’il faut remarquer, c’est que la demanderesse ne conteste pas la légalité de la taxe exigée sur les coûts du transport. Son argument est plutôt que la [TRADUCTION] «taxe est injuste» parce qu’elle la place dans une situation désavantageuse par rapport à ses compétiteurs qui [TRADUCTION] «sont exemptés de cette partie de la taxe». Elle fait valoir en substance que tous les compétiteurs devraient être traités de la même façon, et non que la taxe est illégale. Cela étant, sa lettre de protestation n’est d’aucun secours à la demanderesse quant à son argument que le paiement de la taxe d’accise n’a pas été fait par erreur de droit.

De toute façon, comme je l’ai dit, une lettre de protestation a généralement peu d’incidence juridique lorsqu’il s’agit de déterminer si une taxe a été payée par erreur de droit. La question pertinente est plutôt de savoir si la taxe a été payée volontairement. Dans l’arrêt *Premier Mouton*, la coercition était le principal facteur pris en considération pour déterminer si la taxe avait été payée volontairement. On n’a accordé que peu d’importance à la protestation. Ce sont les motifs du juge Taschereau qui semblent les plus clairs sur ce point. À la page 369, il affirme que:

[TRADUCTION] . . . le simple fait que le paiement ait été fait «sous réserve» n’est pas concluant mais, si l’on examine toutes les circonstances de l’affaire, il en découle que l’intimée avait clairement l’intention de conserver son droit de se faire rembourser la somme qu’elle avait payée.

Paraphrasant lord Reading dans l’arrêt célèbre *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106 (C.A.), le juge Taschereau affirme [à la page 369]:

[TRADUCTION] . . . je suis convaincu que les paiements n’avaient pas été faits dans le but de se libérer d’une obligation juridique ou pour régler définitivement une demande contestée. La pression qui a été exercée est suffisante, je pense, pour faire en sorte que la volonté des dirigeants de l’intimée ne puisse s’exprimer librement, ce qui a pour résultat que le sol-disant consentement à payer la taxe n’a aucune valeur juridique et peut être écarté. Le paiement n’a pas été fait volontairement et dans le but de conclure la transaction. . . le paiement a été fait dans le but de se soustraire à la menace, et non avec l’intention d’abandonner un droit, mais avec l’intention de conserver le droit de contester la légalité de la demande. Les menaces et les paiements faits sous réserve appuient cette prétention de l’intimée.

Le juge Fauteux [tel était alors son titre] a souscrit à la conclusion du juge Taschereau. Comme lui, il a mis l’accent sur le caractère volontaire du paiement

protest. In *Bain v. Corporation of Montreal* (1883), 8 S.C.R. 252, cited by Fauteux J. [at page 374], it was held:

... a protest is of no avail when the payment or execution of the obligation is otherwise voluntary.

Thus, *Premier Mouton* suggests that it is the voluntariness of the tax payment, and not any protest, that is of significance in determining whether payment has been made under a mistake of law.

In an article which I found useful entitled "The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States" (1964), 42 *Tex. L. Rev.* 779, to which La Forest J. made reference in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at page 1210, Clifford L. Pannam concurs with this approach, at page 786:

Thus the mere fact that a protest has been made at the time of payment is a neutral factor. The loudest protest will not make a payment involuntary if there is in fact a choice as to whether the payment will be made. On the other hand, if there is in fact no choice, the existence of a protest is irrelevant. In borderline cases, however, a protest may afford some evidence of compulsion. [Footnotes omitted.]

The importance of determining whether a payment of taxes has been made voluntarily is explained by Pannam, at page 784:

Apart from the exceptions that have been established, an important limitation on the operation of the mistake of law rule is to be found in its very formulation. The rule only applies where there has been a *voluntary* payment so that, if it appears a payment has been made involuntarily, or under compulsion, then it can be recovered in an action for money had and received. The distinction between a voluntary and an involuntary payment thus becomes critical. It determines in any particular case whether or not there will be recovery. This explains why almost every reported case in the United States and in Australia dealing with the recovery of taxes paid under an unconstitutional statute is entirely devoted to an examination of whether the payment in question was made under compulsion or not. The same is true of the approach of the Canadian courts to this problem. The character of the payment is treated as determining its recoverability. [Footnote omitted.]

An early statement on the voluntariness of tax payments was made by Macdonald J.A. in *Vancouver*

de la taxe et non sur la protestation. Dans l'arrêt *Bain v. Corporation of Montreal* (1883), 8 R.C.S. 252, auquel s'est reporté le juge Fauteux [à la page 374], il a été statué que:

[TRADUCTION] ... une protestation n'est d'aucune utilité si le paiement ou l'exécution de l'obligation est par ailleurs volontaire.

Par conséquent, l'arrêt *Premier Mouton* donne à entendre que c'est le caractère volontaire du paiement de la taxe, et non la protestation, qui compte aux fins de déterminer si le paiement a été fait par erreur de droit.

Dans un article que j'ai trouvé utile, intitulé «The Recovery of Unconstitutional Taxes in Australia and in the United States» (1964), 42 *Tex. L. Rev.* 779 (auquel le juge La Forest fait référence dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, à la page 1210), Clifford L. Pannam souscrit à ce point de vue, à la page 786:

[TRADUCTION] Par conséquent, le simple fait que l'on ait protesté au moment du paiement est sans incidence. La protestation la plus véhémente ne fera pas qu'un paiement est involontaire s'il existe effectivement un choix de payer ou non. Par contre, s'il n'y a aucun choix, l'existence d'une protestation est sans pertinence. Dans les cas ambigus, toutefois, la protestation peut aider à faire la preuve qu'il y a eu contrainte. [Notes de bas de page omises.]

Pannam explique à la page 784 l'importance de déterminer si le paiement de la taxe a été fait volontairement:

[TRADUCTION] En plus des exceptions qui ont été établies, la formulation même de la règle de l'erreur de droit pose une limite importante à son application. La règle ne s'applique que s'il y a eu paiement *volontaire*, de sorte que s'il se trouve que le paiement a été fait involontairement, ou sous la contrainte, alors les sommes versées peuvent être recouvrées au moyen d'une action en répétition de l'indu. La distinction entre un paiement volontaire et un paiement involontaire prend donc une importance cruciale. Elle détermine pour chaque cas considéré s'il y aura recouvrement ou non. Ceci explique pourquoi presque toutes les décisions judiciaires publiées aux États-Unis et en Australie se rapportant à la question du recouvrement de taxes payées en vertu d'une loi invalide sont entièrement centrées sur la question de savoir si le paiement en question a été fait sous la contrainte ou non. Les tribunaux canadiens ont la même façon d'aborder cette question. Le caractère du paiement est considéré comme déterminant quant à savoir s'il est recouvrable. [Notes de bas de page omises.]

L'une des premières déclarations sur le caractère volontaire des paiements de taxe est celle du juge

Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd. (1937), 52 B.C.R. 32 (C.A.). Generally, he was of the view that merely because a statute compels compliance with its terms and imposes penalties, or that government officials are in a superior position to the individual, does not negate the assumption that all citizens voluntarily discharge obligations involving payments of moneys compelled by statute. At pages 37 and 38 he states:

If payments made pursuant to an invalidated Act are to be regarded as made involuntarily because presumably the parties making the payments were not on equal terms with the authority purporting to act under the statute it may be difficult to procure officials willing to assume the necessary risk. A declaration of invalidity may be made after many years of operation and large amounts might be recoverable if it is enough to show in a literal sense that "the payments were made under circumstances which left the party no choice," or that "the plaintiff really had no choice and the parties . . . were not on equal terms." Every Act for taxation or other purposes, whether valid in fact, or for the time being thought to be valid, compels compliance with its terms under suitable penalties. The payee has no choice and the authorities imposing it are in a superior position. It does not follow, however, that all who comply do so under compulsion, except in the sense that every Act imposes obligations, or that the respective parties in the truest sense are not "on equal terms." It should be assumed that all citizens voluntarily discharge obligations involving payments of money or other duties imposed by statute.

On the subject of voluntariness of tax payments, Pannam says, at pages 785 and following:

- (1) Each case will depend on its own facts.
- (2) As a general proposition, a voluntary payment is not necessarily one the payer wishes to make.
- (3) Payment will be voluntary if it can only be enforced through judicial proceedings in which the validity of the tax can be put in issue.
- (4) Involuntariness requires some actual or threatened exercise of power for which the payer has no means of immediate relief other than by making payment.

Macdonald, J.C.A. dans l'arrêt *Vancouver Growers Ltd. v. G. H. Snow Ltd.* (1937), 52 B.C.R. 32 (C.A.). De façon générale, il était d'avis que le fait qu'une loi oblige au respect de ses dispositions et impose des pénalités, ou que les représentants du gouvernement sont dans une situation de supériorité par rapport au contribuable individuel, ne renverse pas la présomption que tous les citoyens s'acquittent volontairement des obligations pécuniaires imposées par la loi. Aux pages 37 et 38, il affirme:

[TRADUCTION] Si les paiements faits conformément à une loi qui a été déclarée invalide doivent être qualifiés d'involontaires parce qu'il faut supposer que les payeurs n'étaient pas à égalité avec les autorités prétendant agir en vertu de la loi, il pourrait être difficile de trouver des représentants disposés à assumer les risques inhérents. Une déclaration d'invalidité peut survenir après des années de fonctionnement, et de grosses sommes pourraient devenir recouvrables s'il suffisait de montrer, dans son sens littéral, que «les paiements ont été faits dans des circonstances qui ne laissaient au payeur aucun choix» ou que «le demandeur n'avait réellement pas le choix et que les parties [. . .] ne traitaient pas à égalité». Toute loi, que ses fins soient fiscales ou autres, qu'elle soit valide de fait, ou tenue pour telle pour le moment, oblige au respect de ses dispositions au risque pour le contrevenant d'encourir les peines prévues. Le payeur n'a aucun choix et les autorités qui exigent le paiement sont dans une position de supériorité. Il ne s'ensuit pas, cependant, que tous ceux qui se conforment le font sous la contrainte, sauf dans le sens que toute loi impose des obligations et que les parties, au sens le plus pur, ne sont pas «à égalité». Il faut présumer que tous les citoyens s'acquittent volontairement des obligations pécuniaires ou autres que la loi leur impose.

Sur la question du caractère volontaire des paiements, Pannam affirme aux pages 785 et suivantes:

- 1) Chaque affaire doit être jugée à partir de ses propres faits.
- 2) De façon générale, un paiement volontaire n'est pas nécessairement un paiement que le payeur désire faire.
- 3) Le paiement sera volontaire s'il peut seulement être exigé au moyen de procédures judiciaires dans lesquelles la validité de la taxe peut être mise en question.
- 4) Pour que le paiement soit qualifié d'involontaire, il faut qu'il y ait utilisation ou menace d'utilisation de moyens contre lesquels le payeur ne peut se prémunir qu'en payant la somme exigée.

(5) Involuntariness of payment is associated with extra-judicial sanctions such as seizure of property, duress of the person, or denial of the right to continue in business (these were factors that were found to be present in *Premier Mouton*).

(6) The existence of extra-judicial sanctions of themselves is insufficient to make payment of tax involuntary in the absence of an intent by a governmental authority to implement such sanctions.²

² Pannam states, at pp. 785-788:

It is apparent from the very nature of the subject that each case must depend on its own peculiar facts. However, there are a few general propositions that may be stated with some confidence. The first is that the expression "voluntary payment" does not necessarily mean a payment which the payer wishes to make. As one Australian judge has put it, "In the case of many persons their payments never are voluntary in that sense!" A payment is clearly voluntary, even though the payer wishes that he did not have to make it, if it is made with free exercise of the will to get rid of some liability. What is critical is whether there was a choice between paying and not paying. Or to put it in the negative, before a payment will be regarded as involuntary, there must be some actual or threatened exercise of power, possessed by the party receiving it, over the person or property of the payer, for which the latter has no other means of immediate relief than by making the payment . . .

It seems reasonably well settled in both Australia and the United States that payment of taxes will always be considered voluntary if such payment can only be enforced by judicial proceedings in which the validity of the tax, or the constitutionality of the taxing act, can be put in issue. If, however, non-payment will be attended with extrajudicial sanctions such as seizure of property, duress of the person, denial of the right either to commence or continue a business, and so on, then the character of the payment changes. At one time it was thought that this was so only if there was an actual and immediate probability that these sanctions would be resorted to. More recently, however, this requirement has been relaxed. . . . It does not seem, however, that the mere existence of extrajudicial sanctions in a tax act without evidence that the authorities intend to implement them makes a payment compulsory.

The fact that taxes are demanded by, and paid to, governmental officials vested with wide enforcement powers might seem in itself to constitute compulsion. The citizen and the official who is cloaked with the authority of the state are just not on an equal footing. On this basis it could be argued either that payments made to governmental officials can never be voluntary or, alternatively, that a good deal less evidence is needed to prove compulsion by them than by a private person. The first argument has never been regarded as good law . . .

(Continued on next page)

5) Le caractère involontaire du paiement est lié à des sanctions extrajudiciaires telles que la saisie des biens, la coercition personnelle, le déni du droit de continuer les activités commerciales (ce sont les facteurs retenus dans l'arrêt *Premier Mouton*).

6) L'existence de sanctions extrajudiciaires est en elle-même insuffisante pour rendre un paiement de taxe involontaire, en l'absence d'une intention de la part de l'autorité gouvernementale d'appliquer ces sanctions².

² Pannam affirme, aux p. 785 à 788:

[TRADUCTION] Il découle de la nature même de la question que chaque cas doit être jugé à partir de ses propres faits. Toutefois, certaines règles générales peuvent être énoncées avec une certaine confiance. Premièrement, l'expression «paiement volontaire» ne désigne pas nécessairement un paiement que le payeur désire faire. Comme l'a dit un juge australien: «Pour bien des gens, leurs paiements ne sont jamais volontaires en ce sens!». Un paiement est clairement volontaire, même si le payeur souhaiterait ne pas avoir à le faire, lorsque ce paiement est fait en vertu du libre exercice de sa volonté de se débarrasser d'une obligation pécuniaire. La question cruciale est celle de savoir s'il a le choix entre payer et ne pas payer. Ou, pour exprimer cela par une tournure négative, avant qu'un paiement ne soit qualifié d'involontaire, il doit y avoir utilisation ou menace d'utilisation de moyens, qui sont à la disposition de la partie exigeant le paiement, contre la personne ou les biens du payeur, et auxquels ce dernier ne peut dans l'immédiat se soustraire autrement qu'en payant la somme demandée. . .

Il semble assez bien établi tant en Australie qu'aux États-Unis que le paiement de taxes sera toujours considéré comme volontaire s'il ne peut être exigé qu'au moyen de procédures judiciaires dans lesquelles la validité de la taxe ou la constitutionnalité de la loi fiscale peut être contestée. Si, par contre, le non-paiement doit entraîner des sanctions extrajudiciaires telles que la saisie des biens, la coercition personnelle, le déni du droit de commencer ou de poursuivre des activités commerciales, alors le caractère du paiement change. On a déjà pensé qu'il n'en était ainsi que s'il était fortement probable que ces sanctions seraient appliquées immédiatement. Dernièrement, toutefois, cette exigence a été atténuée. . . Il ne semble pas, cependant, que la simple existence de sanctions extrajudiciaires prévues par une loi fiscale, sans la preuve que les autorités entendent les appliquer, rende le paiement involontaire.

Le fait que le paiement des taxes soit exigé par des représentants du gouvernement investis de grands pouvoirs d'exécution et que ces taxes leur soient payées, peut sembler, en soi, constituer une contrainte. Le citoyen et le représentant revêtu de l'autorité de l'État ne sont tout simplement pas à égalité. À partir de cette constatation, on pourrait prétendre que les paiements faits aux représentants du gouvernement ne peuvent jamais être volontaires, ou, subsidiairement, qu'il faut beaucoup moins de preuve pour établir la contrainte exercée par

(Suite à la page suivante)

Pannam concludes, at pages 788-789:

If taxes are promptly paid on the assumption that the statute authorizing them is valid, they cannot be recovered if in fact it turns out to be invalid. A mistake of law has been made and money paid under such a mistake cannot be recovered. Even if some doubt is felt about the validity of the authorizing statute, payments still cannot be recovered unless made in circumstances amounting to judicially cognizable duress, involuntariness or compulsion.

I think Pannam's analysis is consistent with the finding of the Supreme Court of Canada in *Premier Mouton*. It is, to my knowledge, the most exhaustive explanation relating to protest and mistake of law in the context of the obligation to pay tax, and I find it persuasive.

In the case at bar, even if it could be construed that the plaintiff entertained some doubt as to its liability for the tax (which I have already explained I do not think is the case), at most its letter of protest is evidence that it did not want to pay the tax. But, the real question is whether the plaintiff had a choice as to whether or not to make the payment. Was it paid vol-

(Continued from previous page)

The second argument in that it suggests that there are different criteria to test the voluntary nature of payments made to government officials and to private persons does not have much foundation in authority. But in that it suggests that the same criteria might produce different results depending upon whether a private person or a government official is involved, it has been accepted. The government official has far wider powers of compulsion at his disposal, and this factor is a significant one in any inquiry concerning the voluntary nature of a particular payment. There is no doubt, however, that a payment made to such an official can be voluntary. The fact that he is an official and that he may have certain powers at his command are only considerations to be taken into account with the other facts of the case.

Beyond these general propositions, the law on voluntary payments descends into the minutiae of particular situations and the compulsions alleged to exist in them. These propositions do state, however, the rules that the Australian and United States courts have used to deal with problems concerning the recovery of unconstitutional taxes. They are not very generous rules as far as the taxpayer is concerned. [Footnotes omitted.]

Pannam conclut, aux pages 788 et 789:

[TRADUCTION] Si les taxes sont payées sans délai en présumant valide la loi qui en exige le paiement, elles ne peuvent pas être recouvrées s'il s'avère que cette loi est invalide. Une erreur de droit a été commise et les sommes versées erronément ne peuvent pas être recouvrées. Même dans le cas où des doutes sont ressentis au sujet de la validité de la loi fiscale, on ne peut recouvrer les sommes payées à moins de pouvoir faire judiciairement la preuve de la coercition, du caractère involontaire ou de la contrainte viciant leur paiement.

Je pense que l'analyse de Pannam est conforme aux conclusions de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Premier Mouton*. Elle est, à ma connaissance, l'explication la plus complète en ce qui concerne la protestation et l'erreur de droit dans le contexte de l'obligation de payer une taxe, et je la trouve convaincante.

En l'espèce, même si l'on supposait que la demanderesse entretenait certains doutes quant à son obligation de payer la taxe (et j'ai déjà dit pourquoi cela ne me semble pas le cas), sa lettre de protestation est tout au plus la preuve qu'elle ne voulait pas payer la taxe. Mais la vraie question est de savoir si la demanderesse avait le choix de payer ou non la taxe. L'a-t-

(Suite de la page précédente)

eux qu'il n'en faut pour prouver celle que pourrait exercer un particulier. Le premier argument n'a jamais été vu comme juridiquement valable . . . Le deuxième, en ce qu'il porte à penser qu'il existe des critères différents pour apprécier le caractère volontaire des paiements faits, selon qu'il s'agit de paiements aux représentants du gouvernement ou à des particuliers, n'a pas une bien large assise juridique. Il a cependant été accepté dans la mesure où il porte à penser que le même critère puisse permettre d'arriver à des conclusions différentes selon qu'il s'agit d'un particulier ou d'un représentant du gouvernement. Le représentant du gouvernement a de bien plus grands moyens d'exécution à sa disposition, et ce facteur est très important dans tout examen portant sur le caractère volontaire d'un paiement. Il n'y a cependant aucun doute qu'un paiement fait à ce représentant du gouvernement puisse être volontaire. Le fait qu'il s'agisse d'un représentant du gouvernement qui puisse détenir certains pouvoirs n'est qu'un des éléments qui doivent être pris en considération.

En dehors de ces règles générales, le droit relatif aux paiements volontaires se ramifie dans les détails de chaque espèce et des moyens de contrainte que l'on allègue avoir été pris. Ce sont là toutefois les règles que les cours australiennes et américaines ont suivies pour résoudre les litiges portant sur le recouvrement de taxes invalides. Ce ne sont pas des règles très généreuses pour le contribuable. [Notes de bas de page omises]

untarily or under duress? If there was a choice, the moneys have been paid under a mistake of law.

In order to reach a conclusion on this issue, it is necessary to determine whether collection could only have been enforced through judicial proceedings or whether, as in *Premier Mouton*, the governmental authorities could have embarked and intended to embark upon extra-judicial sanctions against the plaintiff such that the collection was involuntary. I have concluded that as of May 1, 1986, collection could only have been enforced through judicial proceedings. Prior to May 1, 1986, it could be that collection through extra-judicial sanctions was possible but there is no evidence of an intention by the Minister to take such steps. Both before and after May 1, 1986, payment of tax by the plaintiff could not be characterized as involuntary.

Section 53 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, as amended,³ provided:

³ S. 53 was amended by S.C. 1986, c. 9, s. 40, which came into force on May 1, 1986. This provision is now R.S.C., 1985, c. E-15, s. 83 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 41]. During the period August 1, 1985 to April 30, 1986, the certification provision was s. 52(4) [as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 38], which came into force on June 1, 1985 and which provided:

52. . . .

(4) Any amount payable in respect of taxes, penalties and interest under this Act, other than Part I, remaining unpaid in whole or in part after fifteen days from the date of the sending, by registered or certified letter, of a notice of arrears addressed to the licensed air carrier, taxpayer or person licensed for the purposes of Part II.1, as the case may be, may be certified by the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise and on the production to the Federal Court or a judge thereof or such officer as the Court or a judge thereof may direct, the certificate shall be registered in that Court and shall, from the date of such registration, be of the same force and effect, and all proceedings may be taken thereon, as if the certificate were a judgment obtained in that Court for the recovery of a debt of the amount specified in the certificate, including penalties and interest to the date of payment as provided for in this Act, and entered upon the date of such registration, and all reasonable costs and charges attendant upon the registration of such certificate are recoverable in like manner as if they were part of such judgment.

elle payée volontairement ou en raison de l'utilisation de moyens de coercition? Si la demanderesse avait le choix, le paiement des sommes en question ont résulté d'une erreur de droit.

^a

Pour pouvoir arriver à une conclusion sur cette question, il faut déterminer si la perception de la taxe ne pouvait être effectuée que par des procédures judiciaires ou si, comme dans l'affaire *Premier Mouton*, les autorités gouvernementales auraient pu prendre et avaient l'intention de prendre des sanctions extrajudiciaires contre la demanderesse, rendant ainsi le paiement involontaire. Je suis arrivé à la conclusion que, au 1^{er} mai 1986, seuls des moyens d'exécution judiciaires pouvaient être pris. Avant le 1^{er} mai 1986, des moyens d'exécution extrajudiciaires auraient peut-être pu être pris, mais aucune preuve n'a été déposée quant à l'intention du ministre à cet égard. Le paiement de la taxe par la demanderesse, tant avant qu'après le 1^{er} mai 1986, ne peut être caractérisé d'involontaire.

^e

L'article 53 de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, modifié³, édictait:

³ L'art. 53 est modifié par L.C. 1986, ch. 9, art. 40, qui était entré en vigueur le 1^{er} mai 1986. Cette disposition se trouve maintenant à L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 83 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 41]. Du 1^{er} août 1985 au 30 avril 1986, la disposition relative à la certification était l'art. 52(4) [mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 58], qui était entré en vigueur le 1^{er} juin 1985 et était rédigé de la façon suivante:

52. . . .

(4) Tout montant payable au titre des taxes, amendes et intérêts prévus à la présente loi, à l'exception de la Partie I, resté impayé en totalité ou en partie quinze jours après la date de la mise à la poste, par lettre recommandée ou certifiée, d'un avis d'arriérés adressé au transporteur aérien titulaire d'un permis, au contribuable ou à la personne titulaire d'une licence aux fins de la Partie II.1, selon le cas, peut être certifié par le sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise et, sur production à la Cour fédérale ou à un de ses juges ou au fonctionnaire que la Cour ou un juge de cette Cour peut désigner, le certificat est enregistré auprès de cette Cour et possède, à compter de la date de cet enregistrement, la même vigueur et le même effet, et toutes procédures peuvent être intentées sur la foi de ce certificat, comme s'il était un jugement obtenu devant cette Cour pour le recouvrement d'une dette au montant spécifié dans le certificat, y compris les amendes et les intérêts jusqu'à la date du paiement prévu dans la présente loi, et inscrits à la date de cet enregistrement, et tous les frais et dépenses raisonnables afférents à l'enregistrement de ce certificat sont recouvrables de la même manière que s'ils faisaient partie de ce jugement.

53. (1) The Minister may certify that any tax, penalty, interest or other sum payable under this Act has not been paid as and when required by this Act.

(2) On production to the Federal Court, a certificate made under this section shall be registered in the Court and, when registered, has the same force and effect, and all proceedings may be taken thereon, as if the certificate were a judgment obtained in the Court for a debt of the amount specified in the certificate.

After certification by the Minister that tax payable has not been paid when required, garnishment and other collection proceedings may be taken. While undoubtedly collection proceedings under the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] will clearly be judicial in nature, they follow from what, with nothing more, may appear to be the unilateral judgment of the Minister that taxes are owing. However, section 53.3 of the *Excise Tax Act*, which came into force on May 1, 1986⁴ precludes governmental officials from taking collection action while a taxpayer asserts specified rights through the various official levels and courts having jurisdiction to deal with the matter. Under subsection 53.3(4), the Minister may not make a certificate under section 53 until ninety days after a notice of assessment is sent to the taxpayer. Under subsections (5) and (6), if the taxpayer files a notice of objection within the prescribed period, the Minister may not take collection action until the notice of objection and any appeals following therefrom have been disposed of.

⁴ S.C. 1986, c. 9, s. 40, now R.S.C. 1985, c. E-15, s. 86 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 41; (4th Supp.), c. 47, s. 52], which is substantially the same.

53.3 (1) Subsections 52(3) and (5) and sections 53 to 53.2 do not apply in respect of any penalty or fine imposed pursuant to a conviction for an offence under this Act.

(2) The Minister shall not certify under section 53 that a sum has not been paid, unless the person by whom the sum is payable has been assessed for that sum under this Part.

(Continued on next page)

53. (1) Le Ministre peut certifier qu'une taxe, une amende, des intérêts ou une autre somme payables en vertu de la présente loi n'ont pas été payés selon les prescriptions de la présente loi.

(2) Sur production à la Cour fédérale, un certificat établi aux termes du présent article est enregistré auprès de cette Cour et possède, à compter de cet enregistrement, la même vigueur et le même effet, et toutes procédures peuvent être intentées sur la foi de ce certificat, comme s'il était un jugement obtenu devant cette Cour pour une dette au montant spécifié dans le certificat.

Après que le ministre a certifié que la taxe payable n'a pas été payée selon les prescriptions de la loi, la saisie-arrêt ou d'autres moyens d'effectuer la perception peuvent être pris. Bien qu'il ne fasse aucun doute que les moyens pris en vertu de la *Loi sur Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 et de son Règlement [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] pour obtenir le paiement de la taxe sont clairement des moyens de nature judiciaire, ils découlent de ce qui peut sembler, en l'absence d'autres éléments, n'être que le jugement unilatéral du ministre que les taxes sont dues. Toutefois, l'article 53.3 de la *Loi sur la taxe d'accise*, qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 1986⁴ interdit aux représentants du gouvernement de prendre des moyens de perception tant que le contribuable cherche à faire respecter certains droits précis en s'adressant aux divers paliers administratifs et aux cours ayant compétence en la matière. Selon le paragraphe 53.3(4), le ministre ne peut pas établir un certificat en vertu de l'article 53 dans les quatre-vingt dix jours qui suivent l'envoi d'un avis de cotisation au contribuable. Les paragraphes (5) et (6) prescrivent que, si le contribuable dépose un avis d'opposition dans le délai prévu, le ministre ne peut pas prendre de moyens de perception avant qu'il n'ait été statué sur l'avis d'opposition et les appels qui peuvent en découler.

⁴ L.C. 1986, ch. 9, art. 40, maintenant L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 86 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 41; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] (qui est substantiellement la même disposition).

53.3 (1) Les paragraphes 52(3) et (5) et les articles 53 à 53.2 ne s'appliquent pas à l'égard de toute peine ou amende imposée conformément à une déclaration de culpabilité pour une infraction prévue à la présente loi.

(2) Le Ministre ne doit pas certifier, en vertu de l'article 53, qu'une somme n'a pas été payée, à moins que la personne par qui la somme est payable n'ait fait l'objet d'une cotisation pour cette somme sous le régime de la présente Partie.

(Suite à la page suivante)

As I read the provisions of section 53.3, they do establish a judicial process whereby, if the taxpayer elects to take the steps open to him or her, the taxpayer may challenge the liability for payment of the tax in question. The Minister may not impose extra-judicial sanctions to collect taxes during the time the taxpayer's challenge is outstanding. There is therefore no basis for any argument that payment of taxes was due to compulsion or duress following May 1, 1986.

(Continued from previous page)

(3) The Minister shall not

(a) serve a notice under section 53.1 in respect of a sum payable under this Act, or

(b) require under section 53.2 the retention of an amount in respect of a sum payable under this Act,

unless the person by whom the sum is payable has been assessed for that sum under this Part or a judgment against that person for the payment of that sum has been rendered by a court of competent jurisdiction.

(4) Where a person has been assessed for any sum payable under this Act, otherwise than pursuant to subsection 51.15(4) or 51.38(1), the Minister shall not, for the purpose of collecting that sum,

(a) commence legal proceedings in a court,

(b) make a certificate under section 53,

(c) serve a notice under section 53.1, or

(d) require under section 53.2 the retention of an amount

before ninety days after the day on which the notice of assessment is sent to that person.

(5) Where a person has served a notice of objection under section 51.15, otherwise than pursuant to section 51.33, the Minister shall not, for the purpose of collecting the sum in controversy, take any of the actions described in paragraphs (4)(a) to (d) before ninety days after the day on which the notice of decision is sent to that person.

(6) Where a person has appealed to the Board or the Federal Court—Trial Division under this Part, otherwise than pursuant to section 51.33, in respect of an assessment, the Minister shall not, for the purpose of collecting the sum in controversy, take any of the actions described in paragraphs (4)(a) to (d),

(a) where the appeal is to the Board, before the day on which a copy of the decision of the Board is sent to that person or that person discontinues the appeal; and

(Continued on next page)

Selon moi, les dispositions de l'article 53.3 établissent un processus judiciaire par lequel le contribuable peut, s'il engage les procédures prévues, contester l'obligation de payer la taxe en question. Le ministre ne peut pas imposer des sanctions extrajudiciaires dans le but de percevoir les taxes pendant que la contestation du contribuable suit son cours. Il n'y a par conséquent aucun fondement à l'allégation suivant laquelle le paiement des taxes aurait été fait sous la contrainte ou la coercition à partir du 1^{er} mai 1986.

(Suite de la page précédente)

(3) Le Ministre ne peut pas:

a) signifier un ordre en vertu de l'article 53.1 à l'égard d'une somme payable en application de la présente loi, ou

b) exiger, en vertu de l'article 53.2, la retenue d'un montant à l'égard d'une somme payable en application de la présente loi,

à moins que la personne par qui la somme est payable ait fait l'objet d'une cotisation pour cette somme sous le régime de la présente Partie ou qu'un jugement contre cette personne concernant le paiement de cette somme n'ait été rendu par un tribunal compétent.

(4) Lorsqu'une personne a fait l'objet d'une cotisation pour toute somme payable en application de la présente loi sauf en application des paragraphes 51.15(4) ou 51.38(1), le Ministre ne peut pas, aux fins de la perception de cette somme:

a) intenter des procédures judiciaires devant un tribunal,

b) établir un certificat en vertu de l'article 53,

c) signifier un avis en vertu de l'article 53.1, ou

d) exiger, en vertu de l'article 53.2, la retenue d'un montant,

avant quatre-vingt-dix jours suivant la date de l'envoi de l'avis de cotisation à cette personne.

(5) Lorsqu'une personne a signifié un avis d'opposition en vertu de l'article 51.15, sauf lorsqu'il s'agit de l'article 51.33, le Ministre ne peut pas, aux fins de la perception de la somme en litige, prendre une des actions visées aux alinéas (4)a) à d) avant quatre-vingt-dix jours suivant la date de l'envoi de l'avis de décision à cette personne.

(6) Lorsqu'une personne en a appelé à la Commission ou à la Division de première instance de la Cour fédérale en application de la présente Partie, sauf en application de l'article 51.33, à l'égard d'une cotisation, le Ministre ne peut pas, aux fins de la perception de la somme en litige, prendre une des actions visées aux alinéas (4)a) à d):

a) lorsque l'appel est fait à la Commission, avant la date de l'envoi d'une copie de la décision de la Commission à cette personne ou de l'abandon de l'appel par cette personne; et

(Suite à la page suivante)

To the extent an argument could be made that between August 1, 1985 and April 30, 1986 the defendant could have enforced payment through extra-judicial means, such argument would not avail to the benefit of the plaintiff. The reason is that there is no evidence that during this period the defendant sought to implement extra-judicial sanctions. As indicated by Pannam, the mere existence of extra-judicial sanctions is insufficient to make a payment of tax compulsory in the absence of evidence of an intent to implement such sanctions.

Having determined that the plaintiff paid voluntarily, I am of the opinion that taxes were paid under a mistake of law as envisaged by section 68.

(Continued from previous page)

(b) where the appeal is to the Federal Court—Trial Division, before the day on which the judgment of the Court is rendered or that person discontinues the appeal.

(7) Where a person is named in a reference under section 51.36, agrees to a reference under section 51.37 or appears as a party at the hearing of any such reference, the Minister shall not, for the purpose of collecting any sum for which that person has been assessed and of which the liability for payment will be affected by the determination of the question, take any of the actions described in paragraphs (4)(a) to (d) before the day on which the question is determined by the Court.

(8) Notwithstanding subsections (1) to (7), where a person has served a notice of objection under section 51.15 or has appealed to the Board or the Federal Court—Trial Division under this Part, otherwise than pursuant to section 51.33, in respect of an assessment and agrees in writing with the Minister to delay proceedings on the objection or appeal until a decision or judgment is rendered in another action before the Board, the Federal Court or the Supreme Court of Canada in which the issue is the same or substantially the same as that raised in the objection or appeal of that person, the Minister may take any of the actions described in paragraphs (4)(a) to (d) for the purpose of collecting any sum for which that person has been assessed determined in a manner consistent with the decision or judgment of the Board or Court in the other action at any time after the Minister notifies that person in writing that such decision or judgment has been rendered.

(9) Subsections (2) and (3) do not apply in respect of any amount deemed to be a tax by subsection 51.39(2) or (3).

Dans la mesure où il pourrait être soutenu que, entre le 1^{er} août 1985 et le 30 avril 1986, la défendresse aurait pu exiger le paiement par des moyens extrajudiciaires, pareil argument ne serait d'aucune utilité à la demanderesse parce qu'il n'y a aucune preuve que pendant cette période la défendresse a tenté de prendre des sanctions extrajudiciaires. Comme l'a affirmé Pannam, la simple existence de sanctions extrajudiciaires n'est pas suffisante pour rendre un paiement de taxe involontaire, en l'absence de la preuve de l'intention de prendre de telles sanctions.

Comme je suis arrivé à la conclusion que la demanderesse a payé volontairement, je suis d'avis que les taxes ont été payées par erreur de droit, aux termes de l'article 68.

(Suite de la page précédente)

b) lorsque l'appel est fait à la Division de première instance de la Cour fédérale, avant la date du jugement de la Cour ou de l'abandon de l'appel par cette personne.

(7) Lorsqu'une personne est nommée dans un renvoi en vertu de l'article 51.36, consent à un renvoi en vertu de l'article 51.37 ou comparait à titre de partie à l'audition d'un de ces renvois, le Ministre ne peut pas, aux fins de la perception d'une somme pour laquelle cette personne a fait l'objet d'une cotisation et dont la responsabilité du paiement sera touchée par la détermination de la question, prendre une des actions visées aux alinéas (4)a) à d) avant la date de la détermination de la question par la Cour.

(8) Par dérogation aux paragraphes (1) à (7), dans les cas où une personne a signifié un avis d'opposition en vertu de l'article 51.15 ou a appelé d'une cotisation à la Commission ou à la Division de première instance de la Cour fédérale en application de la présente Partie, à l'exclusion de l'article 51.33, et où la personne conclut un accord écrit avec le Ministre à l'effet de retarder les procédures d'opposition ou d'appel jusqu'à ce qu'une décision ou un jugement soit rendu dans une autre instance devant la Commission, la Cour fédérale ou la Cour suprême du Canada où la question en litige est la même, ou essentiellement la même que celle soulevée par l'opposition ou l'appel de cette personne, le Ministre peut prendre action conformément aux alinéas (4)a) à d) en vue de la perception d'une somme pour laquelle la personne a fait l'objet d'une cotisation établie conformément à la décision ou au jugement rendu par la Commission ou par une cour dans l'autre instance, après avoir notifié par écrit cette personne de cette décision ou de ce jugement.

(9) Les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas à un montant censé être une taxe par l'application des paragraphes 51.39(2) ou (3).

Counsel for the plaintiff also relied on *Monarch Concrete Products Ltd. v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 1 (F.C.T.D.) for the proposition that informal applications for refunds have an ongoing effect. If the plaintiff's letter of protest of May 26, 1988 could be characterized as the application for refund envisaged by section 68, the question is whether it has a continuous effect so that it could be treated as protecting the plaintiff's entitlement to refund for the period extending back two years to May 26, 1986.

I do not think an informal application for refund alone can have a continuing effect. Parliament has established a process under the *Excise Tax Act* for taxpayers to claim refunds. That process commences with an application for refund utilizing a prescribed form, pursuant to subsection 72(2) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34]. Presumably, such a form is to fulfil Revenue Canada's need to have specified information in order to verify the validity and amount of the refund claimed. There is then a notice of determination by the Minister under subsection 72(6) [as am. *idem*]. The taxpayer may then file a notice of objection under section 81.17 [as enacted *idem*, s. 38]. Following this, the Minister issues a notice of decision under subsection 81.17(5). Under sections 81.19 [as enacted *idem*; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52] and 81.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52], the taxpayer may elect to appeal a negative notice of decision to the C.I.T.T. or to this Court. Pick-a-Mix Concrete Limited followed this course of action in bringing its appeal before the C.I.T.T., from the notice of objection stage forward.

Once a person makes the application envisaged by section 68, the Minister must consider it, and either accept or reject it in whole or in part; see subsection 72(6). If the Minister fails to make a determination, the applicant could presumably force the Minister to do so through *mandamus*. If the Minister accepts the application, the matter would seem to be concluded.

L'avocat de la demanderesse a aussi invoqué la décision *Monarch Concrete Products Ltd. c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 1 (C.F. 1^{re} inst.) pour appuyer l'allégation que les demandes informelles de remboursement ont un effet continu. Si la lettre de protestation envoyée par la demanderesse le 26 mai 1988 pouvait être assimilée à la demande de remboursement envisagée par l'article 68, la question serait alors de savoir si elle a un effet continu, de manière à pouvoir être considérée comme protégeant le droit de la demanderesse à un remboursement pour la période de deux ans remontant jusqu'au 26 mai 1986.

Je ne crois pas qu'une demande informelle de remboursement puisse à elle seule avoir un effet continu. Le législateur a établi une procédure par laquelle, en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, les contribuables peuvent demander des remboursements. La première étape de cette procédure est de présenter une demande de remboursement au moyen de la formule prescrite, conformément au paragraphe 72(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34]. Cette formule existe probablement pour répondre au besoin de Revenu Canada d'obtenir des renseignements précis afin d'être en mesure de vérifier la validité et le montant du remboursement demandé. Le ministre délivre ensuite un avis de détermination conformément au paragraphe 72(6) [mod., *idem*]. Le contribuable peut ensuite déposer un avis d'opposition conformément à l'article 81.17 [édicte, *idem*, art. 38]. Par la suite, le ministre délivre un avis de décision en vertu du paragraphe 81.17(5). Aux termes des articles 81.19 [édicte, *idem*; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] et 81.2 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52], le contribuable peut en appeler d'un avis de décision défavorable auprès du T.C.C.E. ou de la Cour fédérale. C'est ce qu'a fait Pick-a-Mix Concrete Limited, qui a interjeté appel devant le T.C.C.E., suivant toute la procédure prescrite à partir du dépôt de l'avis d'opposition.

Une fois qu'une personne a déposé la demande envisagée par l'article 68, le ministre doit la prendre en considération et l'accepter ou la refuser en tout ou en partie; voir le paragraphe 72(6). Dans le cas où le ministre omet de prendre une décision, le requérant peut vraisemblablement l'y forcer au moyen d'une procédure de *mandamus*. Dans le cas où le ministre

However, if it is rejected, the applicant has available to it the review and appeal procedures to which I have referred.

I do not think an applicant can simply make an informal application, receive a negative response, discover a positive determination on the same issue in another proceeding some years later, and then claim a refund of the taxes paid from the point in time commencing two years prior to its original informal application. If *Monarch* was meant to suggest such an approach, I must respectfully disagree.

It was open to the plaintiff to follow the procedure prescribed in the *Excise Tax Act*. However, it only sent a letter of protest on May 26, 1988. Instead of sending this letter, had the plaintiff sent in an application for refund in the prescribed form, and followed the review and appeal procedures in the Act, it may well have obtained a refund extending back, if not to August 1, 1985, then to May 26, 1986. An extension back to May 26, 1986 would be predicated on a successful result to a proper claim for refund. In other words, had Riverside made its refund application on May 26, 1988, followed the review and appeal procedures, and, like Pick-a-Mix, been successful at the C.I.T.T., it would have obtained a refund of the tax it paid, extending back two years before its claim.

In short, the plaintiff chose not to follow the procedures for refunds prescribed by the statute. I do not think, on the strength of an informal letter of protest, in the absence of duress, it may now argue that section 68 is inoperative.

Although a finding that the section 68 limitation period is applicable to the plaintiff may appear harsh, it should be remembered that limitation periods are well known in the law and where statutes prescribe procedural steps and time limits, there must be compliance with them. Of course, in some circumstances, legislation confers a discretion on a court or tribunal to extend time. And in exceptional cases such as *Pre-*

accepte la demande, l'affaire apparaît réglée. Toutefois, dans le cas d'un rejet, le requérant peut engager les procédures d'examen et d'appel auxquelles j'ai fait référence précédemment.

^a Je ne crois pas qu'un requérant puisse simplement présenter une demande informelle, recevoir une réponse défavorable, découvrir, quelques années plus tard, que la même question a reçu dans une autre affaire une réponse favorable, et alors réclamer un remboursement des taxes payées à partir d'un moment remontant à deux ans avant sa demande informelle originale. Si tel est le sens de la décision *Monarch*, j'exprime respectueusement mon désaccord.

^b Il était loisible à la demanderesse de suivre la procédure prévue dans la *Loi sur la taxe d'accise*. Elle n'a cependant fait qu'envoyer une lettre de protestation le 26 mai 1988. Si, au lieu d'envoyer cette lettre, la demanderesse avait déposé une demande de remboursement au moyen de la formule prescrite et avait suivi les procédures d'examen et d'appel prévues par la loi, elle aurait probablement pu obtenir un remboursement remontant, sinon au 1^{er} août 1985, au moins au 1^{er} mai 1986. Le remboursement à partir du 26 mai 1986 dépendait d'une réponse favorable à une demande de remboursement présentée dans les formes. En d'autres termes, si Riverside avait présenté sa demande de remboursement le 26 mai 1988, avait suivi les procédures d'examen et d'appel et, comme Pick-a-Mix, avait reçu une décision favorable du T.C.C.E., elle aurait obtenu un remboursement de la taxe qu'elle avait payée remontant jusqu'à deux ans avant le dépôt de sa demande de remboursement.

^c Bref, la demanderesse a choisi de ne pas suivre les procédures prescrites par la loi. Je ne crois pas que, s'appuyant sur une lettre informelle de protestation, elle puisse maintenant, en l'absence de coercition, alléguer que l'article 68 est inopérant.

^d Bien que la conclusion selon laquelle la période de prescription prévue par l'article 68 s'applique à la demanderesse puisse sembler sévère, il faut se rappeler que les délais de prescription sont bien connus en droit et que, lorsque les lois établissent des procédures et des délais, il faut s'y conformer. Bien sûr, dans certaines circonstances, la loi accorde à la cour ou au tribunal le pouvoir discrétionnaire de prolonger

mier Mouton, there may be other reasons why a limitation period would not be applicable. But that is not the case here.

Counsel for the plaintiff argued that a taxing statute must always be construed strictly against the taxing authority and that a very clear statutory direction is required to absolve the government from paying a refund that would be due but for the existence of a limitation period. However, it would appear that since the Supreme Court of Canada decision in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, taxing statutes are to be read in their entire context having regard to the legislative purpose and scheme. See Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1994), at page 406. Although the presumption in favour of the taxpayer survives, it must be examined in light of the purpose of the taxing provision. See Driedger, at page 408.

Having regard to these rules of statutory construction respecting taxing statutes and to the statutory scheme respecting refunds under the *Excise Tax Act*, I am satisfied that section 68 imposes a two-year limitation period which is applicable in the case at bar. If that were not the case, any taxpayer who filed a letter of protest, no matter how lacking in merit, could stop the limitation period from running. That is not a reasonable interpretation of section 68. At a policy level, it may be arguable that the Government should not be able to avoid paying refunds for taxes paid in error by reliance on a limitation period or that the limitation period should be longer. But that is a matter for Parliament and not the Court.

The plaintiff has unnecessarily paid sales tax (according to the *Pick-a-Mix* decision) on the transportation cost component of its selling price of concrete. Not only did it pay tax for which it was not liable, but because its pre-mix concrete competitors had not been charged sales tax on transportation costs, it was rendered less competitive in its marketplace and therefore may have lost sales. In a case

ces délais. Et, dans certains cas exceptionnels comme *Premier Mouton*, d'autres raisons peuvent expliquer pourquoi un délai de prescription n'est pas applicable. Mais il n'en est rien en l'espèce.

L'avocat de la demanderesse allègue qu'une loi fiscale doit toujours recevoir une interprétation stricte à l'égard du fisc, et que, pour dégager le gouvernement de l'obligation de verser le remboursement qui serait dû si ce n'était du délai de prescription, la loi doit comporter des dispositions très claires d'exonération. Toutefois, depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, il semble que les lois fiscales doivent recevoir une interprétation en contexte qui tienne compte tant du but poursuivi que de l'ensemble du régime établi. Voir Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (Toronto, Butterworths, 1994), à la page 406. Bien que le contribuable jouisse encore d'une présomption favorable, cette dernière doit être examinée en tenant compte du but poursuivi par la disposition fiscale. Voir Driedger, à la page 408.

Compte tenu de ces règles d'interprétation des lois fiscales, et compte tenu du régime légal s'appliquant aux remboursements établi par la *Loi sur la taxe d'accise*, je suis convaincu que l'article 68 édicte un délai de prescription de deux ans qui est applicable en l'espèce. Si ce n'était pas le cas, tout contribuable qui enverrait une lettre de protestation, si dénuée de fondement que cette lettre puisse être, pourrait empêcher le temps de prescription de courir. Ce n'est pas une interprétation raisonnable de l'article 68. Sur le plan des principes, on pourrait prétendre que le gouvernement ne devrait pas pouvoir refuser, en invoquant la prescription, un remboursement de taxes payées par erreur, ou que le délai de prescription devrait être plus long. Mais c'est là une question qui relève du législateur, non de la Cour.

La demanderesse a inutilement payé la taxe de vente (selon la décision *Pick-a-Mix*) sur les coûts du transport dans son prix de vente du béton. Non seulement a-t-elle payé une taxe qu'elle n'avait pas à payer, mais parce que ses compétiteurs du domaine du béton prémélangé n'avaient pas eu à payer la taxe de vente sur les coûts du transport, elle a été désavantagée sur le plan de la concurrence et a pu en consé-

such as this, a court is strongly inclined to try to interpret the law to avoid an inequitable result. However, the Court is bound by the statute. The law is written for general application and there may be cases in which the result of the application of the law may be harsh. That is the situation here. During the course of argument, I discussed various alternative approaches with counsel for both parties but I have been unable to discover any approach that would yield a favourable result to the plaintiff.

With regret, I must dismiss this action. I shall make no order as to costs.

quence perdre des ventes. Dans une affaire comme l'espèce, la Cour est très encline à interpréter la loi de manière à éviter un résultat inéquitable. Toutefois, la Cour est liée par la loi. La loi est édictée en vue d'une application générale, et il peut y avoir des cas où le résultat de son application puisse être âpre. C'est le cas en l'espèce. Pendant l'argumentation, j'ai discuté de divers autres points de vue avec les avocats des parties, mais je n'en ai pu trouver qui puisse emporter un jugement favorable pour la demanderesse.

Avec regret, je dois rejeter l'action. Je ne ferai aucune adjudication des dépens.

IMM-7073-93

IMM-7073-93

Henry Halm (Applicant)**Henry Halm (requérant)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: HALM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)****b RÉPERTORIÉ: HALM c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Reed J.—Toronto, February 6, 7, 8, 9; Ottawa, February 24, 1995.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 6, 7, 8, 9 février; Ottawa, 24 février 1995.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Applicant convicted, in U.S.A., of sodomy — No equivalent offence in Canada as Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) contrary to Charter, ss. 7, 15.**c Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Requérant déclaré coupable de sodomie aux États-Unis — Aucune infraction équivalente au Canada car l'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) contrevient aux art. 7 et 15 de la Charte.**Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) violating Charter, s. 7 as without constitutionally valid purpose, alleged purpose not rationally connected to impugned provision, effects not proportionate to purpose — Ten-year jail sentence (penalty under s. 159) engaging Charter, s. 7.**d Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) viole l'art. 7 de la Charte parce qu'il n'a pas d'objet constitutionnel, qu'il n'a pas de lien rationnel avec son prétendu objet et que son effet est disproportionné par rapport à son objet — La peine de dix ans d'emprisonnement (peine prévue par l'art. 159) donne lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte.**Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of age, against homosexual males — Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) violating Charter, s. 15 as without constitutionally valid purpose, alleged purpose not rationally connected to impugned provision, effects not proportionate to purpose.**e f Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge, contre les homosexuels — L'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) viole l'art. 15 de la Charte parce qu'il n'a pas d'objet constitutionnel, qu'il n'a pas de lien rationnel avec son prétendu objet et que son effet est disproportionné par rapport à son objet.**Judicial review — Immigration Adjudicator's decision to proceed with inquiry on inadmissibility under Immigration Act, s. 19 without counsel not violating natural justice principles where Adjudicator had adjourned five times to allow applicant to get lawyer.**g Contrôle judiciaire — La décision d'un arbitre de l'immigration de procéder à l'enquête sur l'inadmissibilité en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'immigration en l'absence d'un avocat ne viole pas les principes de justice naturelle dans le cas où l'arbitre a ajourné l'enquête à cinq reprises pour permettre au requérant de retenir les services d'un avocat.*

There were reasonable grounds to believe that the applicant, neither a Canadian citizen nor a permanent resident, had been convicted of an offence outside Canada which, if committed in Canada, would have constituted an offence punishable by a maximum term of imprisonment of ten years or more. He had been convicted, *inter alia*, of five counts of sodomy in the third degree in the United States. This was an application to set aside the conditional deportation order issued against the applicant.

h Il y avait des motifs raisonnables de croire que le requérant, qui n'était ni un citoyen canadien ni un résident permanent, avait été déclaré coupable à l'étranger d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans. Il avait notamment été déclaré coupable aux États-Unis de cinq chefs d'accusation de sodomie au troisième degré. La demande visait l'annulation de la mesure d'expulsion conditionnelle prise contre le requérant.

The applicant's main argument was that there was no comparable offence in Canada because section 159 of the *Criminal Code* (which prohibits anal intercourse with persons under 18) was unconstitutional as violating sections 7 and 15 of the Charter.

i Le principal argument du requérant portait qu'il n'existait pas d'infraction comparable au Canada parce que l'article 159 du *Code criminel* (qui interdit les relations sexuelles anales avec les personnes de moins de 18 ans) était inconstitutionnel du fait qu'il violait les articles 7 et 15 de la Charte.

Held, the conditional deportation order should be set aside.

The argument that the applicant was denied his right to counsel was unfounded. The Adjudicator decided to proceed with the inquiry to determine whether the applicant was a member of an inadmissible class described in subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act* only after having adjourned five times to allow the applicant to retain and instruct counsel.

There were reasonable grounds to believe that the applicant had been convicted outside of Canada of an equivalent offence.

If there was no *Criminal Code* offence because section 159 was unconstitutional, then, the Adjudicator's decision would have been based on an error of law which under the ordinary common law principles of natural justice would have vitiated that decision. Furthermore, the Adjudicator's decision would attract the application of section 7 of the Charter since at the very least, the security of the person of an individual who was subject to a deportation order was engaged.

There was no dispute that the applicant was entitled to challenge the validity of section 159 even though he was doing so indirectly, in the context of deportation proceedings, and not as a result of having been charged or convicted under section 159.

Although certain comments in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* (to the effect that security of the person encompasses personal autonomy, control over one's physical and psychological integrity, and basic human dignity) could be interpreted as carving out a broader area than just physical security, it was not necessary to decide the issue since a consequence of being convicted under section 159 could be a ten-year jail sentence, clearly engaging the "liberty or security of the person."

Section 159 of the *Criminal Code* discriminates on the basis of sexual orientation which is an analogous ground to those specifically listed in section 15 of the Charter and it discriminates on the basis of age because other comparable provisions of the Code relating to sexual activities stipulate the age of consent as 14.

Once discrimination under section 15 had been found to exist, that discrimination must then be assessed in the light of section 1 of the Charter to determine whether it meets the test of being "demonstrably justified in a free and democratic society."

For the purpose of both section 7 and section 15, one must examine: (1) whether there is a rational connection between the objective and the means chosen to attain it; (2) whether the chosen means impair the rights as little as possible; and (3) whether there is a proportionality between the effects of the means and the legislative objectives.

Jugement: la mesure d'expulsion conditionnelle doit être annulée.

L'argument selon lequel il a été porté atteinte au droit du requérant d'être représenté par un avocat n'était pas bien fondé. L'arbitre a décidé de procéder à l'enquête pour déterminer si le requérant appartenait à une catégorie non admissible décrite au sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration* seulement après avoir ajourné l'enquête à cinq reprises pour permettre au requérant de donner un mandat et des directives à un avocat.

Il y avait des motifs raisonnables de croire que le requérant avait été déclaré coupable à l'étranger d'une infraction équivalente.

S'il n'existait pas d'infraction prévue au *Code criminel* parce que l'article 159 était inconstitutionnel, la décision de l'arbitre aurait été fondée sur une erreur de droit qui entacherait cette décision en vertu des principes de justice naturelle habituels reconnus en common law. De plus, la décision de l'arbitre entraînerait l'application de l'article 7 de la Charte car une mesure d'expulsion touche, à tout le moins, la sécurité de la personne qu'elle vise.

Il n'était pas contesté que le requérant était autorisé à contester la validité de l'article 159, bien qu'il l'ait fait indirectement dans le contexte d'une procédure d'expulsion, plutôt qu'après avoir été accusé ou déclaré coupable en vertu de cet article.

Bien que certaines remarques formulées dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)* (portant que la sécurité de la personne englobe l'autonomie personnelle, la maîtrise de l'intégrité physique et psychologique et la dignité humaine fondamentale) puissent être interprétées comme élargissant la portée de la protection au-delà de la simple sécurité physique, il n'était pas nécessaire de trancher cette question, étant donné qu'une condamnation pour l'infraction prévue à l'article 159 peut entraîner une peine d'emprisonnement de dix ans, de sorte que la «liberté et la sécurité de la personne» sont clairement en jeu.

L'article 159 du *Code criminel* établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, un motif analogue à ceux énumérés expressément à l'article 15 de la Charte, et il établit une discrimination fondée sur l'âge parce que d'autres dispositions comparables du *Code criminel* concernant les activités sexuelles fixent l'âge du consentement à 14 ans.

Une fois son existence établie, la discrimination visée par l'article 15 doit être appréciée en regard de l'article premier de la Charte afin de déterminer si elle répond au critère voulant que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Aux fins des articles 7 et 15, il faut déterminer: (1) s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et les moyens retenus pour y parvenir; (2) si l'atteinte aux droits causée par ces moyens est minimale; (3) si l'effet de ces moyens est proportionnel à l'objet de la loi.

The purpose must be assessed as of the date of the law's enactment (in this case, the 1988 amendment to section 159) and one cannot justify a provision by relying upon a purpose that the provision might have come to serve at a later time (in this case, to protect youth from the risk of HIV transmission by anal intercourse). In a free and democratic society, it is not justifiable to make an activity criminal merely because a segment, indeed maybe a majority, of the citizenry consider it to be immoral. The reinforcement of moral precepts and the inhibition of homosexual youth from acknowledging their sexual orientation at an early age are not purposes which can support making the activity in question a *Criminal Code* offence. The evidence did not establish that prevention of HIV transmission was a purpose of section 159.

Section 159 does not have a constitutionally valid purpose. The alleged purpose could not be rationally connected to the impugned provision, the effects of which were not proportionate thereto.

There was no evidence of unfairness in the choice of deportation proceedings, rather than extradition, even though there are guarantees under extradition proceedings which do not exist in deportation. There was nothing inherently unfair in a foreign state delaying extradition proceedings when it is known that the individual is likely to be deported.

L'objet de la loi doit être évalué par rapport au moment de son adoption (en l'occurrence, le moment de la modification apportée à l'article 159 en 1988) et il n'est pas possible de justifier une disposition en se fondant sur le but qu'elle peut servir à une date ultérieure (en l'espèce, protéger les jeunes du risque de la transmission du V.I.H. par coït anal). Dans une société libre et démocratique, la criminalisation d'une activité ne peut se justifier uniquement du fait qu'une partie ou peut-être même la majorité des citoyens la considèrent immorale. Renforcer les préceptes moraux et empêcher les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle dès leur jeunesse ne constituent pas des objets pouvant justifier que l'activité en cause soit une infraction sous le régime du *Code criminel*. La preuve n'a pas établi que la prévention de la transmission du V.I.H. était l'un des buts de l'article 159.

L'article 159 n'a pas d'objet constitutionnel. Il ne peut y avoir de lien rationnel entre la disposition contestée et son prétendu objet, et ses effets ne sont pas proportionnels à son objet.

La preuve n'a pas démontré que le choix d'entamer une procédure d'expulsion, plutôt qu'une procédure d'extradition, était inéquitable bien que cette dernière offre des garanties qui ne s'appliquent pas à la procédure d'expulsion. Il n'y a rien de fondamentalement inéquitable dans le fait qu'un État étranger retarde la procédure d'extradition lorsqu'il sait que la personne en cause est susceptible d'être expulsée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24. f
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15. g
- Criminal Code*, 1892 (*The*), S.C. 1892, c. 29.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 253 (rep. by S.C. 1985, c. 19, s. 42).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 153 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1), 159 (as am. *idem*, s. 3). h
- Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38.
- Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 42. i
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Federal Court Immigration Rules*, SOR/89-26.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 83(1) (as am. *idem*, s. 73). j

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.
- Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 253 (abrogé par L.C. 1985, ch. 19, art. 42).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 153 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 1), 159 (mod., *idem*, art. 3).
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
- Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 42.
- Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38.
- Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24.
- Loi sur la Cour fédérale*, R.S.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. 19(1)c.1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).
- Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration*, DORS/89-26.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Espinoza v. Minister of Employment and Immigration (1992), 142 N.R. 158 (F.C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34; (1987), 41 D.L.R. (4th) 78; 26 Admin. L.R. (2d) 186; 3 Imm. L.R. (2d) 38; 80 N.R. 388 (C.A.); *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766; 52 C.C.C. (3d) 388 (H.C.); affd (1989), 70 O.R. (2d) 765; 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A.).

CONSIDERED:

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; 158 N.R. 1; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

REFERRED TO:

Attorney General of Canada v. Jolly, [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1;

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Espinoza c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1992), 142 N.R. 158 (C.A.F.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34; (1987), 41 D.L.R. (4th) 78; 26 Admin. L.R. (2d) 186; 3 Imm. L.R. (2d) 38; 80 N.R. 388 (C.A.); *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766; 52 C.C.C. (3d) 388 (H.C.); conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 765; 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; 158 N.R. 1; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

Le procureur général du Canada c. Jolly, [1975] C.F. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1;

135 N.R. 161; *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (F.C.A.); *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; (1990), 109 A.R. 321; [1990] 6 W.W.R. 97; 76 Alta. L.R. (2d) 1; 58 C.C.C. (3d) 353; 79 C.R. (3d) 129; 50 C.R.R. 110; 112 N.R. 83; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] S.C.R. 839.

AUTHORS CITED

Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1989. ^c

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984 (Chair: Robin F. Badgley). ^d

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15 An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, 2nd Sess., 33rd Parl., 1986-1987.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-150*, 1st Sess., 28th Parl., March 4, 1969. ^e

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985 (Chair: Paul Fraser). ^f

De Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.

Goodich, M. "Sodomy in Medieval Secular Law" (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

Great Britain. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmnd. 247. London: H.M.S.O., 1957 (Chair: Sir John Wolfenden). ^g

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

House of Commons Debates, vols. V-VI, 1st Sess., 28th Parl., 1969. ^h

House of Commons Debates, vols. VII-VIII, 1st Sess., 28th Parl., 1969.

House of Commons Debates, vol. I, 2nd Sess., 33rd Parl., 1986.

House of Commons Debates, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., 1987.

Parker, G. "The Origins of the Criminal Code", in D. H. Flaherty (ed.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1981.

APPLICATION to set aside a conditional deportation order on the ground there was no offence in Canada comparable to those of which the applicant

135 N.R. 161; *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (C.A.F.); *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; (1990), 109 A.R. 321; [1990] 6 W.W.R. 97; 76 Alta. L.R. (2d) 1; 58 C.C.C. (3d) 353; 79 C.R. (3d) 129; 50 C.R.R. 110; 112 N.R. 83; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839.

DOCTRINE

Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1989.

Canada. Chambre des Communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, Loi modifiant le Code criminel et la Loi de la preuve du Canada*, 2^e sess., 33^e Lég., 1986-1987.

Canada. Chambre des Communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-150*, 1^{re} sess., 28^e Lég., 4 mars 1969.

Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1985 (Président: Paul Fraser).

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984 (Président: Robin F. Badgley).

Débats de la Chambre des Communes, vols. V et VI, 1^{re} sess., 28^e Lég., 1969.

Débats de la Chambre des Communes, vols. VII et VIII, 1^{re} sess., 28^e Lég., 1969.

Débats de la Chambre des Communes, vol. I, 2^e sess., 33^e Lég., 1986.

Débats de la Chambre des Communes, vol. VI, 2^e sess., 33^e Lég., 1987.

De Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.

Goodich, M. «Sodomy in Medieval Secular Law» (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

Great Britain. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmnd. 247. London: H.M.S.O., 1957 (Chair: Sir John Wolfenden).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Parker, G. «The Origins of the Criminal Code», in D. H. Flaherty (ed.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1981.

DEMANDE d'annulation d'une mesure d'expulsion conditionnelle en raison de l'inexistence, au Canada, d'une infraction comparable à celles dont le

had been convicted in the United States because section 159 of the *Criminal Code* was unconstitutional. Application allowed.

COUNSEL:

Paul Slansky for applicant.
Donald MacIntosh and *Anne Marie Waters* for respondent.

SOLICITORS:

Paul Slansky, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: This is an application to set aside a conditional deportation order. The applicant has been ordered deported on the ground that he is neither a Canadian citizen nor a permanent resident and there are reasonable grounds to believe that he has been convicted of an offence outside Canada, which if committed in Canada would constitute an offence punishable by a maximum term of imprisonment of ten years or more. The applicant was convicted, in New York State, United States of America, of five counts of sodomy in the third degree and three counts of endangering the welfare of a child. There is no offence in Canada comparable to the latter which carries a penalty of ten years imprisonment. Four of the sodomy convictions are relied upon as the foundation for the deportation order.

The applicant's main argument is that there is no comparable offence in Canada to those of which he has been convicted in the United States because section 159 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 3)] is unconstitutional. Section 159 makes anal intercourse, in certain circumstances, an offence. It is argued that that offence is contrary to 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]] because it establishes 18 as the age below which individuals cannot consent to engage in such acts. The age of

requérant a été déclaré coupable aux États-Unis parce que l'article 159 du *Code criminel* est inconstitutionnel. Demande accueillie.

a AVOCATS:

Paul Slansky pour le requérant.
Donald MacIntosh et *Anne Marie Waters* pour l'intimé.

b PROCUREURS:

Paul Slansky, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: Il s'agit d'une demande d'annulation d'une mesure d'expulsion conditionnelle. L'expulsion du requérant a été ordonnée au motif qu'il n'est ni un citoyen canadien, ni un résident permanent, et qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il a été déclaré coupable à l'étranger d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans. Le requérant a été déclaré coupable, dans l'État de New York, aux États-Unis, de cinq chefs d'accusation de sodomie au troisième degré et de trois chefs d'accusation de mise en péril du bien-être d'un enfant. Il n'existe, au Canada, aucune infraction comparable à cette dernière qui est punissable de dix ans d'emprisonnement. Ce sont quatre des condamnations pour sodomie qui fondent la mesure d'expulsion.

Le principal argument du requérant porte qu'il n'existe pas, au Canada, d'infraction comparable à celles dont il a été déclaré coupable aux États-Unis parce que l'article 159 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 3)] est inconstitutionnel. L'article 159 dispose que les relations sexuelles anales constituent une infraction dans certaines circonstances. Le requérant soutient que cette infraction contrevient à 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^o 44]], parce qu'elle

consent for other sexual activity, including vaginal intercourse, is 14. This, it is argued, creates an arbitrary and discriminatory distinction designed to discourage homosexual males from acknowledging their homosexuality at an early age. As such, the provision is said to have an invalid legislative purpose and to be contrary to both section 7 and section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I should note that the sexual exploitation of 14 to 18-year olds is governed by a separate provision of the Code, section 153 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1], and is not in issue here.

The applicant challenges the deportation order on a number of other grounds as well. The applicant's arguments will be dealt with in the following order: (1) whether he was denied his right to counsel; (2) whether the Adjudicator's decision was improperly founded because there was insufficient evidence in front of him to enable him to conclude that the offences of which the applicant had been convicted were equivalent to offences in Canada; (3) whether section 159 of the *Criminal Code* is unconstitutional as contrary to the Charter; (4) whether the deportation order is in fact a disguised extradition.

Right to Counsel

The applicant argues that the right to counsel must include a reasonable length of time within which to retain counsel, including enough time to make financial arrangements to pay counsel. It is argued that this is particularly so in a situation such as the present where: the consequences for the applicant are very severe; the arguments to be made on his behalf are technical and legal (not factual); there was no need for a speedy resolution of the applicant's status.

I agree that the right to counsel includes being given a reasonable amount of time to retain and instruct counsel and that this includes sufficient time to make financial arrangements. What is a reasonable

fixe à 18 ans l'âge en-deçà duquel une personne ne peut consentir à ce type d'acte. L'âge du consentement aux autres activités sexuelles, et notamment aux relations sexuelles vaginales, est fixé à 14 ans. Il fait valoir qu'il en résulte une distinction discriminatoire et arbitraire visant à décourager les homosexuels de reconnaître leur homosexualité dès leur jeunesse. L'objet de cette disposition législative serait donc illégal et contraire à la fois à l'article 7 et à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je dois souligner que les contacts sexuels avec des personnes de 14 à 18 ans par une personne en situation d'autorité sont régis par une disposition distincte du Code, soit l'article 153 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 1], et qu'ils ne sont pas en cause en l'espèce.

Le requérant conteste la mesure d'expulsion en se fondant également sur un certain nombre d'autres moyens. Je traiterai les arguments du requérant dans l'ordre suivant: (1) y a-t-il eu atteinte au droit du requérant d'être représenté par un avocat? (2) l'arbitre a-t-il fondé sa décision sur des motifs irréguliers parce que la preuve dont il disposait n'était pas suffisante pour lui permettre de conclure que les infractions dont le requérant a été déclaré coupable équivalaient à des infractions qui existent au Canada? (3) l'article 159 du *Code criminel* est-il inconstitutionnel, au motif qu'il contrevient à la Charte? (4) la mesure d'expulsion constitue-t-elle en fait une extradition déguisée?

Le droit d'être représenté par un avocat

Le requérant soutient que le droit d'être représenté par un avocat doit comprendre le droit à un délai raisonnable pour confier un mandat à un avocat, y compris le temps nécessaire pour prendre des arrangements financiers afin de le rémunérer. Cet argument vaut plus particulièrement dans une situation comme celle dont la Cour est saisie: le requérant encourt des conséquences très lourdes; les arguments à faire valoir en son nom sont de nature technique et juridique (et non factuelle); il n'était pas nécessaire que le statut du requérant soit tranché de façon hâtive.

Je reconnais que le droit d'être représenté par un avocat comprend celui d'obtenir un délai raisonnable pour donner un mandat et des instructions à un avocat et, notamment, celui de disposer du temps nécessaire

opportunity to retain and instruct counsel, however, will vary according to the circumstances of the particular case. The jurisprudence has established that the right to counsel does not include the right to a counsel who is paid at public expense.

In this case the applicant was unsure whether or not he would be represented by counsel because he was unsure whether he would receive legal aid funding. The Adjudicator granted the applicant five adjournments, albeit short ones, to allow him to retain counsel. The Adjudicator then decided to proceed with the inquiry in the absence of counsel. A description of what occurred follows.

The applicant was arrested on April 16, 1993. Ten days later, on April 26, 1993, an inquiry was commenced to determine whether the applicant was inadmissible to Canada because he was a member of an inadmissible class described in subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11)].¹ On April 26, 1993, the Adjudicator asked the applicant if he had been informed that he had the right to be represented by counsel and told him that the inquiry would be adjourned to allow him to arrange for such if he so wished. The applicant indicated he so wished and that he would contact attorney Sappiano to find out when he might be available. The Adjudicator instructed the applicant:

... what I expect you to do ... is contact Mr. Sappiano, or any other lawyer that you want to represent you. Tell them that your inquiry is going to take place on that day [April 30, 1993]. And either have them present for your inquiry, or have them give you information, or give you a letter telling me when they can be present in the near future.

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

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more ... [Emphasis added.]

pour prendre des arrangements financiers. Ce qu'on entend par une occasion raisonnable de donner un mandat et des instructions à un avocat varie cependant en fonction des circonstances de chaque espèce.

a La jurisprudence a établi que le droit de consulter un avocat ne comprend pas le droit à un avocat rémunéré aux frais des contribuables.

b En l'espèce, le requérant ne savait pas s'il serait ou non représenté par un avocat parce qu'il ne savait pas s'il bénéficierait ou non de l'aide juridique. L'arbitre a accordé au requérant cinq ajournements qui, bien que brefs, devaient lui permettre de retenir les services d'un avocat. L'arbitre a ensuite décidé de procéder à l'enquête en l'absence d'un avocat. Voici comment se sont déroulés les événements.

c Le requérant a été arrêté le 16 avril 1993. Dix jours plus tard, le 26 avril 1993, une enquête a débuté afin de déterminer si on pouvait refuser de l'admettre au Canada parce qu'il appartenait à une catégorie non admissible décrite au sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (édité par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)]¹. Le 26 avril 1993, l'arbitre a demandé au requérant s'il avait été avisé qu'il avait le droit d'être représenté par un avocat et lui a dit que l'enquête serait ajournée pour lui permettre de prendre des mesures à cet égard s'il le désirait. Le requérant a manifesté son intention de prendre de telles mesures et de communiquer avec M^e Sappiano pour vérifier quand il serait disponible. L'arbitre a donné les instructions suivantes au requérant:

d [TRADUCTION] ... ce que j'attends de vous ... c'est que vous communiquiez avec M^e Sappiano, ou un autre avocat par qui vous désirez être représenté. Dites-leur que votre enquête aura lieu ce jour-là [le 30 avril 1993]. Faites en sorte soit qu'ils soient présents à votre enquête, soit qu'ils vous donnent des renseignements ou une lettre m'indiquant à quel moment ils peuvent se présenter devant moi à une date rapprochée.

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

f c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

g (i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans ... [Soulignement ajouté.]

On April 30, 1993 the inquiry resumed and the applicant was neither represented by counsel nor did he have a letter describing counsel's availability. The applicant indicated that he had contacted the law firm of Quinter, Lockyer and Penovski (correct name is Pinkofsky, Lockyer, Kwinter).

At that hearing, the case presenting officer stated that he had heard from a Mr. Slansky who had stated he would be representing Mr. Halm. He stated that Mr. Slansky had asked to be advised of the date of the next hearing. The case presenting officer stated that he did not remember the conversation too well and had lost Mr. Slansky's telephone number. He hoped that Mr. Halm would be able to provide it. The applicant stated that Mr. Slansky was not representing him, that it was another law firm and that that other law firm was going to interview him two days later, on Sunday.

The Adjudicator instructed the applicant to inform his lawyer that there had already been two sittings of the inquiry and that on the day to which the inquiry was being adjourned, May 4, 1993, "if they aren't here with you, I expect you to have a letter from whichever lawyer is representing you, telling me when he can come in the near future."

On May 4, 1993 the inquiry resumed. No counsel was in attendance. The applicant informed the Adjudicator that he had been interviewed by attorney Ragonetti and that Mr. Ragonetti had said he would fax the information respecting his availability, which the Adjudicator had requested on April 30th, 1993. No such information was received by either the Adjudicator or the case presenting officer, either before or after May 4, 1993.

The Adjudicator confirmed with the applicant that he had told his lawyer that the resumption of the hearing had been scheduled for May 4, 1993. The Adjudicator adjourned again, with the admonition that "on the next day . . . what I will do, if I haven't been contacted in the meantime by your counsel, is proceed with your inquiry whether you're represented by counsel or not." He continued "if I get a fax in the meantime and I can reschedule, if that's necessary, I will. But if I have no contact at all . . . then . . . I'll force you to proceed with the inquiry

Le 30 avril 1993, l'enquête a repris. Le requérant n'était pas représenté par avocat et n'avait aucune lettre précisant le moment auquel un avocat serait disponible. Le requérant a déclaré avoir communiqué avec le cabinet Quinter, Lockyer et Penovski (le nom exact du cabinet est Pinkofsky, Lockyer, Kwinter).

À cette audience, l'agent chargé de présenter les cas a déclaré que M^e Slansky était entré en contact avec lui en lui disant qu'il représenterait M. Halm. Il a ajouté que M^e Slansky avait demandé à être avisé de la date de la prochaine audience. L'agent chargé de présenter les cas a affirmé ne pas se rappeler très bien cette conversation et avoir perdu le numéro de téléphone de M^e Slansky. Il espérait que M. Halm pourrait le lui fournir. Le requérant a déclaré que M^e Slansky ne le représentait pas, qu'un autre cabinet le représentait et qu'il avait rendez-vous avec cet autre cabinet deux jours plus tard, le dimanche.

L'arbitre a dit au requérant d'aviser son avocat que deux séances avaient déjà eu lieu et que le jour fixé pour la reprise de l'enquête, le 4 mai 1993, [TRADUCTION] «s'ils ne sont pas ici avec vous, je m'attends à ce que vous ayez une lettre de l'avocat qui vous représente, quel qu'il soit, qui m'indique à quel moment il peut se présenter devant moi à une date rapprochée.»

Le 4 mai 1993, l'enquête a repris. Aucun avocat n'était présent. Le requérant a informé l'arbitre qu'il avait rencontré M^e Ragonetti et que celui-ci lui avait dit qu'il transmettrait les renseignements concernant sa disponibilité par télécopieur, comme l'avait demandé l'arbitre le 30 avril 1993. Ni l'arbitre, ni l'agent chargé de présenter les cas n'a reçu ces renseignements, que ce soit avant ou après le 4 mai 1993.

L'arbitre s'est assuré que le requérant avait informé son avocat que la reprise de l'audience était prévue pour le 4 mai 1993. L'arbitre a de nouveau ajourné l'enquête en prononçant la mise en garde suivante: [TRADUCTION] «à la prochaine séance . . . ce que je vais faire, si je n'ai pas eu de nouvelles de votre avocat dans l'intervalle, c'est que je vais procéder à votre enquête, que vous soyez représenté par avocat ou non». Il a ajouté [TRADUCTION] «si je reçois un message par télécopieur d'ici là et si je peux déplacer la reprise de l'audience, si c'est nécessaire,

without counsel.” The inquiry was adjourned to May 12, 1993.

On May 12, 1993, a fax was received by the case presenting officer, which was read into the record. It indicated that Mr. Slansky had been approached to represent Mr. Halm but was not yet retained. The letter indicated that two to three weeks would be needed to arrange for the retainer and that Mr. Halm would be challenging the proceedings on the basis that they were disguised extradition proceedings. The letter indicated that Mr. Slansky would contact the case presenting officer once he was retained. The Adjudicator told the applicant that this was not acceptable, that he was not prepared to adjourn the inquiry on that basis:

... I told you quite clearly that I was going to proceed with your inquiry today, unless you came here and gave me dates when a lawyer would be available. Coming and telling me that, in effect, that you've spoken to a lawyer who will represent you if he can somehow get paid ... but he doesn't know if he can get paid ... is just delaying the inquiry as far as I'm concerned. It's unsatisfactory.

And his assurance that he will contact Mr. Lambert once he's been retained ... If I were to follow what he's asking, it virtually takes the control of the inquiry right out of my hands. And I have to wait for some lawyer, who might not even represent you, to phone Mr. Lambert and tell us when he's good-and-ready for your case to take place, is just not satisfactory at all ...

The applicant indicated that it was legal aid that was causing the delay. The Adjudicator stated that legal aid had nothing to do with his concerns but he was still prepared to adjourn the inquiry yet again:

You surely have a right to be represented by counsel, but you don't have a right to make me wait for an indefinite period of time while you get counsel.

Now, because of what you've said, and because of the contents of this letter from the lawyer, I'm going to adjourn your inquiry once again.

But I'm not going to adjourn it on his terms. And you'd better contact him and tell him this. I don't intend to.

He's not even officially saying that he's representing you. What he's doing is just saying: will you guys wait with this, while I decide whether I'm going to represent this man.

je le ferai. Mais si personne ne communique avec moi ... alors ... je serai forcé de procéder à l'enquête sans avocat». L'enquête a été ajournée au 12 mai 1993.

^a Le 12 mai 1993, l'agent chargé de présenter les cas a reçu un message par télécopieur qui a été versé au dossier. Ce message indiquait que M^c Slansky avait été pressenti pour représenter M. Halm, mais qu'il n'avait pas encore obtenu de mandat. Cette lettre indiquait qu'il faudrait de deux à trois semaines pour qu'il obtienne un mandat et que M. Halm contesterait la procédure en soutenant qu'il s'agissait d'une extradition déguisée. Cette lettre précisait que M^c Slansky communiquerait avec l'agent chargé de présenter les cas dès qu'il obtiendrait un mandat. L'arbitre a dit au requérant que cette lettre n'était pas acceptable, qu'il n'était pas prêt à ajourner l'enquête sur ce fondement:

^b [TRADUCTION] ... Je vous ai dit très clairement que j'allais procéder à votre enquête aujourd'hui, à moins que vous ne vous présentiez devant moi et que vous me donniez des dates auxquelles votre avocat serait disponible. Si vous arrivez et si vous me dites que vous avez effectivement parlé à un avocat qui va vous représenter s'il réussit à se faire payer d'une façon ou d'une autre ... mais qui ne sait pas s'il réussira ... quant à moi, cela ne fait que retarder l'enquête. Ce n'est pas satisfaisant.

^c Et sa promesse de communiquer avec M. Lambert lorsqu'il aura obtenu un mandat ... Si je faisais ce qu'il me demande, il m'enlèverait pratiquement le contrôle de l'enquête pour l'exercer à ma place. Et je dois attendre qu'un avocat, qui ne vous représentera peut-être même pas, téléphone à M. Lambert et nous dise qu'il est enfin prêt à ce que votre cause soit entendue, ce n'est tout simplement pas satisfaisant ...

^d Le requérant a indiqué que c'est à l'aide juridique qu'il fallait imputer ce retard. L'arbitre a déclaré que l'aide juridique n'avait rien à y voir, mais qu'il était prêt à ajourner l'enquête une fois de plus:

^e [TRADUCTION] Vous avez certes le droit d'être représenté par un avocat, mais vous n'avez pas le droit de me faire attendre indéfiniment en attendant que vous en trouviez un.

^f Bon, compte tenu de ce que vous avez dit et du contenu de cette lettre signée par un avocat, je vais ajourner l'enquête encore une fois.

^g Mais je ne l'ajourne pas aux conditions qu'il stipule. Vous êtes mieux de communiquer avec lui et de le lui dire. Je n'ai pas l'intention de le faire.

^h Il n'affirme même pas officiellement qu'il vous représente. Il dit simplement: Attendez donc un peu, le temps que je décide si je vais représenter cet homme.

Okay, I'm going to adjourn for another week, roughly. We'll pick a date next week. And what I'm going to require you to come back with on that day is something from Mr. Slanski [sic] saying when Legal Aid will make a decision, if they haven't already made one. Or when he can be here. And I may proceed on the next day. If I hear that it's going to take Legal Aid a long time to make a decision, I'm not going to wait for their decision.

The inquiry was adjourned until May 20, 1993.

On May 20, 1993, the applicant was not represented by counsel. Mr. Halm informed the Adjudicator that Mr. Slansky was sick with the flu but that legal aid had informed him that he had been approved "but they want an opinion paper or some type of paper concerning the merits of the case." The discussion which followed makes it clear that the Adjudicator was confused by what the applicant was saying:

ADJUDICATOR: You spoke to someone from Legal Aid who told you that a certificate had been approved?

PERSON CONCERNED: Yes. They came to the jail last Thursday. Wednesday or Thursday. Had a certificate in the envelope and said it's been approved. They asked me if I wanted it or wanted it sent to the attorney. And I said, you know, send it to the attorney. And then he calls me and says they've approved it, but they want some kind of information dealing with the case. I have no idea what it's all about.

ADJUDICATOR: It is very strange circumstances. This doesn't make a lot of sense to me. However, what I'm going to do since perhaps you do have a certificate now, I can't really tell from what you've said, and since you tell me that your counsel was quite ill when you spoke to him, is that I'm going to adjourn once again.

I don't like doing this, simply because I don't know whether I'm going anywhere or whether I'm really waiting for anything.—I can't be quite sure, because what you've told me doesn't... it just seems a little strange.

If there was a certificate, and it was approved and someone from Legal Aid even went so far as coming to see you and telling you this, why I haven't heard from your lawyer about whether he's going to represent you, considering the things that I warned you about on the last day, is really hard for me to understand.

The Adjudicator explained in very clear terms that the inquiry would be adjourned once again, this time to May 28, 1993, and that if counsel did not contact him, or if he did not receive a letter indicating when counsel might be available, the inquiry would pro-

Très bien, je vais ajourner pour une autre semaine, grosso modo. Nous allons choisir une date la semaine prochaine. Et ce que je vais exiger de vous lorsque vous allez revenir ce jour-là, c'est un message de M^e Slansky qui m'indique quand l'aide juridique prendra une décision, si ce n'est déjà fait. Ou encore, à quel moment il peut se présenter devant moi. Et il se peut que je procède à la prochaine séance. Si j'apprends que l'aide juridique ne prendra pas une décision avant longtemps, je n'attendrai pas sa décision.

L'enquête a été ajournée au 20 mai 1993.

Le 20 mai 1993, le requérant n'était pas représenté par un avocat. Monsieur Halm a informé l'arbitre que M^e Slansky souffrait d'une grippe, mais que l'aide juridique l'avait informé que sa demande avait été approuvée, [TRADUCTION] «mais ils veulent une opinion ou un document quelconque concernant le bien-fondé de la cause». La discussion qui a suivi révèle clairement que ce que le requérant a déclaré a jeté la confusion dans l'esprit de l'arbitre:

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Vous avez parlé à une personne de l'aide juridique qui vous a dit qu'un certificat avait été approuvé?

L'INTÉRESSÉ: Oui. Ils sont venus à la prison jeudi dernier. Mercredi ou jeudi. Ils avaient un certificat dans une enveloppe et m'ont dit qu'il avait été approuvé. Il m'ont demandé si je le voulais ou si je voulais qu'ils l'envoient à mon avocat. Je leur ai dit, vous savez, envoyez-le à mon avocat. Et puis, il m'appelle et il me dit qu'ils l'ont approuvé, mais qu'ils veulent certains renseignements sur ma cause. J'ignore de quoi il s'agit.

L'ARBITRE: C'est très étrange. Cela ne me paraît pas très logique. Toutefois, ce que je vais faire, étant donné que vous avez peut-être un certificat maintenant, je ne peux pas vraiment l'affirmer à partir de ce que vous avez dit, et puisque vous me dites que votre avocat était assez malade lorsque vous lui avez parlé, ce que je vais faire c'est ajourner une fois de plus.

Je n'aime pas procéder ainsi, tout simplement parce que je ne sais pas si cela va nous mener quelque part ou si je n'attends pas vainement.—Je ne peux être sûr de rien, parce que ce que vous m'avez dit ne... me semble simplement un peu étrange.

S'il existe un certificat, et s'il a été approuvé, et si quelqu'un de l'aide juridique est allé jusqu'à vous rencontrer pour vous dire cela, j'ai beaucoup de mal à comprendre pourquoi votre avocat n'a pas donné de nouvelles pour confirmer s'il allait ou non vous représenter, compte tenu de la mise en garde que je vous ai servie la dernière fois.

L'arbitre a expliqué très clairement que l'enquête serait ajournée encore une fois, jusqu'au 28 mai 1993, et qu'il procéderait péremptoirement à l'enquête à cette date si l'avocat ne communiquait pas avec lui ou s'il ne recevait pas une lettre lui indiquant

ceed preemptorily. The Adjudicator explained in non-technical language what preemptorily meant.

On May 28, 1993, the inquiry was resumed but counsel was not present nor had any fax or letter been received by the Adjudicator or the case presenting officer. The Adjudicator questioned the applicant as to whether he had told his lawyer about the instructions of May 20, 1993. The applicant indicated that he had and that his counsel had said he was going to either give the applicant something to present to the Adjudicator or was going to fax something to the Adjudicator. The Adjudicator adjourned the inquiry to see if any communication had arrived in his office. None existed. He concluded that a reasonable period of time had been given to the applicant to retain and instruct counsel and that the inquiry would proceed.

Counsel for the applicant argues that this is a very serious case, the legal issues involved are substantial and technical, the applicant could not effectively present those arguments himself, there was no great need to rush the proceedings and that the Adjudicator should have allowed enough time for the applicant's legal aid application to be processed. In fact legal aid never was granted—Mr. Slansky is acting *pro bono*.

I agree that an undue rushing of an inquiry could deny an applicant the right to a fair hearing. But in this case the Adjudicator adjourned five times to allow the applicant to obtain some sort of firm commitment that counsel would be representing him. The Adjudicator's comment that if he were to continue to adjourn on that basis, he would effectively be relinquishing control over the timing of the proceedings to the applicant, his counsel and the legal aid authorities, is correct.

The comments of Mr. Justice Mahoney, in a different context, in *Espinoza v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 142 N.R. 158 (F.C.A.) are apposite. He refused an adjournment for the purpose of awaiting the processing of a legal aid application.

à quel moment il serait disponible. L'arbitre a expliqué en langue populaire ce qu'il entendait par péremptoirement.

Le 28 mai 1993, l'enquête a repris mais l'avocat n'était pas présent et ni l'arbitre, ni l'agent chargé de présenter les cas, n'avaient reçu de lettre, ni de message par télécopieur. L'arbitre a demandé au requérant s'il avait informé son avocat des instructions qu'il lui avait données le 20 mai 1993. Le requérant a affirmé l'avoir fait et déclaré que son avocat lui avait dit qu'il allait soit lui donner quelque chose à présenter à l'arbitre, soit envoyer quelque chose par télécopieur à l'arbitre. L'arbitre a suspendu l'enquête pour vérifier si une communication avait été reçue à son bureau. Aucune ne l'avait été. Il a conclu qu'un délai raisonnable avait été fourni au requérant pour donner un mandat et des instructions à un avocat et qu'il allait procéder à l'enquête.

L'avocat du requérant soutient qu'il s'agit d'une affaire très grave, que les questions de droit en cause touchent le fond et la forme, que le requérant ne pouvait faire valoir ces arguments efficacement seul, qu'aucun motif ne justifiait qu'on hâte la procédure, et que l'arbitre aurait dû accorder une période suffisante pour que la demande d'aide juridique du requérant soit traitée. En fait, l'aide juridique n'a jamais été accordée—M^e Slansky agit *pro bono*.

Je reconnais que le fait de hâter indûment une enquête peut porter atteinte au droit du requérant à une audience équitable. Toutefois, en l'espèce, l'arbitre a accordé cinq ajournements pour permettre au requérant d'obtenir, sous une forme quelconque, un engagement ferme à le représenter de la part d'un avocat. La remarque de l'arbitre portant qu'il abandonnerait pratiquement le contrôle du déroulement de la procédure au requérant, à son avocat et au responsable de l'aide juridique, s'il continuait d'accorder des ajournements pour ce motif, est juste.

Les remarques formulées par le juge Mahoney, J.C.A., dans un contexte différent, dans l'affaire *Espinoza c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 142 N.R. 158 (C.A.F.), sont pertinentes. Il a refusé un ajournement aux fins d'attendre qu'une

He indicated that the policy of the *Immigration Act* and *Federal Court Immigration Rules* [SOR/89-26] with respect to the expeditious disposition of proceedings took precedence.

On reading the transcripts of the hearings, I was struck by how fair and patient the Adjudicator was. Perhaps if he had had a more complete explanation and information available to him he would have agreed to yet a further adjournment. He gave the applicant the two to three weeks requested by his counsel in the 12th of May letter. During the 12th of May hearing he indicated that he would take into account when legal aid might make a decision, but he was not willing to wait indefinitely. The confusion and misunderstanding which existed is something for which the applicant must take responsibility. To the extent that a reasonable length of time to retain and instruct counsel may depend on the particular personal circumstances of an individual, that individual is responsible for communicating them to the decision-maker. The Adjudicator's decision, as to what was a reasonable period of time in this case, was based on the information given to him by the applicant. The decision which the Adjudicator made was fair and reasonable. There was no breach of natural justice in proceeding without counsel on May 28, 1993.

Counsel for the respondent argues that natural justice and fundamental justice are not co-incident concepts but different and overlapping ones. Thus, it is argued, there is an area of common law natural justice which falls outside the constitutionally protected area of fundamental justice. It is argued that since that excluded area is not constitutionally protected, it can be abrogated by statute, as was the case for all common law natural justice principles prior to the enactment of the Charter. I do not need to decide this point for the purposes of this case but I do not want to be taken as endorsing it.

demande d'aide juridique soit tranchée. Il a indiqué que le principe intégré à la *Loi sur l'immigration* et aux *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration* [DORS/89-26], selon lequel les instances doivent être réglées rapidement, avait préséance.

Après avoir lu la transcription des audiences, je suis surpris de constater à quel point l'arbitre a été juste et patient. Si on lui avait fourni des renseignements et des explications plus complètes, il aurait peut-être ajourné l'enquête une fois de plus. Il a accordé au requérant les deux ou trois semaines demandées par son avocat dans la lettre datée du 12 mai. Au cours de l'audience tenue le 12 mai, il a indiqué qu'il tiendrait compte du délai dans lequel l'aide juridique prendrait une décision, mais en précisant qu'il n'était pas disposé à attendre indéfiniment. Le requérant doit assumer la responsabilité de la confusion et de l'incompréhension qui ont régné. Dans la mesure où le délai raisonnable nécessaire pour donner un mandat et des instructions à un avocat peut dépendre de la situation particulière d'une personne, celle-ci a la responsabilité de la porter à la connaissance du responsable de la décision. La décision de l'arbitre concernant le délai raisonnable en l'espèce était fondée sur les renseignements que lui a fournis le requérant. Sa décision était équitable et raisonnable. L'audience tenue en l'absence d'un avocat le 28 mai 1993 ne contrevenait pas aux règles de justice naturelle.

g

L'avocat de l'intimé soutient que les règles de justice naturelle et les règles de justice fondamentale ne coïncident pas parfaitement, mais qu'elles sont différentes et qu'elles se chevauchent. Ainsi, il prétend qu'une partie des règles de justice naturelle reconnues en common law va au-delà des règles de justice fondamentale dont le respect est garanti dans la Constitution. Il soutient que la partie de ces règles qui n'est pas protégée constitutionnellement peut être abrogée par voie législative, comme c'était le cas de tous les principes de justice naturelle reconnus en common law avant l'adoption de la Charte. Je n'ai pas à trancher cet argument aux fins de la présente instance, mais je ne veux pas qu'on tienne pour acquis que j'y souscris.

Equivalence

The applicant was charged in the state of New York with having committed ten offences. These are described in a summary fashion in his application record:

- 1) Sodomy in the 1st degree (forcible oral sex);
- 2) Sodomy in the 3rd degree (oral sex with someone less than 17 years old);
- 3) Endangering the welfare of a child; (showing pornographic film to male under age of 16 years and masturbating self in front of "child");
- 4) Sodomy in the 3rd degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old);
- 5) Sodomy in the 3rd degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old);
- 6) Sodomy in the 3rd degree (oral sex with someone less than 17 years old);
- 7) Sodomy in the 3rd degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old);
- 8) Sexual abuse in the 3rd degree (touching the penis of a 15 year old);
- 9) Endangering the welfare of a child (showing pornographic films to a male under age of 16 years and masturbating in front of "child");
- 10) Endangering the welfare of a child (showing pornographic film to a male under age of 16 years).

He was acquitted of the first charge because the jury found that the complainants had consented to the activity in question. He was acquitted of the eighth charge.

The Canadian *Criminal Code* offence to which the offences numbered 4, 5, 6 and 7 were found to be equivalent is section 159:

159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment

L'équivalence

Le requérant a été accusé de dix infractions dans l'État de New York. Ces infractions sont décrites sommairement dans le dossier de requête:

- 1) Sodomie au premier degré (relations sexuelles orales sans consentement);
- 2) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 3) Mise en péril du bien-être d'un enfant; (présentation d'un film pornographique à un garçon de moins de 16 ans et masturbation devant cet «enfant»);
- 4) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 5) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 6) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 7) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 8) Agression sexuelle au troisième degré (attouchement au pénis d'un garçon âgé de 15 ans);
- 9) Mise en péril du bien-être d'un enfant (présentation de films pornographiques à un garçon âgé de moins de 16 ans et masturbation devant cet «enfant»);
- 10) Mise en péril du bien-être d'un enfant (présentation d'un film pornographique à un garçon âgé de moins de 16 ans).

Il a été acquitté du premier chef d'accusation parce que le jury a conclu que les parties plaignantes avaient consenti à ces actes. Il a été acquitté du huitième chef d'accusation.

L'infraction du *Code criminel* du Canada à laquelle les infractions 4, 5, 6 et 7 ont été jugées équivalentes est prévue à l'article 159:

159. (1) Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d'un acte criminel et passible

ment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between

(a) husband and wife, or

(b) any two persons, each of whom is eighteen years of age or more,

both of whom consent to the act.

(3) For the purposes of subsection (2),

(a) an act shall be deemed not to have been engaged in in private if it is engaged in in a public place or if more than two persons take part or are present . . .

In Canada, oral sex is not a crime. The text of the New York State law pursuant to which the applicant was convicted (sodomy in the third degree) makes it an offence to engage in “deviate sexual intercourse.” Counsel’s argument, as I understand it, is that while the description of the offences with which the applicant was charged (numbered 4 to 7 above) refer to both oral and anal sex, a guilty finding might have been permissible under the New York law, even if the jury had found that the acts committed did not include anal sex. He therefore argues that there was insufficient evidence before the Adjudicator to enable him to conclude that there was an equivalence between the offences of which Mr. Halm had been convicted in New York and the Canadian *Criminal Code* offence.

This argument is not convincing. In the first place, Mr. Halm raised, in the course of his hearing before the Adjudicator, the argument that he “could have been convicted” of oral sex, “not necessarily anal sex.” The case presenting officer indicated that he had proof that anal sex was involved but that he had not thought Mr. Halm was going to be contesting that point. Mr. Halm agreed that he did not “want to go this far.” He also indicated that he had no idea about the legal arguments he was trying to make. It was clear that Mr. Halm understood that oral sex was not a crime in Canada. He had an opportunity to state that he had not been found to have engaged in anal intercourse, if that had been the case. He could have directly stated that he had not been convicted of anal

d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l’intimité par les époux ou par deux personnes âgées d’au moins dix-huit ans.

(3) Les règles suivantes s’appliquent au paragraphe (2):

a) un acte est réputé ne pas avoir été commis dans l’intimité s’il est commis dans un endroit public ou si plus de deux personnes y prennent part ou y assistent;

Au Canada, les relations sexuelles orales ne constituent pas une infraction. Le texte de la loi de l’État de New York en vertu duquel le requérant a été déclaré coupable (sodomie au troisième degré) dispose que les [TRADUCTION] «relations sexuelles déviantes» constituent une infraction. D’après ce que je comprends de l’argument de l’avocat, bien que la description des infractions dont le requérant a été accusé (numéros 4 à 7) mentionne à la fois des relations sexuelles anales et orales, une déclaration de culpabilité aurait été possible par application de la loi de l’État de New York, même si le jury avait conclu que les actes commis ne comprenaient pas de relations sexuelles anales. Il soutient donc que la preuve présentée à l’arbitre était insuffisante pour lui permettre de conclure que les infractions dont M. Halm a été déclaré coupable dans l’État de New York équivalaient à une infraction prévue au *Code criminel* du Canada.

Cet argument n’est pas convaincant. Premièrement, M. Halm a soulevé, au cours de l’audience tenue devant l’arbitre, l’argument selon lequel il «aurait pu être déclaré coupable» de relations sexuelles orales, et «pas nécessairement de relations sexuelles anales». L’agent chargé de la présentation des cas a révélé posséder des éléments de preuve établissant qu’il y avait eu relations sexuelles anales, mais qu’il ne pensait pas que M. Halm contesterait ce fait. Monsieur Halm a admis ne pas [TRADUCTION] «vouloir aller aussi loin». Il a aussi révélé qu’il n’avait aucune idée des arguments juridiques qu’il essayait de faire valoir. Il est clair que M. Halm comprenait que les relations sexuelles orales ne constituaient pas un crime au Canada. Il a eu l’occasion

sex. He did not do so. It is reasonable to conclude from his comments that he was not contesting that point.

The Adjudicator is required under section 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* to determine if the applicant is a person with respect to whom there are reasonable grounds to believe that he has been convicted outside of Canada of an equivalent offence. There is no need to prove the equivalency beyond a reasonable doubt. All that is required are "reasonable grounds to believe."² There was certainly enough evidence before the Adjudicator, to support his conclusion in this regard.

Constitutionality of Section 159 of the *Criminal Code*

Counsel for the applicant argues that section 159 is unconstitutional as being contrary to sections 7 and 15 of the Charter. The Charter arguments will be discussed by first describing the context within which they arise—an inquiry leading to a deportation order—and then discussing the submission made respecting sections 7 and 15.

(1) Context—Deportation Proceeding

The applicant is challenging, by way of judicial review, the decision of the Adjudicator which led to the issuance of a deportation order against him. In that context, the ordinary principles of administrative law, apply. One such principle is that a decision of a quasi-judicial decision-maker (in this case the Adjudicator) will be set aside if there is an error of law on the face of the record or an error of law that goes to the jurisdiction of the decision-maker. Indeed, under paragraph 18.1(4)(c) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)], the error of law need not even be on the face of

² *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.), at pp. 225-229, contains a discussion of the concept "reasonable grounds to believe." See also *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.).

d'affirmer qu'il n'avait pas été établi qu'il avait eu des relations sexuelles anales, si cela avait été le cas. Il aurait pu déclarer directement qu'il n'avait pas été déclaré coupable de relations sexuelles anales. Il ne l'a pas fait. Il est raisonnable de conclure, à partir de ses remarques, qu'il ne contestait pas ce fait.

L'arbitre est tenu, en vertu de l'article 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, de déterminer si le requérant est une personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a été déclarée coupable à l'étranger d'une infraction équivalente. Il n'est pas nécessaire d'établir cette équivalence au-delà de tout doute raisonnable. Il suffit qu'il existe «des motifs raisonnables de croire»². L'arbitre disposait certainement d'une preuve suffisante pour étayer sa conclusion à cet égard.

La constitutionnalité de l'article 159 du *Code criminel*

L'avocat du requérant soutient que l'article 159 est inconstitutionnel parce qu'il contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte. J'examinerai les arguments fondés sur la Charte en décrivant premièrement le contexte dans lequel ils sont soulevés—soit celui d'une enquête menant à une mesure d'expulsion—puis, en examinant les prétentions formulées concernant les articles 7 et 15.

(1) Le contexte—la procédure d'expulsion

Le requérant conteste, par voie de contrôle judiciaire, la décision de l'arbitre qui a mené à la prise d'une mesure d'expulsion contre lui. Dans ce contexte, les principes habituels du droit administratif s'appliquent. Un de ces principes veut qu'une décision rendue par une autorité quasi judiciaire (en l'occurrence, l'arbitre) soit annulée si elle est entachée d'une erreur de droit manifeste au vu du dossier ou d'une erreur de droit touchant la compétence de l'auteur de la décision. En fait, par application de l'alinéa 18.1(4)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], il

² L'arrêt *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.), aux p. 225 à 229, contient une analyse du concept des «motifs raisonnables de croire». Voir également *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).

the record.³ The Adjudicator, in this case, found there to be an equivalency between a New York State offence and a Canadian *Criminal Code* offence. This is at the heart of the decision leading to the deportation order. If in fact there is no *Criminal Code* offence because section 159 is unconstitutional, then, the Adjudicator's decision would be based on an error of law which under the ordinary common law principles of natural justice would vitiate that decision.

In addition, the Adjudicator's decision will attract the application of section 7 of the Charter if it is one that deprives the applicant of "life, liberty and security of the person." Counsel for the respondent argues that it is unclear whether a deportation order constitutes a deprivation of an individual's liberty. In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299, the Federal Court of Appeal held that a deportation order engaged an individual's liberty interest. While the decision of the Federal Court of Appeal in the case was upheld, the Supreme Court⁴ did not find it necessary to make a decision on this point. On the other hand, in *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35, the Federal Court of Appeal had earlier held that deportation (for a serious crime) did not engage an individual's liberty interest. Thus, the jurisprudence on this point seems divided.

Whether or not an individual's liberty interest is engaged, however, I understand both counsel to agree that at the very least the security of the person of an individual who is subject to a deportation order is engaged. See *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 and the comments of Mr. Justice Linden in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992]

³ 18.1 . . .

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

⁴ [1992] 1 S.C.R. 711.

n'est même pas nécessaire que l'erreur de droit soit manifeste au vu du dossier³. L'arbitre a conclu en l'espèce qu'une infraction reconnue dans l'État de New York équivalait à une infraction prévue dans le *Code criminel* du Canada. Cette conclusion est au cœur même de la décision qui a mené à la mesure d'expulsion. S'il n'existe pas effectivement d'infraction prévue au *Code criminel* parce que l'article 159 est inconstitutionnel, la décision de l'arbitre est fondée sur une erreur de droit qui entacherait cette décision en vertu des principes de justice naturelle habituels reconnus en common law.

De plus, la décision de l'arbitre donnera lieu à l'application de l'article 7 de la Charte si elle porte atteinte au droit du requérant «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». L'avocat de l'intimé fait valoir qu'il n'est pas certain qu'une mesure d'expulsion porte atteinte à la liberté d'une personne. Dans l'affaire *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299, la Cour d'appel fédérale a statué qu'une mesure d'expulsion touchait la liberté d'une personne. Bien que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans cette affaire ait été confirmée par la Cour suprême⁴, celle-ci n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur ce point. Par contre, dans l'arrêt *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35, la Cour d'appel fédérale avait déjà statué que l'expulsion (pour un crime grave) ne touchait pas la liberté d'une personne. Par conséquent, la jurisprudence à cet égard n'est pas unanime.

Peu importe que la liberté d'une personne soit touchée ou non, je constate que les deux avocats sont d'accord pour reconnaître qu'une mesure d'expulsion touche, à tout le moins, la sécurité de la personne qu'elle vise. Voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] R.C.S. 177, et les remarques du juge Linden dans *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1

³ 18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

⁴ [1992] 1 R.C.S. 711.

1 F.C. 581 (C.A.), at pages 587-588. Indeed, it is difficult to see how the decision could be otherwise. The applicant in this case is in detention. He is not to be allowed to stay here as a visitor. He will be forcibly returned to a country to which he does not wish to go instead of being allowed to depart voluntarily to the country of his choice.

Thus, whether one is operating solely under the common law principles of natural justice, or also invoking section 7 of the Charter, the result in my view is the same. If the applicant can demonstrate that the Adjudicator made a decision based on an error of law because an equivalent Canadian offence does not exist, then, that decision must be set aside.

I note, as well, that there is no dispute that the applicant is entitled to challenge the validity of section 159 even though he is doing so indirectly, in the context of the deportation proceedings, and not as a result of having been charged or convicted under section 159. This follows from the Supreme Court's decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pages 312-314. In that case, the Chief Justice held that even though a corporation could not benefit from the constitutional guarantee of freedom of religion, it still had the right to challenge the validity of a law on the ground that the law infringed that guarantee. He emphasized that it was the nature of the law, not the status of the accused which was in issue. If a legislative provision is constitutionally invalid, it is constitutionally invalid for all purposes.

(2) Section 7

I turn then to the argument that section 159 of the *Criminal Code* is unconstitutional as in conflict with section 7 of the Charter. Section 7 states:

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.

There are two questions to address: (1) what is the right which section 159 infringes that can be characterized as a matter of life, liberty or security of the person? and (2) assuming such a right is found, what

C.F. 581 (C.A.), aux pages 587 et 588. En effet, il est difficile de voir comment il pourrait en être autrement. Le requérant en l'espèce est détenu. On ne lui permettra pas de demeurer au pays en qualité de visiteur. On l'obligera à retourner de force dans un pays où il ne veut pas aller, plutôt que de lui permettre de se rendre volontairement dans le pays de son choix.

Par conséquent, qu'on invoque uniquement les principes de justice naturelle reconnus en common law ou qu'on s'appuie, en outre, sur l'article 7 de la Charte, le résultat me paraît identique. Si le requérant peut établir que la décision de l'arbitre est fondée sur une erreur de droit, parce qu'il n'existe pas d'infraction équivalente au Canada, cette décision doit être annulée.

Je note également qu'il n'est pas contesté que le requérant est autorisé à contester la validité de l'article 159, bien qu'il le fasse indirectement dans le contexte d'une procédure d'expulsion, plutôt qu'après avoir été accusé ou déclaré coupable en vertu de cet article. Il en est ainsi par application de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pages 312 à 314. Dans cette cause, le juge en chef a statué qu'une personne morale, qui ne pouvait se prévaloir de la liberté de religion garantie par la Constitution, pouvait néanmoins contester la validité d'une loi au motif qu'elle violait cette garantie. Il a mis l'accent sur le fait que c'était la nature de la loi et non le statut de l'accusé qui était en cause. Lorsqu'une disposition législative est inconstitutionnelle, elle demeure inconstitutionnelle peu importe la fin poursuivie.

(2) L'article 7

J'examinerai maintenant l'argument selon lequel l'article 159 du *Code criminel* est inconstitutionnel parce qu'il contrevient à l'article 7 de la Charte. L'article 7 dispose:

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

Deux questions doivent être tranchées: (1) quel droit auquel l'article 159 porterait atteinte peut être qualifié de droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne? (2) en supposant qu'un tel droit

is the principle of fundamental justice that is not complied with when someone is convicted of an offence under section 159?

Counsel for the applicant and counsel for the respondent characterized the right which is abrogated by section 159 at different levels of abstraction. Counsel for the applicant categorized the right as the right to control one's body without state interference. A less general characterization of the right could be said to be the right to engage in consensual sexual activity. Counsel for the respondent, however, would characterize the right as the right to engage in anal intercourse.

Counsel for the applicant's argument that section 7 encompasses the right to control one's body without state interference is based upon the Supreme Court decisions in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. In the latter, Mr. Justice Sopinka referred to the decision in *Morgentaler* as well as to that in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. He concluded that section 7 encompasses notions of personal autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from state interference, as well as freedom from state-imposed psychological and emotional stress. He wrote:

There is no question, then, that personal autonomy, at least with respect to the right to make choices concerning one's own body, control over one's physical and psychological integrity, and basic human dignity are encompassed within security of the person, at least to the extent of freedom from criminal prohibitions which interfere with these.⁵

Counsel for the respondent argues that the comments in *Morgentaler* and *Rodriguez* must be related to the particular facts of those cases. He asserts that the right to control one's body, in the broadest sense, cannot be what was meant. He points out that those cases dealt with the physical integrity of the individual (arising out of concerns such as health and life). While sexual activity may be an important aspect of human life, it is argued that it is not of the same order of importance as physical security or integrity. I j

⁵ *Rodriguez*, *supra*, at p. 588.

existe, quel est le principe de justice fondamentale qui n'est pas respecté lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction prévue à l'article 159?

a La qualification par les avocats du requérant et de l'intimé du droit abrogé par l'article 159 relève de niveaux d'abstraction différents. Selon l'avocat du requérant, il s'agit du droit d'une personne de contrôler son corps sans ingérence de l'État. En termes b moins généraux, on pourrait dire qu'il s'agit du droit d'avoir des relations sexuelles consensuelles. L'avocat de l'intimé le définit toutefois comme le droit de pratiquer le coït anal.

c La prétention de l'avocat du requérant selon laquelle l'article 7 englobe le droit d'une personne de contrôler son corps sans ingérence de l'État se fonde d sur les arrêts rendus par la Cour suprême dans les affaires *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519. Dans cette dernière cause, e le juge Sopinka a mentionné la décision rendue dans l'affaire *Morgentaler* ainsi que celle prononcée dans la cause *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. Il a conclu que l'article 7 englobait des notions f d'autonomie personnelle qui comprend, à tout le moins, la maîtrise de l'intégrité de la personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension émotionnelle et psychologique imposée par l'État. Il a déclaré:

g Il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale, tout au moins l'absence de prohibitions pénales qui y fassent obstacle⁵.

h L'avocat de l'intimé fait valoir que les remarques formulées dans *Morgentaler* et *Rodriguez* doivent être liées aux faits particuliers de ces espèces. Il soutient que le droit d'une personne de disposer de son corps, dans le sens le plus large, ne peut avoir la portée qu'on lui a imputée. Il souligne que ces causes concernaient l'intégrité physique de la personne (liée à des concepts comme la santé et la vie). Bien que la sexualité puissent constituer un aspect important de la vie humaine, il soutient qu'elle n'est pas aussi impor-

⁵ *Rodriguez*, *supra*, à la p. 588.

would interpret the comments in *Rodriguez* as carving out for protection a broader area than just physical security. It is not necessary to decide this issue, however, since I would find it difficult, in any event, to conclude that section 159 does not engage the “liberty or security of the person.” A consequence of being convicted of the offence described therein can be a ten-year jail sentence. That alone would seem to me to engage section 7 of the Charter.

I turn, then, to the concept “principles of fundamental justice.” It has been clear, since the decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (hereinafter *B.C. Motor Vehicles*), that fundamental justice encompasses more than just natural justice or what is labelled in the United States as procedural due process. This is so despite the fact that there was some respected authority which equated the two terms, see for example, *De Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, (4th ed., 1980, at page 157), the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, paragraph 2(e) and *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at page 923. The Supreme Court held that if only procedural guarantees were involved, the more common term “natural justice” would have been used by the drafters of the Charter. The concept “principles of fundamental justice” has been held to encompass “the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of other components of our legal system.”⁶ This has not proved to be an easy concept to define because there is no readily identifiable body of law to give it content. The arguments of counsel, in this case, demonstrate this difficulty.

Counsel for the applicant argues that in arriving at a conclusion as to whether or not a particular law violates the principles of fundamental justice, it is necessary for the Court to undertake a balancing of the individual and state interests in the particular law. In the *Rodriguez* decision, Mr. Justice Sopinka wrote: “[w]here the deprivation of the right in question does

⁶ *B.C. Motor Vehicles*, *supra*, at p. 512.

tante que la sécurité et l’intégrité physique. J’interprérais les remarques formulées dans *Rodriguez* comme élargissant la portée de la protection garantie au-delà de la simple sécurité physique. Il n’est pas nécessaire de trancher cette question, toutefois, car j’aurais de la difficulté à conclure, quoi qu’il en soit, que l’article 159 ne touche pas la «liberté» ou la «sécurité de la personne». Une condamnation pour l’infraction qui y est prévue peut entraîner une peine d’emprisonnement de dix ans. Ce simple fait semble, selon moi, donner lieu à l’application de l’article 7 de la Charte.

Qu’en est-il maintenant du concept des «principes de justice fondamentale»? Il est clair, depuis la décision prononcée dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (ci-après, *B.C. Motor Vehicles*), que la justice fondamentale a une portée plus étendue que la simple justice naturelle ou que le concept désigné aux États-Unis par l’expression «procedural due process». Il en est ainsi malgré que certains auteurs respectés aient établi une correspondance entre ces deux notions; voir, par exemple, *De Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, 4^e édition, 1980, à la page 157, la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, alinéa 2e) et l’arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la page 923. La Cour suprême a statué que si seules des garanties procédurales avaient été en jeu, l’expression plus commune «justice naturelle» aurait été utilisée par les rédacteurs de la Charte. Le concept des «principes de justice fondamentale» a été considéré comme englobant «les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique»⁶. Ce concept ne s’est pas révélé facile à définir parce qu’il n’existe pas d’ensemble législatif facilement identifiable qui en précise la teneur. Les arguments des avocats en l’espèce témoignent de cette difficulté.

L’avocat du requérant soutient que la Cour doit, pour tirer une conclusion quant à l’atteinte qu’une loi donnée porte aux principes de justice fondamentale, pondérer les intérêts de l’individu et ceux de l’État dans la disposition législative visée. Dans l’arrêt *Rodriguez*, M. le juge Sopinka a déclaré: «Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien

⁶ *B.C. Motor Vehicles*, *supra*, à la p. 512.

little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose.⁷⁷ Reference was made to the *Morgentaler* decision. Thus it is a principle of fundamental justice that a right listed in section 7 cannot be impaired by any law unless that law is appropriate to (proportional to) the harm which Parliament or a provincial legislature seeks to address.

With respect to the particular legislative provision in the present case, counsel for the applicant argues that it does not meet the balancing test because it establishes a different age threshold for consensual anal intercourse from that applicable to other forms of sexual activity. He argues that its purpose is to discourage homosexual youth from acknowledging their sexual orientation. He argues that in addition to exposing them to a ten-year jail term, this imposes unjustified psychological and emotional stress on them and that the purpose of the section is an invalid one.

Counsel for the respondent argues that all provisions based on age are arbitrary and that the age difference in this case is not so arbitrary as to infringe the constitutional principle of balance relevant for section 7 purposes. He concedes that to the extent the provision has as its purpose the discouraging of the recognition by youth of their homosexual orientation, the provision would have an invalid purpose. However, he does not concede that this is the sole purpose of section 159. Nor does he concede that a principle of fundamental justice is identified, in the manner which counsel for the applicant has adopted, that is, by undertaking a balancing of the state *versus* private interests.

Counsel for the respondent argues that the principles of fundamental justice are found in "an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of [the alleged principle] within the judicial process and in our legal system, as it evolves."⁷⁸ Counsel for the respondent argues that to determine whether an alleged principle is fundamental to our legal system

pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable⁷⁷. L'affaire *Morgentaler* a été invoquée. Il existe donc un principe de justice fondamentale portant qu'une loi ne peut porter atteinte à un droit énuméré à l'article 7, à moins d'être adaptée (proportionnelle) au problème auquel le législateur fédéral ou provincial entend remédier.

En ce qui a trait à la disposition législative en cause en l'espèce, l'avocat du requérant soutient qu'elle ne satisfait pas au critère de proportionnalité parce qu'elle fixe un âge différent pour consentir aux relations sexuelles anales par rapport aux autres formes d'activités sexuelles. Il soutient que l'objectif visé consiste à décourager les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle. Il prétend que cette disposition, en plus de les exposer à une peine d'emprisonnement de dix ans, leur impose une tension psychologique et émotionnelle injustifiée et que son objet est par conséquent illégal.

L'avocat de l'intimé fait valoir que toutes les dispositions fondées sur l'âge sont arbitraires et que la différence d'âge en l'espèce n'est pas arbitraire au point de porter atteinte au principe constitutionnel de proportionnalité applicable à l'article 7. Il admet que, dans la mesure où cette disposition vise à décourager la reconnaissance par les jeunes de leur orientation homosexuelle, son objet est illégal. Toutefois, il n'admet pas qu'il s'agit là du seul objet de l'article 159. Il n'admet pas non plus que la nécessité de pondérer les intérêts de l'État et les intérêts privés correspond, comme l'a affirmé l'avocat du requérant, à un principe de justice fondamentale.

L'avocat de l'intimé soutient que les principes de justice fondamentale se trouvent dans «l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce [prétendu] principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause»⁷⁸. L'avocat de l'intimé prétend que, pour déterminer si un prétendu principe est fondamental

⁷⁷ *Rodriguez, supra*, at p. 594.

⁷⁸ *Rodriguez, supra*, at p. 591 quoting *B.C. Motor Vehicles*.

⁷⁷ *Rodriguez, supra*, à la p. 594.

⁷⁸ *Rodriguez, supra*, à la p. 591, avec mention de *B.C. Motor Vehicles*.

one must look at “the common law and the legislative history of the offence in question,” at the law in other jurisdiction as well as at “the rationale behind that practice and the principles which underlie it.”⁹ He identifies the “tenet” for which justification is sought, in this case, as the right to engage in anal intercourse. He looks at the legislative history of such activity as the subject of an offence in the common law and the prevalence of similar offences in the criminal law of other countries. The legislative history of the provision and the role it has played in the past, of course, cannot lead to a conclusion that the right to anal intercourse is a basic tenet of our legal system.

This method of analysis is clearly circular. Counsel for the respondent has defined the right under section 7 at too low a level of abstraction and has also described it in the same terms as the basic tenet of our legal system for which validation is sought. I would expect that this kind of analysis would in general lead to claimed rights being denied more often than not, at least, when that right was what might be labelled a “relic from the past.” Mr. Justice Sopinka rejected this type of circular reasoning in the *Rodriguez* case.¹⁰

I note that while the references to the legislative antecedents to section 159 lead to the conclusion as noted above, the review of comparative international sources makes it clear that most modern democratic states do not adopt the age differentiation found in

⁹ *Rodriguez, supra*, at pp. 591-592.

¹⁰ That respect for human dignity is one of the underlying principles upon which our society is based is unquestioned. I have difficulty, however, in characterizing this in itself as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. While respect for human dignity is the genesis for many principles of fundamental justice, not every law that fails to accord such respect runs afoul of these principles. To state that “respect for human dignity and autonomy” is a principle of fundamental justice, then, is essentially to state that the deprivation of the appellant’s security of the person is contrary to principles of fundamental justice because it deprives her of security of the person. This interpretation would equate security of the person with a principle of fundamental justice and render the latter redundant. [*Rodriguez, supra*, at p. 592.]

dans notre système juridique, il faut se reporter à «la common law et à l’historique législatif de l’infraction en cause» et examiner la législation d’autres ressorts et «la raison d’être de cette pratique et les principes qui la sous-tendent»⁹. Il identifie le «précepte» dont on cherche la justification en l’espèce comme le droit d’avoir des relations sexuelles anales. Il examine l’historique législatif de ce type d’activités comme constituant une infraction en common law et l’existence d’infractions similaires prévues par le droit criminel d’autres pays. L’historique législatif de cette disposition et le rôle qu’elle a joué par le passé ne peuvent évidemment mener à une conclusion selon laquelle le droit d’avoir des relations sexuelles anales est un précepte fondamental de notre système juridique.

Il est clair que cette méthode d’analyse est tautologique. L’avocat de l’intimé a défini le droit protégé par l’article 7 en faisant appel à un degré trop peu élevé d’abstraction, et il l’a décrit dans les mêmes termes que le précepte fondamental de notre système juridique qu’on cherche à justifier. Je m’attendrais à ce que ce type d’analyse mène généralement au rejet des droits revendiqués dans la plupart des cas, du moins, lorsque ce droit correspond à ce qu’on peut appeler une «relique du passé». Le juge Sopinka a rejeté ce type de raisonnement tautologique dans l’affaire *Rodriguez*¹⁰.

Si l’examen des antécédents législatifs de l’article 159 mènent à la conclusion susmentionnée, il demeure qu’il ressort clairement de l’étude comparative des sources internationales que la majorité des États démocratiques modernes n’établissent pas une

⁹ *Rodriguez, supra*, aux p. 591 et 592.

¹⁰ On ne conteste pas que le respect de la dignité humaine est l’un des principes fondamentaux de notre société. J’ai toutefois de la difficulté à le qualifier en soi de principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7. Si le respect de la dignité est à la source de plusieurs principes de justice fondamentale, les lois qui ne traduisent pas un tel respect ne vont pas toutes à l’encontre de ces principes. Affirmer que le «respect de la dignité et de l’autonomie de la personne» est un principe de justice fondamentale revient donc essentiellement à affirmer que priver l’appelante de la sécurité de sa personne est contraire aux principes de justice fondamentale parce qu’elle est privée de la sécurité de sa personne. Cette interprétation assimilerait la sécurité de la personne à un principe de justice fondamentale et rendrait ce dernier redondant. [*Rodriguez, supra*, à la p. 592.]

section 159. At the same time, a review of those provisions indicates that the age chosen for consensual sexual activity falls within a range and is not uniform.

I return then to counsel for the applicant's argument that the "basic tenets of our judicial system" require, in each instance, a balancing of the state interests against individual interests to see if the limitation which has been imposed on the right to liberty or security of the person is justified. That analysis would seem to be synonymous with the type of analysis which is undertaken when any breach of a Charter right is assessed for validity under section 1. It would seem also to expand section 7 so that it becomes an omnivorous section, eclipsing many other provisions of the Charter. At the same time, the extent to which what is a principle of fundamental justice becomes equated with societal acceptance of certain values, the values protected thereby may become attenuated. After all, Parliament is presumed to operate in conformity with the societal values of the majority. Yet the Charter was designed as a bulwark against such opinions—as protection for individual rights in the face of the views of the majority.

As a trial judge, I recognize that the development of the common law is the result of alternating expansions and contractions. At one stage, general principles are enunciated by judicial pronouncement. These, over the course of time, eventually become articulated in more specific terms until, often, a fairly rigid system of jurisprudential rules develop. These will remain until the rules are again "blown open" by a general judicial pronouncement. When an area of law has been "blown open," by a decision of the highest court, it is very difficult, in the initial stages thereafter, for a lower court to determine exactly how decisions are to be made. I find this to be the case with the admonition that when dealing with section 7, one is to identify the "basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of other components of our legal system."

distinction fondée sur l'âge comme celle qui se trouve à l'article 159. Par ailleurs, l'examen de ces dispositions démontre que l'âge fixé pour des relations sexuelles consensuelles varie à l'intérieur de certaines limites et n'est pas uniforme.

Je reviens à l'argument de l'avocat du requérant selon lequel les «préceptes fondamentaux de notre système judiciaire» exigent, dans chaque cas, qu'on pondère les intérêts de l'État et ceux de l'individu afin de déterminer si la restriction imposée au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne est justifiée. Cette analyse semble identique à celle effectuée dans tous les cas où l'on apprécie une atteinte à un droit garanti par la Charte pour déterminer si elle se justifie conformément à l'article premier. Elle semble aussi étendre la portée de l'article 7, de sorte qu'il devienne une disposition fourre-tout éclipsant beaucoup d'autres dispositions de la Charte. Par ailleurs, dans la mesure où un principe de justice fondamentale finit par correspondre à l'acceptation sociale de certaines valeurs, les valeurs qu'il protège peuvent s'atténuer. Après tout, le législateur est présumé agir en accord avec les valeurs sociales de la majorité. Pourtant, la Charte a été conçue comme un rempart contre de telles opinions—c'est-à-dire, pour protéger les droits individuels face aux points de vue de la majorité.

En ma qualité de juge de première instance, je reconnais que l'évolution de la common law résulte de mouvements d'expansion et de contraction qui surviennent en alternance. Tout d'abord, des principes généraux sont énoncés par les tribunaux judiciaires. Puis, avec le temps, ils sont formulés en termes plus précis, souvent, jusqu'à l'élaboration d'un système assez rigide de règles jurisprudentielles. Ce système demeure en place jusqu'à ce que les tribunaux judiciaires les fassent «sauter» en termes généraux. Lorsqu'une partie du droit «saute» ainsi par suite d'une décision d'un tribunal d'instance supérieure, il est très difficile, du moins au début, pour une cour d'instance inférieure de déterminer exactement comment elle doit rendre ses décisions. C'est le cas, selon moi, de la mise en garde voulant qu'on doive, pour appliquer l'article 7, identifier les «préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique».

If the *B.C. Motor Vehicles* case had not contained the broad definition referred to above, I would have interpreted section 7 as being somewhat analogous in nature to the principles encompassed by the rules of natural justice. I would not see it as requiring the Court, in every instance, to evaluate the substantive policy of particular pieces of legislation and decide whether the state interest was proportionally balanced to the deprivation of individual rights. In the first place, the grammatical structure of section 7 indicates that the “principles of fundamental justice” are adjectival—the rights (life, liberty and security of the person) are not to be taken away except in accordance with those principles. Thus, the principles place limits on how the rights are to be taken away, not whether or not as a policy matter they should be.

In addition, all the legislative history of section 7 indicates that it was not intended that the section should be the equivalent of substantive due process in the United States—it was not intended that the courts should exercise a broad policy-reviewing role with respect to all legislation. The capacity to act as the United States Supreme Court had done, in striking down the New Deal legislation in that country, was clearly not something which the drafters of the Charter wished to import.

When I review the cases which have found that a principle of fundamental justice has been infringed, I find situations which could be said to be analogous to, although not limited to, the rules of natural justice. In the *Morgentaler* decision the law was found to be invalid as being too vague. In other cases, provisions have been found to be invalid because *mens rea* was not required¹¹ or because the individual had no knowledge of the sanction imposed on him.¹² Others relate to the nature of admissible evidence.¹³ These concerns are analogous to the principles of natural justice which require, for example, that a person must know the case against him or her before being disadvantaged by a decision and be given an adequate opportunity to answer.

¹¹ *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

¹² *B.C. Motor Vehicles*, *supra*.

¹³ *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577.

Si la définition large susmentionnée n'avait pas été énoncée dans *B.C. Motor Vehicles*, j'aurais interprété l'article 7 comme étant de nature analogue aux principes compris dans les règles de justice naturelle. Je ne le considérerais pas comme exigeant que la Cour évalue dans chaque cas la politique substantielle de chaque loi et décide si l'intérêt de l'État fait contre-poids à l'atteinte portée aux droits individuels. En premier lieu, la structure grammaticale du libellé de l'article 7 indique que les termes «principes de justice fondamentale» sont des déterminants—les droits (à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) ne peuvent être niés qu'en conformité avec ces principes. Par conséquent, ces principes limitent la façon dont ces droits peuvent être niés, et ne tranchent pas la question de principe quant à savoir s'ils devraient l'être ou non.

De plus, tout l'historique législatif de l'article 7 indique que le législateur n'avait pas l'intention d'en faire l'équivalent du concept substantiel du *due process* aux États-Unis—il n'avait pas l'intention que les juges exercent un large contrôle des politiques concernant toutes les lois. Il est clair que les rédacteurs de la Charte ne désiraient pas importer le pouvoir d'agir comme la Cour suprême des États-Unis a agi en annulant la loi donnant effet au New Deal.

En examinant les causes dans lesquelles on a jugé qu'un principe de justice fondamentale avait été violé, je trouve des situations dont on pourrait dire qu'elles sont analogues aux règles de justice naturelle, mais qu'elles ne s'y limitent pas. Dans la décision *Morgentaler*, la loi a été jugée invalide en raison de son imprécision. Dans d'autres causes, des dispositions ont été invalidées parce qu'elles n'exigeaient pas l'existence d'une *mens rea*¹¹, ou parce que la personne en cause ne connaissait pas la sanction qui lui était imposée¹². D'autres concernent la nature des éléments de preuve recevables¹³. Ces considérations s'apparentent aux principes de justice naturelle qui exigent, par exemple, qu'une personne sache ce qu'on lui reproche avant de faire l'objet d'une déci-

¹¹ *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

¹² *B.C. Motor Vehicles*, *supra*.

¹³ *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.

In any event, most of the arguments which are made in this case for the purposes of section 7 are also repeated for the purposes of section 15. I prefer to deal with them within the latter.

(3) Section 15

The section provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

It is argued that section 159 of the *Criminal Code* infringes that section on two grounds: (1) it discriminates on the basis of sexual orientation which is an analogous ground to those specifically listed in section 15, and (2) it discriminates on the basis of age because other comparable provisions of the *Criminal Code* relating to sexual activities stipulate the age of consent as 14.

I did not understand the respondent to suggest that sexual orientation was not an analogous ground. However, he argued that: (1) section 159 does not just proscribe anal intercourse as between males, it applies also to heterosexual as well as homosexual coupling; (2) not all male homosexual couples engage in this kind of sexual activity; and (3) while homosexuals may be an analogous group for section 15 purposes, section 159 does not directly address itself to sexual orientation. Counsel for the applicant, on the other hand, argues that the section has a disparate impact in so far as homosexual males are concerned and therefore discriminates against them. I do note that in the debates in the House of Commons, the antecedents to section 159 and section 159 itself are referred to as the "homosexual provisions." I am persuaded, on the basis of the statistical evidence

sion défavorable, et qu'on lui donne une occasion suffisante de répondre à ces allégations.

Quoi qu'il en soit, la plupart des arguments invoqués relativement à l'article 7 sont également invoqués en ce qui a trait à l'article 15. Je préfère les traiter en rapport avec ce dernier article.

(3) L'article 15

Cet article dispose:

15. (1) La Loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et aux mêmes bénéfices de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge, ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Le requérant soutient que l'article 159 du *Code criminel* enfreint cet article pour deux raisons: (1) il établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, un motif analogue à ceux énumérés expressément à l'article 15, et (2) il établit une discrimination fondée sur l'âge parce que d'autres dispositions comparables du *Code criminel* concernant les activités sexuelles fixent l'âge du consentement à 14 ans.

D'après ce que j'ai compris, l'intimé n'a pas suggéré que l'orientation sexuelle ne constitue pas un motif analogue. Toutefois, il fait valoir les prétentions suivantes: (1) l'article 159 n'interdit pas les relations sexuelles anales uniquement entre les personnes de sexe masculin, il s'applique autant aux relations hétérosexuelles qu'aux relations homosexuelles; (2) ce ne sont pas tous les couples d'homosexuels qui pratiquent ce type d'activité sexuelle; (3) enfin, bien que les homosexuels constituent un groupe analogue pour l'application de l'article 15, l'article 159 ne vise pas directement l'orientation sexuelle. L'avocat du requérant soutient, par contre, que cet article a un effet différent sur les homosexuels de sexe masculin et qu'il établit donc une discrimination contre eux. Je constate que, dans les débats de la Chambre des communes, on fait allusion aux dispositions que l'ar-

which has been filed that counsel for the applicant's argument is correct.

In addition, as I understand the respondent's argument, it is conceded that section 159 constitutes an infringement of section 15 on the ground of age. The respondent's memorandum of fact and law acknowledges that section 159 draws a distinction based upon the enumerated ground of age and that this distinction is discriminatory: it imposes a burden upon a person under the age of 18 (who is neither husband nor wife), specifically, the risk of criminal prosecution in circumstances where such burden is not imposed upon a person 18 years of age or older.¹⁴

The jurisprudence is clear that once discrimination under section 15 has been found to exist, that discrimination must then be assessed in the light of section 1 of the Charter.¹⁵ Section 1 provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

One turns then to consider whether the discrimination which is admitted to exist can meet the test of being "demonstrably justified in a free and democratic society." The burden of proof is on the respondent. It must be shown that there is a legislative purpose of sufficient importance to warrant abrogating the constitutionally protected right not to be discriminated against and that the means chosen to achieve that objective are both reasonable and demonstrably justified.¹⁶ Within this second analysis one must examine: (1) whether there is a rational connection between the objective and the means chosen to attain it; (2) whether the chosen means impair the rights as little as possible; and (3) whether there is a propor-

¹⁴ Par. 198 of the respondent's memorandum of fact and law.

¹⁵ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 181-182. See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3d ed., (1992), at pp. 1165-1166.

¹⁶ *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-140; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

ticle 159 a remplacées et à l'article 159 proprement dit en les désignant comme les «dispositions sur l'homosexualité». Je suis convaincue, à partir de la preuve statistique qui a été produite, que l'argument de l'avocat du requérant est juste.

En outre, d'après ce que je comprends de l'argument de l'intimé, il admet que l'article 159 contrevient à l'article 15 en créant une discrimination fondée sur l'âge. Dans son mémoire, l'intimé reconnaît que l'article 159 établit une distinction fondée sur l'âge, qui est l'un des motifs énumérés, et que cette distinction est discriminatoire: elle impose un fardeau aux personnes de moins de 18 ans (qui ne sont pas mari et femme) et, plus particulièrement, le risque d'une poursuite criminelle dans des circonstances dans lesquelles un tel fardeau n'est pas imposé aux personnes de 18 ans et plus¹⁴.

La jurisprudence établit clairement que la discrimination visée par l'article 15, une fois prouvée, doit être appréciée en regard de l'article premier de la Charte¹⁵. L'article premier se lit comme suit:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il s'agit alors de se demander si la discrimination dont l'existence a été concédée satisfait au critère voulant que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». C'est l'intimé qui a le fardeau de la preuve. Il doit prouver que la disposition législative en cause a un objet suffisamment important pour justifier la suppression du droit constitutionnel de ne pas subir de discrimination et que les moyens retenus pour réaliser cet objet sont raisonnables et ont une justification qui puisse se démontrer¹⁶. Dans le cadre de cette deuxième analyse, il faut examiner la question de savoir: (1) s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et les moyens retenus pour y parvenir; (2) si l'atteinte

¹⁴ Para. 198 du mémoire de l'intimé.

¹⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux p. 181 et 182. Voir également Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e édition, 1992, aux p. 1165 et 1166.

¹⁶ *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux p. 138 à 140; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

tionality between the effects of the means and the legislative objectives.

The first step, then, is to identify the purpose or purposes of the provision in question. Counsel for the applicant, as noted, characterizes its purpose as being to discourage homosexual youths from acknowledging their sexual orientation. Counsel for the respondent, on the other hand, characterizes the purpose as being to protect youth from the increased risk of HIV transmission which arises from anal intercourse. Counsel agree that both the purpose and the effects of a legislative provision are relevant. Either can invalidate the legislation. This follows from the Supreme Court decision in *Big M Drug Mart*, where it was said: "effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose."¹⁷ While *Big M Drug Mart* dealt with the identification of the purpose of legislative provisions in relation to paragraph 2(a) of the Charter (freedom of religion), I do not understand the process to be any different when an analysis under section 1 is being undertaken.

Both counsel also agree that the purpose must be assessed as of the date of the law's enactment and that one cannot justify a provision by relying upon a purpose that the provision might have come to serve at a later time:¹⁸ legislation which is invalid cannot be saved by a shifting purpose. One issue between the parties, in this case, the date as of which an examination of the purpose of the impugned provision should take place.

There can be little doubt that section 159 of the *Criminal Code* had its origins in the sodomy laws of the middle ages and earlier.¹⁹ These were carried forward into the first codification of the Canadian criminal law in 1892 [*The Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29],²⁰ where they remained for a long time

¹⁷ *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, *supra*, at p. 334.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M. Goodich, "Sodomy in Medieval Secular Law" (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

²⁰ D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892* (Toronto: Univ. of Toronto Press, 1989); G. Parker, "The Origins of the Criminal Code", in D. H. Flaherty (éd.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1 (Toronto: Univ. of Toronto Press, 1981).

aux droits causée par ces moyens est minimale; enfin, (3) si l'effet de ces moyens est proportionnel à l'objet de la loi.

La première étape consiste donc à établir l'objet ou les objets de la disposition en cause. Tel que je l'ai déjà précisé, l'avocat du requérant affirme qu'elle a pour objet de décourager les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle. L'avocat de l'intimé prétend, par contre, que cette disposition vise à protéger les jeunes du risque accru de transmission du VIH que présentent les relations sexuelles anales. Les avocats s'entendent pour dire que l'objet et l'effet de la loi sont tous les deux pertinents. L'un et l'autre peuvent la rendre invalide. Ce principe ressort de l'arrêt *Big M Drug Mart* de la Cour suprême, dans lequel elle a affirmé: «les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable»¹⁷. Bien que l'arrêt *Big M Drug Mart* concerne la détermination de l'objet de dispositions législatives en regard de l'alinéa 2a) de la Charte (liberté de religion), je ne vois pas en quoi le processus à suivre serait différent lorsqu'on en analyse l'objet en regard de l'article premier.

Les deux avocats s'entendent également sur le fait que l'objet de la loi doit être évalué par rapport au moment de son adoption et qu'il n'est pas possible de justifier une disposition en se fondant sur le but que cette disposition peut servir à une date ultérieure¹⁸: une loi inconstitutionnelle ne peut être validée par un facteur changeant. En l'espèce, le litige entre les parties touche aussi la date à laquelle l'examen de l'objet de la disposition contestée doit être effectué.

Il est assez clair que l'article 159 du *Code criminel* tire ses origines des lois sur la sodomie remontant au Moyen Âge et même plus loin¹⁹. Ces lois ont été reprises dans la première codification du droit criminel canadien en 1892 [*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29]²⁰, et elles y sont demeurées très

¹⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, *supra*, à la p. 334.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M. Goodich, «Sodomy in Medieval Secular Law» (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

²⁰ D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1989; G. Parker, «The Origins of the Criminal Code», dans D. H. Flaherty (éd.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1981.

thereafter. Significant reforms to the *Criminal Code* were enacted in 1969 [*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38]. These saw many types of sexual activity previously subject to criminal prosecution removed from the Code.²¹ The aphorism most closely associated with those reforms is "the state has no business in the bedrooms of the nation." The amendments made to the Code relevant for present purposes were clearly influenced by the Wolfenden Report.²² The then Minister of Justice, Mr. Turner, in speaking to the proposed amendments in the House of Commons said:

These amendments remove certain sexual conduct between consenting adults in private from the purview of the criminal law. There is one point which I cannot emphasize too strongly in this regard. It is that parliament would not, in enacting these amendments, be condoning this type of conduct. Parliament by not imposing the criminal law upon fornication or adultery is not thereby condoning fornication or adultery. By having broadened the laws affecting divorce during the last parliament, parliament did not by that promote or condone divorce as a remedy worthy of emulation. Individuals will continue to be responsible to themselves for their moral behaviour.

I should like to place on the record a passage from the Wolfenden report dealing with this matter in the United Kingdom:

Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business.²³ [Underlining added.]

A reading of the debates and the legislative history, including the Wolfenden Report, makes it clear that a distinction was made between the age of con-

²¹ *House of Commons Debates*, 28th Parl., 1st Sess., (Second Reading of Bill C-150), at pp. 4723, 4746-4747, 4759, 4777-4792, 4861-4866, 5376-5391, 5410-5414, 5467-5508, 5916, 5944-5952 (January 23, 24, 27, February 11, 13, 25, 1969); Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-150*, at p. 171 (March 4, 1969); *House of Commons Debates*, 28th Parl., 1st Sess., (Third Reading of Bill C-150), at pp. 7605-7619, 7630-7648, 7658-7675, 7690-7708, 7750-7773, 8606-8610, 8669 (April 16, 17, 18, 21, May 12, 13, 1969).

²² *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (London: 1957).

²³ *House of Commons Debates*, 1st Sess., 28th Parl., at p. 4723 (January 23, 1969).

longtemps par la suite. Des réformes importantes du *Code criminel* ont été entreprises en 1969 [*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38]. À cette occasion, de nombreux types d'activités sexuelles qui pouvaient auparavant donner lieu à des poursuites criminelles ont été rayées du Code²¹. Selon l'aphorisme le plus étroitement associé à ces réformes, «ce qui se passe dans la chambre à coucher des citoyens ne regarde pas l'État». Les modifications au Code qui sont pertinentes en l'espèce ont été nettement influencées par le Wolfenden Report²². Le ministre de la Justice alors en place, M. Turner, a déclaré en Chambre, relativement aux modifications proposées:

Ces modifications enlèvent de l'empire de la loi certains actes sexuels commis dans l'intimité par des adultes consentants. Il y a un point sur lequel je ne puis trop appuyer à cet égard: le Parlement, en adoptant ces modifications, n'excusera pas ces mœurs. Ce n'est pas parce que le Parlement n'applique pas le Code criminel pour la fornication et l'adultère qu'il excuse la fornication et l'adultère. Ce n'est pas parce que le Parlement a élargi la législation sur le divorce qu'il a favorisé, excusé ou entériné la destruction des liens légitimes par le divorce comme une institution digne d'émulation. Les individus continueront à être responsables envers eux-mêmes de leur conduite morale.

Je voudrais consigner au compte rendu un passage tiré du rapport Wolfenden traitant de cette question au Royaume-Uni:

À moins que la société ne s'efforce délibérément, par l'intermédiaire de la loi, d'établir un parallèle entre le crime et le péché, il restera le domaine de la moralité ou de l'immoralité privée qui, disons-le, crûment, ne regarde pas la loi²³. [Soulignement ajouté.]

La lecture des débats et de l'historique de la loi, y compris le rapport Wolfenden, fait nettement ressortir qu'une distinction a été faite entre l'âge du consente-

²¹ *Débats de la Chambre des communes*, 28^e Lég. 1^{re} sess. (2^e lecture du projet de loi C-150), aux p. 4723, 4746 et 4747, 4759, 4777 à 4792, 4861 à 4866, 5376 à 5391, 5410 à 5414, 5467 à 5508, 5916, 5944 à 5952 (les 23, 24 et 27 janvier, et les 11, 13 et 25 février 1969); Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-150*, à la p. 171 (4 mars 1969); *Débats de la Chambre des communes*, 28^e Lég. 1^{re} sess. (3^e lecture du projet de loi C-150), aux p. 7605 à 7619, 7630 à 7648, 7658 à 7675, 7690 à 7708, 7750 à 7773, 8606 à 8610, 8669 (les 16, 17, 18 et 21 avril et les 12 et 13 mai 1969).

²² *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Londres, 1957.

²³ *Débats de la Chambre des communes*, 28^e Lég., 1^{re} scss., à la p. 4723, le 23 janvier 1969.

sent under what is now section 159 and the age of consent for other types of consensual sexual activity because (1) homosexual practices were considered immoral and (2) there was a concern that homosexuality was a learned behaviour or a disease such that de-criminalizing the activity in question could lead to youth being corrupted. The Code provisions were again amended in 1988 [*An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24 (now R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 19)] and the present section 159 came into existence at that time with the age of consent being reduced from 21 to 18 years.

I accept counsel for the respondent's argument that whatever may have been the purpose of the provisions in earlier times, if that purpose changed with the 1988 amendment, or if a new and valid purpose became a foundation of the section, then, that new purpose can be relied upon as support for the section's validity. Such would not be a shifting purpose as proscribed in *Big M Drug Mart*. The question, however, is whether such a new purpose did in fact become a foundation of the section.

Counsel for the respondent describes the purposes of section 159 as being three in number: (1) to reinforce moral precepts; (2) to inhibit homosexual youth from acknowledging their sexual orientation at an early age;²⁴ (3) to protect young persons from the increased risk of HIV transmission. I am not prepared to find that the first, by itself, is a purpose which can support making the activity in question a *Criminal Code* offence. I agree that there has always been a close connection between the criminal code and moral values. That does not mean, however, that today in our pluralistic society, that moral values alone can justify making an activity criminal. If it could one immediately has to ask "by whose moral values is the state to be guided"? I am not persuaded that in a free and democratic society that it is justifiable to make an activity criminal merely because a

²⁴ The actual wording in the respondent's memorandum is "to protect young persons from engaging in non-usual sexual activities."

ment fixé à l'article qui porte maintenant le numéro 159 et l'âge du consentement aux fins d'autres types d'activités sexuelles consensuelles parce que (1) les pratiques homosexuelles étaient considérées comme immorales et (2) on craignait que l'homosexualité soit un comportement appris ou une maladie, de sorte que la décriminalisation de cette activité pourrait mener à la corruption de la jeunesse. Les dispositions du Code ont été à nouveau modifiées en 1988 [*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24 (maintenant L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19)] et l'article 159, tel qu'il se lit aujourd'hui, a été édicté à cette époque, lorsque l'âge du consentement a été abaissé de 21 à 18 ans.

Je retiens l'argument de l'avocat de l'intimé selon lequel peu importe l'objet qu'ont pu avoir ces dispositions autrefois, si cet objet a changé lors des modifications de 1988, ou si un nouvel objet valable l'a remplacé comme fondement de cet article, il est possible d'invoquer ce nouvel objet à l'appui de la validité de cet article. Il ne s'agirait pas d'un facteur changeant prohibé par l'arrêt *Big M Drug Mart*. Toutefois, la question à trancher est celle de savoir si un nouvel objet est effectivement devenu le fondement de cet article.

L'avocat de l'intimé décrit l'objectif de l'article 159 comme comportant trois volets: (1) renforcer les préceptes moraux; (2) empêcher les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle dès leur jeunesse²⁴; (3) protéger les jeunes du risque accru de transmission du VIH. Je ne suis pas disposée à conclure que le premier volet énoncé constitue en soi un objet pouvant appuyer la criminalisation de cette activité dans le *Code criminel*. Je reconnais qu'un lien étroit a toujours existé entre le *Code criminel* et les valeurs morales. Cela ne signifie toutefois pas que, dans la société pluraliste dans laquelle nous vivons aujourd'hui, les valeurs morales puissent, à elles seules, justifier la criminalisation d'une activité. Si c'était le cas, il faudrait se demander immédiatement quelles valeurs morales devraient guider l'État. Je ne suis pas convaincue que, dans une société libre

²⁴ Le véritable libellé du mémoire de l'intimé est le suivant: [TRADUCTION] «pour protéger les jeunes afin qu'ils ne participent pas à des activités sexuelles inhabituelles».

segment, indeed maybe a majority, of the citizenry consider it to be immoral.

Counsel for the respondent concedes that the second purpose is invalid for constitutional purposes. That leaves for consideration whether the protection of the young from increased risk of HIV transmission is a purpose underlying section 159. Counsel for the applicant agrees that if it is, then, there is no doubt that that purpose has become more pressing and substantial than it was in 1988. He denies however that that was or is its purpose.

The argument that the prevention of HIV transmission is a purpose of section 159, in my view, simply does not stand up on an examination of the evidence. I accept that one looks for purpose in the legislative history of a section, including any reports on which it may have been based. These include in this case the Fraser Report²⁵ and the Badgley Report.²⁶ The purpose can be assessed by considering related provisions, that is, by reading the impugned provision in its legislative context, as well as by considering the debates and legislative committee proceedings relating thereto.

Prior to 1986, for obvious reasons, there was no mention of HIV transmission as being a purpose behind the precursors to section 159. When the *Criminal Code* amendments of 1988 were first introduced in the House of Commons in November 1986, there was no mention of this as a purpose, by the sponsoring Minister. Subsequently, in the House of Commons debate, Mr. Svend Robinson noted that it was strange that the age of consent in what is now section 159 was lowered from 21 to 18 when the Special Committee on Equality Rights had recommended "that there should be a uniform age of consent for

²⁵ Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985 (Chair: P. Fraser) (hereinafter the "Fraser Report").

²⁶ Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984 (Chair: R. F. Badgley) (hereinafter the "Badgley Report").

et démocratique, la criminalisation d'une activité puisse se justifier uniquement parce qu'une partie ou peut-être même la majorité des citoyens la considèrent immorale.

L'avocat de l'intimé admet que le deuxième volet énoncé est inconstitutionnel. Il reste donc à déterminer si l'objectif de protéger les jeunes du risque accru de transmission du VIH sous-tend l'article 159. L'avocat du requérant convient que, le cas échéant, cet objet est sans aucun doute devenu beaucoup plus urgent et important qu'en 1988. Il nie toutefois que tel ait été ou que tel soit l'objet de cette disposition.

La prétention selon laquelle l'article 159 a notamment pour objet de prévenir la transmission du VIH ne tient tout simplement pas, selon moi, si l'on examine la preuve. J'admets qu'il faut chercher l'objet d'une disposition dans l'historique de la loi, y compris dans les rapports sur lesquels elle est fondée. Ces éléments comprennent, en l'espèce, le rapport Fraser²⁵ et le rapport Badgley²⁶. L'objet d'une disposition peut être apprécié par l'examen de dispositions connexes, c'est-à-dire, en interprétant la disposition contestée dans son contexte législatif, ainsi qu'en examinant les débats et les délibérations du comité législatif qui s'y rapportent.

Pour des raisons évidentes, on n'a jamais mentionné la prévention de la transmission du VIH, avant 1986, comme un objet des dispositions que l'article 159 a remplacées. Lorsque les modifications de 1988 au *Code criminel* ont été présentées pour la première fois à la Chambre des communes, en novembre 1986, le ministre responsable du projet de loi ne l'a pas mentionnée comme l'un des objets de ces modifications. Par la suite, lors des débats de la Chambre des communes, M. Svend Robinson a souligné qu'il était étrange que l'âge du consentement dans la disposition qui porte maintenant le numéro 159 soit

²⁵ Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985 (Président: P. Fraser) (ci-après appelé le «rapport Fraser»).

²⁶ Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984 (Président: R. F. Badgley) (ci-après appelé le «rapport Badgley»).

homosexual and heterosexual activity.”²⁷ He argued that “If the Government wants to justify this form of discrimination, surely it will have to demonstrate to the committee that this conduct is more harmful than heterosexual conduct or other homosexual conduct in the same age group.”²⁸ Ms. Margaret Mitchell, Member of Parliament from Vancouver East (NDP), raised the same issue: “This Bill discriminates on the basis of sexual orientation. We believe there should be a consistent age of consent for both men and women.”²⁹

The first occasion on which there was any mention of HIV transmission was after the Bill (Bill C-15) [*An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, 2nd Sess., 33rd Parl.] had left the floor of the House and was before the relevant Committee. When the then Minister of Justice, Mr. Hnatyshyn, appeared as a witness before that Committee, Mr. Robinson again raised the question of why the age differential existed. Mr. Hnatyshyn responded by saying that medical evidence indicated that different kinds of psychological or physical harm might attach to different types of intercourse for young people, that medical experts were not certain at what age sexual preference was established and also “the question here is the heightened danger of contracting Acquired Immune Deficiency Syndrome or other sexually transmittal disease from anal intercourse.”³⁰

Mr. Robinson pursued his questioning with other witnesses who appeared before that Committee. He asked Dr. Bala, a witness appearing as a representa-

²⁷ See *House of Commons Debates*, 2nd sess., 33rd Parl., at p. 1046 (November 4, 1986).

²⁸ *Ibid.* See also *ibid.*, at p. 1063—where a feeble and somewhat incoherent attempt was made to respond to his query as follows: “All children under 18 cannot be treated on the same basis. There is a major change, a major distinction to be made with respect to children aged 13, 15 or 18 for example.”

²⁹ *Ibid.*, at p. 1067.

³⁰ Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15 An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, at p. 1:30 (November 27, 1986).

abaissé de 21 à 18 ans, alors que le Comité spécial sur l'égalité des droits avait recommandé «qu'on adopte un âge de consentement uniforme pour les activités homosexuelles et hétérosexuelles²⁷». Il a soutenu: «[s]'il veut justifier cette distinction, le gouvernement devra d'abord prouver au comité que cette activité est plus nuisible que l'activité hétérosexuelle ou que d'autres activités homosexuelles pratiquées entre gens du même âge²⁸». Madame Margaret Mitchell, députée de Vancouver-Est (NPD), a soulevé la même question: «Ce projet de loi établit une distinction injuste fondée sur l'orientation sexuelle. L'âge du consentement devrait être le même pour les hommes et les femmes²⁹».

La première occasion à laquelle on a fait mention de la transmission du VIH est survenue après que le projet de loi C-15 [*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, 2^e sess., 33^e Lég.] a quitté la Chambre des communes pour être étudié par le comité dont il relevait. Lorsque le ministre de la Justice d'alors, M. Hnatyshyn, a comparu en qualité de témoin devant le comité, M. Robinson a de nouveau soulevé la question du fondement de cette différenciation fondée sur l'âge. Monsieur Hnatyshyn a répondu en déclarant que la preuve médicale indiquait que différents types de préjudices psychologiques ou physiques causés à des jeunes pouvaient être liés à différents types de relations sexuelles, que les experts médicaux ne pouvaient établir avec certitude à quel âge la préférence sexuelle était établie et qu'il était question du danger accru de contracter le syndrome d'immunodéficiência acquise ou une autre maladie vénérienne par coït anal³⁰.

Monsieur Robinson a poursuivi ses questions avec d'autres témoins qui ont comparu devant ce comité. Il a demandé au Dr Bala, un témoin qui représentait le

²⁷ Voir *Débats de la chambre des communes*, 33^e Lég., 2^e sess., à la p. 1046, le 4 novembre 1986.

²⁸ *Ibid.* Voir aussi *ibid.*, à la p. 1063—où une réponse timide et quelque peu incohérente a été donnée à sa question: «On ne peut pas traiter tous les enfants de moins de 18 ans sur le même pied. Il y a un gros changement, une grosse distinction à faire entre les enfants qui ont, par exemple, 13, 15 ou 18 ans».

²⁹ *Ibid.*, à la p. 1067.

³⁰ Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, Loi modifiant le Code criminel et la Loi de la preuve au Canada*, à la p. 1:30, le 27 novembre 1986.

tive of Canadian Council on Children and Youth, whether the provision could have a health purpose. Dr. Bala responded that if AIDS transmission was really the concern underlying what is now section 159, then, surely this would justify raising the age of consent, not lowering it to 18.³¹ He also noted that if the protection of health underlay the section, then, logically the prohibition should apply to everyone, regardless of their age. In so far as exploitation of the young was concerned he pointed out that there were other provisions in the proposed legislation which dealt with that concern and that there was no need for a separate provision to deal with this particular activity.³²

Mr. Robinson questioned Dr. Mian, Director of the Suspected Child Abuse and Neglect (SCAN) Program, Toronto Hospital for Sick Children. Her response was similar to that of Dr. Bala:

I really do not see there is any real difference between anal and vaginal intercourse in terms of psychological effects. There may be some difference with regards only to the issue of AIDS, and since there have been no reported cases in young people as a result of sexual activity, I think we are really not in a position to speak to that.³³

³¹ *Ibid.*, at p. 3:17 (December 11, 1986).

³² ... you should have age provisions that are consistent with whatever age provisions you are having. In other words, there is no reason to single out this particular offence for different kinds of age treatment. It would be our position that to the extent you are singling out this particular offence, it is covered by all the other sexual offences that you have. There is nothing that particularly makes this offence more serious than other kinds of unwanted or inappropriate sexual activity.

I think we as a society are coming to realize and accept that while the majority may not wish to or want to or desire to participate in homosexual activity—as a parent, one might hope his child grows up to be a heterosexual, for a variety of reasons—it does not mean that we are going to take people who are engaging in homosexual conduct and particularly criminalize their conduct, unless there is a very good reason for it. Certainly from what I have read of the Badgley report and others, there is no evidence that suggests this is particularly a concern, aside from the issue of AIDS. But I am not sure that the evidence is such that the best way to deal with the problem of AIDS is through criminalizing this particular kind of conduct. [*Ibid.*, at pp. 3:36-3:37 (December 11, 1986).]

³³ *Ibid.*, at p. 5:9 (December 17, 1986).

Conseil canadien de l'enfance et de la jeunesse, si cette disposition pouvait avoir un objet lié à la santé. Le Dr Bala a répondu que si la transmission du SIDA était effectivement une préoccupation à l'origine de la disposition qui porte maintenant le numéro 159, il serait sûrement justifié d'augmenter l'âge du consentement, plutôt que de l'abaisser à 18 ans³¹. Il a en outre souligné que si cet article était fondé sur la protection de la santé, il faudrait, logiquement, que cette interdiction s'applique à tous, sans égard à l'âge. En ce qui a trait à l'exploitation des jeunes, il a précisé que d'autres dispositions de la loi proposée régissaient cette question et qu'une disposition distincte applicable à ce type particulier d'activités était superflue.³²

Monsieur Robinson a posé des questions au Dr Mian, directrice, Programme SCAN (Suspected Child Abuse and Neglect), Toronto Hospital for Sick Children. Sa réponse était semblable à celle du Dr Bala:

Du point de vue psychologique, je ne vois pas beaucoup de différence entre les relations sexuelles anales et vaginales. La seule différence tient peut-être au risque que représente le SIDA mais puisqu'on n'a pas rapporté de cas de jeunes ayant contracté le SIDA à la suite d'activités sexuelles, je ne veux pas discuter de ce point³³.

³¹ *Ibid.*, à la p. 3:17, le 11 décembre 1986.

³² Encore faut-il fixer les limites d'âge. En d'autres termes, cette pratique sexuelle ne devrait pas être assortie de limite d'âge autre que celle prévue pour d'autres pratiques sexuelles. Nous sommes en effet d'avis que le coït anal n'est pas une infraction plus grave que d'autres pratiques sexuelles jugées indésirables par la société.

La société tend maintenant à admettre que même si la majorité n'approuve pas l'homosexualité et si les parents sont en droit d'espérer que leurs enfants ne deviendront pas homosexuels, cela ne veut pas dire pour autant que nous devons criminaliser l'homosexualité, sauf dans des cas bien particuliers. D'après le rapport Badgley, l'homosexualité est essentiellement préoccupante dans le contexte de l'épidémie de SIDA. Mais je ne pense pas qu'on parviendra à vaincre le SIDA en criminalisant ce comportement. [*Ibid.*, aux p. 3:36 et 3:37, le 11 décembre 1986.]

³³ *Ibid.*, à la p. 5:9, le 17 décembre 1986.

The evidence of Ms. Grant, the Executive Director from the Metropolitan Toronto Special Committee on Child Abuse, was similar:³⁴

... there is really no difference of rationale for noting any difference between vaginal and anal intercourse in terms of criminal sanctions.

A telling exchange occurred between Mr. Robinson and Mr. Thacker, acting Chairman of the Committee. The Committee like the House would of course be controlled by the Government members of which Mr. Thacker was one. Mr. Robinson asked what purpose the section could possibly serve:

What possible social good, Mr. Chairman, could be accomplished by subjecting a young person of 17 or 16 to a term of imprisonment of 10 years for engaging in a consensual sexual activity?³⁵

Mr. Thacker responded:

It is just saying that is a consensual activity that society is not prepared to condone or promote. We are trying to discourage it. Nothing more than that is meant.³⁶

I cannot conclude on the basis of the evidence that a purpose underlying the enactment of section 159, in 1987-1988, was to protect young persons from the increased risk of AIDS. The section has a long history as having been aimed at other purposes. There was no independent background report, such as the Badgley or Fraser reports, suggesting that a provision such as section 159 should be enacted to protect young people against the risk of AIDS. There was no mention of this in the House of Commons by the sponsoring Minister when Bill C-15 was introduced nor was there any mention when the Bill was reported back from the Committee for third reading.³⁷ Only after Mr. Robinson raised the discriminatory nature of the provision did the Minister of Justice, when he was before the Committee as a witness, refer to AIDS transmission as a possible justification. None of the independent witness which appeared before the Legislative Committee could support pro-

³⁴ *Ibid.*, at p. 7:77 (January 20, 1987).

³⁵ *Ibid.*, at p. 9:54 (February 17, 1987).

³⁶ *Ibid.*, at p. 9:55 (February 17, 1987).

³⁷ *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., at p. 7504 (June 23, 1987).

La preuve offerte par Madame Grant, la directrice exécutive du Metropolitan Toronto Special Committee on Child Abuse, est semblable³⁴:

... il n'y a fondamentalement pas de différence quant à la position de sanctions criminelles, que ce soit pour les rapports sexuels vaginaux ou anaux.

Des propos très révélateurs ont été échangés entre M. Robinson et M. Thacker, président suppléant du Comité. Le Comité, comme la Chambre, est évidemment contrôlé par des membres du gouvernement, dont M. Thacker faisait partie. Monsieur Robinson a demandé quel objectif cet article pouvait éventuellement servir:

Quel avantage social, M. le président, y aurait-il à assujettir un jeune de 17 ou de 16 ans à une peine d'emprisonnement de dix ans pour avoir consenti librement à un tel acte sexuel³⁵?

Monsieur Thacker a donné la réponse suivante:

Tout simplement que notre société n'est pas disposée à tolérer ou à promouvoir de tels actes, même s'il y a consentement. Nous essayons de les décourager. Rien de plus³⁶.

La preuve ne me permet pas de conclure qu'une fin visée par l'adoption de l'article 159 en 1987-1988 était de protéger les jeunes du risque accru de contracter le SIDA. Cet article a longtemps visé d'autres fins. Aucun rapport contextuel indépendant, tels les rapports Fraser ou Badgley, ne suggère qu'une disposition comme l'article 159 devait être adoptée pour protéger les jeunes contre le risque du SIDA. Le ministre responsable du projet de loi C-15 n'en a pas fait mention à la Chambre des communes lorsqu'il l'a présenté. Il n'en a pas non plus été fait mention lorsque le Comité a renvoyé le projet de loi en troisième lecture³⁷. Ce n'est qu'après que M. Robinson a soulevé la nature discriminatoire de cette disposition que le ministre de la Justice, au moment où il a témoigné devant le comité, a mentionné la transmission du SIDA comme une justification possible. Aucun des témoins indépendants qui ont comparu devant le comité législatif n'ont pu appuyer la prétention selon

³⁴ *Ibid.*, à la p. 7:77, le 20 janvier 1987.

³⁵ *Ibid.*, à la p. 9:54, le 17 février 1987.

³⁶ *Ibid.*, à la p. 9:55, le 17 février 1987.

³⁷ *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 33^e Lég., à la p. 7504, le 23 juin 1987.

tection against the spread of AIDS as a valid object for the provision. The only witness to support this alleged purpose was a representative of the Minister's Department³⁸ (not an objective independent witness). I have to conclude that the references by the Minister to AIDS transmission was an attempt to cobble together a pseudo-reason for not making the changes, after the potential discriminatory nature of the provision was pointed out by Mr. Robinson. Surely, a stronger foundation than this is needed to support the birth of a new purpose sufficient to render a legislative provision constitutionally valid. This is particularly so when the provision has had a long history of being based on an unconstitutional purpose.

What is more, if one considers whether or not the provision is rationally related to the objective which it is allegedly designed to achieve or whether its effects are proportional to that objective, the only conclusion that can be reached is that it is neither. All the evidence indicates that AIDS is spread by a number of activities (sharing needles among drug users, blood transfusions, both anal and vaginal intercourse). In absolute numbers it would appear that anal sex is the least frequent method of transmission. It is not rational to make one such activity a criminal offence and not the others. Also while unprotected anal sex may be riskier, as a potential conduit for HIV transmission than vaginal sex, in both cases it is unprotected sex which is the cause, not the activity itself. Lastly and perhaps most significantly, immediately prior to the 1988 enactment of section 159, Parliament had repealed the section of the Code which had made the transmission of sexually transmitted diseases a criminal offence.³⁹ This was in response to the Badgley and Fraser Reports which had recommended the repeal because the section was ineffec-

³⁸ Mr. Avison, Senior General Counsel, Criminal Law Policy, Department of Justice is the witness. See Minutes of the Legislative Committee on Bill C-15, *supra*, at p. 10:25 (March 17, 1987).

³⁹ S. 253 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34], which made it an offence for anyone with venereal disease to communicate it to another person, was repealed by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 42.

laquelle la protection contre la propagation du SIDA était un objectif valable visé par cette disposition. Le seul témoin à appuyer ce prétendu objet était un représentant du ministère du ministre³⁸ (et non un témoin indépendant objectif). Je dois conclure que le ministre a fait mention de la transmission du SIDA en essayant de concocter une pseudo raison l'autorisant à ne pas faire de changement après que M. Robinson a fait ressortir la nature éventuellement discriminatoire de cette disposition. Il faut, sans aucun doute, un fondement plus solide pour établir la création d'un nouvel objet suffisant pour rendre une disposition législative constitutionnelle. C'est particulièrement le cas lorsque la disposition en cause est depuis très longtemps fondée sur un objectif contraire à la Constitution.

Qui plus est, si l'on se pose la question de savoir si cette disposition a ou non un lien rationnel avec l'objet qu'on prétend viser ou celle de savoir si son effet est proportionnel à cet objet, on ne peut que tirer une conclusion négative à ces deux égards. Toute la preuve indique que le SIDA se propage par de nombreuses activités (le partage de seringues par les toxicomanes, les transfusions sanguines, les relations sexuelles à la fois vaginales et anales). En nombres absolus, il semblerait que le coït anal est la méthode la moins fréquente de transmission. Il n'est pas rationnel de criminaliser cette activité et non les autres. De plus, bien que le coït anal non protégé comporte des risques accrus par rapport aux relations sexuelles vaginales quant à la possibilité que le VIH pénètre dans l'organisme, dans les deux cas, ce sont les relations sexuelles sans protection qui posent un problème et non l'activité sexuelle comme telle. Fait très révélateur, le législateur a récemment abrogé l'article du Code en vertu duquel la transmission des maladies vénériennes constituait une infraction criminelle³⁹, immédiatement avant l'adoption de l'ar-

³⁸ Ce témoin est M. Avison, premier coordinateur de la politique en matière de justice pénale, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, du ministère de la Justice. Voir les Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, *supra*, à la p. 10:25, le 17 mars 1987.

³⁹ L'art. 253 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, c. C-34] a été abrogé par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 42. Selon cet article, quiconque était atteint d'une maladie vénérienne et la communiquait à une autre personne commettait une infraction.

tive and, indeed, counterproductive.⁴⁰ It drove “underground” those who engaged in the activity which was the object of the provisions. It made it more difficult to obtain accurate reports of the incidents of disease. A much more effective way of dealing with the problem was through increased education. Accordingly, as noted, the provision of the Code which had made the transmission of sexually transmitted diseases an offence had been repealed at the very time that the respondent, now asserts, that section 159 was being enacted to protect young people from the spread of AIDS.

I cannot conclude that section 159 has a constitutionally valid purpose, or that the alleged purpose, in any event, can be rationally connected to the impugned provision, or that the effects of the provision are proportionate thereto.

By-Passing Extradition

Counsel’s argument is based on the comments of Mr. Justice La Forest in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at page 835:

It is, no doubt, true that extradition and deportation do not always have the same purpose, for cases can arise where they serve different ends, and fairness may demand that one procedure be used rather than the other. But that is not this case, and I would be concerned about encouraging a resort to deportation rather than extradition with its inbuilt protections geared to the criminal process. [Underlining added.]

The *Kindler* case dealt with the extradition of an individual to the United States where he faced the death penalty as a result of a murder conviction. Prior to the commencement of the extradition proceeding *Kindler* had been the subject of a deportation inquiry (see [*Kindler v. MacDonald*] [1987] 3 F.C. 34 (C.A.)).

Counsel for the applicant argues that the previous jurisprudence in this area, e.g., *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] S.C.R. 839 must now be read in the light of the Supreme Court’s decision in *Kindler* and the Charter. Under the pre-Charter jurisprudence one had to demonstrate that a

⁴⁰ Badgley Report and Fraser Report, *supra*.

ticle 159 en 1988. Cette modification a été faite à la suite des rapports Badgley et Fraser qui avaient recommandé son abrogation parce qu’il était inefficace et, en fait, contre-productif⁴⁰. Il avait pour effet de marginaliser les personnes qui pratiquaient les activités visées par la loi. Il était plus difficile d’obtenir des rapports exacts du nombre de personnes touchées par la maladie. Une meilleure éducation s’avèrait une solution beaucoup plus efficace à ce problème. En conséquence, tel qu’il l’a déjà été mentionné, la disposition du Code qui criminalisait le fait de transmettre une maladie vénérienne a été abrogée au moment précis où l’intimé soutient maintenant que l’article 159 a été édicté en vue de protéger les jeunes de la propagation du SIDA.

Je ne peux conclure que l’objet de l’article 159 est constitutionnel ni, de toute façon, que son prétendu objet a un lien rationnel avec la disposition contestée ou que l’effet de cette disposition est proportionné par rapport à son objet.

Le moyen de contourner la procédure d’extradition

L’argument de l’avocat se fonde sur les remarques formulées par le juge La Forest dans l’affaire *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la page 835:

Il est sans doute vrai que l’extradition et l’expulsion n’ont pas toujours le même but car il peut y avoir des cas où elles servent à des fins différentes et l’équité peut exiger qu’une procédure soit utilisée plutôt que l’autre. Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce et je m’inquiéterais de favoriser le recours à l’expulsion plutôt qu’à l’extradition qui contient des mesures de protection relatives au processus criminel. [Soulignement ajouté.]

L’affaire *Kindler* traitait de l’extradition aux États-Unis d’une personne qui devait faire face à la peine de mort dans ce pays à la suite d’une condamnation pour meurtre. Avant le début de la procédure d’extradition, *Kindler* a fait l’objet d’une enquête visant son expulsion (voir [*Kindler c. MacDonald*] [1987] 3 C.F. 34 (C.A.)).

L’avocat du requérant prétend que la jurisprudence antérieure en la matière, par exemple, *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839, doit maintenant être interprétée à la lumière de l’arrêt *Kindler* de la Cour suprême et de la Charte. Avant l’entrée en vigueur de la Charte, la

⁴⁰ Rapport Badgley et rapport Fraser, *supra*.

deportation proceeding was a sham—that the Minister did not genuinely consider it to be in the public interest that the individual be deported—before a challenge to the deportation order will succeed. It is argued that so stringent a test is no longer required—^a all that need be demonstrated is that it is unfair for the deportation process to be used instead of extradition.

Counsel notes that there was evidence that the arrest of the applicant, in Canada, was triggered by the bail bondspersons in the United States who wished the applicant returned to that country. He notes that there would appear to have been communication between the law enforcement officers in the United States and the Extradition Clerk of the Department of Justice, Criminal Prosecutions Section in Toronto. Law enforcement officers in the United States indicated that extradition proceedings were not being initiated because they had decided to await the Canadian deportation process. In addition, a conditional arrest warrant for extradition purposes has in fact been filed in case the applicant is unsuccessful in this proceeding. Counsel argues that this demonstrates a decision to proceed by deportation rather than extradition—a by-passing of extradition.

Counsel argues that the choice of deportation proceedings, rather than extradition, is unfair because there are guarantees under the latter which do not exist under the former. In the case of an extradition application, the Minister has a discretion to refuse to surrender the individual to the foreign state. An individual who is extradited may only be prosecuted or punished for the offences for which he is extradited (the rule of specialty). Counsel also argues that the test for an extraditable offence (double criminality)⁴¹ is more favourable for the applicant than the equivalency test applied in deportation proceedings.

⁴¹ The acts alleged must not only be a crime within the requesting state, but must be such that if the factual situation was reversed, they would be a crime within Canada.

jurisprudence exigeait que l'on démontre que la procédure d'expulsion ne constituait qu'une mise en scène—c'est-à-dire, que le ministre n'estimait pas vraiment que l'expulsion de la personne servait l'intérêt public—pour contester avec succès une mesure d'expulsion. On prétend que ce critère exigeant n'est plus applicable et qu'il suffit désormais de prouver qu'il est inéquitable d'utiliser la procédure d'expulsion plutôt que la procédure d'extradition.

L'avocat souligne que des éléments de preuve démontreraient que l'arrestation du requérant au Canada avait été tramée par les responsables des cautionnements aux États-Unis, qui souhaitaient que le requérant soit retourné dans ce pays. Il ajoute qu'il semble que les agents chargés du respect de la loi aux États-Unis et le préposé à l'extradition du ministère de la Justice, Section des poursuites criminelles à Toronto, ont communiqué entre eux. Les agents chargés du respect de la loi aux États-Unis ont indiqué qu'une procédure d'extradition n'avait pas été entamée parce qu'ils avaient décidé d'attendre le résultat de la procédure canadienne d'expulsion. En outre, un mandat d'arrêt conditionnel à des fins d'extradition a effectivement été déposé au cas où le requérant n'obtiendrait pas gain de cause en l'espèce. L'avocat soutient que ces faits établissent l'intention de procéder par voie d'expulsion plutôt que par voie d'extradition—de façon à contourner le processus d'extradition.

L'avocat fait valoir que le choix d'entamer une procédure d'expulsion, plutôt qu'une procédure d'extradition, est inéquitable parce que cette dernière offre des garanties qui ne s'appliquent pas à la procédure d'expulsion. Dans le cadre d'une demande d'extradition, le ministre a le pouvoir discrétionnaire de refuser de remettre une personne aux autorités étrangères. La personne extradée ne peut être poursuivie et punie que pour les infractions qui ont fondé son extradition (règle de la spécialité). En outre, l'avocat soutient que le critère applicable à une infraction donnant lieu à l'extradition (la double criminalité)⁴¹ est plus favorable au requérant que le critère de l'équivalence appliqué en matière d'expulsion.

⁴¹ Les faits reprochés ne doivent pas seulement constituer une infraction dans l'État qui demande l'extradition, mais doivent être tels que si la situation factuelle était inversée, ils constitueraient un crime au Canada.

It is clear that extradition and deportation serve different purposes. Extradition is initiated by the requesting foreign state. In the absence of any such request a proceeding never begins. Deportation, on the other hand, is initiated by the expelling state, which does not wish the illegal alien to remain within its borders. I see nothing inherently unfair in a foreign state delaying extradition proceedings when it is known that the individual in question is likely to be deported in any event.

The comments of Mr. Justice La Forest in *Kindler* were directly related to the Federal Court of Appeal decision in *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34 and the decision in *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766 (H.C.); affd (1989), 70 O.R. (2d) 765 (C.A.). There was no indication by Mr. Justice La Forest that he thought that either of those decisions was wrongly decided. Whatever Mr. Justice La Forest may have meant by his statement [at page 835] that “cases can arise where . . . fairness may demand that one procedure be used rather than the other,” I do not think the statement has any applicability in this case. All of counsel’s arguments are directed at general characteristics of the extradition and deportation proceedings. There is no evidence of any particular unfairness which is likely to arise. In both *Kindler* (F.C.A.) and *Shepherd*, the validity of deportation proceedings were upheld. In both cases, there was substantial evidence that the United States authorities were awaiting the outcome of deportation proceedings rather than commencing an extradition application. The individuals in question were being deported as a result of a conviction for murder in one case and a charge of murder in the other. The aspects of extradition proceedings which are relied upon in this case (ministerial discretion, the rule of specialty and the principle of double criminality) were equally applicable in those cases. They are general characteristics of the extradition procedure. I have not been persuaded that the facts of this case differ in any way so as to take it out of the scope of application of those decisions. I am not persuaded that deportation, as opposed to extradition, is unfair to the applicant.

Il est clair que l’extradition et l’expulsion n’ont pas le même but. C’est l’État étranger qui prend l’initiative de l’extradition. En l’absence d’une demande d’extradition, aucune procédure ne peut être entamée. Par contre, l’expulsion est amorcée par l’État expulséur qui ne veut pas que l’étranger qui se trouve dans l’illégalité demeure à l’intérieur de ses frontières. Selon moi, il n’y a rien de fondamentalement inéquitable dans le fait qu’un État étranger retarde la procédure d’extradition lorsqu’elle sait que la personne en cause est susceptible d’être expulsée de toute façon.

Les commentaires formulés par le juge La Forest dans *Kindler* visaient directement la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34 et le jugement *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766 (H.C.); conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 765 (C.A.). Rien n’indique que le juge La Forest ait conclu que l’une ou l’autre de ces décisions était erronée. Peu importe ce qu’il a voulu dire [à la page 835] en affirmant qu’«il peut y avoir des cas où . . . l’équité peut exiger qu’une procédure soit utilisée plutôt qu’une autre», je ne pense pas que cette affirmation s’applique en l’espèce. Tous les arguments de l’avocat sont axés sur des caractéristiques générales des procédures d’expulsion et d’extradition. Aucune preuve n’établit qu’une conséquence inéquitable particulière risque de se produire. Dans les affaires *Kindler* (C.A.F.) et *Shepherd*, la validité de la procédure d’expulsion a été reconnue. Dans ces deux causes, une preuve substantielle démontrait que les autorités américaines attendaient l’issue de la procédure d’expulsion, plutôt que d’introduire une demande d’extradition. Les personnes en cause ont été expulsées à la suite d’une condamnation pour meurtre, dans un cas, et d’une accusation de meurtre, dans l’autre. Les aspects de la procédure d’extradition invoqués en l’espèce (le pouvoir discrétionnaire, la règle de la spécialité et le principe de la double criminalité) s’appliquaient également dans ces cas. Il s’agit de caractéristiques générales de la procédure d’extradition. Je n’ai pas été convaincue que les faits de la présente espèce se distinguent de façon qu’elle échappe à la portée de ces décisions. Je ne suis pas convaincue que la procédure d’expulsion, plutôt que d’extradition, soit inéquitable envers le requérant.

Conclusion and Certification of a Question

For the reasons given above the conditional deportation order made against the applicant on May 28, 1993, will be set aside.

At the hearing of this application no representations were made with respect to the certification of a question pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*. I assume, however, that this is a case with respect to which counsel may wish to have appeal rights. Formal judgment will therefore not be entered until two weeks from the date of the release of these reasons to allow for submissions to be made on that point. Submissions may be made in writing or if counsel prefer by way of telephone conference. If agreement cannot be reached between counsel with respect to whether a question(s) should be certified and how that question(s) should be framed, and if the choice is made to proceed by way of written submissions, then, counsel for the respondent should file such submissions within the two-week period mentioned above. Counsel for the applicant will have one week thereafter within which to respond and the entering of the formal judgment will be correspondingly delayed for an additional week.

Conclusion et certification d'une question

Pour les motifs énoncés ci-dessus, la mesure d'expulsion conditionnelle prise contre le requérant le 28 mai 1993 est annulée.

Au moment de l'audition de la demande, aucune prétention n'a été présentée quant à la certification d'une question en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*. Je présume, néanmoins, qu'il s'agit d'une cause relativement à laquelle les avocats voudraient pouvoir exercer des droits d'appel. Le jugement officiel ne sera donc pas inscrit avant l'expiration d'un délai de deux semaines à compter du prononcé des présents motifs, afin que des observations puissent être faites à cet égard. Ces observations pourront être présentées par écrit ou, si les avocats le préfèrent, par voie de conférence téléphonique. Si les avocats ne s'entendent pas sur la question de savoir si une question devrait être certifiée et comment elle devrait être formulée, et s'ils choisissent de présenter leurs observations par écrit, l'avocat de l'intimé devra les déposer dans le délai de deux semaines susmentionné. L'avocat du requérant aura par la suite une semaine pour y répondre et l'inscription du jugement officiel sera retardée en conséquence d'une semaine additionnelle.

IMM-5192-93

Satwant Jhaji (Satwant Singh Jhaj) (Applicant)

v.

The Minister of Employment and Immigration, Solicitor General of Canada, and the Minister of Public Security (Respondents)

INDEXED AS: JHAJJ v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Toronto, June 16, teleconference September 9, 1994; Ottawa, March 31, 1995.

Practice — Res judicata — Scope of R. 1733 allowing reversal, variation of judgments, orders where matter arising subsequent — F.C.T.D. dismissing leave application for judicial review of CRDD decision — Whether subsequent F.C.A. decision basis for reconsideration — Reasons for res judicata doctrine — Necessity for finality of judgments — In public interest there be an end of lawsuits — Society cannot afford interminable litigation — No one should be twice harassed for same cause — R. 1733 exception to general rule — Grounds in R. 1733 difficult to reconcile with doctrine if extended too far — Whether “matter . . . subsequently discovered” including recent decision not yet reported — Due diligence requirement — Extending R. 1733 to subsequent case law irreconcilable with doctrine — If R. 1733 extending to subsequent case law, courts inhibited from acknowledging previous errors as could face applications to reconsider any number of cases extending back for indefinite period — Res judicata not rendered obsolete by Charter.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Application for reconsideration of order denying leave to commence application for judicial review based on subsequently decided decision of higher court in unrelated case — R. 1733 permitting application for reversal, variation of judgment, order based on matter arising subsequent to making thereof or subsequently discovered — Application denied — Matter arising subsequent must be specific to case itself.

This was an application for reconsideration of an order denying leave to commence an application for judicial review of the decision that the applicant was not a Convention refugee based on a subsequently decided Federal Court of Appeal deci-

IMM-5192-93

Satwant Jhaji (Satwant Singh Jhaj) (requérant)

c.

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, le solliciteur général du Canada et le ministre de la Sécurité publique (intimés)

RÉPERTORIÉ: JHAJJ c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Toronto, 16 juin, téléconférence 9 septembre 1994; Ottawa, 31 mars 1995.

Pratique — Res judicata — Portée de la Règle 1733, qui permet l'annulation ou la modification des jugements ou des ordonnances lorsque des faits sont survenus postérieurement — La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une demande d'autorisation de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR — Une décision postérieure de la C.A.F. peut-elle justifier un nouvel examen? — Motifs militant en faveur du principe de l'autorité de la chose jugée — Les jugements doivent revêtir un caractère définitif — Dans l'intérêt public, les poursuites doivent avoir une fin — La société ne peut pas se permettre un litige interminable — Personne ne devrait être poursuivi deux fois pour la même cause — La Règle 1733 est une exception à la règle générale — Les motifs formulés à la Règle 1733 sont difficiles à concilier avec le principe si sa portée est trop étendue — L'expression «faits . . . découverts par la suite» comprend une décision récente encore inédite — Obligation d'agir avec une diligence raisonnable — Étendre la portée de la Règle 1733 à la jurisprudence postérieure n'est pas conciliable avec le principe — Si la Règle 1733 s'étend à la jurisprudence postérieure, on empêchera les tribunaux de reconnaître leurs erreurs passées, car ils pourraient faire face à des demandes en vue de réexaminer de nombreuses causes remontant à une période indéterminée — Le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas devenu périmé par suite de l'adoption de la Charte.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Demande pour obtenir un nouvel examen d'une ordonnance refusant l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur une décision rendue postérieurement par un tribunal supérieur dans une affaire sans aucun rapport avec elle — La Règle 1733 permet de demander l'annulation ou la modification d'un jugement ou d'une ordonnance en se fondant sur des faits survenus postérieurement au jugement ou à l'ordonnance ou sur des faits découverts par la suite — Demande rejetée — Les faits survenus postérieurement doivent être propres à l'affaire elle-même.

Il s'agissait d'une demande de nouvel examen d'une ordonnance refusant l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire d'une décision selon laquelle le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, demande qui

sion in an unrelated case which changed the law upon which the denial had been based. *Federal Court Rule 1733* permits an application for reversal or variation of a judgment or order upon the ground of a "matter arising subsequent to the making thereof or subsequently discovered." No appeal lies to the Federal Court of Appeal from a decision to deny leave.

The applicant argued that decisions affecting refugee claimants affect life, liberty and security of the person and that Rule 1733 must be interpreted broadly to ensure refugee claimants are not denied the protection afforded them under the Charter. The respondents submitted that to reconsider judgments or orders on the basis of new case law would open the floodgates to requests for reconsideration and would create chaos in the administration of justice.

The issue was whether Rule 1733 allows for reconsideration only on the basis of new facts or evidence specific to the case, or whether it allows for reconsideration based on subsequent case law of a higher court.

Held, the application should be dismissed.

Rule 1733 is an exception to the doctrine of *res judicata*, under which a matter finally adjudicated by a competent court may not be subsequently reopened by the original parties. Rule 1733 must be considered in the context of and be reconcilable as far as possible with the general rule of *res judicata*.

"Matter" has been interpreted as not being limited only to evidence. A law existing at the time a judgment is rendered, but subsequently discovered could constitute a "matter" within the context of Rule 1733. While interpreting "matter . . . subsequently discovered" as including subsequently discovered law extends the exception to the *res judicata* rule, it is still reasonably reconcilable with it. The phrase "matter . . . subsequently discovered" refers to a matter in existence at the time of the original proceeding, but which, with diligence, could not have been discovered before the original judgment or order was made. The opportunity to raise subsequently discovered case law on reconsideration is narrow. The applicant must demonstrate that due diligence had been exercised in the attempt to obtain all relevant case law prior to judgment. It is unlikely that an applicant could allow much time to pass following release of the relevant case law and still successfully argue that due diligence had been exercised.

As to "matter arising subsequent," taken in the abstract and having regard to the broad interpretation of "matter," any new information, including subsequent case law, might ground a

était fondée sur un arrêt rendu postérieurement par la Cour d'appel fédérale dans une affaire qui n'avait aucun rapport et qui avait modifié le droit sur lequel s'appuyait le rejet. La Règle 1733 des *Règles de la Cour fédérale* permet de demander en justice l'annulation ou la modification d'un jugement ou d'une ordonnance en s'appuyant sur des «faits survenus postérieurement à ce jugement ou à cette ordonnance ou qui ont été découverts par la suite». Aucun appel n'est recevable en Cour d'appel fédérale à l'encontre d'une décision refusant une demande d'autorisation.

Le requérant a soutenu que les décisions concernant les revendicateurs du statut de réfugié influent sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne et qu'il faut interpréter la Règle 1733 de façon libérale pour ne pas priver les revendicateurs du statut de réfugié de la protection que leur accorde la Charte. Les intimés ont fait valoir que réexaminer les jugements ou les ordonnances sur le fondement d'une jurisprudence nouvelle ouvrirait les vannes aux demandes de nouvel examen et engendrerait le chaos dans l'administration de la justice.

La question était de savoir si la Règle 1733 permet la tenue d'un nouvel examen seulement s'il y a des faits ou des éléments de preuve nouveaux particuliers à l'affaire ou si elle permet la tenue d'un nouvel examen fondé sur des décisions rendues postérieurement par un tribunal supérieur.

Jugement: la demande doit être rejetée.

La Règle 1733 est une exception au principe de l'autorité de la chose jugée, en vertu duquel une affaire tranchée de façon définitive par un tribunal compétent ne peut pas être rouverte par la suite par les mêmes parties. La Règle 1733 doit être envisagée dans le contexte de la règle générale de l'autorité de la chose jugée et être conciliable avec elle autant que possible.

Selon l'interprétation de la Cour, les «faits» ne se limitent pas uniquement aux éléments de preuve. Une loi qui existe au moment où un jugement est rendu, mais qui est découverte par la suite, pourrait constituer des «faits» dans le contexte de la Règle 1733. Bien que le fait d'interpréter l'expression «faits . . . découverts par la suite» de façon à y inclure le droit découvert par la suite étende la portée de l'exception à la règle de l'autorité de la chose jugée, l'exception est encore raisonnablement conciliable avec la règle. L'expression «faits . . . découverts par la suite» renvoie à des faits qui existaient au moment de l'action initiale mais qui, même avec diligence, n'auraient pas pu être découverts avant que ne soit rendu le jugement initial ou l'ordonnance initiale. La possibilité que des décisions découvertes par la suite soient soulevées lors d'un nouvel examen est faible. Le requérant doit prouver qu'il a exercé une diligence raisonnable pour essayer d'obtenir toute la jurisprudence pertinente avant le jugement. Il est peu probable qu'un requérant laisse passer un long délai après que les décisions pertinentes ont été rendues et qu'ensuite il puisse encore soutenir avec succès qu'il a agi avec une diligence raisonnable.

Quant aux «faits survenus postérieurement», dans l'abstrait et compte tenu de l'interprétation libérale donnée au mot «faits», tout nouveau renseignement, y compris des décisions

reconsideration application as long as reasonable diligence was exercised in bringing the application and the Court was satisfied that the new information would probably alter the original judgment. But such an interpretation is not reasonably reconcilable with the *res judicata* doctrine. If new case law were considered to be a matter arising subsequent, a decision of a higher court could ground an application for reconsideration in an indefinite number of previous cases in the lower court. Interpreting Rule 1733 to allow for unrestricted retroactive effect would be detrimental to the proper and desirable performance of the Court's function in that it could inhibit the Court from freely making decisions, developing the law and acknowledging previous errors. Also, if "matter arising subsequent" were to include new case law, the uncertainty that would be created would be unacceptable. Both the parties and the public must be satisfied that a judgment, once rendered, is final. Judgments can only be reconsidered on the basis of facts, circumstances or other matters arising subsequent which are specific to the case itself, that would indicate the original judgment or order was or had become inappropriate. Rule 1733 does not permit reconsideration based upon subsequently decided case law of a higher court.

The Charter does not render obsolete the principle of *res judicata*. The importance of finality in judicial decisions is not obviated even when Charter rights are at issue.

The existence of alternative recourse or lack thereof does not affect the interpretation of Rule 1733.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(5),(6), 1733.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.4 (as enacted by SOR/93-44, s. 10; 93-412, s. 6).

Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1950, c. 227.

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1986] 3 F.C. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.); *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193;

judiciaires rendues par la suite, pourrait servir de fondement à une demande de nouvel examen pourvu que le requérant ait présenté sa demande avec une diligence raisonnable et que la Cour soit convaincue que le nouveau renseignement aurait probablement pu influencer sur le jugement initial. Mais une telle interprétation n'est pas raisonnablement conciliable avec le principe de l'autorité de la chose jugée. Si une jurisprudence nouvelle était considérée comme des faits survenus postérieurement, une décision d'un tribunal supérieur pourrait fonder une demande de nouvel examen dans un nombre indéterminé d'affaires antérieures devant le tribunal inférieur. Interpréter la Règle 1733 de façon à permettre un effet rétroactif illimité nuirait à l'exercice adéquat et souhaitable du rôle de la Cour en ce sens que cela pourrait empêcher le tribunal de rendre librement ses décisions, d'élaborer le droit et de reconnaître les erreurs passées. De plus, si les «faits survenus postérieurement» devaient comprendre la jurisprudence nouvelle, il en résulterait une incertitude inacceptable. Tant les parties que le public doivent être convaincus qu'un jugement, une fois rendu, est définitif. Les jugements ne peuvent faire l'objet d'un nouvel examen qu'en raison de faits, circonstances ou autres faits survenus postérieurement qui sont propres à l'affaire et qui indiqueraient que le jugement initial ou l'ordonnance initiale était ou est devenu inapproprié. La Règle 1733 ne permet pas de nouvel examen fondé sur des décisions rendues postérieurement par un tribunal supérieur.

La Charte ne rend pas périmé le principe de l'autorité de la chose jugée. Le caractère définitif des décisions judiciaires garde toute son importance même si des droits garantis par la Charte sont en cause.

L'existence ou l'absence d'un autre recours n'influent pas sur l'interprétation de la Règle 1733.

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].

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art 82.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1950, ch. 227.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11.4 (édicte par DORS/93-44, art. 10; 93-412, art. 6).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 337(5),(6), 1733.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Saywack c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1986] 3 C.F. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.); *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193;

58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373.

CONSIDERED:

Sharbdeen v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300; 167 N.R. 158 (F.C.A.); *Mayer v. Mayer Estate* (1993), 106 D.L.R. (4th) 353; [1993] 8 W.W.R. 735; 32 B.C.A.C. 261; 83 B.C.L.R. (2d) 87; 53 W.A.C. 261 (C.A.); *Blackwell, Re*, [1962] O.R. 832; (1962), 34 D.L.R. (2d) 369 (C.A.); *Display Service Ltd. v. Victoria Med. Bldg. Ltd.*, [1958] O.R. 759 (C.A.); affd (*sub nom. Attorney-General for Ontario and Display Service Co. v. Victoria Medical Building et al.*), [1960] S.C.R. 32; (1959), 21 D.L.R. (2d) 97; *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367 (H.L.); *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713; (1990), 75 C.R. (3d) 352; 108 N.R. 147; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; (1987), 38 D.L.R. (4th) 530; [1987] 4 W.W.R. 1; 33 C.C.C. (3d) 97; 56 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 51.

REFERRED TO:

Boateng v. Minister of Employment and Immigration (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 9; 112 N.R. 318 (F.C.A.); *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. City of Sault Ste. Marie*, [1972] 3 O.R. 621; (1972), 29 D.L.R. (3d) 129 (H.C.); *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.); *Waring (deceased) Re. Westminster Bank, Ltd. v. Burton-Butler*, [1948] 1 All E.R. 257 (Ch.D.); *R. v. Ramsden*, [1972] Crim.L.R. 547 (C.A.).

AUTHORS CITED

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. by Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969.
Waddams, S. M. *Introduction to the Study of Law*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1987.

APPLICATION for reconsideration of an order denying leave to commence a judicial review application based on a subsequently decided F.C.A. decision in an unrelated case which changed the law upon which the denial had been based. Application dismissed.

COUNSEL:

Lorne Waldman for applicant.
Brian Frimeth and Charles Johnston for respondents.

58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Sharbdeen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300; 167 N.R. 158 (C.A.F.); *Mayer v. Mayer Estate* (1993), 106 D.L.R. (4th) 353; [1993] 8 W.W.R. 735; 32 B.C.A.C. 261; 83 B.C.L.R. (2d) 87; 53 W.A.C. 261 (C.A.); *Blackwell, Re*, [1962] O.R. 832; (1962), 34 D.L.R. (2d) 369 (C.A.); *Display Service Ltd. v. Victoria Med. Bldg. Ltd.*, [1958] O.R. 759 (C.A.); conf. par (*sub nom. Attorney-General for Ontario and Display Service Co. v. Victoria Medical Building et al.*), [1960] R.C.S. 32; (1959), 21 D.L.R. (2d) 97; *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367 (H.L.); *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; (1990), 75 C.R. (3d) 352; 108 N.R. 147; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; (1987), 38 D.L.R. (4th) 530; [1987] 4 W.W.R. 1; 33 C.C.C. (3d) 97; 56 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 51.

DÉCISIONS CITÉES:

Boateng c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 9; 112 N.R. 318 (C.A.F.); *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. City of Sault Ste. Marie*, [1972] 3 O.R. 621; (1972), 29 D.L.R. (3d) 129 (H.C.); *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.); *Waring (deceased) Re. Westminster Bank, Ltd. v. Burton-Butler*, [1948] 1 All E.R. 257 (Ch.D.); *R. v. Ramsden*, [1972] Crim.L.R. 547 (C.A.).

DOCTRINE

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. by Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969.
Waddams, S. M. *Introduction to the Study of Law*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1987.

DEMANDE de nouvel examen d'une ordonnance refusant l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire, la demande étant fondée sur un arrêt de la C.A.F. rendu postérieurement dans une affaire qui n'avait aucun rapport et qui avait modifié le droit sur lequel s'appuyait le rejet. Demande rejetée.

AVOCATS:

Lorne Waldman pour le requérant.
Brian Frimeth et Charles Johnston pour les intimés.

SOLICITORS:

Lorne Waldman for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.:

ISSUE

The issue on this motion for reconsideration is the scope of Rule 1733 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, as amended. Rule 1733 provides:

Rule 1733. A party entitled to maintain an action for the reversal or variation of a judgment or order upon the ground of matter arising subsequent to the making thereof or subsequently discovered, or to impeach a judgment or order on the ground of fraud, may make an application in the action or other proceeding in which such judgment or order was delivered or made for the relief claimed.¹ [My emphasis.]

In this case, an application for leave to commence an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) had been dismissed by the Trial Division of the Federal Court. Shortly after the decision was made dismissing the leave application, the Federal Court of Appeal issued a decision in an unrelated case which, it was argued, changed the law upon which the dismissal of the leave application by the Trial Division was based. The question is whether the Federal Court of Appeal's subsequent decision can be used as the basis for reconsideration of the leave application.

¹ The origin of Rule 1733 is outlined by Stone J.A. in *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.), at p. 198. The now obscure opening words of the Rule reflect the procedure of the Court of Chancery of England which did not allow for reversal or variation of a judgment by way of motion in the original action, but rather required a fresh action for the relief sought.

PROCUREURS:

Lorne Waldman pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

b LE JUGE ROTHSTEIN:LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige dans la présente demande de nouvel examen a trait à la portée de la Règle 1733 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 et ses modifications. Cette Règle est rédigée ainsi:

Règle 1733. Une partie qui a droit de demander en justice l'annulation ou la modification d'un jugement ou d'une ordonnance en s'appuyant sur des faits survenus postérieurement à ce jugement ou à cette ordonnance ou qui ont été découverts par la suite, ou qui a droit d'attaquer un jugement ou une ordonnance pour fraude, peut le faire, sans intenter d'action, par simple demande à cet effet dans l'action ou autre procédure dans laquelle a été rendu ce jugement ou cette ordonnance¹. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, la Section de première instance de la Cour fédérale avait rejeté une demande visant à obtenir l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section du statut de réfugié (SSR). Peu après le rejet de la demande d'autorisation, la Cour d'appel fédérale a rendu un arrêt dans une affaire qui n'avait aucun rapport et qui, a-t-on soutenu, avait modifié le droit sur lequel s'appuyait le rejet opposé par la Section de première instance. La question est de savoir si la décision postérieure de la Cour d'appel fédérale peut servir de fondement au nouvel examen de la demande d'autorisation.

¹ Le juge Stone, J.C.A., retrace sommairement l'origine de la Règle 1733 dans l'arrêt *Saywack c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.), à la p. 198. Les premiers mots de la Règle, dont le sens paraît maintenant obscur, reflètent la procédure de la Court of Chancery (Cour de chancellerie) d'Angleterre, qui ne permettait pas l'annulation ou la modification d'un jugement au moyen d'une requête présentée dans le cadre de l'action initiale mais exigeait plutôt l'introduction d'une nouvelle action pour obtenir le redressement demandé.

FACTS

The chronology of events may be briefly summarized. On August 26, 1993, the CRDD decided that the applicant, a citizen of India, was not a Convention refugee. The applicant is a Sikh. The CRDD, while being satisfied that there was an objective basis for the applicant's fear of persecution should he return to the Punjab, found that he had a reasonable internal flight alternative² in India, outside the Punjab.

The applicant sought leave to commence an application for judicial review of the CRDD decision in the Federal Court, Trial Division. By order dated March 14, 1994, I denied the leave application. On March 21, 1994, the Federal Court of Appeal rendered its decision in *Sharbdeen v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300. In that decision, the Court of Appeal was asked to consider two certified questions, the second one being [at page 301]:

... (2) what is the meaning of the words "unreasonable in all the circumstances for the claimant to seek refuge there" as used in *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*?

With respect to this question, Mahoney J.A. stated at pages 301-302:

As to the second question, the circumstances must be relevant to the IFA question. They cannot be catalogued in the abstract. They will vary from case to case. Suffice it to say, we are of the opinion that the learned trial judge was correct in concluding that, having regard to all the circumstances here, the Refugee Division had erred in finding an IFA. Once a well-founded fear of persecution at the hands of the national army in a part of the country it controlled had been established, it was not reasonable to expect the respondent to seek refuge in another part of Sri Lanka controlled by the same army. [My emphasis.]

² An internal flight alternative (IFA) exists where an applicant who has a well-founded fear of persecution in one part of his country of origin may reasonably seek refuge in another part of that country where such a fear does not exist. Such persons are not considered Convention refugees. See *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706 (C.A.).

LES FAITS

La chronologie des faits peut se résumer brièvement. Le 26 août 1993, la SSR a jugé que le requérant, qui est citoyen indien, n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Il est sikh. Tout en étant convaincue que le requérant avait une raison objective de craindre d'être persécuté s'il devait retourner au Pendjab, la SSR a conclu qu'il existait une possibilité raisonnable de refuge² dans une autre partie de l'Inde, à l'extérieur du Pendjab.

Le requérant a sollicité l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de la SSR devant la Section de première instance de la Cour fédérale. J'ai refusé cette demande d'autorisation par ordonnance en date du 14 mars 1994. Le 21 mars 1994, la Cour d'appel fédérale a rendu son arrêt *Sharbdeen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300. Dans cette affaire-là, on demandait à la Cour d'appel d'examiner deux questions certifiées, dont la deuxième était libellée ainsi [à la page 301]:

... (2) que signifient les mots «déraisonnable pour le demandeur, compte tenu de toutes les circonstances, de s'y réfugier» employés dans la décision *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*?

Relativement à cette question, le juge Mahoney, J.C.A. a déclaré aux pages 301 et 302:

En ce qui a trait à la deuxième question, les circonstances visées doivent être pertinentes à la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. On ne peut en dresser une liste hors contexte. Elles varient dans chaque cas. Il suffit de préciser que nous croyons que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la Section du statut de réfugié avait commis une erreur en concluant qu'il existait une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Une fois établi le bien-fondé de la crainte du revendicateur d'être persécuté par l'armée nationale dans une partie du pays qu'elle contrôle, il n'était pas raisonnable de s'attendre que l'intimé cherche refuge dans une autre partie du Sri Lanka contrôlée par la même armée. [C'est moi qui souligne.]

² Il existe une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays lorsque le requérant qui a raison de craindre d'être persécuté dans une partie de son pays d'origine peut raisonnablement chercher refuge dans une autre partie de ce pays où ne règne pas une telle crainte. Ce requérant n'est pas considéré comme un réfugié au sens de la Convention. Voir *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706 (C.A.).

On April 22, 1994, the applicant filed a notice of motion requesting reconsideration of my order of March 14, 1994, denying leave in this case. It was argued that on the basis of *Sharbdeen*, it would not be reasonable to require the applicant to seek an internal flight alternative in India since his well-founded fear of persecution in the Punjab was at the hands of the central police.

The respondents made no written response.

As a result of section 82.2 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73], no appeal lies to the Federal Court of Appeal from a decision to deny leave. The only possible recourse for the applicant in this Court is an application for reconsideration by the Trial Division.

EXISTING REQUIREMENTS FOR APPLICATIONS UNDER RULE 1733

In *Saywack*, Stone J.A. sets forth two requirements for bringing a reconsideration application under Rule 1733. One is the need to act with reasonable diligence once the ground for reconsideration becomes apparent. The other is to demonstrate that the matter sought to be introduced on reconsideration might probably have altered the original judgment had it been brought before the Court before that judgment had been rendered. On the basis of the evidence in this leave application, it was the submission of applicant's counsel that had *Sharbdeen* been decided at the time I considered the leave application, it might probably have altered my decision to deny leave. He argued that the decision in *Sharbdeen* was a "matter arising subsequent" to my decision to deny leave and that, pursuant to Rule 1733, it constituted grounds for me to reconsider my decision. He also argued that reasonable diligence had been exercised once the *Sharbdeen* decision was discovered.

Le 22 avril 1994, le requérant a déposé un avis de requête demandant un nouvel examen de l'ordonnance du 14 mars 1994 par laquelle j'avais refusé la demande d'autorisation en l'espèce. Il était allégué que, compte tenu de l'arrêt *Sharbdeen*, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le requérant cherche refuge dans une autre partie de l'Inde parce que c'était la police nationale qui était à l'origine de sa crainte justifiée d'être persécuté au Pendjab.

Les intimés n'ont pas présenté de réponse par écrit.

En raison de l'article 82.2 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 et ses modifications [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73], aucun appel n'est recevable en Cour d'appel fédérale à l'encontre d'une décision refusant une demande d'autorisation. Le seul recours dont le requérant puisse se prévaloir devant notre Cour consiste en une demande de nouvel examen, qui doit être adressée à la Section de première instance.

LES CONDITIONS REQUISES POUR LA PRÉSENTATION DES DEMANDES VISÉES PAR LA RÈGLE 1733

Dans l'arrêt *Saywack*, le juge Stone, J.C.A., énonce deux conditions requises pour la présentation d'une demande de nouvel examen en vertu de la Règle 1733. Premièrement, il faut agir avec une diligence raisonnable une fois que le fait constituant motif à nouvel examen est connu. Deuxièmement, il faut démontrer que les faits que l'on veut mettre en preuve lors du nouvel examen auraient probablement pu influencer sur le jugement initial si la Cour en avait été saisie avant que le jugement ne fût prononcé. En se fondant sur les éléments de preuve produits dans le cadre de la présente demande d'autorisation, l'avocat du requérant a soutenu que, si l'arrêt *Sharbdeen* avait été rendu à l'époque où j'ai examiné la demande d'autorisation, cela aurait probablement pu influencer sur ma décision de refuser la demande d'autorisation. Il a allégué que l'arrêt *Sharbdeen* était un «fait survenu postérieurement» à ma décision de refuser la demande d'autorisation et que, conformément à la Règle 1733, cela constituait motif à m'inciter à réexa-

miner ma décision. Il a également prétendu que l'on avait exercé une diligence raisonnable une fois l'arrêt *Sharbdeen* connu.

In the case at bar, the reconsideration application was brought approximately 30 days after issuance of the *Sharbdeen* decision by the Federal Court of Appeal. While, having regard to the relatively short time limit to bring leave applications, 30 days might be thought of as involving some delay, it must be remembered that the *Sharbdeen* decision was not part of the process in this case. Allowance must be made for counsel to become aware of the decision and ascertain its applicability to this case. In the circumstances of this case, one month does not represent undue delay and I find that counsel for the applicant acted with due diligence once the *Sharbdeen* decision came to his attention.

I am also satisfied that, had the *Sharbdeen* decision been issued by the Federal Court of Appeal shortly before I decided the leave application in this case and had it been brought to my attention, leave might probably have been granted. In my view, the granting of leave would have given counsel for the applicant the opportunity of arguing that after *Sharbdeen*, it was not reasonable in this case to expect the applicant to avail himself of an internal flight alternative where the agent of persecution is alleged to be an agency of the central government, such as the central police.

Because I was in doubt as to my jurisdiction to reconsider my order dismissing the leave application on the basis of a subsequent decision of a higher court which might probably have changed it, a conference call was convened with counsel. During that conference call, counsel for the applicant requested the opportunity to make submissions by way of personal appearance on the question of jurisdiction. Such submissions were made by counsel for both parties in Toronto on June 16, 1994. As a result of further research which I did, another conference call was arranged with counsel to apprise them of the cases and other references which I had considered.

^a En l'espèce, la demande de nouvel examen a été présentée environ 30 jours après que la Cour d'appel fédérale eut rendu l'arrêt *Sharbdeen*. Même si, eu égard au délai relativement court pour présenter une demande d'autorisation, une période de 30 jours pourrait être considérée comme constituant un certain retard, il faut se rappeler que l'arrêt *Sharbdeen* ne faisait pas partie du déroulement de l'instance. Il faut laisser aux avocats le temps de prendre connaissance de l'arrêt et de vérifier s'il s'applique à l'espèce. En l'occurrence, un mois ne représente pas un laps de temps excessif, et je conclus que le requérant a agi avec une diligence raisonnable après que l'arrêt *Sharbdeen* eut été porté à son attention.

Je suis également convaincu que, si la Cour d'appel fédérale avait rendu l'arrêt *Sharbdeen* un peu avant que je ne me prononce sur la demande d'autorisation dans la présente affaire et s'il avait été porté à ma connaissance, la demande d'autorisation aurait probablement été accordée. À mon avis, si la demande d'autorisation avait été accordée, l'avocat du requérant aurait pu soutenir que, compte tenu de l'arrêt *Sharbdeen*, il n'était pas raisonnable en l'espèce de s'attendre à ce que le requérant profite d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays lorsque la cause de la persécution est censée être un organisme du gouvernement central, tel que la police nationale.

Comme je doutais de mon pouvoir d'examiner de nouveau l'ordonnance par laquelle j'ai refusé la demande d'autorisation, en me fondant sur une décision postérieure d'un tribunal supérieur qui aurait probablement pu influencer sur elle, j'ai prévu une téléconférence avec les avocats. Durant celle-ci, l'avocat du requérant a réclamé la possibilité de présenter des observations sur la question de la compétence par voie de comparution. Les avocats des deux parties ont présenté de telles observations à Toronto, le 16 juin 1994. À la suite de recherches supplémentaires de ma part, il a été convenu de tenir une autre téléconférence avec les avocats pour les informer des

Counsel made further submissions in writing and by conference call.

décisions et autres références examinées. Les avocats ont formulé d'autres observations par écrit et au cours de la téléconférence.

POSITION OF THE PARTIES

Applicant's counsel submits that nothing in the words of Rule 1733 precludes the Court from considering new jurisprudence of a higher court as a "matter arising subsequent" to the making of the decision sought to be reconsidered. He further says that decisions involving refugee claimants are decisions affecting the life, liberty and security of the person and that Rule 1733 must be interpreted broadly in that context to ensure that refugee claimants are not denied the protection afforded them 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]].

Counsel for the respondents submits that it is a well accepted principle that judgments must be final. He also argues that to reconsider judgments or orders on the basis of new jurisprudence would open the floodgates to requests for reconsideration and would create chaos in the administration of justice. He concedes that new jurisprudence might justify reconsideration, but only when the jurisprudence existed at the date of the order sought to be reconsidered and which came to the attention of a party or counsel subsequent thereto, and when, with reasonable diligence, it could not have been found prior to the order being made.

ANALYSIS

The *res judicata* doctrine and its exceptions

The well-known doctrine of *res judicata* stands for the proposition that a matter finally adjudicated by a competent court may not be subsequently reopened by the original parties. There are a number of reasons for this doctrine. The important reason, for the pur-

LA POSITION DES PARTIES

L'avocat du requérant soutient que rien dans le libellé de la Règle 1733 n'interdit à la Cour de considérer la jurisprudence nouvelle d'un tribunal supérieur comme des «faits survenus postérieurement» à la décision dont on demande le réexamen. Il ajoute que les décisions concernant des revendicateurs du statut de réfugié sont des décisions qui influent sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne et qu'il faut interpréter la Règle 1733 de façon libérale dans ce contexte pour ne pas priver les revendicateurs du statut de réfugié de la protection que leur accorde 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]].

L'avocat des intimés allègue qu'il est généralement admis que les jugements doivent être définitifs. Il fait également remarquer que réexaminer les jugements ou les ordonnances sur le fondement d'une jurisprudence nouvelle ouvrirait les vannes aux demandes de nouvel examen et engendrerait le chaos dans l'administration de la justice. Il reconnaît qu'une jurisprudence nouvelle pourrait justifier le réexamen des jugements ou ordonnances, mais seulement lorsque cette jurisprudence existait au moment où a été rendue l'ordonnance dont on demande le réexamen et qu'elle a été portée à la connaissance de l'une des parties ou de l'un des avocats postérieurement à cette ordonnance, et lorsque, même en exerçant une diligence raisonnable, il n'aurait pas été possible de la trouver avant que l'ordonnance ne soit rendue.

ANALYSE

Le principe de l'autorité de la chose jugée et ses exceptions

Le principe bien connu de l'autorité de la chose jugée affirme qu'une affaire tranchée de façon définitive par un tribunal compétent ne peut pas être rouverte par la suite par les mêmes parties. Un certain nombre de raisons militent en faveur de ce principe.

poses of this case, is the need for finality of judgments. In *Introduction to the Study of Law*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1987), at page 101, S. M. Waddams indicates that all legal systems have a rule that judicial determination of a case is final. The learned author notes that if the finality rule did not exist, the legal system would be failing to fulfil one of its main functions, that is, dispute settlement.

Both the public and the parties involved in litigation have an interest in the finality of judgments. The public's interest is expressed by the maxim *interest reipublicae ut sit finis litium* which means that it is a matter of public interest that there be an end of lawsuits. In *Mayer v. Mayer Estate* (1993), 106 D.L.R. (4th) 353 (B.C.C.A.), the applicant brought an application before the British Columbia Court of Appeal for a rehearing of his appeal. The majority of the Court dismissed the application and refused to rehear the appeal. In dissenting reasons, Southin J.A., who would have granted the application for a rehearing, commented that there was a social need for the finality of judgments. At page 356, she stated:

When a question, be it legal or political, has been stirred and stirred again, there must come a time when all concerned must accept the decision of those with power to decide and move on to the next question. If that be not so, our society will come to a standstill.

Furthermore, no society can afford, nor indeed can the litigants themselves, interminable litigation. As yet, the Canadian legal system has not found its Dickens, but one day it may.

The interest of the parties in the finality of judgments is expressed by the maxim *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, which means that no one should be twice harassed for the same cause. Once a court adjudicates on a matter at issue between parties, the successful party should not be burdened with the extra trouble and costs of defending its position with respect to the matter already decided.

La raison qui importe en l'espèce est que les jugements doivent revêtir un caractère définitif. Dans son ouvrage intitulé *Introduction to the Study of Law*, 3^e éd. (Toronto: Carswell, 1987), à la page 101, S. M. Waddams indique que tous les systèmes juridiques ont une règle prévoyant que la décision judiciaire rendue relativement à une affaire est définitive. L'auteur note que, si la règle établissant ce caractère définitif n'existait pas, le système juridique manquerait à l'une de ses principales fonctions, c'est-à-dire le règlement des litiges.

Le public ainsi que les parties concernées par un litige ont intérêt à ce que les jugements revêtent un caractère définitif. L'intérêt du public est exprimé par la maxime *interest reipublicae ut sit finis litium*, qui signifie qu'il est d'intérêt public que les poursuites aient une fin. Dans *Mayer v. Mayer Estate* (1993), 106 D.L.R. (4th) 353 (C.A.C.-B.), le requérant a présenté une demande à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour que son appel soit entendu de nouveau. La Cour a, à la majorité, rejeté la demande et refusé d'entendre l'appel de nouveau. Dans des motifs dissidents, le juge d'appel Southin, qui aurait fait droit à la demande de nouvelle audition, a remarqué qu'il était nécessaire sur le plan social que les jugements revêtent un caractère définitif. À la page 356, elle a déclaré:

[TRADUCTION] Quand une question, quelle soit juridique ou politique, a été tournée et retournée, il doit y avoir un moment où toutes les parties concernées acceptent la décision de ceux qui ont le pouvoir de rendre une décision et passent à la question suivante. Sinon, la société s'immobilise.

De plus, aucune société ne peut se permettre un litige interminable, ni même les plaideurs. Comme tel, le système juridique canadien n'a pas encore trouvé son Dickens, mais peut-être cela viendra-t-il un jour.

L'intérêt des parties à ce que les jugements revêtent un caractère définitif est formulé par la maxime *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, qui signifie que personne ne devrait être poursuivi deux fois pour la même cause. Une fois qu'un tribunal s'est prononcé sur un litige entre des parties, celle qui a gain de cause ne devrait pas être exposée à des problèmes et à des frais supplémentaires pour défendre sa position relativement à l'affaire qui a déjà été tranchée.

In *Blackwell, Re*, [1962] O.R. 832 (C.A.), Schroeder J.A., for the majority, noted that if there were doubts as to the finality of judgments, the parties involved could never be sure of their rights as a result of the litigation. Being unsure of their rights, parties would be unable to plan their future activities with certainty. At pages 841-842 he states:

If a time were not fixed at which the right of appeal should cease, the parties would never know what their rights were, and litigants could not safely deal with the fruits of their judgment because the judgment might still be subject to appeal.

Despite its obvious importance, however, the doctrine of *res judicata* is not absolute. It is subject to exceptions, one of which is Rule 1733. Others are Rules 337(5) and (6):

Rule 337. . . .

(5) Within 10 days of the pronouncement of judgment under paragraph (2)(a), or such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of that time, either party may move the Court, as constituted at the time of the pronouncement, to reconsider the terms of the pronouncement, on one or both of the following grounds, and no others:

(a) that the pronouncement does not accord with the reasons, if any, that may have been given therefor;

(b) that some matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted.

(6) Clerical mistakes in judgments, or errors arising therein from any accidental slip or omission, may at any time be corrected by the Court without an appeal.

By contrast with Rule 1733, which provides for reconsideration when a matter has been discovered or arisen subsequent to an order or judgment, it appears that Rules 337(5) and (6) are to be invoked when the reason for the reconsideration is an oversight by the Court (see *Boateng v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 9 (F.C.A.), at page 10). Of some significance is the requirement under Rule 337(5) that an application for reconsideration be brought within ten days of pronouncement of the judgment unless the Court allows further time. No time limit is prescribed in Rule 1733.

Dans *Blackwell, Re*, [1962] O.R. 832 (C.A.), le juge d'appel Schroeder a fait observer, au nom de la majorité, que, s'il existait des doutes au sujet du caractère définitif des jugements, les parties concernées ne seraient jamais certaines de leurs droits à la suite du litige. N'étant pas certaines de leurs droits, elles ne pourraient pas planifier leurs activités futures avec assurance. Il dit aux pages 841 et 842:

[TRADUCTION] Si l'on ne fixait pas de terme à l'exercice du droit d'appel, les parties ne sauraient jamais quels sont leurs droits et les plaideurs ne pourraient pas sans risque donner suite au jugement prononcé parce que celui-ci pourrait encore faire l'objet d'un appel.

Malgré son importance évidente, toutefois, le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas absolue. Elle est soumise à des exceptions, dont l'une est la Règle 1733. Les autres sont les Règles 337(5) et (6):

Règle 337. . . .

(5) Dans les 10 jours de prononcé d'un jugement en vertu de l'alinéa (2)a), ou dans tel délai prolongé que la Cour pourra accorder, soit avant, soit après l'expiration du délai de 10 jours, l'une ou l'autre des parties pourra présenter à la Cour, telle qu'elle est constituée au moment du prononcé, une requête demandant un nouvel examen des termes du prononcé, mais seulement [pour] l'une ou l'autre ou l'une et l'autre des raisons suivantes:

a) le prononcé n'est pas en accord avec les motifs qui, le cas échéant, ont été donnés pour justifier le jugement;

b) on a négligé ou accidentellement omis de traiter d'une question dont on aurait dû traiter.

(6) Dans les jugements, les erreurs de rédaction ou autres erreurs d'écriture ou omissions accidentelles peuvent toujours être corrigées par la Cour sans procéder par voie d'appel.

Par contraste avec la Règle 1733, qui prévoit un nouvel examen lorsque des faits ont été découverts ou sont survenus postérieurement à une ordonnance ou à un jugement, il appert que les Règles 337(5) et (6) doivent être invoquées lorsque le nouvel examen se fonde sur une erreur d'inattention de la Cour (voir *Boateng c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 9 (C.A.F.), à la page 10). Il importe de signaler la condition prévue par la Règle 337(5) selon laquelle une requête demandant un nouvel examen doit être présentée dans les dix jours du prononcé du jugement à moins que la Cour ne prolonge ce délai. Aucun délai n'est prescrit à la Règle 1733.

Irrespective of whether it is Rule 337(5), Rule 337(6), or Rule 1733 that is being invoked, it is plain that these provisions are exceptional, because they depart from the general principle of *res judicata*. Without these Rules, *res judicata* would bar such reconsiderations. In *Saywack*, Stone J.A. states, at page 197 that Rule 1733 must be seen as exceptional. Hence the requirements, as stipulated by Stone J.A., for reasonable diligence in bringing the application for reconsideration and the need to demonstrate that the matter might probably have altered the original judgment had it been brought before the Court before that judgment had been rendered.

It is easy to reconcile the principle of *res judicata* with Rules 337(5) and 337(6). The public interest in the finality of litigation, the objective of certainty and the protection of litigants' rights generally should not be the basis for clerical or other inadvertent errors by the Court to remain uncorrected. It is equally apparent that the objective of finality of judgments cannot stand in the face of fraud, which is one of the three grounds upon which an application for reconsideration may be based under Rule 1733.

The exceptions which are the most difficult to reconcile with the *res judicata* doctrine are the other two grounds upon which an application for reconsideration may be brought under Rule 1733: when a matter has arisen or has been discovered subsequent to a judgment or order. The difficulty lies in the potential scope of the exception to *res judicata* embodied in these exceptions.

To be more specific, the issue is not whether Rule 1733 provides an exception to *res judicata* (it clearly does), but the extent of the exception. Does the Rule allow for reconsideration only on the basis of new facts or evidence specific to the case, or does it allow for reconsideration based on subsequent jurisprudence of a higher court, for example, the *Sharbdeen* decision?

Indépendamment du fait que ce soit la Règle 337(5), la Règle 337(6) ou la Règle 1733 qui est invoquée, il est clair que ces dispositions sont dérogatoires, car elles s'écartent du principe général de l'autorité de la chose jugée. En l'absence de ces Règles, l'autorité de la chose jugée interdirait de tels réexamens. Dans l'arrêt *Saywack*, le juge d'appel Stone déclare à la page 197 que la Règle 1733 doit être considérée comme dérogatoire. De là l'obligation, comme le mentionne le juge Stone, d'exercer une diligence raisonnable pour la présentation de la demande de nouvel examen et de prouver que les faits auraient probablement pu influencer sur le jugement initial s'ils avaient été portés à la connaissance de la Cour avant que le jugement ne soit rendu.

Il est facile de concilier le principe de l'autorité de la chose jugée avec les Règles 337(5) et 337(6). L'intérêt du public à ce que le litige prenne fin, l'objectif de la certitude et la protection des droits des plaideurs ne devraient pas généralement empêcher la correction des erreurs d'écriture ou autres erreurs commises par inadvertance par la Cour. Il est également évident que l'objectif du caractère définitif des jugements ne peut pas tenir devant la fraude, qui est l'un des trois motifs sur lesquels une demande de nouvel examen peut être fondée en vertu de la Règle 1733.

Les exceptions les plus difficiles à concilier avec le principe de l'autorité de la chose jugée sont les deux autres motifs pour lesquels une demande de nouvel examen peut être présentée en vertu de la Règle 1733: lorsque des faits sont survenus ou ont été découverts postérieurement à un jugement ou à une ordonnance. La difficulté réside dans la portée possible de l'exception à l'autorité de la chose jugée formulée dans ces dispositions.

Pour être plus précis, la question n'est pas de savoir si la Règle 1733 prévoit une exception à l'autorité de la chose jugée (elle le fait manifestement), mais quelle est la portée de l'exception. La Règle permet-elle la tenue d'un nouvel examen seulement s'il y a des faits ou des éléments de preuve nouveaux particuliers à l'affaire ou permet-elle la tenue d'un nouvel examen fondé sur des décisions rendues postérieurement par un tribunal supérieur, par exemple l'arrêt *Sharbdeen*?

In the usual case in the Federal Court there is either a right to appeal or a right to seek leave to appeal. Appeals are normally restricted to errors of law or jurisdiction of the lower court. As a rule, errors of fact by a lower court are not subject to appeal. On this basis one might conclude that reconsideration under Rule 1733 is restricted to new or subsequently discovered facts because the court making the original decision would be the only one able to alter its previous decision on the basis of new or subsequently discovered facts. Under this approach, new or subsequently discovered law including new jurisprudence would not be contemplated by the term "matter" in Rule 1733 as questions arising from the new law could be raised on appeal.

However, *Saywack* makes it clear that the term "matter," as used in Rule 1733, is a word of broader import. At pages 202 and 203, Stone J.A. states:

I am satisfied that our Rule 1733 does not limit "matter" subsequently discovered to fresh evidence subsequently discovered. It authorizes the Court to look at any relevant new "matter". No doubt the most common matter will be evidence subsequently discovered and, indeed, many of the decided cases are of that type. It is significant that the word "matter" is used in this Rule rather than the word "evidence". This is to be contrasted with Rule 1102(1), for example, which authorizes this Court to "receive evidence or further evidence upon any question of fact" [emphasis added.]

I am of the view that the Board's reasons fall within the word "matter". In *The Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed.) it is defined, *inter alia*, as: "Ground, reason or cause for doing or being something". That word has been invoked in Ontario to cover "matter" other than fresh evidence. Thus, in *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. City of Sault Ste. Marie* (1972), 29 D.L.R. (3d) 129 (Ont. H.C.), a bylaw amendment had not been drawn to the attention of the Trial Judge and it was not suggested that the amendment was outside the Ontario rule. Again, in *Murray-Jensen Mfg. Ltd. v. Triangle Conduit & Cable* (1968) *Can. Ltd.* (1984), 46 C.P.C. 285 (Ont. S.C.) the "matter" was a claim made in a reference ordered by the Trial Judge and the findings of the Master in his report.

En Cour fédérale, le justiciable a habituellement le droit d'interjeter appel ou le droit de demander une autorisation d'appel. Les appels sont limités ordinairement aux erreurs de droit ou de compétence d'un tribunal inférieur. En règle ordinaire, les erreurs de fait commises par un tribunal inférieur ne sont pas susceptibles d'appel. Ainsi, on pourrait conclure que le nouvel examen prévu par la Règle 1733 est restreint aux faits nouveaux ou découverts postérieurement, parce que la Cour rendant la décision initiale serait la seule en mesure de modifier sa décision antérieure en raison de faits nouveaux ou découverts postérieurement. Selon cette conception, le mot «faits» utilisé à la Règle 1733 ne viserait pas le droit nouveau ou découvert postérieurement, y compris la jurisprudence nouvelle, puisque des questions découlant du droit nouveau pourraient être soulevées en appel.

Toutefois, l'arrêt *Saywack* précise que le mot «faits» utilisé à la Règle 1733 a un sens plus général. Aux pages 202 et 203, le juge Stone déclare:

Je suis convaincu que notre Règle 1733 ne restreint pas les «faits» (*matter*) découverts par la suite aux nouveaux éléments de preuve découverts postérieurement au jugement ou à l'ordonnance. Cette règle autorise la Cour à examiner tout nouveau «fait» (*matter*) pertinent. Il ne fait aucun doute que, dans la plupart des cas, les faits concernés seront des éléments de preuve découverts par la suite; d'ailleurs, bon nombre des décisions rendues sur cette question portent sur de tels faits. Il est significatif que le législateur ait, dans cette Règle, utilisé le mot «faits» (*matter*) plutôt que le mot «preuve» (*evidence*). Ce libellé, par exemple, contraste nettement avec celui de la Règle 1102(1), qui permet à Cour de «recueillir ou compléter la preuve sur toute question de fait» (c'est moi qui souligne).

Je suis d'avis que les motifs de la Commission répondent à la définition du terme «*matter*» (faits). Ce terme possède une signification large. Le *Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd.) le définit notamment de la manière suivante: [TRADUCTION] «Motif, raison ou cause de ce qu'on fait ou de ce qu'on est». En Ontario, ce terme a été invoqué relativement à des «faits» (*matter*) ne constituant pas une nouvelle preuve. Ainsi, dans l'affaire *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. City of Sault Ste. Marie* (1972), 29 D.L.R. (3d) 129 (H.C. Ont.), où une modification à un règlement municipal n'avait pas été portée à l'attention du juge du procès, l'on n'a pas prétendu que cette modification échappait au champ d'application de la règle ontarienne. Dans l'affaire *Murray-Jensen Mfg. Ltd. v. Triangle Conduit & Cable* (1968) *Can. Ltd.* (1984), 46 C.P.C. 285 (C.S. Ont.), les «faits» (*matter*) consistaient en la demande présentée dans le cadre d'un renvoi ordonné par le juge du procès ainsi que les conclusions prises par le protonotaire dans son rapport.

Stone J.A.'s comments make it clear that "matter" is not limited only to evidence. In particular, in referring to the *Soo Mill [Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. City of Sault Ste. Marie, [1972] 3 O.R. 621 (H.C.)]* case, Stone J.A. suggests that a law existing at the time a judgment is rendered, but subsequently discovered, in that case a by-law amendment, could constitute a "matter" within the context of Rule 1733.

While interpreting the expression "matter . . . subsequently discovered" to include subsequently discovered law extends the exception to the *res judicata* rule, it is still reasonably reconcilable with it. In the context of Rule 1733, "matter . . . subsequently discovered" refers to a matter in existence at the time of the original proceeding but which, with diligence, could not have been discovered before the original judgment or order was made. Arguably, the rationale for this exception is that an erroneous judgment or order would not have been made in error had it been possible to bring to the attention of the court a fact or law existing at the time the judgment or order was made. An innocent misrepresentation of fact or misstatement of the law that only came to light after the judgment or order was made might be contemplated. As counsel for the respondents conceded, "matter . . . subsequently discovered" might include a decision rendered shortly before the case was to be argued, but which was not published or was not otherwise available before argument and issuance of the judgment or order sought to be reconsidered.

It is obvious that the opportunity to raise subsequently discovered jurisprudence on reconsideration is a narrow one. The applicant would have to demonstrate that due diligence had been exercised in his or her attempts to obtain all relevant jurisprudence prior to judgment. Negligence or inadvertence of counsel would be insufficient to justify reconsideration. In the case of subsequently discovered jurisprudence, the due diligence requirement would also have the ancillary effect of ensuring a limited passage of time, i.e.

Les remarques du juge Stone viennent préciser que les «faits» ne se limitent pas uniquement aux éléments de preuve. Notamment, se reportant à l'affaire *Soo Mill [Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. City of Sault Ste. Marie, [1972] 3 O.R. 621 (H.C.)]* il laisse entendre qu'une loi qui existe au moment où un jugement est rendu, mais qui est découverte par la suite, dans ce cas-là il s'agissait d'une modification apportée à un règlement, pourrait constituer des «faits» dans le contexte de la Règle 1733.

Bien que le fait d'interpréter l'expression «faits . . . découverts par la suite» de façon à y inclure le droit découvert par la suite étende la portée de l'exception à la règle de l'autorité de la chose jugée, l'exception est encore raisonnablement conciliable avec la règle. Dans le contexte de la Règle 1733, l'expression «faits . . . découverts par la suite» renvoie à des faits qui existaient au moment de l'action initiale mais qui, même avec diligence, n'auraient pas pu être découverts avant que ne soit rendu le jugement initial ou l'ordonnance initiale. On peut soutenir que le raisonnement en faveur de cette exception est qu'un jugement ou une ordonnance comportant une erreur n'aurait pas contenu cette erreur s'il avait été possible de porter à l'attention du tribunal un fait ou une loi qui existait au moment où a été rendu le jugement ou l'ordonnance. On pourrait envisager une présentation inconsciemment inexacte des faits ou du droit qui est ressortie seulement après le jugement ou l'ordonnance. Comme l'a admis l'avocat des intimés, les «faits . . . découverts par la suite» pourraient comprendre une décision qui a été rendue un peu avant que l'affaire ne soit plaidée, mais qui n'était pas publiée ou n'était pas disponible d'une autre manière avant que n'aient lieu les plaidoiries et que ne soit rendu le jugement ou l'ordonnance dont on demande le réexamen.

Certes, la possibilité que des décisions découvertes par la suite soient soulevées lors d'un nouvel examen est faible. Le requérant devrait prouver qu'il a exercé une diligence raisonnable pour essayer d'obtenir toute la jurisprudence pertinente avant le jugement. La négligence ou l'inattention de l'avocat ne suffirait pas à justifier la tenue d'un nouvel examen. Dans le cas de décisions découvertes par la suite, l'obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable aurait également pour effet secondaire de faire en sorte

days rather than weeks, months or years, between judgment and a reconsideration application. It is unlikely that an applicant could allow much time to pass following release of the relevant jurisprudence and still successfully argue that due diligence had been exercised.

The most difficult aspect of Rule 1733 to reconcile with the *res judicata* doctrine is reconsideration based on a “matter arising subsequent.” Taken in the abstract, and having regard to the broad interpretation given to the word “matter” by Stone J.A. in *Saywack*, any new information, including subsequent jurisprudence, might ground a reconsideration application as long as reasonable diligence was exercised in bringing the application and the Court was satisfied that the new information might probably alter the original judgment.

As I have earlier emphasized, there is no time limit for bringing a reconsideration application in Rule 1733. Apparently, the application may be made as long as this is done as soon as reasonably possible after the new matter comes to the attention of the party seeking reconsideration. If matter arising subsequent includes subsequent jurisprudence, conceivably this could be long after the decision sought to be reconsidered had been made.

To interpret Rule 1733 in a manner that would allow for reconsideration on the basis of jurisprudence arising subsequent to the judgment or order for which reconsideration is sought, it seems to me, is not reasonably reconcilable with the *res judicata* doctrine. I have two reasons for this view.

First, if new jurisprudence were considered to be a matter arising subsequent, a decision of a higher court could ground an application for reconsideration in an indefinite number of previous cases in the lower court. The *Sharbdeen* case could, for instance, be used to ground applications for reconsideration in a large number of previously determined cases in the

qu’il s’écoule seulement un laps de temps limité, c’est-à-dire des jours plutôt que des semaines, des mois ou des années, entre le jugement et la demande d’un nouvel examen. Il est peu probable qu’un requérant laisse passer un long délai après que les décisions pertinentes ont été rendues et qu’ensuite il puisse encore soutenir avec succès qu’il a agi avec une diligence raisonnable.

L’aspect de la Règle 1733 qui est le plus difficile à concilier avec le principe de l’autorité de la chose jugée est le nouvel examen fondé sur des «faits survenus postérieurement». Dans l’abstrait et compte tenu de l’interprétation libérale donnée au mot «faits» par le juge Stone dans l’arrêt *Saywack*, tout nouveau renseignement, y compris des décisions judiciaires rendues par la suite, pourrait servir de fondement à une demande de nouvel examen pourvu que le requérant ait présenté sa demande avec une diligence raisonnable et que la Cour soit convaincue que le nouveau renseignement aurait probablement pu influencer sur le jugement initial.

Comme je l’ai souligné précédemment, la Règle 1733 ne prévoit aucun délai pour la présentation d’une demande de nouvel examen. Il semble permis de présenter une telle demande pourvu qu’elle soit produite aussitôt qu’il est raisonnablement possible après que les nouveaux faits ont été portés à l’attention de la partie qui sollicite un nouvel examen. Si les faits survenus postérieurement comprennent les décisions judiciaires rendues par la suite, en théorie ce pourrait être longtemps après qu’a été rendue la décision dont on demande le réexamen.

Interpréter la Règle 1733 de façon à permettre la tenue d’un nouvel examen en raison de décisions rendues postérieurement au jugement ou à l’ordonnance dont on demande le réexamen n’est pas raisonnablement conciliable, me semble-t-il, avec le principe de l’autorité de la chose jugée. Deux raisons militent en faveur de ce point de vue.

Premièrement, si une jurisprudence nouvelle était considérée comme des faits survenus postérieurement, une décision d’un tribunal supérieur pourrait fonder une demande de nouvel examen dans un nombre indéterminé d’affaires antérieures devant le tribunal inférieur. L’affaire *Sharbdeen* pourrait, par exemple, servir à fonder des demandes de nouvel

Trial Division, including decisions on applications for leave to commence judicial review.

The impracticality and inappropriateness of such an approach is illustrated in *Display Service Ltd. v. Victoria Med. Bldg. Ltd.*, [1958] O.R. 759 (C.A.). In that case, a provision of the *Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, c. 227, as amended, conferring power on a provincially appointed officer (a master) to make final decisions in mechanics' lien actions in the County of York, was held to be *ultra vires* the Ontario legislature. That decision was confirmed by the Supreme Court of Canada at [1960] S.C.R. 32. Masters had tried mechanics' lien actions in the County of York for decades. Accordingly, for a very long period, the Master had been trying actions which were beyond his jurisdiction and his judgments could have, and should have, been quashed had they been questioned. There is no suggestion it would be practical or appropriate to retroactively apply the decision which found that the law conferring jurisdiction on the Master was *ultra vires* to all previous cases with the effect that the decisions in those previous cases would all be quashed.

Moreover, for a court to be faced with the prospect that its decisions could have far reaching retroactive effect and be used to justify reconsideration of an unknown number of cases extending back for an indefinite period of time, could, I think, have the effect of inhibiting the Court from freely making decisions, developing the law, and indeed, acknowledging previous errors. Interpreting Rule 1733 to allow for unrestricted retroactive effect would be detrimental to the proper and desirable performance of the Court's function.

Second, if "matter arising subsequent" were to include new jurisprudence, any decision could be reconsidered on the basis of the result in an unknown number of new and totally unrelated cases. In other words, litigants who believed their case was settled

examen dans un grand nombre d'affaires jugées précédemment devant la Section de première instance, y compris des demandes d'autorisation en matière de contrôle judiciaire.

^a

L'arrêt *Display Service Ltd. v. Victoria Med. Bldg. Ltd.*, [1958] O.R. 759 (C.A.) illustre le manque de réalisme et d'à-propos d'une telle approche. Dans cette affaire-là, il a été jugé qu'une disposition de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1950, ch. 227 et ses modifications, qui conférerait à un fonctionnaire nommé par le gouvernement provincial (un protonotaire) le pouvoir de rendre des décisions définitives dans des actions en matière de privilèges des constructeurs et des fournisseurs de matériaux dans le comté de York, excédait les pouvoirs de la législature de l'Ontario. Cette décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada: voir [1960] R.C.S. 32. Les protonotaires avaient jugé des affaires en matière de privilèges des constructeurs et des fournisseurs de matériaux dans le comté de York pendant des décennies. Par conséquent, pendant très longtemps, le protonotaire avait jugé des affaires qui outrepassaient sa compétence, et ses jugements auraient pu, et auraient dû, être annulés s'ils avaient été mis en doute. Rien ne laisse entendre qu'il serait réaliste ou approprié d'appliquer rétroactivement à toutes les affaires antérieures la décision qui a conclu que la loi conférant ce pouvoir au protonotaire était inconstitutionnelle, de façon que les décisions rendues dans ces affaires soient toutes annulées.

^f

De plus, le fait pour un tribunal de se trouver devant la perspective que ses décisions puissent avoir un effet rétroactif d'une portée considérable et servir à justifier le réexamen d'un nombre inconnu d'affaires remontant à une époque indéterminée pourrait, à mon avis, avoir pour effet d'empêcher le tribunal de rendre librement ses décisions, d'élaborer le droit et, en effet, de reconnaître les erreurs passées. Interpréter la Règle 1733 de façon à permettre un effet rétroactif illimité nuirait à l'exercice adéquat et souhaitable du rôle de la Cour.

ⁱ

Deuxièmement, si les «faits survenus postérieurement» devaient comprendre la jurisprudence nouvelle, toute décision pourrait faire l'objet d'un nouvel examen en raison des jugements rendus dans un nombre inconnu d'affaires nouvelles et sans aucun rap-

could find themselves back in court on an application for reconsideration based on the result of a new decision of a higher court in an unrelated action. Such a decision might arise years after release of the original judgment.

Even in cases in which a previous decision is acknowledged to have been decided incorrectly, there has been no suggestion that it should be reconsidered on the basis of the subsequent judgment. In *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, Dickson C.J., who delivered the judgment of the Court, acknowledged that the Court had wrongly decided the previous case of *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183. In *Bliss*, the Supreme Court dismissed an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal which set aside the judgment of Collier J. sitting as an umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended. At pages 1243-1244 of *Brooks*, the Chief Justice stated:

With the benefit of a decade of hindsight and ten years of experience with claims of human rights discrimination and jurisprudence arising therefrom, I am prepared to say that *Bliss* was wrongly decided or, in any event, that *Bliss* would not be decided now as it was decided then . . . It is difficult to accept that the inequality to which Stella Bliss was subject was created by nature and therefore there was no discrimination; the better view, I now venture to think, is that the inequality was created by legislation, more particularly, the *Unemployment Insurance Act, 1971*.

Even after acknowledging, or at least suggesting, that the Court had been wrong to decide *Bliss* in the manner in which it did, there was no indication by the Chief Justice that *Bliss* should be reconsidered because of the decision in *Brooks* some ten years later. With respect to the effect of *res judicata* in this context, and the reluctance of courts to reopen finally decided cases on the basis of new jurisprudence, see also *Waring (deceased) Re. Westminster Bank, Ltd. v. Burton-Butler*, [1948] 1 All E.R. 257 (Ch.D.), and the commentary in Sir Alexander Kingcome Turner's *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. (London: Butterworths, 1969) at pages 15-16, and *R. v. Ramsden*, [1972] Crim.L.R. 547 (C.A.) respectively.

port. Autrement dit, les plaideurs qui croyaient que leur affaire était réglée pourraient se retrouver devant le tribunal à l'occasion d'une demande de nouvel examen fondée sur une nouvelle décision rendue par un tribunal supérieur dans une action sans aucun rapport. Une telle décision pourrait survenir plusieurs années après le jugement initial.

Même dans les cas où il est admis qu'une décision antérieure est erronée, rien n'autorise à penser qu'il faudrait l'examiner de nouveau en fonction du jugement rendu postérieurement. Dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, le juge en chef Dickson, qui a prononcé le jugement de la Cour, a reconnu que cette dernière avait commis une erreur dans l'affaire *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans l'arrêt *Bliss*, la Cour suprême a rejeté un appel formé contre un jugement de la Cour d'appel fédérale qui annulait le jugement rendu par le juge Collier à titre de juge-arbitre en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 et ses modifications. Dans l'arrêt *Brooks*, le juge en chef a déclaré, aux pages 1243 et 1244:

Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt . . . Il est difficile d'accepter que l'inégalité imposée à Stella Bliss dépendait de la nature et qu'en conséquence elle ne comportait pas de discrimination; je crois maintenant pouvoir dire qu'il s'agit plutôt d'une inégalité créée par la loi, plus précisément la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

Même après avoir reconnu, ou du moins avoir laissé entendre, que la Cour avait commis une erreur en se prononçant dans l'arrêt *Bliss* de la manière qu'elle l'a fait, le juge en chef n'indique nullement que l'arrêt *Bliss* devrait être examiné de nouveau en raison de la décision rendue dix ans plus tard dans l'affaire *Brooks*. En ce qui concerne l'effet de l'autorité de la chose jugée dans ce contexte et la réticence des tribunaux à rouvrir, en raison de la jurisprudence nouvelle, des affaires jugées de façon définitive, voir également *Waring (deceased) Re. Westminster Bank, Ltd. v. Burton-Butler*, [1948] 1 All E.R. 257 (Ch.D.), les observations dans *The Doctrine of Res Judicata*, 2^e éd. par Sir Alexander Kingcome Turner (Londres: Butterworths, 1969), aux pages 15 et 16, et *R. v.*

Ramsden, [1972] Crim.L.R. 547 (C.A.) respectively.

The contrast between reconsideration based on subsequent jurisprudence on the one hand, and facts, evidence or other matters arising subsequent that are specific to a case on the other, is readily apparent. Bearing in mind the exceptional nature of Rule 1733, I think it is plain that judgments can only be reconsidered on the basis of matters arising subsequent which are specific to the case itself, not decisions in a potentially very large number of unrelated actions. New judgments cannot have the effect of retroactively disturbing an unknown number of previous decisions. Litigants must be able to conduct their lives with the assurance that their case was closed, and judges must be able to render decisions without the concern that their decisions could have far-reaching retroactive effects on unrelated actions.

Therefore, in my view, the words “matter arising subsequent” in Rule 1733 must pertain to facts, circumstances or other matters, specific to a case, that would indicate the original judgment or order was or had become inappropriate. For example, in *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367 (H.L.), an order of specific performance had become impossible to carry out because of an action taken subsequent to the order being made. The plaintiff sought to discharge the specific performance decree and obtain an order of damages in substitution. This change was considered appropriate in the circumstances. Clearly, a “matter arising subsequent” that would frustrate the carrying out of a court order unless the order was reconsidered is quite different from the retroactive application of subsequent jurisprudence to a case in which a judgment or order has been finally pronounced. The former is a matter specific to the case which, I think, is the context in which the words “matter arising subsequent” in Rule 1733 must be considered.

Le contraste apparaît facilement entre, d'une part, le nouvel examen fondé sur la jurisprudence postérieure et, d'autre part, les faits, éléments de preuve ou autres faits survenus postérieurement qui sont propres à une affaire. Compte tenu de la nature dérogatoire de la Règle 1733, je pense qu'il est clair que les jugements peuvent être examinés de nouveau uniquement en raison de faits survenus postérieurement qui sont propres à l'affaire elle-même, non de décisions rendues dans un très grand nombre possible d'actions sans aucun rapport avec elle. Les jugements nouveaux ne peuvent pas avoir pour effet de perturber rétroactivement un nombre inconnu de décisions rendues antérieurement. Les plaideurs doivent pouvoir mener leur vie avec l'assurance que leur dossier est fermé, et les juges doivent pouvoir rendre des décisions sans s'inquiéter qu'elles puissent avoir des effets rétroactifs d'une portée considérable sur des actions sans aucun rapport avec ces décisions.

Par conséquent, à mon avis, les mots «faits survenus postérieurement» qui figurent à la Règle 1733 doivent se rapporter aux faits, aux circonstances ou à d'autres faits, propres à l'affaire, qui indiquent que le jugement initial ou l'ordonnance initiale était ou est devenu inapproprié. Par exemple, dans *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367 (H.L.), une ordonnance d'exécution était devenue impossible à faire respecter en raison d'une action intentée postérieurement à l'ordonnance. Le demandeur sollicitait l'annulation de l'ordonnance en question et son remplacement par une ordonnance prévoyant des dommages-intérêts. Ce changement a été considéré comme étant approprié dans les circonstances. Il est manifeste que des «faits survenus postérieurement» qui entraveraient l'exécution d'une ordonnance judiciaire à moins que l'ordonnance ne soit examinée de nouveau diffèrent tout à fait de l'application rétroactive de décisions rendues postérieurement à une affaire dans laquelle un jugement ou une ordonnance a été prononcé de façon définitive. Il s'agissait de faits propres à l'affaire qui, à mon avis, représentent le contexte dans lequel il faut prendre en considération les mots «faits survenus postérieurement» figurant à la Règle 1733.

I conclude that Rule 1733 does not allow for reconsideration based upon subsequently decided jurisprudence of a higher court. The words of Rule 1733 are not to be considered in the abstract, but must be considered in the context of, and be reconcilable, as far as possible, with the general rule of *res judicata*. The unacceptable uncertainty that would be created by interpreting Rule 1733 as including subsequent jurisprudence as a ground for reconsideration is readily apparent. Both the parties and the public must be satisfied that a judgment, once rendered, is final.

Charter Considerations

I am satisfied that subsequent jurisprudence of a higher court cannot be grounds for reconsideration even in cases in which Charter considerations are relevant. The Charter does not render obsolete the principle of *res judicata* with which reconsideration applications under Rule 1733 must be reconciled as far as possible.

For example in *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713, an incarcerated person's liberty was at stake. The law under which the person had been convicted was subsequently ruled unconstitutional. Nonetheless, the Supreme Court of Canada did not extend time to appeal. In my view, this approach indicates that the importance of finality in judicial decisions is not obviated even when Charter rights are at issue.

Other Alternatives

Applicant's counsel argued that since there can be no appeal from a decision on a leave application, reconsideration should be allowed in order to provide the applicant with another recourse. Because of the extraordinary nature of reconsideration, where the possibility of appeal is available to a litigant, that should normally be the avenue selected even where leave to appeal must be obtained and/or an application for extension of time is necessary. No such opportunity is available in the case at bar. However, Canada's immigration legislation provides many safeguards for persons claiming Convention refugee

Je conclus que la Règle 1733 ne permet pas de nouvel examen fondé sur des décisions rendues postérieurement par un tribunal supérieur. Le texte de la Règle 1733 ne doit pas être envisagé dans l'abstrait, mais en tenant compte du contexte, et doit être conciliable, autant que possible, avec la règle générale de l'autorité de la chose jugée. Il est facile de percevoir l'incertitude inacceptable qui résulterait de l'interprétation de la Règle 1733 comme comprenant la jurisprudence ultérieure en tant que motif de nouvel examen. Tant les parties que le public doivent être convaincus qu'un jugement, une fois rendu, est définitif.

Considérations relatives à la Charte

Je suis convaincu que les décisions rendues postérieurement par un tribunal supérieur ne peuvent pas constituer des motifs de nouvel examen même dans les causes où il y a des considérations relatives à la Charte. Cette dernière ne rend pas périmé le principe de l'autorité de la chose jugée, avec lequel il faut concilier le plus possible les demandes de nouvel examen présentées conformément à la Règle 1733.

Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713, il était question de la liberté d'une personne incarcérée. La loi en vertu de laquelle cette personne avait été reconnue coupable avait été déclarée inconstitutionnelle par la suite. Néanmoins, la Cour suprême du Canada n'a pas prorogé le délai d'appel. À mon avis, cela indique bien que le caractère définitif des décisions judiciaires garde toute son importance même si des droits garantis par la Charte sont en cause.

Autres solutions

L'avocat du requérant a soutenu que, comme aucun appel n'est recevable contre une décision relative à une demande d'autorisation, il faudrait permettre le réexamen afin que le requérant puisse se prévaloir d'un autre recours. En raison du caractère extraordinaire du réexamen, lorsqu'un plaideur peut interjeter appel, ce devrait normalement être le moyen choisi même quand il faut obtenir une autorisation d'appel et/ou qu'une demande de prorogation de délai peut aussi être nécessaire. Il n'existe aucune possibilité de ce genre en l'espèce. La législation canadienne en matière d'immigration prévoit toute-

status. For example, an application for landing under the post-determination refugee claimants in Canada class, pursuant to section 11.4 of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 [as enacted by SOR/93-44, s. 10; 93-412, s. 6], would, I think, be available to the applicant in this case.

In any event, as I have found, the words "matter arising subsequent" in Rule 1733 do not include jurisprudence of a higher court arising subsequent to the making of a judgment or order sought to be reconsidered. This finding is unaffected by the existence or lack of existence of alternative recourse. I paraphrase from *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at page 257 in observing that while such a conclusion may not meet the wholly impractical dream of providing perfect justice to all, it is required by the practical necessity of having some finality in the judicial process.

CONCLUSION

The application for reconsideration must be dismissed.

fois des sauvegardes pour les personnes qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention. Par exemple, je crois que le requérant en l'espèce pourrait présenter une demande d'établissement en vertu de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada, conformément à l'article 11.4 du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 [édicte par DORS/93-44, art. 10; 93-412, art. 6].

De toute façon, ainsi que j'ai conclu, les mots «faits survenus postérieurement» figurant à la Règle 1733 ne comprennent pas les décisions rendues par un tribunal supérieur postérieurement à un jugement ou à une ordonnance dont on demande le réexamen. Cette conclusion n'est pas touchée par l'existence ou l'absence d'un autre recours. Je me permets de paraphraser l'arrêt *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, à la page 257, en faisant remarquer que, même si une telle conclusion ne peut pas combler le rêve très peu réaliste d'assurer une justice parfaite à tous, elle est requise par la nécessité pratique d'un certain caractère définitif dans le processus judiciaire.

CONCLUSION

La demande de réexamen doit être rejetée.

A-553-93

Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer and Ron Sunshine on their own behalf and on behalf of other members of the Sturgeon Lake Indian Band, the Council of the Sturgeon Lake Indian Band, Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Forence Standingribbon,¹ Wilfred Goodswimmer and the Lesser Slave Lake Indian Regional Council (*Appellants*)

v.

The Attorney General of Canada, the Minister of Indian Affairs and Northern Development and Darlene Desjarlais, in her capacity as Chief of the Sturgeon Lake Indian Band (*Respondents*)

INDEXED AS: GOODSWIMMER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and McDonald J.J.A. — Edmonton, February 23; Ottawa, March 21, 1995.

Native peoples — Elections — Appeal from F.C.T.D. order person not qualified as elector eligible for election as Band Chief — Respondent elected Band Chief though neither elector nor Indian — No eligibility requirement for office of Chief under Indian Act, s. 74(3)(a)(i) — Court not to disregard plain meaning of Act even if anomalous.

Construction of statutes — Interpretation of Indian Act, s. 74(3)(a)(i),(ii) — Whether Band Chief need be elector — Statutory history of Indian Act — Statute silent on eligibility requirements for person to be elected chief — Treaties, statutes relating to Indians to be liberally construed — Plain meaning of Act not to be disregarded even if giving rise to absurd results.

This was an appeal from a Trial Division order that, as a matter of interpretation of the *Indian Act*, a person who is not an elector of the Sturgeon Lake Indian Band may be elected as

¹ The spelling of the name "Forence Standingribbon" is as it appears in the orders of this Court dated October 31, 1994 referred to hereinafter. In the original record of the Trial Division this name appears as "Florence Standingribbon."

A-553-93

Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer et Ron Sunshine, pour leur propre compte et pour le compte d'autres membres de la bande indienne de Sturgeon Lake, le conseil de la bande indienne de Sturgeon Lake, Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Forence Standingribbon¹, Wilfred Goodswimmer et le conseil régional indien du Petit lac des Esclaves (*appelants*)

c.

Le procureur général du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et Darlene Desjarlais, en sa qualité de chef de la bande indienne de Sturgeon Lake (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: GOODSWIMMER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et McDonald, J.C.A.—Edmonton, 23 février; Ottawa, 21 mars 1995.

Peuples autochtones — Élections — Appel de l'ordonnance dans laquelle la Section de première instance a conclu qu'une personne n'ayant pas qualité d'électeur pouvait être élue chef de bande — L'intimée a été élue chef de la Bande bien que n'étant ni électrice ni indienne — Aucune condition d'éligibilité n'était requise relativement au poste de chef sous le régime de l'art. 74(3)a)(i) de la Loi sur les Indiens — La Cour ne saurait faire abstraction du sens manifeste de la Loi même si elle est anormale.

Interprétation des lois — Interprétation de l'art. 74(3)a)(i),(ii) de la Loi sur les Indiens — La question est de savoir si un chef de bande doit avoir qualité d'électeur — Historique législatif de la Loi sur les Indiens — La Loi est muette quant aux conditions d'éligibilité requises pour qu'une personne soit élue chef — Il faut interpréter libéralement les traités et les lois relatifs aux Indiens — On ne saurait faire abstraction du sens manifeste de la Loi même si elle donne lieu à des résultats absurdes.

Appel est interjeté de l'ordonnance dans laquelle la Section de première instance a conclu que, s'agissant de l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, une personne qui n'est pas un

¹ La graphie «Forence Standingribbon» est celle qui figure dans les ordonnances de la Cour datées du 31 octobre 1994, dont il est question ci-après. Au dossier original de la Section de première instance, on trouve plutôt «Florence Standingribbon».

Chief of the Band. That person, one of the respondents herein, was elected Chief of the Band although she was neither a Band member nor a status Indian. After appeals against her election were filed, she lost a new election for Chief to one of the appellants. It was argued in the Trial Division that subparagraph 74(3)(a)(i) of the Act should be construed as meaning that no person is eligible to be elected Band Chief unless that person is an "elector" as defined in section 2 of the Act. The Motions Judge rejected that contention. The main issue in this appeal was whether the Motions Judge erred in determining that a person need not be an "elector" to be eligible for election as Chief of the Sturgeon Lake Indian Band.

Held, the appeal should be dismissed.

Treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in their favour. Federal legislation since Confederation governing the election of a chief or chiefs of a band is silent on eligibility requirements. The law governing the election of a chief of a band was significantly changed by *The Indian Act* of 1951. By its provisions, the two former schemes for the election of a chief was replaced by a composite scheme which called for the election of a chief, in the circumstances therein stated, either by direct election or by the councillors so elected. Other than requirements for nominators, the statute laid down no eligibility requirement for the office of chief to be elected by direct vote pursuant to subparagraph 73(3)(a)(i). The history of the pre-1951 legislation does not assist in construing the provisions of paragraph 74(3)(a) of the present Act. There is no indication in the 1951 statute that the eligibility requirements for the election of a chief is to be analogized to those for the election of reeve or mayor of a municipal government.

The effect of the Motions Judge's interpretation of subparagraphs 74(3)(a)(i) and (ii) of the present Act was that while a person who seeks the office of chief of a band need not be an elector, a person must be an elector to be elected chief by the elected councillors. That, according to the appellants, produced an absurdity which Parliament could not be taken to have intended. The fact that a provision gives rise to absurd results is not sufficient to declare it ambiguous and then embark upon a broad-ranging interpretive analysis. While a person in the position of the respondent, Desjarlais, might succeed in gaining nomination for the office of Chief though not an "elector", that does not lead inevitably to election. That decision is by the Act left in the hands of those who are given the ultimate choice over whom shall become their leader—the "electors" of the Band as defined in section 2 of the Act. It is not the function of the Court to disregard the plain meaning of the Act simply because it may be viewed by some as anomalous.

électeur de la bande indienne de Sturgeon Lake peut être élue chef de cette bande. Cette personne, l'un des intimés à l'instance, a été élue chef de la Bande bien qu'elle ne fût ni un membre de celle-ci ni une Indienne inscrite. Après que des appels eurent été déposés contre son élection, elle a été défaite à une nouvelle élection au poste de chef par l'un des appelants. Il a été allégué devant la Section de première instance que le sous-alinéa 74(3)(a)(i) de la Loi devrait s'interpréter comme signifiant qu'une personne n'est habile à être élue chef de la bande que si elle a qualité d'«électeur» selon la définition donnée à l'article 2 de la Loi. Le juge des requêtes a rejeté cette prétention. La principale question qu'il faut trancher dans le présent appel était de savoir si c'est à tort que le juge des requêtes a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'avoir qualité d'«électeur» pour pouvoir être élu chef de la bande indienne de Sturgeon Lake.

Jugement: l'appel doit être rejeté.

Les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens. Les lois fédérales depuis la Confédération régissant l'élection d'un chef ou de chefs d'une bande sont muettes quant aux conditions d'éligibilité. Les règles de droit régissant l'élection d'un chef de bande ont été sensiblement changées par la *Loi sur les Indiens* de 1951. En vertu de celle-ci, les deux anciens modes d'élection d'un chef de bande ont été remplacés par un régime complexe qui prévoyait l'élection d'un chef, dans les circonstances y exposées, soit par vote direct soit par le vote des conseillers qui, eux, avaient été élus par vote direct. À part les conditions de présentation, la loi ne posait aucune condition d'éligibilité relativement au poste de chef dans les cas où l'élection devait se faire par vote direct conformément au sous-alinéa 73(3)(a)(i). L'historique de la législation antérieure à 1951 n'est d'aucun secours pour ce qui est de l'interprétation de l'alinéa 74(3)(a) de la loi actuelle. La loi de 1951 n'indique nullement que les conditions à remplir pour se faire élire chef de bande sont considérées comme assimilables à celles auxquelles il faut satisfaire pour être élu préfet ou maire d'une municipalité.

Il résulte de l'interprétation donnée par le juge des requêtes aux sous-alinéas 74(3)(a)(i) et (ii) de la Loi actuelle que la personne qui brigue le poste de chef de bande n'a pas à être électeur, mais qu'on doit avoir cette qualité pour se faire élire chef par les conseillers élus. Voilà, prétendent les appelants, qui mène à une absurdité qui n'a pas pu être dans les intentions du législateur. Le fait qu'une disposition aboutit à des résultats absurdes n'est pas suffisant pour affirmer qu'elle est ambiguë et procéder ensuite à une analyse d'interprétation globale. Une personne dans la situation de l'intimée, M^{me} Desjarlais, pourrait fort bien réussir à être candidate au poste de chef même si elle n'avait pas qualité d'«électeur», mais cela ne conduit pas inévitablement à son élection à ce poste. Aux termes de la Loi, cette décision appartient aux personnes auxquelles il revient en dernière analyse de choisir leur chef, et ces personnes sont les «électeurs» de la Bande au sens de l'article 2 de la Loi. La Cour ne saurait faire abstraction du sens manifeste de la Loi du seul fait que d'aucuns pourraient la considérer comme anormale.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

- An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6, s. 10. *a*
- An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1936, c. 20, s. 13. *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, Part I, Part II.
- Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 96, 97, 98, 99, 157, 168-194. *b*
- Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 73(1),(2),(3).
- Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 74(1),(2),(3).
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2 "band", "Band List" (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1), "elector" (as am. *idem*), "reserve" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), 74, 75, 76, 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14), 78, 79, 81 (as am. *idem*, s. 15), 82, 83 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10). *c*
- Indian Act (The)*, 1876, S.C. 1876, c. 18, ss. 61, 62. *d*
- Indian Act (The)*, 1880, S.C. 1880, c. 28, ss. 72, 73.
- Indian Act (The)*, R.S.C. 1886, c. 43, ss. 75, 93, 94, 95, 96, 127, 166.
- Indian Act (The)*, S.C. 1951, c. 29, ss. 73, 74(2), 80, 81(2), 82(1), 123(1),(2).
- Indian Advancement Act (The)*, 1884, S.C. 1884, c. 28, ss. Preamble, 3, 4, 5, 6, 10. *e*
- Indian Advancement Act (The)*, R.S.C. 1886, c. 44, ss. 5, 6, 10, 177-194.
- Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952.
- Indian Bands Council Method of Election Regulations*, SOR/90-46, ss. 2, 3, Schedule 1. *f*
- Indian (Soldier Settlement) Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 187, 188, 189, 190.
- Local Authorities Election Act*, S.A. 1983, c. L-27.5, ss. 21, 47.
- Municipal Government Act*, R.S.A. 1980, c. M-26, s. 29. *g*
- Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40, s. 4.
- Statute Revision Act*, S.C. 1974-75-76, c. 20, ss. 5, 6, 7. *h*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- R. v. McIntosh*, [1995] S.C.J. No. 16 (QL); *Cardinal et al. v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 508; (1982), 133 D.L.R. (3d) 513; [1982] 3 W.W.R. 673; 41 N.R. 300. *j*

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte de l'avancement des Sauvages*, 1884, S.C. 1884, ch. 28, art. préambule, 3, 4, 5, 6, 10.
- Acte de l'avancement des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 44, art. 5, 6, 10, 177 à 194.
- Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43, art. 75, 93, 94, 95, 96, 127, 166.
- Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 10.
- Acte relatif aux Sauvages*, 1880, S.C. 1880, ch. 28, art. 72, 73.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.
- L'Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 61, 62.
- Local Authorities Election Act*, S.A. 1983, ch. L-27.5, art. 21, 47.
- Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 96, 97, 98, 99, 157, 168-194.
- Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, partie I, partie II.
- Loi modifiant la Loi des Indiens*, S.C. 1936, ch. 20, art. 13.
- Loi sur la revision des lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 20, art. 5, 6, 7.
- Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 73, 74(2), 80, 81(2), 82(1), 123(1),(2).
- Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 73(1),(2),(3).
- Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 74(1),(2),(3).
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 «bande», «électeur» (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1), «liste de bande» (édicte, *idem*), «réserve» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 1), 74, 75, 76, 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14), 78, 79, 81 (mod., *idem*, art. 15), 82, 83 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 10).
- Loi sur les Indiens (Établissement de soldats)*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 187, 188, 189, 190.
- Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 40, art. 4.
- Municipal Government Act*, R.S.A. 1980, ch. M-26, art. 29.
- Règlement sur le mode d'élection du conseil de certaines bandes indiennes*, DORS/90-46, art. 2, 3, annexe 1.
- Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952. *i*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- R. c. McIntosh*, [1995] A.C.S. n^o 16 (QL); *Cardinal et autres c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 508; (1982), 133 D.L.R. (3d) 513; [1982] 3 W.W.R. 673; 41 N.R. 300.

AFFIRMED:

Goodswimmer v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), [1994] 2 C.N.L.R. 56; (1993), 66 F.T.R. 279 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *River Wear Commissioners v. Adamson and Others*, [1874-80] All E.R. Rep. 1 (H.L.).

REFERRED TO:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a Trial Division order ([1994] 2 C.N.L.R. 56; (1993), 66 F.T.R. 279) that, as a matter of interpretation of the *Indian Act*, a person who is not an elector of the Sturgeon Lake Indian Band may be elected as Chief of the Band. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Philip P. Healey, John K. Gormley and Catherine M. Twinn for appellants Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Florence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer and The Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Robert W. Hladun, Q.C., and *Gary R. Braun* for appellants Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer and Ron Sunshine on their own behalf and on behalf of other members of the Sturgeon Lake Indian Band.

Kirk N. Lambrecht for respondents.

SOLICITORS:

Shibley, Righton, Toronto, *McLennan Ross*, Edmonton, and *Catherine M. Twinn*, Slave Lake, Alberta, for appellants Mary Kappo, Mary

DÉCISION CONFIRMÉE:

Goodswimmer c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1994] 2 C.N.L.R. 56; (1993), 66 F.T.R. 279 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *River Wear Commissioners v. Adamson and Others*, [1874-80] All E.R. Rep. 1 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL d'une ordonnance de la Section de première instance ([1994] 2 C.N.L.R. 56; (1993), 66 F.T.R. 279) selon laquelle, s'agissant de l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, une personne qui n'est pas un électeur de la bande indienne de Sturgeon Lake peut être élue au poste de chef de la bande. Appel rejeté.

AVOCATS:

Philip P. Healey, John K. Gormley et Catherine M. Twinn pour les appelants Mary Kappo, Mary Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Florence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer et le conseil régional indien du Petit lac des Esclaves.

Robert W. Hladun, c.r., et *Gary R. Braun* pour les appelants Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer et Ron Sunshine pour leur propre compte et pour le compte d'autres membres de la bande indienne de Sturgeon Lake.

Kirk N. Lambrecht pour les intimés.

PROCUREURS:

Shibley, Righton, Toronto, *McLennan Ross*, Edmonton, et *Catherine M. Twinn*, Slave Lake, Alberta, pour les appelants Mary Kappo, Mary

Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Florence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer and The Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Hladun & Company, Edmonton, for appellants Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer and Ron Sunshine on their own behalf and on behalf of other members of the Sturgeon Lake Indian Band.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This appeal is from an order of the Trial Division dated August 31, 1993 [[1994] 2 C.N.L.R. 56], which answered a question in an action on an agreed statement of facts. The same question was posed on the same facts in a second action which was disposed of by the Trial Division by order dated the same day. An appeal is before us from this second order in Court File No. A-553-93. These reasons will apply to both appeals and shall be filed accordingly.

Background

The Sturgeon Lake Indian Band (the Band) is a "band" within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended (the Act), and the reserve, which is situated near Valleyview, Alberta, is a "reserve" [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1] within the meaning of the Act. Pursuant to subsection 74(1) of the Act, the Band was declared by order of the Minister made on December 14, 1986, to be one whose chief and council are selected in accordance with the Act.² Normally, the council consists

² This declaration is reflected in the *Indian Bands Council Method of Election Regulations*, SOR/90-46 adopted 27 December, 1989, Schedule I of which lists "Sturgeon Lake" in the Province of Alberta as one of the "[b]ands whose chief and councillors are elected by the electors". Schedule II of these regulations lists the "[b]ands whose councillors are elected by

(Continued on next page)

Delphine Goodswimmer, Lucy Sunshine, Louise Redhead, Cecile Kiyawasew, Marina Plante, Florestine Chowace, Florence Standingribbon, Wilfred Goodswimmer et le conseil régional indien du Petit lac des Esclaves.

Hladun & Company, Edmonton, pour les appellants Alfred Goodswimmer, Keith Goodswimmer, Jerry Goodswimmer et Ron Sunshine pour leur propre compte et pour le compte d'autres membres de la bande indienne de Sturgeon Lake.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel attaquant une ordonnance en date du 31 août 1993 [[1994] 2 C.N.L.R. 56] par laquelle la Section de première instance a répondu à une question soulevée dans une action relativement à laquelle les parties avaient déposé un exposé conjoint des faits. La même question découlant des mêmes faits a été posée dans un second litige qu'a tranché la Section de première instance par ordonnance portant la même date. La Cour se trouve saisie également d'un appel (A-553-93) interjeté contre cette seconde ordonnance. Les motifs qui suivent valent pour les deux appels et seront déposés en conséquence.

Les faits

La bande indienne de Sturgeon Lake (ci-après la Bande) est une «bande» au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et modifications (ci-après la Loi). De même, la réserve, située à proximité de Valleyview (Alberta), est une «réserve» [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 1] au sens de la Loi. Par arrêté daté du 14 décembre 1986, pris en application du paragraphe 74(1) de la Loi, le ministre a déclaré que la Bande était de celles dont le chef et le conseil sont choisis en conformité avec la Loi². Le

² Cette déclaration se trouve reflétée dans le *Règlement sur le mode d'élection du conseil de certaines bandes indiennes*, DORS/90-46, pris le 27 décembre 1989. À l'annexe I de ce Règlement, la bande de «Sturgeon Lake» dans la province de l'Alberta figure parmi les «bandes dont le chef et les conseillers sont élus par les électeurs». L'annexe II du Règlement

(Suite à la page suivante)

of one chief and twelve councillors. The Chief is elected by a majority of the votes cast by electors of the Band pursuant to subparagraph 74(3)(a)(i) of the Act and the councillors are elected by majority of the votes cast by the electors of the Band in accordance with subparagraph 74(3)(b)(i).

On August 28, 1991, an election was held for the position of chief and twelve councillors. On an appeal to the Minister this first election was set aside and a second election was conducted on March 31, 1992. At this second election Darlene Desjarlais was elected Chief of the Band and thereafter assumed the office of Chief. Ms. Desjarlais was not a member of the Band and therefore not an elector in the Band election, although she was married to a Band member and lived on the reserve. Nor was she a status Indian. In April 1992, appeals against the election of Ms. Desjarlais were filed. By letter of July 13, 1992, the Department of Indian Affairs and Northern Development advised that there were insufficient grounds for the Minister to recommend to the Governor in Council to set aside the election. The Department's position with respect to eligibility for election to the office of chief of a band was foreshadowed in its letter of April 29, 1992 to Ms. Desjarlais, where it was stated:

One particular concern that I want to provide confirmation on is your eligibility to be a candidate for the office of chief. Section 75(1) of the *Indian Act* (copy attached) states that only an elector can be nominated for the office of councillor.

However, the *Indian Act* does not specify any eligibility requirements to be a candidate for the office of chief. Band membership, residency and age are not factors considered by an Electoral Officer when accepting nominations for chief. Therefore, you were an eligible candidate and your election to the position of chief was within the provision of the *Indian Act*.

(Continued from previous page)

the electors and whose chief is elected by the councillors". The conduct of band elections is governed by the *Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952.

conseil se compose normalement d'un chef et de douze conseillers. Le chef est élu à la majorité des votes des électeurs de la bande, conformément au sous-alinéa 74(3)a(i) de la Loi, comme le sont également les conseillers, suivant le sous-alinéa 74(3)b(i).

Le 28 août 1991, des élections ont été tenues en vue de choisir un chef et douze conseillers. Un appel formé auprès du ministre a entraîné l'annulation de ces élections et de nouvelles élections ont eu lieu le 31 mars 1992. Lors de ces nouvelles élections, Darlene Desjarlais s'est fait élire chef de la Bande; elle a en conséquence assumé cette charge. M^{me} Desjarlais, n'étant pas membre de la Bande, n'avait pas qualité d'électeur lors des élections de la Bande, même si elle était mariée avec un membre et habitait dans la réserve. De plus, elle n'était pas Indienne inscrite. En avril 1992, des appels ont été déposés à l'égard de l'élection de M^{me} Desjarlais. Par lettre datée du 13 juillet 1992, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a indiqué qu'il n'existait pas de motifs suffisants pour permettre au ministre de recommander au gouverneur en conseil l'annulation de l'élection. Le Ministère laissait d'ailleurs prévoir son point de vue relativement à l'aptitude à être élu chef de bande dans sa lettre du 29 avril 1992 adressée à M^{me} Desjarlais, où se trouve notamment le passage suivant:

[TRADUCTION] Je tiens en particulier à confirmer votre aptitude à vous porter candidate au poste de chef. Aux termes du paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* (copie jointe), seul un électeur peut être présenté au poste de conseiller.

La *Loi sur les Indiens* n'établit cependant aucun critère d'éligibilité en ce qui concerne les candidats au poste de chef. En acceptant les candidatures à ce poste, le préposé aux élections ne tient compte ni de l'appartenance à la bande, ni de la résidence, ni de l'âge. Il s'ensuit que vous étiez habile à poser votre candidature et que c'est en conformité avec les dispositions applicables de la *Loi sur les Indiens* que vous avez été élue chef.

(Suite de la page précédente)

répertorie les «bandes dont les conseillers sont élus par les électeurs et dont le chef est élu par les conseillers». C'est le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952, qui régit la tenue des élections de bande.

The question

On August 31, 1993, the date of the orders appealed from, Ms. Desjarlais lost a new election as Chief of the Band to one of the appellants. In light of this development, this Court (Hugessen J.A.) by orders of October 31, 1994, consolidated both appeals and, among other things, granted leave to amend the style of cause and the pleadings. The only relief claimed is an answer to the question that was answered in the Trial Division [at page 57], the question being:

Whether as a matter of interpretation of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended, and regulations thereunder, a person who is not an elector of the Sturgeon Lake Indian Band (the "Band"), is eligible to be a candidate for, and may be elected, as Chief of the Band.

Relevant statutory provisions

In section 2 of the Act, the following terms are defined as follows ["Band List" (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1), "elector" (as am. *idem*)]:

2. (1) In this Act,

. . .

"Band List" means a list of persons that is maintained under section 8 by a band or in the Department;

. . .

"council of the band" means

- (a) in the case of a band to which section 74 applies, the council established pursuant to that section,
- (b) in the case of a band to which section 74 does not apply, the council chosen according to the custom of the band, or, where there is no council, the chief of the band chosen according to the custom of the band;

. . .

"elector" means a person who

- (a) is registered on a Band List,
- (b) is of the full age of eighteen years, and
- (c) is not disqualified from voting at band elections;

. . .

"member of a band" means a person whose name appears on a Band List or who is entitled to have his name appear on a Band List

La question en litige

Le 31 août 1993, date des ordonnances portées en appel, M^{me} Desjarlais a été défaite par l'un des appelants lors d'une nouvelle élection. Dans ces circonstances, la Cour (le juge Hugessen, J.C.A.) a rendu, le 31 octobre 1994, des ordonnances portant jonction des deux appels et accordant, entre autres, l'autorisation de modifier l'intitulé de la cause et les actes de procédure. On nous demande simplement de répondre à la question suivante, à laquelle a répondu la Section de première instance [à la page 57]:

[TRADUCTION] La question de savoir si, selon l'interprétation qu'il convient de donner à la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, dans sa forme modifiée, et aux règlements d'application, une personne qui n'est pas un électeur de la bande indienne de Sturgeon Lake (la bande) est admissible à titre de candidate, et peut être élue, au poste de chef de la bande.

Les dispositions législatives pertinentes

À l'article 2 de la Loi se trouvent les définitions suivantes {«électeur» (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1), «liste de bande» (édicte, *idem*)]:

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

f

g «conseil de la bande»

- a) Dans le cas d'une bande à laquelle s'applique l'article 74, le conseil constitué conformément à cet article;
- b) dans le cas d'une bande à laquelle l'article 74 n'est pas applicable, le conseil choisi selon la coutume de la bande ou, en l'absence d'un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci.

h

«électeur» Personne qui remplit les conditions suivantes:

- a) être inscrit sur une liste de bande;
- b) avoir dix-huit ans;
- c) ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande.

i

«liste de bande» Liste de personnes tenue en vertu de l'article 8 par une bande ou au ministère.

j

Sections 74-79 [section 77 (as am. *idem*, s. 14)] of the Act read as follows:

74. (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Minister may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

(2) Unless otherwise ordered by the Minister, the council of a band in respect of which an order has been made under subsection (1) shall consist of one chief, and one councillor for every one hundred members of the band, but the number of councillors shall not be less than two nor more than twelve and no band shall have more than one chief.

(3) The Governor in Council may, for the purposes of giving effect to subsection (1), make orders or regulations to provide

(a) that the chief of a band shall be elected by

- (i) a majority of the votes of the electors of the band, or
- (ii) a majority of the votes of the elected councillors of the band from among themselves,

but the chief so elected shall remain a councillor; and

(b) that the councillors of a band shall be elected by

- (i) a majority of the votes of the electors of the band, or
- (ii) a majority of the votes of the electors of the band in the electoral section in which the candidate resides and that he proposes to represent on the council of the band.

(4) A reserve shall for voting purposes consist of one electoral section, except that where the majority of the electors of a band who were present and voted at a referendum or a special meeting held and called for the purpose in accordance with the regulations have decided that the reserve should for voting purposes be divided into electoral sections and the Minister so recommends, the Governor in Council may make orders or regulations to provide for the division of the reserve for voting purposes into not more than six electoral sections containing as nearly as may be an equal number of Indians eligible to vote and to provide for the manner in which electoral sections so established are to be distinguished or identified.

75. (1) No person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band.

(2) No person may be a candidate for election as chief or councillor of a band unless his nomination is moved and seconded by persons who are themselves eligible to be nominated.

76. (1) The Governor in Council may make orders and regulations with respect to band elections and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations with respect to

(a) meetings to nominate candidates;

«membre d'une bande» Personne dont le nom apparaît sur une liste de bande ou qui a droit à ce que son nom y figure.

Les articles 74 à 79 [article 77 (mod., *idem*, art. 14)] de la Loi disposent comme suit:

74. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

(2) Sauf si le ministre en ordonne autrement, le conseil d'une bande ayant fait l'objet d'un arrêté prévu par le paragraphe (1) se compose d'un chef, ainsi que d'un conseiller par cent membres de la bande, mais le nombre des conseillers ne peut être inférieur à deux ni supérieur à douze. Une bande ne peut avoir plus d'un chef.

(3) Pour l'application du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des décrets ou règlements prévoyant:

a) que le chef d'une bande doit être élu:

- (i) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande,
- (ii) soit à la majorité des votes des conseillers élus de la bande désignant un d'entre eux,

le chef ainsi élu devant cependant demeurer conseiller;

b) que les conseillers d'une bande doivent être élus:

- (i) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande,
- (ii) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande demeurant dans la section électorale que le candidat habite et qu'il projette de représenter au conseil de la bande.

(4) Aux fins de votation, une réserve se compose d'une section électorale; toutefois, lorsque la majorité des électeurs d'une bande qui étaient présents et ont voté lors d'un référendum ou à une assemblée spéciale tenue et convoquée à cette fin en conformité avec les règlements, a décidé que la réserve devrait, aux fins de votation, être divisée en sections électorales et que le ministre le recommande, le gouverneur en conseil peut prendre des décrets ou règlements stipulant qu'aux fins de votation la réserve doit être divisée en six sections électorales au plus, contenant autant que possible un nombre égal d'Indiens habilités à voter et décrétant comment les sections électorales ainsi établies doivent se distinguer ou s'identifier.

75. (1) Seul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande.

(2) Nul ne peut être candidat à une élection au poste de chef ou de conseiller d'une bande, à moins que sa candidature ne soit proposée et appuyée par des personnes habiles elles-mêmes à être présentées.

76. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des décrets et règlements sur les élections au sein des bandes et, notamment, des règlements concernant:

a) les assemblées pour la présentation de candidats;

- (b) the appointment and duties of electoral officers;
- (c) the manner in which voting is to be carried out;
- (d) election appeals; and
- (e) the definition of residence for the purpose of determining the eligibility of voters.

(2) The regulations made under paragraph (1)(c) shall provide for secrecy of voting.

77. (1) A member of a band who has attained the age of eighteen years and is ordinarily resident on the reserve is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors.

(2) A member of a band who is of the full age of eighteen years and is ordinarily resident in a section that has been established for voting purposes is qualified to vote for a person nominated to be councillor to represent that section.

78. (1) Subject to this section, the chief and councillors of a band hold office for two years.

(2) The office of chief or councillor of a band becomes vacant when

- (a) the person who holds that office
 - (i) is convicted of an indictable offence,
 - (ii) dies or resigns his office, or
 - (iii) is or becomes ineligible to hold office by virtue of this Act; or
- (b) the Minister declares that in his opinion the person who holds that office
 - (i) is unfit to continue in office by reason of his having been convicted of an offence,
 - (ii) has been absent from three consecutive meetings of the council without being authorized to do so, or
 - (iii) was guilty, in connection with an election, of corrupt practice, accepting a bribe, dishonesty or malfeasance.

(3) The Minister may declare a person who ceases to hold office by virtue of subparagraph (2)(b)(iii) to be ineligible to be a candidate for a chief or councillor of a band for a period not exceeding six years.

(4) Where the office of chief or councillor of a band becomes vacant more than three months before the date when another election would ordinarily be held, a special election may be held in accordance with this Act to fill the vacancy.

79. The Governor in Council may set aside the election of a chief or councillor of a band on the report of the Minister that he is satisfied that

- (a) there was corrupt practice in connection with the election;
- (b) there was a contravention of this Act that might have affected the result of the election; or
- (c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate.

- b) la nomination et les fonctions des préposés aux élections;
- c) la manière dont la votation doit avoir lieu;
- d) les appels en matière électorale;
- e) la définition de «résidence» aux fins de déterminer si une personne est habile à voter.

(2) Les règlements pris sous le régime de l'alinéa (1)c) contiennent des dispositions assurant le secret du vote.

77. (1) Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la réserve, aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers.

(2) Un membre d'une bande, qui a dix-huit ans et réside ordinairement dans une section électorale établie aux fins d'élection, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée au poste de conseiller pour représenter cette section.

78. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les chef et conseillers d'une bande occupent leur poste pendant deux années.

(2) Le poste de chef ou de conseiller d'une bande devient vacant dans les cas suivants:

- a) le titulaire, selon le cas:
 - (i) est déclaré coupable d'un acte criminel,
 - (ii) meurt ou démissionne,
 - (iii) est ou devient inhabile à détenir le poste aux termes de la présente loi;
- b) le ministre déclare qu'à son avis le titulaire, selon le cas:

- (i) est inapte à demeurer en fonctions parce qu'il a été déclaré coupable d'une infraction,
- (ii) a, sans autorisation, manqué les réunions du conseil trois fois consécutives,
- (iii) à l'occasion d'une élection, s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses, de malhonnêteté ou de méfaits, ou a accepté des pots-de-vin.

(3) Le ministre peut déclarer un individu, qui cesse d'occuper ses fonctions en raison du sous-alinéa (2)(b)(iii), inhabile à être candidat au poste de chef ou de conseiller d'une bande durant une période maximale de six ans.

(4) Lorsque le poste de chef ou de conseiller devient vacant plus de trois mois avant la date de la tenue ordinaire de nouvelles élections, une élection spéciale peut avoir lieu en conformité avec la présente loi afin de remplir cette vacance.

79. Le gouverneur en conseil peut rejeter l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande sur le rapport du ministre où ce dernier se dit convaincu, selon le cas:

- a) qu'il y a eu des manœuvres frauduleuses à l'égard de cette élection;
- b) qu'il s'est produit une infraction à la présente loi pouvant influencer sur le résultat de l'élection;
- c) qu'une personne présentée comme candidat à l'élection ne possédait pas les qualités requises.

In the Regulations³ which were adopted for the purpose of giving effect to subsection 74(1), the following provisions appear under the heading "Method of Election:"

2. The chief and the councillors of each band set out in Schedule I shall be elected by a majority of the votes of the electors of the band.

3. The councillors of each band set out in Schedule II shall be elected by a majority of the votes of the electors of the band and the chief of each of those bands shall be elected by a majority of the votes of the elected councillors of the band from among themselves, but the chief so elected shall remain a councillor.

As already mentioned, the Band is listed in Schedule I of these Regulations.

The order below

The heart of the dispute centres on the language of subparagraphs 74(3)(a)(i) and (ii) of the Act. It was argued by the appellants in the Trial Division that subparagraph 74(3)(a)(i) should be construed as meaning that no person is eligible to be elected chief of the band unless that person is an "elector" as defined in section 2 of the Act. The learned Motions Judge rejected that contention. After reciting the various arguments advanced by the appellants, he stated at pages 59-60:

All of these arguments presuppose a finding that s. 75 when considered in light of the election provisions as a whole is ambiguous, but I disagree. Throughout ss. 74 to 79 of the Act a distinction has been made between the chief of the band and the councillors. Had Parliament intended that the eligibility requirements for candidates for councillors be applicable to candidates for chief, surely it would have specifically included the office of chief in s. 75(1) or simply referred to nomination for membership in the council of the band which, in accordance with s. 74(1) and (2), would include both chief and councillors. There is nothing in the applicants' arguments that would lead me to conclude that Parliament intended to extend the eligibility requirements applicable to councillors to a candidate for chief. Section 75(2), however, does contain an eligibility requirement for candidates for chief, that is, neither the candidates nor the persons nominating the candidate can be the subject of a declaration by the Minister under s. 78(3).

Counsel also asks me to consider the decisions of *Heron Seismic Services Ltd. et al. v. Peepeekisis Indian Band*, [1991] 2

³ *Indian Bands Council Method of Election Regulations, supra.*

Dans le Règlement³ pris dans le but de donner effet au paragraphe 74(1), apparaissent sous la rubrique «Mode d'élection» les dispositions suivantes:

2. Le chef et les conseillers de chaque bande visée à l'annexe I sont élus à la majorité des votes des électeurs de la bande.

3. Les conseillers de chaque bande visée à l'annexe II sont élus à la majorité des votes des électeurs de la bande et le chef de celle-ci est élu à la majorité des votes des conseillers élus de la bande désignant un d'entre eux, le chef ainsi élu demeurant cependant conseiller.

Comme je l'ai déjà indiqué, la bande figure à l'annexe I de ce règlement.

L'ordonnance de la Section de première instance

Le litige porte essentiellement sur le libellé des sous-alinéas 74(3)a(i) et (ii) de la Loi. Devant la Section de première instance, les appelants ont soutenu que le sous-alinéa 74(3)a(i) devrait s'interpréter comme signifiant qu'une personne n'est habile à être élue chef de la bande que si elle a qualité d'«électeur» selon la définition donnée à l'article 2 de la Loi. Le juge des requêtes a rejeté ce point de vue. Ayant fait état des divers arguments avancés par les appelants, il a dit aux pages 59 et 60:

Tous ces arguments présupposent la conclusion selon laquelle l'art. 75 est ambigu, lorsqu'il est examiné à la lumière des dispositions concernant les élections dans leur ensemble, mais je ne suis pas d'accord. Partout dans les art. 74 à 79 de la Loi, une distinction est faite entre le chef de la bande et les conseillers. Si le législateur avait voulu que les conditions d'admissibilité s'appliquant aux candidats au poste de conseiller s'appliquent aux candidats au poste de chef, il aurait certainement inclus d'une façon expresse le poste de chef dans l'art. 75(1), ou simplement mentionné la nomination au poste de membre du conseil de la bande, lequel, conformément aux art. 74(1) et (2), comprendrait le chef et les conseillers. Il n'y a rien dans les arguments des requérants qui me ferait conclure que le législateur avait l'intention d'appliquer au candidat au poste de chef les conditions d'admissibilité applicables aux conseillers. Toutefois, l'art. 75(2) contient une condition d'admissibilité s'appliquant aux candidats au poste de chef, c'est-à-dire que ni le candidat ni les personnes nommant le candidat ne peuvent faire l'objet d'une déclaration par le ministre en vertu de l'art. 78(3).

L'avocat me demande également d'examiner les arrêts *Heron Seismic Services Ltd. v. Peepeekisis Indian Band*, [1991] 2

³ *Règlement sur le mode d'élection du conseil de certaines bandes indiennes, précité.*

C.N.L.R. 52, 87 Sask. R. 66 (Q.B.), aff'd [1992] 4 C.N.L.R. 32 (C.A.) and *Joe (M.) et al. v. John (M.) et al.* (1990), 34 F.T.R. 280, [1991] 3 C.N.L.R. 63 (T.D.). These are Provincial Court decisions concerning eligibility for election to municipal council and, in my opinion, have no bearing here. Municipal councils are creatures of provincial statute which should provide the framework for resolutions of electoral disputes. While there are inviting similarities to the present case, it is equally clear to me that I must turn to Parliament for the resolution of this dispute and particularly to the language of the *Indian Act*.

Finally, the applicants contend that if s. 75 is interpreted as containing no eligibility requirements for a candidate for the office of chief a non Canadian, nonresident under the age of 18 could be elected chief after being nominated by two non Canadian, nonresident minors. The premise, however, is flawed as it presupposes that the nominated individual will in fact ultimately be the chief of the band. The election provisions in the *Indian Act* provide an effective safeguard against such absurd results since in accordance with s. 74(3)(a)(i), the chief of a band shall be elected by a majority of the votes of the *electors* of the band.

I am also influenced by one other important consideration. Darlene Desjarlais was elected chief of the Sturgeon Lake Indian Band as a result of an election held in accordance with the provisions of the *Indian Act* in which she received a majority of the votes of the electors of the band. It seems to me that if this court, in the absence of a clear statutory provision requiring the candidate to be an elector, interprets s. 75 so as to effectively vitiate the democratic will of the electors of the band, the principles enunciated by the Supreme Court of Canada and advanced by the applicants here as being applicable to the interpretation of the *Indian Act* would be violated.

The principles of interpretation alluded to by the Motions Judge are those set forth in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85.

On the basis of the above-recited reasoning, the Motions Judge, by his order of August 31, 1993, answered the question in issue in the affirmative.

Statutory history

There is no dispute that the provisions of section 74 of the Act are directly traceable to *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29. Subsections 73(1) and (2) and paragraphs (3)(a) and (b) of that statute were framed as follows:

C.N.L.R. 52, 87 Sask. R. 66 (B.R. Sask.), confirmé par [1992] 4 C.N.L.R. 32 (C.A. Sask.) et *Joe (M.) et al. v. John M. et al.* (1990), 34 F.T.R. 280, [1991] 3 C.N.L.R. 63 (1^{re} inst.). Il s'agit de décisions de la Cour provinciale concernant l'admissibilité d'une personne aux fins de l'élection au conseil municipal, et, à mon avis, ces décisions ne sont pas ici pertinentes. Les conseils municipaux sont des créations de la loi provinciale qui devrait établir le cadre dans lequel les litiges électoraux sont résolus. Il existe des ressemblances alléchantes avec la présente affaire, mais il est également clair, à mon avis, que je dois me tourner vers le législateur pour résoudre ce litige et, en particulier, m'inspirer du libellé de la *Loi sur les Indiens*.

Enfin, les requérants soutiennent que si l'art. 75 est interprété comme n'imposant aucune condition d'admissibilité au candidat au poste de chef, un non-Canadien non-résident de moins de 18 ans pourrait être élu chef après avoir été nommé par deux non-Canadiens non-résidents mineurs. Toutefois, cette prémisses comporte des lacunes car elle présuppose que la personne nommée sera de fait, en fin de compte, chef de la bande. Les dispositions concernant les élections figurant dans la *Loi sur les Indiens* fournissent une garantie efficace contre pareils résultats absurdes étant donné que, conformément à l'art. 74(3)(a)(i), le chef d'une bande doit être élu à la majorité des votes des *électeurs* de la bande.

Je suis également influencé par une autre considération importante. Darlene Desjarlais a été élue chef de la bande indienne du lac Sturgeon par suite d'élections tenues conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, dans lesquelles elle a obtenu la majorité des votes des électeurs de la bande. Il me semble que si cette Cour, en l'absence d'une disposition légale claire exigeant que le candidat soit un électeur, interprète l'art. 75 de façon à vicier de fait la volonté démocratique des électeurs de la bande, il y aurait violation des principes énoncés par la Cour suprême du Canada et invoqués par les requérants en l'espèce comme s'appliquant à l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*.

Les principes d'interprétation auxquels a fait allusion le juge des requêtes sont énoncés dans les arrêts *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85.

S'appuyant sur le raisonnement exposé plus haut, le juge des requêtes, dans son ordonnance en date du 31 août 1993, a répondu par l'affirmative à la question en litige.

Historique des dispositions applicables

Sans conteste, les dispositions de l'article 74 de la Loi tirent directement leur origine de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29. Les paragraphes 73(1) et (2) ainsi que les alinéas 73(3)(a) et (b) de cette loi étaient ainsi conçus:

73. (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Governor in Council may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

(2) The council of a band in respect of which an order has been made under subsection one shall consist of one chief, and one councillor for every one hundred members of the band, but the number of councillors shall not be less than two nor more than twelve and no band shall have more than one chief.

(3) The Governor in Council may, for the purposes of giving effect to subsection one, make orders or regulations to provide

(a) that the chief of a band shall be elected by

(i) a majority of the votes of the electors of the band, or
(ii) a majority of the votes of the elected councillors of the band from among themselves, but the chief so elected shall remain a councillor,

(b) that the councillors of a band shall be elected by

(i) a majority of the votes of the electors of the band, or
(ii) a majority of the votes of the electors of the band in the electoral section in which the candidate resides and that he proposes to represent on the council of the band. [Emphasis added.]

As will be seen, these provisions represented somewhat of a departure from those which had governed the election of a chief of a band in previous years. Subsections 73(1), (2) and (3) were consolidated in chapter 149 of the Revised Statutes of Canada, 1952 as subsections 73 (1), (2) and (3) and, in turn, in chapter I-6 of the Revised Statutes of Canada, 1970 as subsections 74 (1), (2) and (3). Much of the argument addressed to the Court focused on the only change that appears in the text of subsection 74(3) as consolidated in the Revised Statutes of Canada, 1985. Whereas in *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29 and in the 1952 and 1970 consolidations the words "but the chief so elected shall remain a councillor" were incorporated within subparagraph 73(3)(a)(ii), they were placed at the very end of paragraph 74(3)(a) which is the corresponding paragraph in the 1985 consolidation. As appears from section 3 of the *Indian Bands Council Method of Election Regulations*, adopted in 1989,⁴ the framers thereof evidently considered that these words qualified the provisions of subparagraph 74(3)(a)(ii) and not of subparagraph 74(3)(a)(i).

⁴ *Supra*, footnote 2.

73. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le gouverneur en conseil peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour y désigné le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera formé au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

(2) Le conseil d'une bande ayant fait l'objet d'un arrêté prévu par le paragraphe premier se compose d'un chef, ainsi que d'un conseiller par cent membres de la bande, mais le nombre des conseillers ne doit pas être inférieur à deux ni supérieur à douze. Nulle bande ne doit avoir plus d'un chef.

(3) Pour réaliser les fins du paragraphe premier, le gouverneur en conseil peut édicter des arrêtés ou règlements prévoyant

a) Que le chef d'une bande doit être élu

(i) à la majorité des votes des électeurs de la bande, ou
(ii) à la majorité des votes des conseillers élus de la bande parmi eux, mais le chef ainsi élu doit demeurer conseiller;

b) Que les conseillers d'une bande doivent être élus

(i) à la majorité des votes des électeurs de la bande, ou
(ii) à la majorité des votes des électeurs de la bande demeurant dans la section électorale que le candidat habite et qu'il projette de représenter au conseil de la bande; [Je souligne.]

Comme nous allons le constater, ces dispositions s'éloignaient quelque peu de celles qui avaient régi antérieurement l'élection des chefs de bande. Les paragraphes 73(1), (2) et (3) ont été refondus au chapitre 149 des Statuts révisés du Canada, 1952, puis au chapitre I-6 des Statuts révisés du Canada, 1970, mais devenant cette fois-ci les paragraphes 74(1), (2) et (3). Pour une bonne part, l'argumentation adressée à la Cour concernait l'unique changement apporté au texte du paragraphe 74(3) dans les Lois révisées du Canada (1985). Dans la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, ainsi que dans les révisions de 1952 et de 1970, les expressions «mais le chef ainsi élu doit demeurer conseiller» (1951) et «qui doit cependant demeurer conseiller» (1952 et 1970) faisaient partie intégrante des sous-alinéas 73(3)a(ii) ou 74(3)a(ii), mais dans la révision de 1985 la disposition correspondante («le chef ainsi élu devant cependant demeurer conseiller») est placée à la toute fin de l'alinéa 74(3)a). Toutefois, comme l'indique l'article 3 du *Règlement sur le mode d'élection du conseil de certaines bandes indiennes*, adopté en 1989⁴, le législateur a de toute évidence considéré que l'expression en question se rapportait aux dispositions du sous-alinéa 74(3)a(ii) et non pas au sous-alinéa 74(3)a(i).

⁴ Précité, note 2.

Beyond this brief history, the Court's attention was drawn to the larger history of various provisions of federal statutes governing the election of a chief or chiefs of a band after Confederation. It is not necessary to deal with these in detail. Pursuant to a statute enacted by the Parliament of Canada in 1869, "the Chiefs of any tribe, band or body of Indians" could, by order of the Governor in Council, be elected "by the male members of each Indian Settlement of the full age of twenty-one years."⁵ That statute, however, was silent on eligibility requirements for a person to be elected as chief. In 1876, Parliament made it clear that the election of a chief or chiefs be at a "meeting" of the band by those so qualified⁶ but otherwise left the provisions of the earlier statute substantially unchanged. In 1880, Parliament enacted a new statute which authorized the Governor in Council to "introduce the election system of chiefs" whenever that body deemed "it advisable for the good government of a band." Those eligible to vote under that system remained as had been previously provided and, again, no specific eligibility requirement of a person seeking election to the office of chief was laid down.⁷ These various provisions, with some modification that are not material, were consolidated in the Revised Statutes of Canada, 1886.⁸

In 1884, the Parliament of Canada adopted *The Indian Advancement Act*, 1884,⁹ the purpose of which was made apparent in the preamble which read in part:

WHEREAS it is expedient to provide means by which Indians on reserves in diverse parts of the Dominion, may be trained for the future exercise of municipal privileges and powers:

⁵ *An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6, s. 10.*

⁶ *The Indian Act*, 1876, S.C. 1876, c. 18, ss. 61, 62.

⁷ *The Indian Act*, 1880, S.C. 1880, c. 28, ss. 72, 73.

⁸ *The Indian Act*, R.S.C. 1886, c. 43, ss. 75, 127.

⁹ S.C. 1884, c. 28.

Au-delà de ce bref historique, l'attention de la Cour a été attirée sur le contexte historique plus large que fournissent différentes dispositions de lois fédérales régissant l'élection de chefs de bande postérieurement à la Confédération. Il n'est pas nécessaire d'entreprendre un examen approfondi de ces dispositions. Signalons simplement qu'aux termes d'une loi adoptée par le Parlement du Canada en 1869, «les chefs de toute nation, tribu ou peuplade de Sauvages» pouvaient, par décret du gouverneur en conseil, être élus «par les membres du sexe masculin de chaque bourgade sauvage, ayant atteint l'âge de vingt-et-un ans révolus»⁵. Cette loi ne posait cependant aucune condition d'éligibilité relativement au poste de chef. En 1876, le Parlement a précisé que l'élection d'un chef ou de chefs devait se faire lors d'une «assemblée» de la bande par ceux qui y étaient habilités⁶, mais a pour le reste laissé essentiellement inchangées les dispositions de la loi antérieure. En 1880 a été adoptée une nouvelle loi fédérale qui autorisait le gouverneur en conseil à «introduire le système d'élire les chefs» lorsqu'il le jugeait «à propos, pour le bon gouvernement d'une bande». Les personnes ayant qualité pour voter sous ce régime étaient celles qui avaient eu cette qualité aux termes des dispositions antérieures et, là encore, pour ce qui est du poste de chef, aucune exigence particulière en matière d'éligibilité n'était posée⁷. Ces diverses dispositions, modifiées à certains égards qui ne sont pas pertinents en l'espèce, ont été refondues dans les Statuts révisés du Canada, 1886⁸.

En 1884, le législateur a adopté l'*Acte de l'avancement des Sauvages*, 1884⁹, dont l'objet se dégage nettement du préambule, qui porte notamment:

CONSIDÉRANT qu'il est à propos de prendre des mesures au moyen desquelles les sauvages établis sur des réserves, dans les différentes parties du Canada, puissent être préparés à l'exercice futur des privilèges et pouvoirs municipaux:

⁵ *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux, S.C. 1869, ch. 6, art. 10.*

⁶ *L'Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 61, 62.

⁷ *Acte relatif aux Sauvages*, 1880, S.C. 1880, ch. 28, art. 72, 73.

⁸ *Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43, art. 75, 127.

⁹ S.C. 1884, ch. 28.

By section 3 of that statute the Governor in Council could declare "any band or bands of Indians . . . to be considered fit to have this Act applied to them." Sections 4-5 of the statute provided for the division of any reserve into sections and for the election to the council of the reserve of one or more councillors to represent each section. Section 5 thereof required "the male Indians of the full age of twenty-one years, resident on the reserve (hereinafter termed electors)" to meet to elect "one or more members . . . to represent each section" as councillors. By this section, the "Indian or Indians . . . possessed of, and living in, a house in the reserve" and having the greatest number of votes, would be declared elected. Section 6 of that statute governed the election of the "chief councillor." It read:

6. On a day, and at a place, and between hours to be designated by the Superintendent General or his deputy, (provided the day fixed for the same be within eight days from the date at which the councillors were elected), the said councillors shall meet and elect one of their number to act as chief councillor; and the councillor so elected shall be the chief councillor.

Section 10 of the statute empowered the council of a band to make by-laws, rules and regulations on a number of subjects with the intention that these should have force as law "if approved and confirmed by the Superintendent General." This statute was consolidated in the Revised Statutes of Canada, 1886¹⁰ where the provisions of sections 4, 5 and 10 of the 1884 statute appeared as sections 5, 6 and 10 respectively.

The Indian Advancement Act, 1884 as such was not consolidated in the Revised Statutes of Canada, 1906. However, that consolidation did include the *Indian Act*¹¹ which in Part I carried forward the scheme for electing councillors and chiefs that had been provided for in *The Indian Act*, R.S.C. 1886, c. 43¹², and in Part II carried forward the scheme for electing councillors and chiefs and for adopting local laws and regulations that had been provided for in *The*

¹⁰ *The Indian Advancement Act*, R.S.C. 1886, c. 44.

¹¹ *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81.

¹² Ss. 93-96; s. 166.

L'article 3 de cette loi autorisait le gouverneur en conseil à déclarer qu'«une bande de sauvages mérite que le présent acte lui soit appliqué». Les articles 4 et 5 prévoyaient la division d'une réserve en arrondissements et l'élection au conseil de la réserve d'un ou de plusieurs conseillers représentant chaque arrondissement. Suivant l'article 5, «les sauvages du sexe masculin qui auront atteint l'âge de vingt et un ans révolus, domiciliés sur la réserve (ci-après appelés les électeurs)» devaient se réunir dans le but d'élire «un membre ou plusieurs membres . . . devant représenter chaque arrondissement» à titre de conseillers. L'article 5 disposait en outre que seraient déclarés élus «les sauvages . . . qui . . . poss[éda]ient et occup[ai]ent une maison dans la réserve» et qui recevaient le plus grand nombre de votes. L'article 6 de la même loi, qui régissait l'élection du «conseiller en chef», était ainsi libellé:

6. À une date et un endroit, et entre les heures qui seront fixés par le surintendant général ou son député, (pourvu que le jour ainsi fixé à cet effet soit dans les huit jours de la date de l'élection des conseillers,) les conseillers élus se réuniront, et choisiront l'un d'entre eux pour agir comme conseiller en chef; et le conseiller ainsi choisi sera le conseiller en chef.

L'article 10 de la loi investissait le conseil d'une bande du pouvoir d'adopter des statuts et d'établir des règles et règlements traitant de différents sujets, ces statuts, règles et règlements devant avoir force de loi s'ils étaient «approuvés et sanctionnés par le surintendant général». Cette loi a été refondue dans les Statuts révisés du Canada, 1886¹⁰, où les dispositions des articles 4, 5 et 10 de la loi de 1884 sont reprises dans les articles 5, 6 et 10 respectivement.

L'*Acte de l'avancement des Sauvages*, 1884 ne figure pas comme tel dans les Statuts révisés du Canada, 1906. Cette révision comprenait cependant la *Loi des sauvages*¹¹, dont la partie I maintenait le mode d'élection de conseillers et de chefs prévu dans l'*Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43¹², et dont la partie II maintenait le mode d'élection de conseillers et de chefs ainsi que le mode d'adoption de toutes les lois locales et de tous les règlements locaux prévu

¹⁰ *Acte de l'avancement des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 44.

¹¹ *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81.

¹² Art. 93 à 96; art. 166.

Indian Advancement Act, R.S.C. 1886, c. 44.¹³ This same statutory scheme was perpetuated in the Revised Statutes of Canada, 1927 in Parts I and II respectively.¹⁴

As already indicated, the law governing the election of a chief of a band was significantly changed by *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, when the two schemes referred to above which had prevailed alongside each other since 1884 were replaced. In their places was substituted the new scheme for electing councillors and chiefs established in that statute.¹⁵ Section 80 of that statute also provided for the adoption of by-laws and regulations by the council of a band but these were liable to be disallowed by the Minister pursuant to subsection 81(2). By virtue of subsection 82(1), the Governor in Council could declare "that a band has reached an advanced stage of development" and as a result the council thereof could with "the approval of the Minister" make money by-laws and provide for their enforcement. This new scheme, with amendment, now appears in sections 74-79 and 81-83 [section 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15), section 83 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10)] of the Act.

¹³ Ss. 177-193. S. 194 in Part II carried forward the authority to make by-laws, rules or regulations as provided for in the repealed statute.

¹⁴ *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 96-99 and s. 157 (Part I); ss. 168-194 (Part II). Section 185 in Part II carried forward the authority to make by-laws, rules or regulations as provided for in the 1906 consolidation. Section 174 in this consolidation, governing the election of councillors, underwent a slight amendment in 1936 (*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1936, c. 20, s. 13), when the phrase "shall be the councillor or councillors, as the case may be therefor, provided he or they are respectively possessed of, and living in, a house in the reserve" was amended to read: "shall be the councillor or councillors, as the case may be, therefor, provided he or they are respectively possessed of a house on, or living on, the reserve." Section 185 in Part II contained the authority to make by-laws, rules and regulations contained in the repealed statute.

¹⁵ By virtue of s. 123(1) of *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, all of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98 that remained unrepealed became the *Indian (Soldier Settlement) Act* [R.S.C. 1927, c. 98, ss. 187-190]. S. 123(2) "repealed" all portions of Parts I and II of the 1927 consolidation which had provided for the election of chiefs and councillors of bands in general or of advanced bands.

dans l'Acte de l'avancement des Sauvages, S.R.C. 1886, ch. 44¹³. Ce même régime législatif a été conservé par les Statuts révisés du Canada, 1927, aux parties I et II respectivement¹⁴.

a

Comme je l'ai déjà indiqué, les règles de droit régissant l'élection d'un chef de bande ont été sensiblement changées par la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, qui est venue substituer aux deux régimes visés plus haut, qui avaient existé parallèlement depuis 1884, un nouveau mode d'élection de conseillers et de chefs¹⁵. De plus, l'article 80 de la même loi habilitait les conseils de bande à établir des statuts administratifs, que le ministre pouvait toutefois désavouer en vertu du paragraphe 81(2). Aux termes du paragraphe 82(1), le gouverneur en conseil pouvait déclarer «qu'une bande a atteint un haut degré d'avancement», par suite de quoi il était loisible au conseil de cette bande, «sous réserve de l'approbation du Ministre», d'établir des statuts administratifs en matière financière et de voir à leur application. Ce nouveau régime, avec modifications, figure actuellement aux articles 74 à 79 et aux articles 81 à 83 [article 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 15), article 83 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 10)] de la Loi.

b

c

d

e

¹³ Art. 177 à 193. L'art. 194 à la partie II maintenait le pouvoir d'adopter des statuts et d'établir des règles ou règlements conféré par la loi abrogée.

¹⁴ *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 96 à 99 et art. 157 (partie I); art. 168 à 194 (partie II). L'article 185 à la partie II maintenait le pouvoir d'adopter des statuts et d'établir des règles ou règlements conféré dans la refonte de 1906. L'art. 174 de la refonte de 1927, visant l'élection de conseillers, a été légèrement modifié en 1936 (*Loi modifiant la Loi des Indiens*, S.C. 1936, ch. 20, art. 13), l'expression «en est le conseiller ou en sont les conseillers, suivant le cas, à condition de posséder et d'occuper respectivement une maison dans la réserve» étant en effet remplacée par «en est le conseiller ou en sont les conseillers, suivant le cas, à condition de posséder respectivement une maison dans la réserve et de vivre dans la réserve». L'art. 185 à la partie II était attributif du pouvoir, qu'avait conféré la loi abrogée, d'adopter des statuts et d'établir des règles et règlements.

¹⁵ Suivant l'art. 123(1) de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, toutes les dispositions non abrogées de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, devenaient la *Loi sur les Indiens (Établissement de soldats)* [S.R.C. 1927, ch. 98, art. 187 à 190]. L'art. 123(2) «abrogeait» toutes les dispositions des parties I et II de la refonte de 1927 qui avaient prévu l'élection de chefs et de conseillers de bandes, tant ordinaires qu'avancées.

The issue

The principal issue before this Court is whether the Motions Judge erred in determining that a person need not be an "elector" in order to be eligible for election as the chief of the Sturgeon Lake Indian Band. The first five appellants take issue with the order below on several grounds. These are that the Motions Judge failed to properly apply "the *Nowegijick* principle," that is to say the principle of interpretation of a statute relating to Indians enunciated by the Supreme Court of Canada in *Nowegijick*, *supra*; that he failed to consider paragraph 74(3)(a) of the Act in its entirety; that he neglected the purpose of the relevant statutory provisions as revealed by their history; that he ought to have analogized the eligibility requirements for election of a chief under section 74 to those for the election of a mayor or reeve of a municipality at the provincial level;¹⁶ and, finally, that he erred in concluding [at page 60] that a requirement that a candidate for chief be an elector would "vitiate the democratic will of the electors of the band." The remaining appellants placed particular emphasis on the history of the legislation as indicating an intention by Parliament that any person seeking election as Chief of the Band be an "elector" as defined in section 2 of the Act.

Analysis

The Motions Judge regarded the relevant provisions of the Act as unambiguous. It is in this light, it seems to me, that he found no assistance in the prin-

¹⁶ Counsel for the second group of appellants drew the Court's attention to various pieces of provincial legislation in which are specified eligibility requirements of a candidate for the offices of reeve or mayor, which include those of residency in the province or municipality, a minimum age and citizenship. See, for example, the *Local Authorities Election Act*, S.A. 1983, c. L-27.5, ss. 21, 47; *Municipal Government Act*, R.S.A. 1980, c. M-26, s. 29.

La question en litige

La Cour se trouve principalement saisie de la question de savoir si c'est à tort que le juge des requêtes a conclu qu'il n'est pas nécessaire d'avoir qualité d'«électeur» pour pouvoir être élu chef de la bande indienne de Sturgeon Lake. Les cinq premiers appelants contestent à plusieurs titres l'ordonnance rendue par ledit juge. En effet, ils font grief au juge des requêtes de ne pas avoir appliqué de façon appropriée [TRADUCTION] «le principe posé dans l'arrêt *Nowegijick*», c'est-à-dire le principe relatif à l'interprétation de lois concernant les Indiens posé par la Cour suprême du Canada dans cet arrêt-là (référence plus haut); de ne pas avoir pris en considération l'ensemble de l'alinéa 74(3)a) de la Loi; et de ne pas avoir tenu compte de l'objet des dispositions législatives pertinentes tel qu'il se dégage d'un examen de leur histoire. Ils prétendent en outre que le juge aurait dû assimiler les conditions à remplir pour se faire élire chef en vertu de l'article 74 à celles auxquelles il faut satisfaire pour être élu maire ou préfet d'une municipalité dans une province¹⁶. Ils soutiennent en dernier lieu que c'est à tort que le juge des requêtes a conclu [à la page 60] qu'une exigence selon laquelle un candidat au poste de chef devait être électeur aurait pour effet de «vicier de faite la volonté démocratique des électeurs de la bande». Les autres appelants ont insisté particulièrement sur le fait que l'histoire des dispositions législatives en question révélait l'intention du législateur fédéral, à savoir que quiconque cherche à se faire élire chef de la Bande doit avoir qualité d'«électeur» au sens de l'article 2 de la Loi.

Analyse

Le juge des requêtes a tenu pour non équivoques les dispositions pertinentes de la Loi. C'est pour cette raison, me semble-t-il, qu'il a considéré comme ne

¹⁶ L'avocat du deuxième groupe d'appellants a attiré l'attention de la Cour sur divers textes législatifs provinciaux qui énoncent les exigences auxquelles est tenu de satisfaire tout candidat au poste de préfet ou de maire, exigences parmi lesquelles figurent l'obligation de résider dans la province ou bien dans la municipalité concernée, d'avoir atteint un âge minimum déterminé et de posséder la citoyenneté canadienne. Voir par exemple, la *Local Authorities Election Act*, S.A. 1983, ch. L-27.5, art. 21, 47; *Municipal Government Act*, R.S.A. 1980, ch. M-26, art. 29.

ciples of interpretation enunciated by Dickson J. (as he then was) in *Nowegijick*, *supra*. In that case, Dickson J. stated, at page 36:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. If the statute contains language which can reasonably be construed to confer tax exemption that construction, in my view, is to be favoured over a more technical construction which might be available to deny exemption. In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties “must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians”.

These principles were repeated by Dickson C.J. in *Mitchell*, *supra*, at pages 98-99. At page 98, the learned Chief Justice reduced them to the following elements:

Two elements of liberal interpretation can be found in this passage: (1) ambiguities in the interpretation of treaties and statutes relating to Indians are to be resolved in favour of the Indians, and (2) aboriginal understandings of words and corresponding legal concepts in Indian treaties are to be preferred over more legalistic and technical constructions. In some cases, the two elements are indistinguishable, but in other cases the interpreter will only be able to perceive that there is an ambiguity by first invoking the second element.

Of the remaining Justices, three made no mention of the *Nowegijick* principles. The other three Justices, for whom La Forest J. wrote, dealt with them explicitly. At page 142, La Forest J. stated that he did not take issue “with the principle that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.” However, at page 143, he added the following:

But as I view the matter, somewhat different considerations must apply in the case of statutes relating to Indians. Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. This approach is not a jettisoning of the liberal interpretative method. As already stated, it is

lui étant d’aucun secours les principes d’interprétation énoncés par le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *Nowegijick*, précité. Le juge Dickson y fait les observations suivantes, à la page 36:

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d’impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Si la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une exemption d’impôts, il faut, selon moi, préférer cette interprétation à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l’exemption. Dans l’affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRANSDUCTION] «doivent . . . être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage . . . mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage».

Ces principes ont été répétés par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Mitchell*, précité, aux pages 98 et 99. À la page 98, le juge en chef les ramène aux éléments suivants:

Il est possible de dégager deux éléments d’interprétation libérale dans ce passage: (1) les ambiguïtés dans l’interprétation des traités et des lois visant les Indiens doivent profiter aux Indiens, et (2) la compréhension qu’ont les autochtones des termes et des concepts juridiques correspondants contenus dans les traités avec les Indiens doit être préférée aux interprétations plus strictes et formalistes. Dans certains cas, les deux éléments ne peuvent être distingués, mais dans d’autres cas l’interprète ne pourra percevoir une ambiguïté qu’en invoquant d’abord le deuxième élément.

Sur les autres juges, trois ont passé sous silence les principes posés dans l’arrêt *Nowegijick*, tandis que les trois autres, dont l’opinion a été rédigée par le juge La Forest, en ont traité explicitement. À la page 142, le juge La Forest dit ne pas contester «le principe que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens». Il ajoute, cependant, à la page 143:

Mais selon ma conception de l’affaire, des considérations quelque peu différentes doivent s’appliquer dans le cas des lois visant les Indiens. Alors qu’un traité est le produit d’une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l’expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu’il soit particulièrement utile d’essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l’article en question. Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d’interprétation

clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them. Thus if legislation bears on treaty promises, the courts will always strain against adopting an interpretation that has the effect of negating commitments undertaken by the Crown; see *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), at p. 533.

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote.

In any event, nothing in the record before us expressly indicates that the relevant statutory provisions "would naturally be understood by the Indians" in any particular way; nor was it clearly demonstrated that the interpretation favoured by the appellants would necessarily be "in favour of the Indians."

The appellants contend that sections 74-79 of the Act should be read in their historical setting. That setting indicates that, up to 1884, the election of a chief of any band was by direct vote; that under the provisions of *The Indian Advancement Act*, 1884 the Parliament of Canada established a modified scheme of self-government both with respect to band elections and the adoption by a band of laws and regulations applying on the reserves to which that statute applied; that this scheme and the one which had already existed were both consolidated in the Revised Statutes of Canada, 1886; that both schemes, with modifications that are not of significance, continued in effect as Parts I and II, respectively, of the Revised Statutes of Canada, 1906 and 1927; that these two schemes disappeared in 1951 by virtue of *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29 and a new scheme was substituted; that the new scheme was consolidated in the Revised Statutes of Canada 1952 and 1970, and in the Act with some modification in the 1985 consolidation.

libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. Donc si la loi porte sur des promesses contenues dans un traité, les tribunaux vont toujours s'efforcer de rejeter une interprétation qui a pour effet de nier les engagements pris par la Couronne; voir l'arrêt *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), à la p. 533.

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient [sic] à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir.

Quoi qu'il en soit, il ne ressort du dossier dont nous disposons rien qui indique expressément que les dispositions législatives pertinentes auraient «pour les Indiens, [un] sens naturel» particulier; d'autre part, on n'a pas clairement établi que l'interprétation que préféreraient les appelants «profiterait nécessairement aux Indiens».

Les appelants soutiennent que les articles 74 à 79 de la Loi sont à lire dans leur contexte historique. Il ressort de ce contexte que, jusqu'en 1884, l'élection des chefs de bande se faisait par vote direct; que dans l'*Acte de l'avancement des Sauvages*, 1884, le Parlement du Canada a instauré un régime modifié d'autonomie gouvernementale tant en ce qui concerne les élections de bande qu'en ce qui concerne l'adoption par une bande de lois et de règlements applicables dans les réserves visées par cet «acte»; que ce régime ainsi que celui qui existait déjà ont été refondus dans les Statuts révisés du Canada, 1886; que les deux régimes, modifiés à certains égards qui ne tirent pas à conséquence, ont été maintenus dans les Statuts révisés du Canada de 1906 et 1927, constituant respectivement les parties I et II de la loi pertinente y figurant; que les deux régimes ont été abolis en 1951 par la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, qui y a substitué un régime nouveau; que ce nouveau régime a été refondu dans les Statuts révisés du Canada de 1952 et 1970, et encore une fois dans la révision de 1985, mais avec certaines modifications dans ce dernier cas.

According to the appellants, this history reveals that residency on a reserve has been a feature of eligibility for election as the chief of a band. That, indeed, was true with respect to the election of a chief under *The Indian Advancement Act*, 1884 which was ultimately incorporated in Part II of the 1927 consolidation. To be eligible for election thereunder, a candidate had to be an “Indian . . . possessed of, and living in, a house in the reserve” and unless that person was first elected to the band council he could not be elected as “chief councillor” pursuant to that statute. In all other situations under the previous legislation as incorporated in Part I of the 1927 consolidation, no particular eligibility requirement for election as chief of a band was laid down. At the time *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29 was enacted, therefore, the position appeared to have been that whereas under Part I of the former statute no particular eligibility requirement was imposed for a candidate seeking office as chief of a band, under Part II of that statute, which was referable to advanced bands, such a candidate had to be resident on the reserve and be possessed of and living in a house thereon.

It is clear that the 1951 statute did work important changes in the law as previously applied. By its provisions, the two former schemes for the election of a chief of the band was replaced by a composite scheme. This new scheme called for the election of a chief of a band, in the circumstances therein stated, either by direct election or by the councillors so elected. Whether a person sought election as chief or as a councillor, he or she had to be nominated, that is “moved and seconded by persons who are themselves eligible to be nominated” as provided in subsection 74(2) of that statute. Otherwise the statute, like the Act, laid down no eligibility requirement for the office of a chief to be elected by direct vote pursuant to subparagraph 73(3)(a)(i).

The history of the pre-1951 legislation does not assist me in construing the provisions of paragraph 74(3)(a) of the Act. In particular, I do not find in it any reliable indication of an intention that eligibility for election as a band chief is to be analogized to the

D’après les appelants, l’histoire révèle donc qu’il a fallu résider dans la réserve pour pouvoir se faire élire chef de bande. Il en était effectivement ainsi pour ce qui est de l’élection d’un chef sous le régime de l’*Acte de l’avancement des Sauvages*, 1884, qui est devenu la partie II de la refonte de 1927. Pour être candidat sous le régime de la loi de 1884, il fallait être un «sauvage . . . qui . . . possède et occupe . . . une maison dans la réserve» et, aux termes de ladite loi, on ne pouvait se faire élire «conseiller en chef» sans avoir d’abord été élu membre du conseil de bande. Dans tous les autres cas visés par les dispositions législatives antérieures reprises dans la partie I de la refonte de 1927, aucune condition particulière n’était requise pour se faire élire chef de bande. Donc, lors de l’adoption de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, la situation semble avoir été la suivante: tandis que sous le régime de la partie I de l’ancienne loi, le candidat au poste de chef de bande n’était soumis à aucune exigence particulière en ce qui concerne l’éligibilité, la partie II de la même loi, qui s’appliquait aux bandes avancées, exigeait que le candidat réside dans la réserve et y possède et occupe une maison.

De toute évidence, la loi de 1951 a opéré des changements importants dans les règles de droit qui s’appliquaient auparavant. Elle est en effet venue remplacer par un régime complexe les deux anciens modes d’élection d’un chef de bande. Sous ce nouveau régime, le chef de bande était élu, dans les circonstances y exposées, soit par vote direct, soit par le vote des conseillers qui, eux, avaient été élus par vote direct. Le candidat au poste de chef ou de conseiller devait être présenté, c’est-à-dire que sa candidature devait être «proposée et appuyée par des personnes habiles elles-mêmes à être présentées», comme le prescrivait le paragraphe 74(2) de cette loi. À cette seule exception près, ni la loi de 1951 ni celle de 1985 ne posait de condition d’éligibilité relativement au poste de chef dans les cas où l’élection devait se faire par vote direct conformément au sous-alinéa 73(3)(a)(i).

L’historique de la législation antérieure à 1951 ne m’est d’aucun secours pour ce qui est de l’interprétation de l’alinéa 74(3)(a) de la Loi. En particulier, j’estime qu’on ne saurait y voir une indication fiable que le législateur a voulu que les conditions à remplir

eligibility requirements for election as mayor or reeve of a municipal government at the provincial level. While under Part II of the 1927 consolidation and for many years previously a candidate for election as band chief had to be “possessed of a house on, or living on, the reserve,”¹⁷ there is no reliable evidence that this requirement was intended to be applied across the board under the 1951 statute. For an even longer period of time prior to 1951, a person could be elected chief of many bands by direct vote without holding any particular eligibility requirement. In my view, by chapter 29 of 1951 Parliament adopted somewhat more flexible provisions for the election of the chief of a band which appear to partake of some of the features of the former legislation. For example, subparagraph 73(3)(a)(i) may be compared with Part I of the former statute in that it lays down no eligibility requirement; subparagraph 73(3)(a)(ii) may be compared with the eligibility requirements under Part II thereof. It was, of course, open to Parliament to build upon the concept of local self-government, which it did, but the extent it wished to do so was a matter for it alone to decide. In summary, I do not find the 1951 statute as indicating that the eligibility requirements for the election of a chief is to be analogized to those for the election of a reeve or mayor at the provincial level.

The post-1951 legislation must be treated separately. The appellants contend that paragraph 74(3)(a) of the Act contains a significant modification to that which was adopted as paragraph 73(3)(a) of the 1951 statute. It will be recalled that whereas the words “but the chief so elected shall remain a councillor,” were incorporated at the end of subparagraph 73(3)(a)(ii) of the latter statute and in the 1952 and the 1970 consolidations thereof, they now appear at the very end of paragraph 74(3)(a). The argument here is that this indicates an intention to modify both subparagraph 74(3)(a)(i) and (ii) rather than subparagraph (ii) alone as had previously been the case. Thus

¹⁷ As per the 1936 enactment (see footnote 14).

pour se faire élire chef de bande soient assimilables à celles auxquelles il faut satisfaire pour être élu maire ou préfet d’une municipalité dans une province. Il est certes exact que sous le régime de la partie II de la refonte de 1927 et pendant bien des années auparavant, le candidat au poste de chef de bande devait «posséder . . . une maison dans la réserve et . . . vivre dans la réserve»¹⁷, mais rien ne permet de conclure formellement que cette exigence était censée s’appliquer systématiquement dans le contexte de la loi de 1951. En effet, pendant encore plus longtemps au cours de la période antérieure à 1951, on pouvait, au sein de bien des bandes, se faire élire chef par vote direct sans être soumis à des exigences particulières en matière d’éligibilité. Selon moi, au chapitre 29 des statuts de 1951, le Parlement a adopté, en ce qui concerne l’élection de chefs de bande, des dispositions un peu plus souples qui semblent reprendre certains éléments des dispositions antérieures. Par exemple, le sous-alinéa 73(3)(a)(i) peut être rapproché de la partie I de l’ancienne loi, car il n’établit aucune condition d’éligibilité; quant au sous-alinéa 73(3)(a)(ii), il peut se comparer avec les conditions d’éligibilité posées à la partie II de la même loi. Bien entendu, il était loisible au Parlement de s’inspirer du concept de l’autonomie gouvernementale locale—ce qu’il a fait d’ailleurs—, mais c’était à lui seul de décider dans quelle mesure il souhaitait le faire. En résumé, je ne trouve dans la loi de 1951 aucune indication que les conditions à remplir pour se faire élire chef doivent être considérées comme analogues à celles auxquelles on doit satisfaire pour être élu préfet ou maire dans une province.

Quant à la législation postérieure à 1951, elle doit être examinée séparément. Les appelants prétendent que l’alinéa 74(3)(a) de la Loi apporte une modification importante à l’alinéa 73(3)(a) de la loi de 1951. Or, on se rappellera que, dans cette dernière loi, l’expression «mais le chef ainsi élu doit demeurer conseiller» figure à la fin du sous-alinéa 73(3)(a)(ii) et fait partie intégrante de ce sous-alinéa, et que l’expression «qui doit cependant demeurer conseiller» occupe la même place aux sous-alinéas 73(3)(a)(ii) et 74(3)(a)(ii) respectivement des refontes de 1952 et de 1970. Cependant, dans la version actuelle de la Loi, l’expression «le chef ainsi élu devant cependant

¹⁷ Suivant la loi de 1936 (voir la note 14).

a person elected as chief under subparagraph (i) is, like one elected as chief under subparagraph (ii), to have been a councillor in order to “remain” one. In other words, a chief elected by direct vote under subparagraph (i) must be an “elector.” Otherwise he or she would not be eligible to be elected as a councillor. At the very least, it is contended that the paragraph as it now stands is ambiguous and therefore should be construed according to the *Nowegijick* principles.

I have difficulty with these arguments. In the first place, if the appellants are correct, the application of the words “but the chief so elected shall remain a councillor” to both subparagraphs would make little or no sense because the election of a chief by direct vote under subparagraph (i) is a discrete election from that which is provided for in subparagraph (ii). It makes more sense to read them as modifying subparagraph (ii) alone, which clearly had been the case in chapter 29 of 1951 and through the 1952 and 1970 consolidations thereof.

In seeking the solution to this problem it must not be overlooked that this change was made in the course of consolidating the public general statutes of Canada rather than in a newly enacted public statute. The Revised Statutes of Canada, 1985 have their legal foundation in the *Statute Revision Act*, S.C. 1974-75-76, c. 20. By that statute, a Statute Revision Commission was established with power, under section 5, to “arrange, revise and consolidate the public general statutes of Canada.” In preparing the revision, the Commission was mandated by section 6 of the statute, *inter alia*, to:

6. . . .

(h) correct editing, grammatical or typographical errors in the statutes.

Section 7 of the statute envisioned the enactment of a further statute, a model of which was set out in the

demeurer conseiller» se trouve à la toute fin de l’alinéa 74(3)a). On fait donc valoir que cela traduit une intention de faire en sorte que l’expression en question se rapporte à la fois aux sous-alinéas (i) et (ii) et non pas simplement au sous-alinéa (ii), comme c’était le cas auparavant. Ainsi, le chef élu sous le régime du sous-alinéa (i), à l’instar de celui élu sous le régime du sous-alinéa (ii), doit être déjà conseiller pour pouvoir le «demeurer». En d’autres termes, le chef élu par vote direct conformément au sous-alinéa (i) doit avoir qualité d’«électeur», sans quoi il n’aurait pu se faire élire conseiller. Tout au moins, soutient-on, l’alinéa dans sa rédaction actuelle est ambigu et devrait en conséquence s’interpréter en fonction des principes posés dans l’arrêt *Nowegijick*.

J’ai de la difficulté à accepter ces arguments. En premier lieu, si les appelants ont raison, appliquer aux deux sous-alinéas l’expression «le chef ainsi élu devant cependant demeurer conseiller» n’aurait guère de sens parce que l’élection d’un chef par vote direct sous le régime du sous-alinéa (i) se passe indépendamment de l’élection prévue au sous-alinéa (ii). Il est en effet plus logique de considérer l’expression en question comme ne se rapportant qu’au sous-alinéa (ii), ce qui avait manifestement été le cas au chapitre 29 des statuts de 1951 ainsi que dans les refontes de la loi contenues dans les Statuts révisés de 1952 et de 1970.

En cherchant à résoudre ce problème, il ne faut pas perdre de vue que le changement susmentionné s’est effectué dans le cadre de la refonte des lois d’intérêt public et général du Canada plutôt que dans une loi publique nouvellement adoptée. Le fondement légal des Lois révisées du Canada (1985) se trouve dans la *Loi sur la révision des lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 20, en vertu de laquelle a été constituée une Commission de révision [*sic*] des lois qui, aux termes de l’article 5, «organise, revise [*sic*] et codifie les lois d’intérêt public et général du Canada». Lorsqu’elle procédait à la révision, la Commission était notamment autorisée, par l’article 6 de la loi, à:

6. . . .

h) corriger les erreurs de présentation et les erreurs grammaticales ou typographiques dans les lois.

L’article 7 de la loi envisageait l’adoption d’une autre loi, dont un modèle figurait à l’annexe. Cette autre loi

Schedule. That statute was adopted as the *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40, (adopted as S.C. 1987, c. 48, assented to 17 December 1987). The legal effect of the revision and repeal brought about by the adoption of the Revised Statutes of Canada, 1985 is made plain in section 4 of this statute:

4. The Revised Statutes shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation of the law as contained in the Acts and portions of Acts repealed by section 3 and for which the Revised Statutes are substituted.

It is difficult to know why the phrase "but the chief so elected shall remain a councillor" was repositioned in paragraph 74(3)(a) of the 1985 consolidation. Possibly it was done pursuant to paragraph 6(h) of the *Statute Revision Act*. Given its former position in subparagraph 73(3)(a)(ii) of the 1951 statute, there can be little doubt that it was there intended to modify the earlier portion of that subparagraph only. In other words, its role was to make clear that a person elected by fellow councillors to the office of chief from among themselves did not thereby cease to be a councillor. However, section 4 of the *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, puts to rest any suggestion that the repositioning of the phrase was intended to change the previous law, for that section clearly states that the Revised Statutes of Canada, 1985 "shall not be held to operate as new law."

There can be no doubt that the effect of the Motions Judge's interpretation of subparagraphs 74(3)(a)(i) and (ii) of the Act is that while a person who seeks the office of chief of a band need not be an elector, a person must be an elector in order to be elected chief by the elected councillors. This, say the appellants, produces an absurdity which Parliament cannot be taken to have intended. The alleged absurdity is identified by the Motions Judge, when he stated [at page 60]:

Finally, the applicants contend that if s. 75 is interpreted as containing no eligibility requirements for a candidate for the office of chief a non Canadian, nonresident under the age of 18 could be elected chief after being nominated by two non Canadians, nonresident minors.

The proper approach, they say, is to read each subparagraph as requiring that in order for a person to be elected as chief of the band, whether by direct vote or

s'intitulait *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)*, L.R.C. (1985), (3^e suppl.), ch. 40 (adoptée dans L.C. 1987, ch. 48, sanctionnée le 17 décembre 1987). L'effet juridique de la révision et de l'abrogation opérées par l'adoption des Lois révisées du Canada (1985) ressort nettement de l'article 4 de cette dernière loi:

4. Les lois révisées ne sont pas censées être de droit nouveau; dans leur interprétation et leur application, elles constituent une refonte du droit contenu dans les lois abrogées par l'article 3 et auxquelles elles se substituent.

Il est difficile de savoir pourquoi, dans la refonte de 1985, l'expression «le chef ainsi élu devant cependant demeurer conseiller» a été déplacée à l'intérieur de l'alinéa 74(3)a). Cela s'est peut-être fait en conformité avec l'alinéa 6h) de la *Loi sur la révision des lois*. Étant donné la place que l'expression équivalente avait occupée au sous-alinéa 73(3)a)(ii) de la loi de 1951, il n'y a guère à douter qu'elle était censée modifier uniquement la version antérieure de ce sous-alinéa. En d'autres termes, elle servait à préciser que la personne élue chef par ses collègues conseillers n'en demeurerait pas moins conseiller pour autant. L'article 4 de la *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)* vient toutefois écarter toute idée selon laquelle le déplacement de l'expression en question visait à modifier la règle de droit antérieure, car il dit clairement que les Lois révisées du Canada (1985) «ne sont pas censées être de droit nouveau».

Sans aucun doute, il résulte de l'interprétation donnée par le juge des requêtes aux sous-alinéas 74(3)a)(i) et (ii) de la Loi que la personne qui brigue le poste de chef de bande n'a pas à être électeur, mais qu'on doit avoir cette qualité pour se faire élire chef par les conseillers élus. Voilà, prétendent les appelants, qui mène à une absurdité qui n'a pas pu être dans les intentions du législateur. Cette prétendue absurdité est évoquée par le juge des requêtes dans le passage suivant [à la page 60]:

Enfin, les requérants soutiennent que si l'art. 75 est interprété comme n'imposant aucune condition d'admissibilité au candidat au poste de chef, un non-Canadien, non-résident de moins de 18 ans pourrait être élu chef après avoir été nommé par deux non-Canadiens non-résidents mineurs.

D'après les appelants, il convient d'interpréter chacun des sous-alinéas en question comme exigeant que, pour être élu chef de la bande, soit par vote

indirectly by the duly elected councillors, he or she must be an elector.

The principle here relied upon was enunciated by Lord Blackburn in *River Wear Commissioners v. Adamson and Others*, [1874-80] All E.R. Rep. 1 (H.L.), at page 12:

But it is to be borne in mind that the office of the judges is not to legislate, but to declare the expressed intention of the legislature, even if that intention appears to the court injudicious; and I believe that it is not disputed that what Lord Wensleydale used to call "the golden rule" is right, viz., that we are to take the whole statute together, and construe it altogether, giving the words their ordinary signification, unless when so applied they produce an inconsistency, or an absurdity, or inconvenience so great as to convince the court that the intention could not have been to use them in their ordinary signification, and to justify the court in putting on them some other signification which, though less proper, is one which the court thinks the words will bear.

See also *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: 1994), at page 79 *et seq.*

That the application of this principle of construction has its limitations has become clear from a very recent decision of the Supreme Court of Canada: *R. v. McIntosh* [[1995] S.C.J. No. 16 (QL)]. That, of course, was a criminal case but, as will appear, the opinion of the majority on the point has general application. The Court had to interpret certain provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] from which it was argued that those provisions could not mean what they said because the result would be absurd and Parliament could not have intended an absurd result. In rejecting this argument, the Chief Justice of Canada, speaking for the majority, stated at page 38:

I would adopt the following proposition: where, by the use of clear and unequivocal language capable of only one meaning, anything is enacted by the legislature, it must be enforced however harsh or absurd or contrary to common sense the result may be (Maxwell on the Interpretation of Statutes, *supra*, at p. 29). The fact that a provision gives rise to absurd results is not, in my opinion, sufficient to declare it ambiguous and then embark upon a broad-ranging interpretive analysis.

And at page 42, he added:

Even though I agree with the Crown that the interpretation of s. 34(2) which makes it available to initial aggressors may be somewhat illogical in light of s. 35, and may lead to some absurdity, I do not believe that such considerations should lead

direct, soit indirectement par les conseillers dûment élus, le candidat doit avoir qualité d'électeur.

Le principe invoqué en l'espèce est celui qu'a énoncé lord Blackburn dans l'arrêt *River Wear Commissioners v. Adamson and Others*, [1874-80] All E.R. Rep. 1 (H.L.), à la page 12:

[TRADUCTION] Il faut toutefois se rappeler que le propre des juges n'est pas de légiférer mais de déclarer l'intention exprimée par le législateur, même si, aux yeux du tribunal, cette intention peut paraître peu judicieuse. Je tiens d'ailleurs pour incontestée l'exactitude de ce que Lord Wensleydale avait coutume d'appeler «la règle d'or», c'est-à-dire qu'on doit considérer et interpréter la loi dans son ensemble en donnant à ses termes leur sens courant, à moins qu'on n'aboutisse ainsi à une contradiction, à une absurdité ou à un inconvénient qui, de par sa gravité, convainc le tribunal que le législateur n'a pas pu avoir l'intention de les employer dans leur sens courant, et justifie que le tribunal leur donne un autre sens qui, quoique moins propre, traduit ce que le tribunal conçoit comme la réalité.

Voir aussi *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto, 1994), à la page 79 et suiv.

Qu'il y ait des limites à l'application de ce principe d'interprétation, c'est ce qui se dégage nettement de l'arrêt très récent de la Cour suprême du Canada *R. c. McIntosh* [[1995] A.C.S. n^o 16 (QL)]. Il s'agit là évidemment d'une affaire pénale, mais, comme nous le verrons, l'opinion exprimée par les juges majoritaires sur ce point est d'application générale. La Cour suprême était appelée à interpréter certaines dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] dont on affirmait qu'elles ne pouvaient s'interpréter littéralement puisque cela mènerait à une absurdité, ce que le Parlement n'a pas pu vouloir. Le juge en chef du Canada a rejeté cet argument. Se prononçant au nom des majoritaires, il dit en effet, à la page 42:

Voici la proposition que j'adopterais: lorsqu'une législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes ou même contraires à la logique (Maxwell on the Interpretation of Statutes, *op. cit.*, à la p. 29). Le fait qu'une disposition aboutit à des résultats absurdes n'est pas, à mon avis, suffisant pour affirmer qu'elle est ambiguë et procéder ensuite à une analyse d'interprétation globale.

Le juge en chef ajoute, à la page 47:

Même si, à l'instar du ministère public, je suis d'avis qu'il est quelque peu illogique, compte tenu de l'art. 35, de considérer qu'un agresseur initial puisse se prévaloir de l'application du par. 34(2) et que cela donne lieu à une certaine absurdité, je

this Court to narrow a statutory defence. Parliament, after all, has the right to legislate illogically (assuming that this does not raise constitutional concerns). And if Parliament is not satisfied with the judicial application of its illogical enactments, then Parliament may amend them accordingly.

In *Cardinal et al. v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 508, it was made plain that the provisions of the Act are not to be construed in any special way if the language used is clear. At page 520, Estey J. stated:

It serves no purpose to interpret the language of Parliament by attributing to it meanings which are not plain and natural, but rather which are super-imposed upon the words adopted by Parliament in order to promote an intention conceived by the Court to be inadequately attended to by Parliament itself. If the words employed . . . are clear and unambiguous as in my view they are, there is no need to invoke some mechanics of interpretation which might bring about a restrictive or unnatural interpretation.

As the Motions Judge intimates, while a person in the position of Ms. Desjarlais might well succeed in gaining nomination for the office of Chief of the Band even though that person is not an "elector," this does not lead inevitably to the election of that person to that office. That decision is by the Act firmly left in the hands of those who are given the ultimate choice over whom shall become their leader—the "electors" of the Band as defined in section 2 of the Act. It is not the function of this Court to disregard the plain meaning of the Act simply because it may be viewed by some as anomalous. That is the task of Parliament itself, provided it can be persuaded that a person to be elected as chief of a band pursuant to subparagraph 74(3)(a)(i) of the Act ought to be an "elector" as defined in section 2 thereof.

I would dismiss the appeal with one set of costs in the appeal and the appeal in Court File No. A-553-93.

STRAYER J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

ne crois pas que notre Cour devrait limiter l'étendue d'un moyen de défense prévu dans la loi. Après tout, le législateur a le droit de légiférer de façon illogique (pourvu qu'il ne soulève pas de préoccupations d'ordre constitutionnel). Si le législateur n'est pas satisfait de l'application que les tribunaux accordent aux textes législatifs illogiques, il peut les modifier en conséquence.

Dans l'arrêt *Cardinal et autres c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 508, la Cour suprême a bien précisé que les dispositions de la Loi ne doivent pas recevoir d'interprétation particulière si ses termes sont non équivoques. Le juge Estey tient les propos suivants, à la page 520:

Il est inutile d'interpréter le texte du législateur de manière à lui donner un sens qui n'est ni ordinaire ni normal, mais qui se superpose plutôt aux termes choisis afin de mettre en oeuvre un objet que le législateur aurait négligé selon la Cour. Si les termes utilisés . . . sont clairs et précis comme je le crois, il n'est pas alors nécessaire de faire appel à un mécanisme d'interprétation qui pourrait en restreindre ou dénaturer le sens.

Comme le donne à entendre le juge des requêtes, une personne dans la situation de M^{me} Desjarlais pourrait fort bien réussir à être candidate au poste de chef de la bande même si elle n'avait pas qualité d'«électeur», mais cela ne conduit pas inévitablement à son élection à ce poste. Aux termes de la Loi, cette décision appartient incontestablement aux personnes auxquelles il revient en dernière analyse de choisir leur chef, et ces personnes sont les «électeurs» de la bande au sens de l'article 2 de la Loi. La Cour ne saurait faire abstraction du sens manifeste de la Loi du seul fait que d'aucuns pourraient la considérer comme anormale. Tel est le propre du Parlement, à supposer qu'il se laisse persuader que quiconque cherche à se faire élire chef d'une bande en conformité avec le sous-alinéa 74(3)(a)(i) de la Loi devrait être un «électeur» selon la définition figurant à l'article 2 de cette Loi.

Je rejeterais l'appel avec un seul mémoire de frais dans le présent appel et dans l'appel numéro A-553-93.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: J'y souscris.

A-94-94

A-94-94

Ylona A. Gall (*Applicant*)**Ylona A. Gall** (*requérante*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)**a** **Le procureur général du Canada** (*intimé*)*INDEXED AS: GALL v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: GALL c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Desjardins and McDonald J.J.A.—Toronto, December 6, 1994; Ottawa, January 26, 1995.

b Cour d'appel, juge en chef Isaac et juges Desjardins et McDonald, J.C.A.—Toronto, 6 décembre 1994; Ottawa, 26 janvier 1995.

Unemployment insurance — Judicial review of Umpire's decision payments under Ontario No-Fault Benefits Schedule, s. 13(1) earnings under Unemployment Insurance Regulations, s. 57(2)(d), properly deducted from U.I. benefits — Applicant unemployed when injured in motor vehicle accident entitling her to benefits under s. 13 — S. 13 benefits not for income loss — Umpires to determine whether no-fault payments compensation for loss of employment income, actual or presumed — Must examine provincial legislation in each case to determine whether payments for income or non-income losses.

c *Assurance-chômage — Contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre portant que les paiements reçus en vertu de l'art. 13(1) du No-Fault Benefits Schedule avaient valeur de rémunération au sens de l'art. 57(2)d) du Règlement sur l'assurance-chômage et avaient été dûment déduits des prestations d'assurance-chômage — La requérante était en chômage lorsqu'elle a subi l'accident d'automobile qui lui a donné droit à des indemnités en vertu de l'art. 13 — Les indemnités prévues par l'art. 13 ne compensent pas la perte de revenu — Le juge-arbitre doit déterminer si les indemnités sans égard à la responsabilité sont versées pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi — Il doit examiner la loi provinciale dans chaque cas pour déterminer s'il s'agit d'indemnités pour la perte d'un revenu ou pour une perte sans lien avec un revenu.*

Construction of statutes — Unemployment Insurance Act — Whether motor vehicle no-fault insurance payments to be deducted from U.I. benefits — Unlike marginal notes, section headings may be used as aids in statutory construction — Umpire erred in not following correct construction set out in law text O'Donnell's Automobile Insurance in Ontario.

d *Interprétation des lois — Loi sur l'assurance-chômage — Les indemnités d'assurance-automobile sans égard à la responsabilité doivent-elles être déduites des prestations d'assurance-chômage? — Contrairement aux notes marginales, les intertitres peuvent être utilisés pour faciliter l'interprétation d'une disposition — Le juge-arbitre a commis une erreur en n'adoptant pas l'interprétation juste énoncée dans le texte de doctrine de O'Donnell, intitulé Automobile Insurance in Ontario.*

This was an application for judicial review of an Umpire's decision dismissing the applicant's appeal from the Board of Referees' decision. The Board had dismissed the applicant's appeal from a decision of the Canada Employment and Immigration Commission that weekly payments received pursuant to the Ontario *No-Fault Benefits Schedule*, section 13 were earnings under *Unemployment Insurance Regulations*, paragraph 57(2)(d) and properly deducted from unemployment insurance benefits pursuant to *Unemployment Insurance Act*, subsection 17(4). Regulations, paragraph 57(2)(d) provides that the earnings to be taken into account to determine the amount to be deducted from benefits payable are the payments a claimant has received, or is entitled to receive, from motor vehicle accident insurance provided under provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury. Schedule, subsection 12(1) provides for payment of a weekly income benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks of her occupation or employment. Subsection 13(1) provides for payment of a weekly benefit during

e *Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le juge-arbitre a rejeté l'appel interjeté par la requérante contre la décision du Conseil arbitral. Le Conseil avait rejeté l'appel formé par la requérante contre une décision de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada portant que les indemnités hebdomadaires reçues en vertu de l'article 13 du No-Fault Benefits Schedule (tableau des indemnités sans égard à la responsabilité) de l'Ontario avaient valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du Règlement sur l'assurance-chômage et qu'elles avaient été déduites à bon droit des prestations d'assurance-chômage en vertu du paragraphe 17(4) de la Loi sur l'assurance-chômage. Selon l'alinéa 57(2)d) du Règlement, la rémunération dont il faut tenir compte pour fixer le montant à déduire des prestations payables s'entend des indemnités qu'un prestataire a reçues ou a le droit de recevoir en vertu d'un régime d'assurance-automobile prévu par la loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles. Le paragraphe 12(1) du tableau prévoit le paiement d'une indemnité hebdomadaire de revenu pendant la période*

the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks in which she would normally engage.

On July 26, 1991, while unemployed and in receipt of unemployment insurance benefits, the applicant was injured in a motor vehicle accident. She was entitled to benefits under the *No-Fault Benefits Schedule*, section 13 effective August 2, 1991. The amounts payable thereunder were deducted from the applicant's unemployment insurance benefits pursuant to Regulations, paragraph 57(2)(d).

The issue was whether the no-fault payments were received "in respect of the actual or presumed loss of income from employment."

Held, the application should be allowed.

The Umpire erred in his construction of paragraph 57(2)(d) of the Regulations and subsection 13(1) of the *No-Fault Benefits Schedule*. The applicant was unemployed when she was injured in the motor vehicle accident. She lost no income as a result of the accident and could lose none. The no-fault benefit payments which she received were not payments for loss of income.

The language of subsection 12(1), when contrasted with that of subsection 13(1) makes it clear that subsection 13(1) payments were not income related. The heading preceding section 12 is "Income Benefit" while that preceding section 13 is "Benefit If No Income." It is well settled that headings, unlike marginal notes, may be used as aids to the construction of an enactment. The plain language of the provisions also indicates that while payments received pursuant to subsection 12(1) would clearly be "in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury" within paragraph 57(2)(d), payments received pursuant to subsection 13(1) would not be since they are not income related. On this construction the question that arises for determination by Umpires in the context of a paragraph 57(2)(d) inquiry is not whether subsection 13(1) no-fault payments represent compensation for pain and suffering, but whether they represent compensation for loss of income from employment, actual or presumed. An affirmative response will attract the application of paragraph 57(2)(d). A negative response will not.

It is wrong to assume that all payments made under provincial no-fault insurance plans are compensation for actual or presumed loss of employment income due to injury from a motor vehicle accident. Some payments are made as compensation for non-income losses. It is therefore necessary to examine applicable provincial legislation in each case to deter-

minations during which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks in which she would normally engage.

Le 26 juillet 1991, au moment où elle était en chômage et où elle recevait des prestations d'assurance-chômage, la requérante a été blessée dans un accident d'automobile. Elle a eu droit à des indemnités en vertu de l'article 13 du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité à compter du 2 août 1991. Les indemnités ainsi payables ont été déduites des prestations d'assurance-chômage de la requérante par application de l'alinéa 57(2)d) du Règlement.

La question à trancher était celle de savoir si les indemnités ont été reçues «pour la perte réelle ou présumée d'un revenu d'emploi».

Arrêt: la demande doit être accueillie.

Le juge-arbitre a mal interprété l'alinéa 57(2)d) du Règlement et le paragraphe 13(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité. La requérante était en chômage lorsqu'elle a été blessée dans l'accident d'automobile. Elle n'a perdu et ne pouvait perdre aucun revenu en raison de l'accident. Les indemnités sans égard à la responsabilité qu'elle a reçues n'étaient pas des paiements pour la perte d'un revenu.

Le libellé du paragraphe 12(1), comparé à celui du paragraphe 13(1), établit clairement que les indemnités prévues par le paragraphe 13(1) ne sont pas liées au revenu. Le paragraphe 12(1) est précédé par l'intertitre [TRADUCTION] «Indemnités de revenu», alors que le paragraphe 13(1) est précédé de l'intertitre [TRADUCTION] «Indemnités en l'absence d'un revenu». Il est bien établi que les intertitres, contrairement aux notes marginales, peuvent être utilisés pour faciliter l'interprétation d'une disposition. Le simple libellé de ces dispositions indique clairement que si les paiements reçus en vertu du paragraphe 12(1) sont manifestement versés «pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles» au sens de l'alinéa 57(2)d), les paiements reçus en vertu du paragraphe 13(1) ne le sont pas car ils n'ont aucun lien avec le revenu. Selon cette interprétation, la question que le juge-arbitre doit trancher lorsqu'il est saisi d'une demande touchant l'alinéa 57(2)d) n'est pas celle de savoir si les paiements sans égard à la responsabilité prévus au paragraphe 13(1) visent à compenser la douleur et les souffrances, mais plutôt celle de savoir s'ils visent ou non à compenser la perte du revenu d'un emploi, que cette perte soit réelle ou présumée. Une réponse affirmative entraînera l'application de l'alinéa 57(2)d). Une réponse négative l'écartera.

C'est à tort que l'on présuppose que tous les paiements effectués en vertu de régimes provinciaux d'assurance sans égard à la responsabilité constituent une indemnisation pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite des blessures corporelles subies lors d'un accident d'automobile. Certains paiements sont effectués pour compenser des pertes

C'est à tort que l'on présuppose que tous les paiements effectués en vertu de régimes provinciaux d'assurance sans égard à la responsabilité constituent une indemnisation pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite des blessures corporelles subies lors d'un accident d'automobile. Certains paiements sont effectués pour compenser des pertes

mine the precise purpose for which the no-fault payments were in fact made.

sans lien avec le revenu. Il est donc nécessaire d'examiner dans chaque cas la loi provinciale applicable pour déterminer l'objet précis effectivement visé par les paiements sans égard à la responsabilité.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Family Benefits Act, R.S.O. 1980, c. 151.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
No-Fault Benefits Schedule, O. Reg. 273/90, now R.R.O. 1990, Reg. 672, ss. 12(1),(2),(3), 13(1),(2),(3),(7).
 R.R.O. 1980, Reg. 318, s. 13(2) (as am. by O. Reg. 396/86, s. 4).
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 17(4), 80.
Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 57(2) (as am. by SOR/90-756, s. 17), (d) (as enacted by SOR/78-233, s. 1), (2.1) (as enacted by SOR/78-233, s. 1; 90-761, s. 16), (3), 58 (as am. by SOR/90-756, s. 18).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Marshall v. Heliotis (1993), 16 O.R. (3d) 637 (Gen. Div.).

CONSIDERED:

MacInnis (1993), CUB 23255; *Rousseau* (1990), CUB 18443; *Mills* (1992), CUB 21067; *Villanueva* (1994), CUB 25448; *Gates v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)* (1994), 19 O.R. (3d) 158 (Div. Ct.); *Attorney General of Canada v. Walford*, [1979] 1 F.C. 768; (1978), 93 D.L.R. (3d) 748; 24 N.R. 594 (C.A.).

REFERRED TO:

Mountney (1993), CUB 22427.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 O'Donnell, Allan. *Automobile Insurance in Ontario*. Toronto: Butterworths, 1991.

APPLICATION for judicial review of Umpire's decision that weekly payments received pursuant to the Ontario *No-Fault Benefits Schedule*, section 13 were earnings under *Unemployment Insurance Regulations*, paragraph 57(2)(d) and properly deducted from unemployment insurance benefits pursuant to *Unemployment Insurance Act*, subsection 17(4) (*Gall* (1994), CUB 23985). Application allowed.

^a LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 17(4), 80.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Loi sur les prestations familiales, L.R.O. 1980, ch. 151.
No-Fault Benefits Schedule, Règl. de l'Ont. 273/90, maintenant R.R.O. 1990, Règl. 672, art. 12(1),(2),(3), 13(1),(2),(3),(7).
 R.R.O. 1980, Règl. 318, art. 13(2) (mod. par Règl. de l'Ont. 396/86, art. 4).
Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 57(2) (mod. par DORS/90-756, art. 17), (d) (édité par DORS/78-233, art. 1), (2.1) (édité par DORS/78-233, art. 1; 90-761, art. 16), (3) (mod. par DORS/82-673, art. 2), 58 (mod. par DORS/90-756, art. 18).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Marshall v. Heliotis (1993), 16 O.R. (3d) 637 (Div. gén.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

MacInnis (1993), CUB 23255; *Rousseau* (1990), CUB 18443; *Mills* (1992), CUB 21067; *Villanueva* (1994), CUB 25448; *Gates v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)* (1994), 19 O.R. (3d) 158 (C. div.); *Procureur général du Canada c. Walford*, [1979] 1 C.F. 768; (1978), 93 D.L.R. (3d) 748; 24 N.R. 594 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Mountney (1993), CUB 22427.

DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 O'Donnell, Allan. *Automobile Insurance in Ontario*. Toronto: Butterworths, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre portant que les indemnités hebdomadaires reçues en vertu de l'article 13 du *No-Fault Benefits Schedule* de l'Ontario avaient valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du *Règlement sur l'assurance-chômage* et qu'elles avaient été dûment déduites des prestations d'assurance-chômage par application du paragraphe 17(4) de la *Loi sur l'assurance-chômage* (*Gall* (1994), CUB 23985). Demande accueillie.

COUNSEL:

Sarah E. Colquhoun for applicant.
Dominic Clarke for respondent.

SOLICITORS:

Kinna-Aweya Legal Clinic, Thunder Bay, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ISAAC C.J.:

1. Introduction

In this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application we are asked to review and set aside the decision of an umpire dated February 3, 1994 [(1994), CUB 23985] which dismissed the applicant's appeal from the decision of a board of referees (the Board) dated October 22, 1991.

In a unanimous decision, the Board had dismissed the applicant's appeal from a decision of the Canada Employment and Immigration Commission (the Commission) that certain weekly payments, each in the amount of \$185, which the applicant had received pursuant to section 13 of the Ontario *No-Fault Benefits Schedule* (No-Fault Benefits Schedule) R.R.O. 1990, Reg. 672, were earnings within the meaning of paragraph 57(2)(d) of the *Unemployment Insurance Regulations* (the Regulations), C.R.C., c. 1576 [as enacted by SOR/78-233, s. 1; 90-756, s. 17] and properly deducted from her unemployment insurance benefits pursuant to subsection 17(4) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1. Relying upon a *dictum* of the Umpire in [*MacInnis*] (1993), CUB 23255 respecting the nature of payments received from government no-fault automobile insurance plans, the learned Umpire upheld the decision of the Board and dismissed the applicant's appeal, saying that he did so "[w]ith considerable regret for the plight of the claimant" (at page 4).

AVOCATS:

Sarah E. Colquhoun pour la requérante.
Dominic Clarke pour l'intimé.

a PROCUREURS:

Kinna-Aweya Legal Clinic, Thunder Bay (Ontario), pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

b

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

LE JUGE EN CHEF ISAAC:

c

1. Introduction

La demande présentée en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)] vise le contrôle et l'annulation de la décision par laquelle un juge-arbitre a rejeté, le 3 février 1994 [(1994), CUB 23985], l'appel de la requérante à l'encontre de la décision rendue par le Conseil arbitral (le Conseil), en date du 22 octobre 1991.

e

Dans une décision unanime, le Conseil avait rejeté l'appel interjeté par la requérante à l'encontre d'une décision de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (la Commission) portant que certains paiements hebdomadaires, de 185 \$ chacun, que la requérante avait reçus en vertu de l'article 13 du *No-Fault Benefits Schedule* de l'Ontario (le tableau des indemnités sans égard à la responsabilité) R.R.O. 1990, Règl. 672, avaient valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du *Règlement sur l'assurance-chômage* (le Règlement), C.R.C., ch. 1576 [édicte par DORS/78-233, art. 1; 90-756, art. 17], et qu'ils avaient été déduits à juste titre de ses prestations d'assurance-chômage en vertu du paragraphe 17(4) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1. Le juge-arbitre s'est fondé sur une remarque incidente du juge-arbitre dans la décision [*MacInnis*] (1993), CUB 23255, concernant la nature des paiements reçus des régimes gouvernementaux d'assurance-automobile sans égard à la responsabilité, pour confirmer la décision du Conseil et rejeter l'appel de la requérante, en affirmant qu'il le faisait «Malgré tous mes regrets à l'égard de la situation difficile de la prestataire» (à la page 4).

f

g

h

i

j

2. The Facts

The facts are not disputed and may be briefly stated. The applicant was employed by Lowerys Ltd., in Thunder Bay, Ontario, as an electronics technician from January 28, 1985 to October 12, 1990 when she was laid-off for redundancy. On December 12, 1990, she applied for unemployment insurance benefits. A benefit period was established effective December 9, 1990. On July 26, 1991, while unemployed and in receipt of unemployment insurance benefits, the applicant was injured in a motor vehicle accident. As a result, she became entitled to benefits pursuant to section 13 of the *No-Fault Benefits Schedule* effective August 2, 1991. The initial letter from the claims adjuster to the applicant, dated August 21, 1991, reads in part:

Please find enclosed our total disability draft in the amount of \$370.00 for the time period August 2nd, 1991 until August 15, 1991.

Please be advised that we did talk to the Unemployment and advised them these payments were not wage compensation but rather a disability payment based on someone that is unemployed.

On September 11, 1991, the Commission notified the applicant by letter that she had been overpaid unemployment insurance benefits in the amount of \$407 being the amount of the no-fault payments she had received from July 28 to August 22, 1991 (this amount was allocated as follows: week commencing July 18, 1991—\$37; week commencing August 4, 1991—\$185; and week commencing August 11, 1991—\$185). Needless to say, the Commission deducted the amounts of the overpayment from unemployment insurance benefits which the applicant received subsequent to the date of notification. The Commission justified its decision on the basis that the no-fault payments were received “from motor vehicle accident insurance provided under or pursuant to a provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury,” as provided in paragraph 57(2)(d) of the Regulations. The applicant appealed this decision to the Board with the result already described.

2. Les faits

Les faits ne sont pas contestés et peuvent être énoncés brièvement. La requérante a travaillé pour la société Lowerys Ltd., à Thunder Bay, en Ontario, en qualité de technicienne en électronique, du 28 janvier 1985 au 12 octobre 1990, date à laquelle elle a été mise à pied pour surplus de personnel. Le 12 décembre 1990, elle a demandé des prestations d'assurance-chômage. Il a été établi que sa période de prestations débutait le 9 décembre 1990. Le 26 juillet 1991, au moment où elle était en chômage et recevait des prestations d'assurance-chômage, la requérante a été blessée dans un accident d'automobile. Cet accident lui a donné le droit de percevoir les indemnités prévues à l'article 13 du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité à compter du 2 août 1991. La lettre adressée à la requérante à l'origine par l'expert en assurance, le 21 août 1991, se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Vous trouverez sous pli notre traite totale pour invalidité au montant de 370 \$ relativement à la période du 2 août 1991 au 15 août 1991.

Veuillez prendre note que nous avons parlé au régime de l'Assurance-chômage et que nous l'avons avisé que ces paiements ne constituent pas une indemnité de salaire, mais plutôt une prestation d'invalidité établie en fonction d'une personne sans emploi.

Le 11 septembre 1991, la Commission a avisé la requérante par lettre qu'elle avait reçu des prestations d'assurance-chômage excédentaires de 407 \$, qui correspondaient à la somme des paiements sans égard à la responsabilité qu'elle avait reçus du 28 juillet au 22 août 1991 (ce montant a été ventilé comme suit: semaine commençant le 18 juillet 1991—37 \$; semaine commençant le 4 août 1991—185 \$; semaine commençant le 11 août 1991—185 \$). Il va sans dire que la Commission a déduit le montant des prestations excédentaires des prestations d'assurance-chômage que la requérante a reçues après la date de l'avis. La Commission a fondé sa décision sur la prémisses voulant que les paiements sans égard à la responsabilité aient été reçus «en vertu d'un régime d'assurance-automobile prévu par une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles», comme le prévoit l'alinéa 57(2)d) du Règlement. La requérante a porté cette décision en appel au Conseil qui l'a tranchée de la façon déjà décrite.

Before the Board, the applicant contended that the no-fault payments ought not to have been deducted, because they were unrelated to her employment. The Board rejected this contention, stating in its reasons that those payments had been properly allocated in accordance with paragraph 57(2)(d) of the Regulations. Nonetheless, the Board made the following observation:

The Board recognized that the Claimant's objection for the deduction of this benefit from the U.I.C. is very valid. The Board, at the same time, anticipates that the proper authorities will take this opportunity to review the act (*sic*) in conjunction with the provincial "No Fault" provisions.

3. Relevant Statutory Provisions

(a) No-Fault Benefits Schedule—O. Reg. 273/90 [now R.R.O. 1990, Reg. 672]

PART IV

Weekly Benefits

Income Benefit

12. (1) The insurer will pay with respect to each insured person who sustains physical, psychological or mental injury as a result of an accident a weekly income benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks of his or her occupation or employment if the insured person meets the qualifications set out in subsection (2) or (3). [Emphasis added.]

(2) The following qualifications apply to an insured person who claims a weekly benefit under subsection (1):

1. He or she must have been at the time of the accident,

- i. employed or self-employed,
- ii. on a temporary lay-off, or
- iii. entitled to start work within one year under a legitimate offer of employment made before the accident and evidenced in writing.

2. He or she as a result of and within two years of the accident must have suffered a substantial inability to perform the essential tasks of his or her occupation or employment.

(3) A person who was unemployed and who was not self-employed at the time of the accident is qualified to receive a weekly benefit under subsection (1) if he or she was employed or self-employed for any 180 days in the twelve-month period before the accident, and if he or she as a result of and within

Devant le Conseil, la requérante a soutenu que les paiements sans égard à la responsabilité ne pouvaient être déduits parce qu'ils n'avaient aucun lien avec son emploi. Le Conseil a rejeté cet argument et affirmé, dans ses motifs, que ces paiements avaient été dûment attribués en conformité avec l'alinéa 57(2)d) du Règlement. Néanmoins, le Conseil a formulé la remarque suivante:

[TRADUCTION] Le Conseil reconnaît que l'objection de la prestataire à la déduction de cette indemnité de ses prestations d'assurance-chômage est très valable. Le Conseil s'attend néanmoins que les autorités compétentes saisiront cette occasion de réviser la Loi en regard des dispositions du régime provincial «sans égard à la responsabilité».

3. Dispositions législatives et réglementaires pertinentes

(a) No-Fault Benefits Schedule (Tableau des indemnités sans égard à la responsabilité)—Règl. de l'Ont. 273/90 [maintenant R.R.O. 1990, Règl. 672]

[TRADUCTION] Partie IV

Indemnités hebdomadaires

Indemnité de revenu

12. (1) L'assureur paiera, relativement à chaque personne assurée qui subit une lésion physique, psychique ou mentale à la suite d'un accident, une indemnité hebdomadaire au titre du revenu pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles de sa profession ou de son emploi, à condition que la personne assurée réponde aux critères d'admissibilité énoncés aux paragraphes (2) et (3). [Soulignement ajouté.]

(2) La personne assurée qui demande une indemnité hebdomadaire en vertu du paragraphe (1) doit répondre aux critères d'admissibilité suivants:

1. Elle était dans l'une des situations suivantes au moment de l'accident:

- i. elle était employée par un employeur ou à son compte;
- ii. elle était touchée par une mise à pied temporaire;
- iii. elle avait le droit de commencer à travailler dans l'année aux termes d'une offre d'emploi légitime faite avant l'accident et attestée par écrit.

2. Elle souffre, dans les deux ans suivant l'accident l'ayant occasionné, d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles de sa profession ou de son emploi.

(3) La personne qui n'était employée ni par un employeur, ni à son compte au moment de l'accident est admissible à une indemnité hebdomadaire en vertu du paragraphe (1) à condition d'avoir été employée par un employeur ou à son compte pendant 180 jours dans les douze mois précédant l'accident, si

two years of the accident has suffered a substantial inability to perform the essential tasks of the occupation or employment in which he or she spent the most time during the twelve-month period before the accident.

Benefit If No Income

13. (1) The insurer will pay with respect to each insured person who sustains physical, psychological or mental injury as a result of an accident, a weekly benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks in which he or she would normally engage if he or she meets the qualifications set out in subsection (2). [Emphasis added.]

(2) The following qualifications apply to an insured person who claims weekly benefits under subsection (1):

1. He or she as a result of and within two years of the accident must have suffered a substantial inability to perform the essential tasks in which he or she would normally engage.
2. He or she must not be entitled to receive a benefit under section 12 at the time of the payment of a benefit under this section or, if entitled to a benefit under that section, he or she must be a primary caregiver as described in subsection (4) and have only income from self-employment from work in his or her home.
3. He or she must attain the age of sixteen years before being eligible to receive the weekly benefit.

(3) The weekly benefit under subsection (1) will be \$185 less any payments for loss of income, except Unemployment Insurance benefits,

- (a) received by or available to the insured person under the laws of any jurisdiction or under any income continuation benefit plan; or
- (b) received under any sick leave plan.

(7) A person cannot receive benefits under this section and section 12 at the same time.

(b) The Act

17. . . .

(4) If earnings are received by a claimant for any period in a week of unemployment during which he is incapable of work by reason of illness, injury or quarantine, subsection 15(2) does not apply and all those earnings shall be deducted from the benefits payable in respect of that week.

(c) The Regulations [ss. 57(2.1) (as enacted by SOR/78-233, s. 1; 90-761, s. 16), (3), 58 (as am. by SOR/90-756, s. 18)]

57. . . .

elle souffre, dans les deux ans suivant l'accident l'ayant occasionné, d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles de la profession ou de l'emploi auquel elle a consacré le plus de temps dans les douze mois précédant l'accident.

Indemnité en l'absence d'un revenu

13. (1) L'assureur paiera, relativement à toute personne assurée qui subit une lésion physique, psychique ou mentale à la suite d'un accident, une indemnité hebdomadaire pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles dont elle s'acquitterait habituellement, à condition qu'elle réponde aux critères d'admissibilité énoncés au paragraphe (2). [Soulignement ajouté.]

(2) La personne assurée qui demande une indemnité hebdomadaire en vertu du paragraphe (1) doit répondre aux critères d'admissibilité suivants:

1. Elle souffre, dans les deux ans suivant l'accident l'ayant occasionné, d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles dont elle s'acquitterait habituellement.
2. Elle n'est pas admissible à recevoir une indemnité en vertu de l'article 12 au moment où elle reçoit une indemnité en vertu du présent article ou, si elle y est admissible, elle est un soignant principal aux termes du paragraphe (4) et elle tire son seul revenu du travail accompli à son compte dans sa résidence.
3. Elle est âgée d'au moins seize ans.

(3) L'indemnité hebdomadaire prévue au paragraphe (1) s'élève à 185 \$, moins tout versement au titre de la perte de revenu, à l'exception des prestations d'assurance-chômage

- a) soit que la personne assurée reçoit ou est admissible à recevoir en vertu d'une loi d'un ressort quelconque ou d'un régime de maintien du revenu;
- b) soit reçues en vertu d'un régime quelconque de congés de maladie.

(7) Une personne ne peut recevoir concurremment des indemnités en vertu du présent article et de l'article 12.

h (b) La Loi

17. . . .

(4) Si un prestataire reçoit une rémunération pour une partie d'une semaine de chômage durant laquelle il est incapable de travailler par suite de maladie, blessure ou mise en quarantaine, le paragraphe 15(2) ne s'applique pas et cette rémunération est déduite des prestations afférentes à cette semaine.

(c) Le Règlement [art. 57(2.1) (édicte par DORS/78-233, art. 1; 90-761, art. 16), (3) (mod. par DORS/82-673, art. 2), 58 (mod. par DORS/90-756, art. 18)]

57. . . .

(2) Subject to this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings has occurred and the amount to be deducted from benefits payable under subsection 15(1) or (2), 17(4), 18(5), or 20(3) of the Act and for the purposes of sections 37 and 38 of the Act are

(d) notwithstanding paragraph (3)(b) but subject to subsection (2.1), the amount of payments a claimant has received or, upon application, is entitled to receive from motor vehicle accident insurance provided under or pursuant to a provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury, if the benefits paid or payable under the Act are not taken into account in determining the amount that the claimant receives or is entitled to receive from such insurance; [Emphasis added.]

(2.1) When, subsequent to the week in which an injury referred to in paragraph (2)(d) occurs, a claimant has accumulated the number of weeks of insurable employment required by section 6 of the Act, the payments referred to in paragraph (2)(d) shall not be taken into account as earnings.

(3) That portion of the income of a claimant that is derived from any of the following sources is not earnings for the purposes mentioned in subsection (2):

(b) payments under a sickness or disability wage-loss indemnity plan that is not a group plan;

58. . . .

(11) The following payments shall be allocated to the weeks in respect of which the payments are paid or payable, namely,

(a) payments in respect of sick, maternity or adoption leave and leave for the care of a child or children referred to in subsection 20(1) of the Act;

(b) sickness or disability payments under a group wage-loss indemnity plan;

(c) payments referred to in paragraphs 57(2)(d) and (f); and

(d) workers' compensation payments, other than permanent settlement workers' compensation payments.

4. The Issue

The sole issue for determination is whether the learned Umpire erred in concluding that the no-fault payments which the applicant received pursuant to section 13 of the *No-Fault Benefits Schedule* came within the definition of earnings in paragraph 57(2)(d) of the Regulations and were therefore properly deducted from her unemployment insurance benefits.

(2) Sous réserve du présent article, la rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération et fixer le montant à déduire des prestations payables en vertu des paragraphes 15(1) ou (2), 17(4), 18(5) ou 20(3) de la Loi, ainsi que pour l'application des articles 37 et 38 de la Loi, est:

d) nonobstant l'alinéa 3b), mais sous réserve du paragraphe (2.1), les indemnités qu'un prestataire a reçues ou a le droit de recevoir, sur demande, en vertu d'un régime d'assurance-automobile prévu par une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles si les prestations payées ou payables en vertu de la Loi ne sont pas prises en compte pour déterminer le montant que le prestataire a reçu ou est admissible à recevoir en vertu de ce régime d'assurance; [Soulignement ajouté.]

(2.1) Lorsque le prestataire a, après la semaine où il a subi les blessures corporelles visées à l'alinéa 2d), accumulé le nombre de semaines d'emploi assurable exigé à l'article 6 de la Loi, les indemnités visées à cet alinéa ne sont pas comptées comme rémunération.

(3) La partie du revenu que le prestataire tire de l'une ou l'autre des sources suivantes n'a pas valeur de rémunération aux fins mentionnées au paragraphe (2):

b) les indemnités de maladie ou d'invalidité, reçues en vertu d'un régime non collectif d'assurance-salaire;

58. . . .

(11) Les versements suivants doivent être attribués aux semaines pour lesquelles ils sont payés ou ils sont payables:

a) les versements pour les congés de maladie, de maternité ou d'adoption ou les congés pris pour prendre soin d'un ou de plusieurs enfants visés au paragraphe 20(1) de la Loi;

b) les indemnités de maladie ou d'invalidité prévues par un régime collectif d'assurance-salaire;

c) les versements visés aux alinéas 57(2)d) et f);

d) les indemnités pour un accident du travail ou une maladie professionnelle, autres que celles résultant d'un règlement définitif.

4. La question en litige

La seule question à trancher est celle de savoir si le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que les paiements sans égard à la responsabilité reçus par la requérante en vertu de l'article 13 du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité avaient valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du Règlement et qu'ils avaient donc été déduits à juste titre de ses prestations d'assurance-chômage.

5. The Decision of the Umpire

In his reasons (at pages 2-3), the learned Umpire noted that section 12 of the *No-Fault Benefits Schedule* deals with income benefits while section 13 deals with benefits where there is no income. He reasoned, nonetheless, that [at page 3] “the scheme propounded in Section 12 would be identical with respect to Section 13, namely, the pay or compensation is to compensate, not for pain and suffering, but rather for other headings.” After quoting from the decision of the Umpire in CUB 23255, he concluded [at page 4] that the no-fault benefits which the applicant had received pursuant to section 13 were “income within the meaning of the *Regulation*” (paragraph 57(2)(d)).

6. The Contention of the Parties

Before us, counsel for the applicant contended that sections 12 and 13 provide for each insured person, like the applicant, two distinct classes of compensation. She noted first that section 12 is preceded by the heading “Income Benefit;” and, secondly, that by its terms subsection 12(1) provides that the benefit to which an insured person is entitled thereunder is “a weekly income benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks of his or her occupation or employment” [emphasis added]. It is clear, she contended, that the benefit payable pursuant to this section is designed to compensate the injured insured for loss of income from employment or occupation. She contrasted section 12 with section 13 which, she noted, is preceded by the heading “Benefit If No Income.” She then drew attention to the text of subsection 13(1) which, by its terms, provides “a weekly benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks in which he or she would normally engage” [emphasis added]. Based on these differences, counsel argued that the two subsections provide compensation for different classes of losses—section 12 for income loss and section 13 for non-income loss. Hence, in her view, the learned Umpire was in error in characterizing payments made pursuant to section 13 as compensation for loss of income actual or presumed, and thus deductible from unemployment insurance benefits by virtue of paragraph 57(2)(d) of

5. La décision du juge-arbitre

Dans ses motifs (aux pages 2 et 3), le juge-arbitre a souligné que l'article 12 du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité traite des indemnités de revenu, alors que l'article 13 traite des indemnités en l'absence d'un revenu. Selon son raisonnement, il a néanmoins conclu [à la page 3] que «les articles 12 et 13 proposent des régimes identiques et visent à indemniser non de la douleur et de la souffrance, mais d'autres choses». Après avoir cité la décision du juge-arbitre dans CUB 23255, il a conclu [à la page 4] que les indemnités sans égard à la responsabilité que la requérante avait reçues en vertu de l'article 13 avaient valeur de «revenu au sens du *Règlement*» (alinéa 57(2)d)).

6. Les arguments des parties

Devant nous, l'avocate de la requérante a soutenu que les articles 12 et 13 prévoient à l'égard de chaque personne assurée, telle la requérante, deux catégories distinctes d'indemnités. Elle souligne premièrement que l'article 12 est précédé par l'intertitre [TRADUCTION] «Indemnités de revenu»; et deuxièmement que, selon ses termes, le paragraphe 12(1) prévoit que la prestation qu'elle édicte en faveur d'une personne assurée est [TRADUCTION] «une indemnité hebdomadaire au titre du revenu pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles de sa profession ou de son emploi» [soulignement ajouté]. Selon elle, il est clair que l'indemnité payable en vertu de cet article est conçue pour indemniser la personne assurée de la perte du revenu d'un emploi ou d'une profession. Elle a comparé l'article 12 à l'article 13 qui, comme elle l'a souligné, est précédé de l'intertitre [TRADUCTION] «Indemnités en l'absence d'un revenu». Elle a ensuite attiré l'attention sur le paragraphe 13(1) qui, selon ses termes, prévoit [TRADUCTION] «une indemnité hebdomadaire pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles dont elle s'acquitterait habituellement» [soulignement ajouté]. En se fondant sur ces différences, l'avocate a soutenu que ces deux paragraphes prévoient une indemnisation pour deux catégories différentes de préjudice—l'article 12 vise la perte de revenu et l'article 13 les pertes sans lien avec le

the Regulations. She contended further that the learned Umpire misdirected himself by asking the wrong question. He asked whether the payments received under section 13 of the *No-Fault Benefits Schedule* were compensation for pain and suffering when he should have asked whether they had been received pursuant to a provincial law in respect of an actual or presumed loss of income from employment. In addressing a question not before him, the learned Umpire fell into legal error.

Counsel for the respondent supported the Umpire's conclusion. He contended first that the no-fault payments were earnings within the meaning of paragraph 57(2)(d) of the Regulations and were properly deducted from the applicant's unemployment insurance benefits pursuant to subsection 17(4) of the Act. This conclusion, he said, is supported not only by the text of paragraph 57(2)(d) of the Regulations and sections 12 and 13 of the *No-Fault Benefits Schedule*, but also by certain jurisprudence of the umpires. In oral argument, counsel placed great reliance on *Gates v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)* (1994), 19 O.R. (3d) 158 (Div. Ct.) to support his contention that payments received under subsection 13(1) of the *No-Fault Benefits Schedule* were earnings.

He contended, secondly, based on the decision of this Court in *Attorney General of Canada v. Walford*, [1979] 1 F.C. 768 (C.A.), that the Umpire and the Board were right in upholding the Commission's decision to deduct from the unemployment insurance benefits paid to the applicant the amount of the no-fault benefit payments she had received since at the relevant times she had suffered no compensable loss. Finally, he contended that the Umpire acted within jurisdiction and properly since he could only interfere

revenu. Par conséquent, à son avis, le juge-arbitre a commis une erreur en qualifiant les paiements effectués en vertu de l'article 13 d'indemnités pour la perte réelle ou présumée du revenu et, partant, en les déclarant déductibles des prestations d'assurance-chômage par application de l'alinéa 57(2)d) du Règlement. Elle a aussi fait valoir que le juge-arbitre a mal orienté son raisonnement en s'interrogeant sur une question autre que la question à trancher. Il s'est demandé si les paiements reçus en vertu de l'article 13 du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité constituaient une indemnité pour la douleur et les souffrances, alors qu'il aurait dû se demander s'ils avaient été reçus en vertu d'une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi. En examinant une question dont il n'était pas saisi, le juge-arbitre a commis une erreur de droit.

L'avocat de l'intimé a appuyé la conclusion du juge-arbitre. Il a soutenu en premier lieu que les paiements sans égard à la responsabilité avaient valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du Règlement et qu'ils avaient été déduits à juste titre des prestations d'assurance-chômage de la requérante par application du paragraphe 17(4) de la Loi. À son avis, cette conclusion est étayée non seulement par le libellé de l'alinéa 57(2)d) du Règlement et des articles 12 et 13 du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité, mais encore par certaines décisions rendues par les juges-arbitres. Dans sa plaidoirie orale, l'avocat s'est fondé abondamment sur la décision *Gates v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)* (1994), 19 O.R. (3d) 158 (C. div.) pour appuyer sa prétention selon laquelle les paiements reçus en vertu du paragraphe 13(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité ont valeur de rémunération.

Il a invoqué en deuxième lieu la décision de la présente Cour dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Walford*, [1979] 1 C.F. 768 (C.A.), pour soutenir que le juge-arbitre et le Conseil avaient eu raison de confirmer la décision de la Commission de déduire le montant des paiements sans égard à la responsabilité versés à la requérante des prestations d'assurance-chômage qu'elle avait reçues, parce qu'aux époques en cause, elle n'avait subi aucune perte pouvant donner lieu à compensation. Enfin, il a

with the Board's decision if section 80 grounds existed and, in this case, none were or could have been found to exist.

7. Analysis

For convenience, I repeat the text of paragraph 57(2)(d) of the Regulations and subsections 12(1) and 13(1) of the *No-Fault Benefits Schedule*:

57. . . .

(2) Subject to this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings has occurred and the amount to be deducted from benefits payable under subsection 15(1) or (2), 17(4), 18(5), or 20(3) of the Act and for the purposes of sections 37 and 38 of the Act are

(d) notwithstanding paragraph (3)(b) but subject to subsection (2.1), the amount of payments a claimant has received or, upon application, is entitled to receive from motor vehicle accident insurance provided under or pursuant to a provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury, if the benefits paid or payable under the Act are not taken into account in determining the amount that the claimant receives or is entitled to receive from such insurance; [Emphasis added.]

[*No-Fault Benefits Schedule*]

12. (1) The insurer will pay with respect to each insured person who sustains physical, psychological or mental injury as a result of an accident a weekly income benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks of his or her occupation or employment if the insured person meets the qualifications set out in subsection (2) or (3). [Emphasis added.]

13. (1) The insurer will pay with respect to each insured person who sustains physical, psychological or mental injury as a result of an accident, a weekly benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks in which he or she would normally

affirmé que le juge-arbitre avait agi dans les limites de sa compétence et légitimement parce qu'il ne pouvait modifier la décision du Conseil qu'en présence des motifs énumérés à l'article 80 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 132] et que l'existence d'aucun de ces motifs n'avait été, ni n'aurait pu être établie.

7. L'analyse

Pour plus de commodité, je reproduis à nouveau l'alinéa 57(2)d) du Règlement et les paragraphes 12(1) et 13(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité:

57. . . .

(2) Sous réserve du présent article, la rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération et fixer le montant à déduire des prestations payables en vertu des paragraphes 15(1) ou (2), 17(4), 18(5) ou 20(3) de la Loi, ainsi que pour l'application des articles 37 et 38 de la Loi, est:

d) nonobstant l'alinéa 3b), mais sous réserve du paragraphe (2.1), les indemnités qu'un prestataire a reçues ou a le droit de recevoir, sur demande, en vertu d'un régime d'assurance-automobile prévu par une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles si les prestations payées ou payables en vertu de la Loi ne sont pas prises en compte pour déterminer le montant que le prestataire a reçu ou est admissible à recevoir en vertu de ce régime d'assurance; [Soulignement ajouté.]

g [Tableau des indemnités sans égard à la responsabilité]

[TRADUCTION] 12. (1) L'assureur paiera, relativement à chaque personne assurée qui subit une lésion physique, psychique ou mentale à la suite d'un accident, une indemnité hebdomadaire au titre du revenu pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles de sa profession ou de son emploi, à condition que la personne assurée réponde aux critères d'admissibilité énoncés aux paragraphes (2) et (3). [Soulignement ajouté.]

13. (1) L'assureur paiera, relativement à toute personne assurée qui subit une lésion physique, psychique ou mentale à la suite d'un accident, une indemnité hebdomadaire pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d'un empêchement sérieux d'accomplir les tâches essentielles dont

engage if he or she meets the qualifications set out in subsection (2). [Emphasis added.]

It is common ground that the no-fault benefit payments which the applicant received were all paid to her pursuant to section 13 of the *No-Fault Benefits Schedule*, a provincial law. The issue for determination on this application then is whether, by virtue of paragraph 57(2)(d) of the Regulations, those payments were properly deducted from the unemployment insurance benefits paid or payable to the applicant.

It is plain from the language of paragraph 57(2)(d) of the Regulations that, in a case such as this, the only amounts that the Commission is authorized to deduct from benefits payable under subsection 17(4) of the Act are “payments a claimant has received or . . . is entitled to receive from motor vehicle accident insurance provided under or pursuant to a provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury, if the benefits paid or payable under the Act [Unemployment Insurance] are not taken into account in determining the amount that the claimant receives or is entitled to receive from such insurance” [emphasis added].

There is no issue here that the no-fault payments were received from motor vehicle accident insurance provided under or pursuant to a provincial law or that they were payments due to injury. There is equally no issue that unemployment insurance benefits were not taken into account in determining the *quantum* of the no-fault benefit payments. As I have already said, the only issue is whether they were payments received “in respect of the actual or presumed loss of income from employment.”

On the uncontroverted facts, the applicant had no employment since October 12, 1990 when she was laid off or on July 26, 1991, when she was injured in the motor vehicle accident as a result of which the no-fault benefit payments were made. On these facts she lost no income as a result of the accident and could lose none. There was also uncontroverted evidence in the record (Exhibit 3, “It [the \$185 per week

elle s’acquitterait habituellement, à condition qu’elle réponde aux critères d’admissibilité énoncés au paragraphe (2). [Soulignement ajouté.]

Il est bien établi que les paiements sans égard à la responsabilité que la requérante a reçus lui ont été versés en vertu de l’article 13 du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité, une loi provinciale. La question à trancher est celle de savoir si, par application de l’alinéa 57(2)d) du Règlement, ces versements ont été déduits à juste titre des prestations d’assurance-chômage payées ou payables à la requérante.

Il ressort clairement du libellé de l’alinéa 57(2)d) du Règlement que les seuls montants que la Commission est autorisée à déduire des prestations payables en vertu du paragraphe 17(4) de la Loi, dans une situation comme celle dont nous sommes saisis, sont «les indemnités qu’un prestataire a reçues ou a le droit de recevoir . . . en vertu d’un régime d’assurance-automobile prévu par une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi par suite de blessures corporelles, si les prestations payées ou payables en vertu de la Loi [Loi sur l’assurance-chômage] ne sont pas prises en compte pour déterminer le montant que le prestataire a reçu ou est admissible à recevoir en vertu de ce régime d’assurance» [soulignement ajouté].

Il n’est pas contesté en l’espèce que les paiements sans égard à la responsabilité ont été reçus d’un régime d’assurance-automobile prévu par une loi provinciale, ni qu’ils découlent de blessures corporelles. Il n’est pas non plus contesté que les prestations d’assurance-chômage n’ont pas été prises en compte pour déterminer le montant des paiements sans égard à la responsabilité. J’ai déjà mentionné que la seule question à trancher est celle de savoir si ces paiements ont été reçus «pour la perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi».

Il ressort des faits non contestés que la requérante n’avait plus d’emploi depuis le 12 octobre 1990, date à laquelle elle a été mise à pied, et qu’elle n’avait pas d’emploi le 26 juillet 1991, date à laquelle elle a été blessée dans un accident d’automobile qui a donné lieu au versement des indemnités sans égard à la responsabilité. Elle n’a donc perdu et ne pouvait perdre aucun revenu à la suite de l’accident. Une preuve non

no fault payment] is not a reimbursement for salary since she is not working” and Exhibit 5, “these payments were not wage compensation but rather a disability payment based on someone that is unemployed”), that the no-fault benefit payments which the applicant received were not payments for loss of income.

Moreover, the language of subsection 12(1) of the *No-Fault Benefits Schedule*, when contrasted with that of subsection 13(1), makes it clear that subsection 13(1) payments were not income related. First, the heading preceding subsection 12(1) is “Income Benefit” while the heading preceding subsection 13(1) is “Benefit If No Income.” It is now well settled that, unlike marginal notes, headings may be used as aids to the construction of the language of an enactment. See Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed.) (Toronto: Butterworths, 1983) at pages 138-141. Secondly, by its terms, subsection 12(1) imposes upon an insurer an obligation to pay each insured who sustains injury “as a result of an accident a weekly income benefit during the period in which that insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks of his or her occupation or employment” [emphasis added], while subsection 13(1) imposes upon the insurer an obligation to pay each insured person who sustains injury as a result of an accident “a weekly benefit during the period in which the insured person suffers substantial inability to perform the essential tasks in which he or she would normally engage” [emphasis added]. As a matter of construction of the plain language of these legislative provisions I would, without more, conclude that while payments received pursuant to subsection 12(1) of the *No-Fault Benefits Schedule* would clearly be “in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury” within the meaning of paragraph 57(2)(d) of the Regulations, payments received pursuant to subsection 13(1) would equally clearly not be, since they are not income related. However, I find that such a construction was placed on these two subsections by the learned author of O’Donnell’s *Automobile Insurance in Ontario* (Toronto: Butterworths, 1991) in the following terms, at page 100:

contredite (Pièce 3, [TRADUCTION] «Elle [l’indemnité hebdomadaire sans égard à la responsabilité de 185 \$] n’est pas le remboursement d’un traitement puisqu’elle ne travaille pas» et, Pièce 5, [TRADUCTION] «ces paiements ne constituent pas une indemnité de salaire, mais plutôt une prestation d’invalidité établie en fonction d’une personne sans emploi»), établit également que les indemnités sans égard à la responsabilité que la requérante a reçues n’ont pas été versées pour la perte d’un revenu.

De plus, le libellé du paragraphe 12(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité, comparé à celui du paragraphe 13(1), démontre clairement que les indemnités visées au paragraphe 13(1) n’ont aucun lien avec le revenu. Premièrement, l’intertitre qui précède le paragraphe 12(1) est [TRADUCTION] «Indemnités de revenu», alors que l’intertitre précédant le paragraphe 13(1) est [TRADUCTION] «Indemnités en l’absence d’un revenu». Il est maintenant bien établi que les intertitres, contrairement aux notes marginales, peuvent être utilisées pour faciliter l’interprétation d’une disposition. Voir Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, aux pages 138 à 141. Deuxièmement, selon ces termes mêmes, le paragraphe 12(1) impose à l’assureur l’obligation de payer à chaque personne assurée qui subit une lésion «à la suite d’un accident, une indemnité hebdomadaire au titre du revenu pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d’un empêchement sérieux d’accomplir les tâches essentielles de sa profession ou de son emploi» [soulignement ajouté], alors que le paragraphe 13(1) lui impose l’obligation de payer à chaque personne assurée qui subit une lésion «à la suite d’un accident une indemnité hebdomadaire pendant la période au cours de laquelle la personne assurée souffre d’un empêchement sérieux d’accomplir les tâches essentielles dont elle s’acquitterait habituellement» [soulignement ajouté]. En interprétant simplement le libellé de ces dispositions législatives, sans plus, je conclurais qu’il est clair que les paiements reçus en vertu du paragraphe 12(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité sont versés «pour la perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi par suite de blessures corporelles» au sens de l’alinéa 57(2)d) du Règlement, alors qu’il est tout aussi clair que les indemnités reçues en vertu du paragraphe 13(1) ne le sont pas, car elles n’ont aucun

Generally, weekly benefits are available when the claimant is disabled as a result of an automobile accident. There are two kinds of benefits but they are mutually exclusive. Only one of two benefits is payable—never both.

The Income Benefit represents an indemnity for loss of income from employment or occupation whereas the Benefit if No Income represents an indemnity for being unable to engage in the essential tasks of living. The theory is that the latter benefit will reimburse the disabled claimant for expenses that will be incurred in paying others to perform functions such as snow shovelling, grass cutting and house cleaning but no receipts are required nor must the money be spent. The latter benefit of \$185 per week is equivalent to the lowest indemnity payable under the Income Benefit assuming that the Income Benefit is payable at all. [Emphasis added.]

On this construction, the question that arises for determination by umpires in the context of a paragraph 57(2)(d) inquiry is not whether subsection 13(1) no-fault payments represent compensation for pain and suffering, the question which the Umpire addressed in this case, but whether or not they represent compensation for loss of income from employment, actual or presumed. An affirmative response will attract the application of paragraph 57(2)(d). A negative response will not.

But this is not how the Umpire approached the question in this case. I agree with counsel for the applicant that the Umpire erred by failing to do so. Accordingly, it is my view that the Umpire erred in his construction of paragraph 57(2)(d) of the Regulations and subsection 13(1) of the *No-Fault Benefits Schedule*.

As I have said, both the Umpire and counsel for the respondent have relied upon jurisprudence of the umpires (in oral argument, counsel added jurisprudence of the Ontario Divisional Court) as support for a construction which I consider erroneous. This jurisprudence I will now examine. I will deal first with the jurisprudence of the umpires. However, I must

lien avec le revenu. Je constate toutefois que c'est là l'interprétation donnée à ces deux paragraphes dans le savant ouvrage de doctrine *Automobile Insurance in Ontario*, Toronto, Butterworths, 1991, rédigé par O'Donnell, à la page 100:

[TRADUCTION] Règle générale, des indemnités hebdomadaires peuvent être versées lorsque le prestataire souffre d'une incapacité à la suite d'un accident d'automobile. Il existe deux types d'indemnités qui s'excluent l'un l'autre. Une personne ne peut recevoir qu'un type d'indemnités, jamais les deux.

Les indemnités de revenu représentent une compensation pour la perte du revenu d'un emploi ou d'une profession, alors que les indemnités en l'absence d'un revenu représentent une compensation pour l'incapacité d'accomplir les tâches essentielles de la vie courante. Ce dernier type d'indemnités doit, en théorie, rembourser le prestataire incapable des dépenses qu'il engage pour que d'autres accomplissent des tâches, comme pelleter la neige, tondre la pelouse et nettoyer la maison, sans toutefois être tenu de fournir des reçus, ni de dépenser cet argent. Ce type d'indemnités qui s'élève à 185 \$ par semaine équivaut à la compensation minimale payable sous forme d'indemnité de revenu en supposant qu'une indemnité de revenu puisse être reçue. [Soulignement ajouté.]

Selon cette interprétation, la question que le juge-arbitre doit trancher lorsqu'il est saisi d'une demande touchant l'alinéa 57(2)d) n'est pas celle de savoir si les paiements sans égard à la responsabilité prévus au paragraphe 13(1) visent à compenser la douleur et les souffrances, soit la question qu'a examinée le juge-arbitre en l'espèce, mais plutôt celle de savoir s'ils visent ou non à compenser la perte du revenu d'un emploi, que cette perte soit réelle ou présumée. Une réponse affirmative entraînera l'application de l'alinéa 57(2)d). Une réponse négative l'écartera.

Or, le juge-arbitre n'a pas abordé la question de cette façon. Je suis d'accord avec l'avocate de la requérante pour dire que le juge-arbitre a commis une erreur en procédant autrement. En conséquence, je suis d'avis que le juge-arbitre a mal interprété l'alinéa 57(2)d) du Règlement et le paragraphe 13(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité.

Comme je l'ai expliqué, le juge-arbitre et l'avocat de l'intimé se sont fondés sur la jurisprudence des juges-arbitres (dans sa plaidoirie orale, l'avocat a ajouté de la jurisprudence de la Cour divisionnaire de l'Ontario) pour appuyer une interprétation que je juge erronée. J'examinerai maintenant cette jurisprudence en commençant par celle émanant des juges-arbitres.

observe that I find it unsupporting of the respondent's position.

The first in time is [*Rousseau*] CUB 18443, decided on August 24, 1990. There, the issue was whether compensation paid by the Régie de l'assurance-automobile du Québec constituted earnings within the meaning of paragraph 57(2)(d) of the Regulations. In quashing the decision of the Board of Referees, the Umpire reasoned thus, at page 3:

Moreover, since it was not disputed that the weekly payments received from the R.A.A.Q. were calculated without taking into account the unemployment insurance benefits payable during the benefit period of the claimant that took effect on February 28, 1988, this compensation was earnings under paragraph 57(2)(d) of the Regulations and must be allocated to the weeks in respect of which it was payable in accordance with subsection 58(11) of the Regulations.

The report of this decision does not disclose whether the learned Umpire examined the provincial legislation to determine the purpose for which the payments were made by the RAAQ.

CUB 21067 [*Mills*], decided on April 24, 1992, is next in time. In this case, the Board of Referees had dismissed the Commission's appeal because it found that the Commission had misinformed the claimant that no-fault benefits received under the Ontario No-Fault Insurance Plan were earnings that he had to declare on an application for unemployment insurance benefits. The Umpire upheld the conclusion of the Board of Referees and expressed no opinion on the merits of the appeal.

CUB 23255 [*MacInnis*], on which the Umpire relied in this case, was also decided on September 10, 1993. There, like here, the claimant had been laid off for redundancy. She applied for unemployment insurance benefits. A benefit period was established and she commenced receiving benefits. She was subsequently injured in a motor vehicle accident and was paid compensation under the Ontario No-Fault Insurance Plan in the amount of \$285 per week. The Commission determined that these payments were earnings within the meaning of paragraph 57(2)(d) of the Regulations and sought to deduct an overpayment of \$1,311. In allowing the claimant's appeal, the Board

Toutefois, je souligne qu'elle n'étaye pas la position de l'intimé.

La plus ancienne décision, [*Rousseau*] CUB 18443, a été prononcée le 24 août 1990. Dans cette affaire, la question à trancher était celle de savoir si l'indemnité versée par la Régie de l'assurance-automobile du Québec avait valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du Règlement. Le juge-arbitre, qui a annulé la décision du Conseil arbitral, a adopté le raisonnement suivant à la page 3:

Comme, par ailleurs, il n'est pas contesté que l'indemnité hebdomadaire de la R.A.A.Q. a été calculée sans tenir compte des prestations d'assurance-chômage payables au cours de la période de prestations établie à compter du 28 février 1988 au profit de la prestataire, ces indemnités prennent donc valeur de rémunération en vertu de l'alinéa 57(2)d) du Règlement et doivent être réparties sur les semaines pour lesquelles elles sont payables, conformément au paragraphe 58(11) du Règlement.

Le compte rendu de cette décision ne révèle pas si le juge-arbitre a examiné la loi provinciale pour déterminer l'objet des paiements effectués par la RAAQ.

La deuxième décision la plus ancienne, la décision [*Mills*] CUB 21067, a été rendue le 24 avril 1992. Dans cette cause, le Conseil arbitral avait rejeté l'appel de la Commission parce qu'il avait conclu que la Commission avait donné des informations erronées au prestataire en lui indiquant que les indemnités reçues en vertu du Régime d'assurance sans égard à la responsabilité de l'Ontario avaient valeur de rémunération qu'il devait déclarer dans sa demande de prestations d'assurance-chômage. Le juge-arbitre a confirmé la conclusion du Conseil arbitral, sans exprimer d'opinion quant au bien-fondé de l'appel.

La décision [*MacInnis*] CUB 23255 sur laquelle le juge-arbitre se fonde en l'espèce a été rendue le 10 septembre 1993. Dans ce cas, comme dans celui dont nous sommes saisis, la prestataire avait été mise à pied pour surplus de personnel. Elle a demandé des prestations d'assurance-chômage. Une période de prestations a été établie et elle a commencé à recevoir des prestations. Par la suite, elle a été blessée dans un accident d'automobile et elle a reçu, en vertu du Régime d'assurance sans égard à la responsabilité de l'Ontario, une indemnité de 285 \$ par semaine. La Commission a statué que ces paiements avaient valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du

of Referees found [at page 3] that the insurance monies which the claimant received “does not appear to be tied to a loss of wages but to her total disability arising from the automobile accident.” Without examining the provincial legislation to determine the purpose for which payments were made under the provincial plan, the Umpire stated, at page 4:

The legislation is unequivocal that payments from government no fault automobile insurance plans, designed to compensate for actual or presumed loss of wages due to an accident, are earnings for benefit purposes, provided the plan does not take unemployment insurance benefits into account.

He characterized as erroneous the finding of the Board of Referees that the payments under the Ontario No-Fault Insurance Plan were made in respect of total disability and therefore not tied to loss of wages. In his view, a payment made to the claimant “by reason of her substantial inability, as a result of the accident, to perform the essential tasks in which she would normally have been engaged” were payments directly related to the claimant’s presumed loss of income due to the injuries she sustained. With respect, I am unable to understand how this conclusion follows logically from the premise without a more detailed examination of the provincial legislation. CUB 22427 [*Mountney*] was decided on March 18, 1993 by the same Umpire on the same basis.

In CUB 25448 [*Villanueva*], decided on August 29, 1994, the claimant left her employment in April 1991, because she had been injured in a motor vehicle accident. She filed a claim for unemployment insurance benefits in 1993 and a benefit period was established, ante-dated to April 14, 1991. However during this time the claimant had been in receipt of no-fault benefits under the Ontario No-Fault Insurance Plan in the amount of \$815 every two weeks as a result of her injuries. Upon discovering this latter fact, the Commission notified the claimant that such payments were earnings under paragraph 57(2)(d) of the Regulations and allocated them as such pursuant to section 58. The decision of the Commission was upheld by the Board of Referees. A further appeal to the Umpire was dismissed on the basis that:

Règlement et elle a tenté de déduire des prestations excédentaires de 1 311 \$. Le Conseil arbitral, qui a accueilli l’appel de la prestataire, a conclu [à la page 3] que les sommes versées à la prestataire par le régime d’assurance «ne semble[nt] pas liée[s] à la perte de salaire mais à son invalidité totale par suite de l’accident d’automobile». Sans examiner la loi provinciale pour déterminer l’objet des paiements effectués en vertu du régime provincial, le juge-arbitre a déclaré, à la page 4:

L’alinéa précité stipule sans équivoque que les versements provenant d’un régime gouvernemental d’assurance-automobile sans égard à la responsabilité, qui visent à indemniser de la perte réelle ou présumée de salaire par suite d’un accident, ont valeur de rémunération aux fins des prestations, si le régime ne tient pas compte des prestations d’assurance-chômage.

Il a qualifié d’erronée la conclusion du Conseil arbitral portant que les paiements effectués en vertu du Régime sans égard à la responsabilité de l’Ontario visaient l’incapacité totale et n’étaient donc pas liés à la perte de salaire. Selon lui, l’indemnité versée à la prestataire «en raison de son incapacité prononcée, par suite de l’accident, d’accomplir les tâches essentielles qu’elle aurait normalement exercées» constituait une indemnité liée directement à la perte de revenu présumée de la prestataire par suite des blessures corporelles qu’elle avait subies. Avec égard, je ne peux comprendre comment ces prémisses peuvent logiquement mener à cette conclusion sans un examen plus détaillé de la loi provinciale. La décision [*Mountney*] CUB 22427 a été rendue le 18 mars 1993 par le même juge-arbitre, sur le même fondement.

Dans l’affaire qui a donné lieu à la décision [*Villanueva*] CUB 25448, prononcée le 29 août 1994, la prestataire avait quitté son emploi en avril 1991 parce qu’elle avait été blessée dans un accident d’automobile. Elle a déposé une demande de prestations d’assurance-chômage en 1993 et une période de prestations a été établie rétroactivement au 14 avril 1991. Toutefois, la prestataire avait depuis cette date reçu des indemnités sans égard à la responsabilité du Régime d’assurance sans égard à la responsabilité de l’Ontario en raison des blessures qu’elle avait subies. Le montant de ces indemnités s’élevait à 815 \$ par période de deux semaines. Lorsque la Commission a découvert ce fait, elle a avisé la prestataire que ces paiements avaient valeur de rémunération au sens de l’alinéa 57(2)d) du Règlement et les a attribués en

Paragraph (d) of Regulation 57 is clear and unequivocal that insurance benefits paid or payable under a provincial plan, that do not take into account U.I. benefits are earnings for the purposes of . . . the *Unemployment Insurance Act* . . . and the Regulations thereunder.

In all of these cases the assumption was made, wrongly, in my respectful view, that all payments made under provincial no-fault insurance plans are compensation for actual or presumed loss of income from employment due to injury from a motor vehicle accident. As I have demonstrated, an examination of provincial legislation discloses that this assumption is false and that some payments are made as compensation for non-income losses. It is therefore necessary, in my view, to examine applicable provincial legislation in each case in order to determine the precise purpose for which the no-fault payments were in fact made.

It follows that where payments under provincial no-fault benefit plans are in issue, a conclusion that payments made in a particular case are payments for loss of income from employment as a result of an accident within the meaning of paragraph 57(2)(d) of the Regulations can only be reached after determining by reference to provincial legislation the purpose for which such payments were made.

I come now to *Gates v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)*, *supra*, which counsel for the respondent told us was determinative of the issue before us. Before embarking upon an examination of this case, I should state that counsel for the applicant reported to us in argument that an appeal from this decision is pending in the Court of Appeal for Ontario. An inquiry at the Ontario Court of Appeal disclosed that this is indeed the case, but that the appeal has not yet been perfected.

The sole issue before the Divisional Court in *Gates* was whether payments made pursuant to subsection 13(1) of the *No-Fault Benefits Schedule* were compensation for pain and suffering, such that they were

conséquence, conformément à l'article 58. La décision de la Commission a été confirmée par le Conseil arbitral. L'appel subséquent interjeté devant le juge-arbitre a été rejeté pour le motif suivant:

^a [TRADUCTION] L'alinéa d) de la Règle 57 dispose clairement et sans équivoque que les indemnités d'assurance payées ou payables en vertu d'un régime provincial, qui ne tiennent pas compte des prestations d'assurance-chômage, ont valeur de rémunération aux fins de la *Loi sur l'assurance-chômage* . . .
^b et de ses règlements d'application.

^c Dans toutes ces causes, on a présupposé, à tort selon moi, que tous les paiements effectués en vertu de régimes provinciaux d'assurance sans égard à la responsabilité constituaient une indemnisation pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite des blessures corporelles subies lors d'un accident d'automobile. Comme je l'ai indiqué, un examen de la loi provinciale révèle que cette hypothèse est fautive et que certains paiements sont effectués pour compenser des pertes sans lien avec le revenu. J'estime donc qu'il est nécessaire d'examiner dans chaque cas la loi provinciale applicable pour déterminer l'objet précis effectivement visé par les paiements sans égard à la responsabilité.

^d Il s'ensuit que, dans le cas où des indemnités versées en vertu d'un régime provincial de prestations sans égard à la responsabilité sont en cause, on ne peut conclure, dans un cas particulier, qu'elles ont été versées pour la perte du revenu d'un emploi par suite d'un accident au sens de l'alinéa 57(2)d) du Règlement qu'après avoir établi, en se reportant à la loi provinciale, l'objet visé par ces indemnités.

^e J'étudierai maintenant l'affaire *Gates v. Ontario (Ministry of Community & Social Services)*, précitée, que l'avocat de l'intimé tient pour déterminante en l'espèce. Avant d'entreprendre l'analyse de cette cause, je dois préciser que l'avocate de la requérante nous a informés dans sa plaidoirie que cette décision a été portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Une vérification auprès de la Cour d'appel de l'Ontario a révélé que c'est bien le cas, mais que les parties n'ont pas encore parfait l'appel.

^f La seule question soumise à la Cour divisionnaire dans l'affaire *Gates* était celle de savoir si les indemnités versées en vertu du paragraphe 13(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité visaient

exempted from income by [R.R.O. 1980] Regulation 318 under the *Family Benefits Act*, R.S.O. 1980, c. 151 for the purpose of determining the *quantum* of social assistance to be paid to the appellants in that case. Paragraph 41 of subsection 13(2) [as am. by O. Reg. 396/86, s. 4] of Regulation 318 provided that income for the purpose of the *Family Benefits Act* shall not include

13. . . .

41. an amount received as damages or compensation for

(i) pain and suffering . . .

The Divisional Court held, for the six reasons enumerated on page 160 (19 O.R. (3d)), that the payments were not compensation for pain and suffering. It did not decide that they were compensation for loss of income from employment, actual or presumed. Counsel for the respondent sought succor in the third reason, namely that:

(3) The payments under s. 13(1) are at a flat rate and paid weekly. These features are associated with income replacement schemes and not with payments for pain and suffering which are usually paid in a lump sum.

This, he said, supports the Umpire's conclusion and his own contention that payments made pursuant to subsection 13(1) represent compensation for loss of income. I am unable to accept this contention. Firstly, the language used by the Court does not reasonably bear the construction which counsel seeks to place on it. And if it did, it would have invited the question why the legislature of Ontario would deal with income loss in two subsections when it could have done so in one. It is idle to suggest, in my respectful view, that the legislature of Ontario would have dealt with the identical subject-matter in two different sections of the Regulations when one would have sufficed. Finally, the contention overlooks the observation made by Ferguson J. in *Marshall v. Heliotis* (1993), 16 O.R. (3d) 637 (Gen. Div.) that the no-fault scheme in Ontario is a statutory scheme which essentially replaces common law rules in actions arising out of motor vehicle accidents. It follows that the provisions of the scheme must be examined in each case in order to determine the char-

à compenser la douleur et les souffrances, de sorte qu'elles seraient exclues du revenu par le [R.R.O. 1980] Règlement 318 édicté en vertu de la *Loi sur les prestations familiales*, L.R.O. 1980, ch. 151, aux fins de déterminer le montant de l'aide sociale à verser aux appelants. La disposition 41 du paragraphe 13(2) [mod. par O. Reg. 396/86, art. 4] du Règlement 318 prévoit que le revenu aux fins de la *Loi sur les prestations familiales* ne comprend pas

13. . . .

[TRADUCTION] 41. un montant reçu à titre de dommages-intérêts ou d'indemnité pour

(i) la douleur ou les souffrances . . .

La Cour divisionnaire a statué, pour les six motifs énumérés à la page 160 (19 O.R. (3d)), que ces paiements ne visaient pas à compenser la douleur et les souffrances. Elle n'a cependant pas décidé s'ils constituaient une indemnité pour la perte du revenu d'un emploi, que cette perte soit réelle ou présumée. L'avocat de l'intimé s'est appuyé sur le troisième motif, savoir:

[TRADUCTION] (3) Les indemnités prévues au paragraphe 13(1) sont établies d'après un taux fixe et versées hebdomadairement. Ces caractéristiques sont liées aux régimes de remplacement du revenu et non aux indemnités pour douleur et souffrances qui sont habituellement payées sous forme de somme globale.

Selon lui, ce motif appuie la conclusion du juge-arbitre et sa propre prétention selon laquelle les indemnités versées en vertu du paragraphe 13(1) visent à compenser une perte de revenu. Je ne puis accepter cette prétention. Premièrement, les termes utilisés par la Cour ne peuvent raisonnablement pas être interprétés comme l'avocat tente de le faire. Si cette interprétation était possible, elle soulèverait la question de savoir pourquoi le législateur ontarien traiterait de la perte de revenu dans deux paragraphes, alors qu'il aurait pu en édicter un seul. À mon humble avis, il est illogique de prétendre que le législateur ontarien a régi une question identique dans deux dispositions différentes du Règlement, alors qu'une seule aurait suffi. Enfin, cette hypothèse ne tient pas compte de la remarque formulée par le juge Ferguson dans *Marshall v. Heliotis* (1993), 16 O.R. (3d) 637 (Div. gén.), selon laquelle le régime sans égard à la responsabilité établi en Ontario est un régime légal qui remplace essentiellement les règles de la common law dans les actions découlant d'accidents d'automobile.

acter of and the purpose for which payments are made thereunder. In this case I am unable to conclude, for the reasons already given, that the payments which the applicant received pursuant to subsection 13(1) of the *No-Fault Benefits Schedule* were earnings within paragraph 57(2)(d) of the Regulations and thus deductible under subsection 17(4) of the Act.

I would, accordingly, allow the section 28 application, set aside the decision of the Umpire and remit the applicant's appeal to an umpire for re-determination on the basis that the Board erred when it concluded that the payments which the applicant had received pursuant to subsection 13(1) of the *No-Fault Benefits Schedule* were earnings within the meaning of paragraph 57(2)(d) of the Regulations and were therefore properly allocated in accordance with that paragraph.

DESJARDINS J.A.: I concur.

MCDONALD J.A.: I agree.

bile. Il faut donc examiner dans chaque cas les dispositions du régime afin de déterminer la nature et l'objet des paiements effectués par application de ces dispositions. Pour les motifs déjà exposés, je ne puis conclure en l'espèce que les paiements reçus par la requérante en vertu du paragraphe 13(1) du tableau des indemnités sans égard à la responsabilité ont valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du Règlement et, partant, qu'elles sont déductibles par application du paragraphe 17(4) de la Loi.

En conséquence, j'accueille la requête présentée en vertu de l'article 28, j'annule la décision du juge-arbitre et je renvoie l'appel de la requérante à un juge-arbitre pour qu'il le réexamine en tenant pour acquis que le Conseil a commis une erreur en concluant que les paiements reçus par la requérante en vertu du paragraphe 13(1) du *No-Fault Benefits Schedule* ont valeur de rémunération au sens de l'alinéa 57(2)d) du Règlement et, partant, qu'ils ont été dûment attribués en conformité avec cet alinéa.

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

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

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Application for review of refusal to disclose records containing names of medical practitioners in Nova Scotia whose prescribing privileges restricted, revoked—Department, Information Commissioner concluding names of doctors “personal information” within definition in Privacy Act, s. 3, and excluded from disclosure by Access to Information Act, s. 19—Public interest not clearly outweighing individual’s privacy right—Application dismissed—Names of individual doctors on list of restricted or revoked prescription writing privileges within Privacy Act, s. 3(i), and personal information properly withheld pursuant to Access to Information Act, s. 19—Doctors not consenting to disclosure—Information not publicly available as distribution of notification lists restricted to medical board, pharmacists, licensed dealers—S. 82(m)(i) permitting disclosure where public interest “clearly outweighs” invasion of privacy resulting from disclosure—Letters of refusal not identifying specific public or private interests considered—S. 8(2)(m)(i) mandating more than blanket statement private interests override public’s right to disclosure—Factors in support of non-disclosure: (1) disclosure might cause individuals further jeopardy in addition to revocation of prescribing privileges; (2) public interest served by notifying provincial medical board, retail pharmacies, licensed dealers; (3) practitioners would respect limitations on prescribing privileges because any breach necessarily coming to attention of respondent due to strict controls on prescription of drugs—Preferable for respondent to outline in greater detail private versus public interests at issue in arriving at decision not to disclose, but public interest not “clearly” outweighing potential invasion of privacy—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4(1), 19(1),(2), 30, 41, 48—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3, 8.

MACKENZIE V. CANADA (DEPARTMENT OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1052-91, Wetston J., order dated 23/11/94, 9 pp.)

Application to review refusal to disclose agreement approved by CHRC in *Tymchyshyn v. Canadian Pacific Ltd.*—Tymchyshyn, diabetic, filing complaint with CHRC against employer’s policy of refusing to employ insulin dependent diabetics—Prior to hearing parties reaching agreement, submitting it to Commission for approval—Commission refusing disclosure under Access to Information Act, s. 19(1) as agreement containing non-disclosure clause—Access to Information

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

Commissioner upholding refusal—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, s. 48, requiring CHRC to examine terms of agreement before granting approval, sufficient protection of public interest—Non-disclosure clause endorsed by Commission deserving respect from Court, public authorities—Application of doctrine *pacta sunt observanda*—*Crestbrook Forest Industries Ltd. v. Canada*, A-1034-91, judgment dated 21/2/92, confirming this type of agreement against third parties binding on public authorities—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7, 48—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 41, 46, 47.

GRIMARD V. CANADA (PRESIDENT, HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-1461-94, Joyal J., order dated 23/11/94, 4 pp.)

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of Canadian Egg Marketing Agency (the “Agency”) decision not to issue applicant buyers’ and sellers’ licences for interprovincial marketing of eggs—Partnership, consisting in part of directors and shareholders of current corporate appellant, subject to revocation of interprovincial buyer’s and seller’s licence by Agency on grounds it had breached conditions of licence and regulations by improperly engaging in marketing of eggs—Corporate appellant purporting to be new entity unrelated to dissolved partnership—In refusing to issue licence, Agency relying on *Wright v. Canada (Egg Marketing Agency)*, [1978] 2 F.C. 260 (C.A.) which held applicant’s conduct colourable where course of conduct intending to enable it to do indirectly what it could not do directly—Since *Wright* decision, licensing provision modified to narrow Agency’s scope of powers—Case at bar distinguishable from *Wright* in that, unlike present case, latter involved: (1) conspiracy to break law for money; (2) stealth, in continuing to sell after licence revoked; and (3) deliberate defiance of law and of Agency—Applicant openly applying to Agency in its corporate name and abiding by Agency’s adverse decision—Also, present case including element of constitutional principle or equality of opportunity with respect to egg producers in territories who, because of location cannot have egg produc-

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

tion quota and thus cannot engage in interprovincial or international trade—Unlike *Wright* case, applicant not destroying *bona fides* of application—Current s. 5 mandatory unless applicant falling within s. 8 exception—Agency justified in refusing to issue licence upon true evidence of conspiracy, evasion of law, sham, fraud, deception and defiance on part of applicant; however such evidence not present in application at bar—Standard of proof with respect to these criminal-like charges high probability and Agency must be correct in assessment for refusal to be upheld on judicial review—Statutory tribunal as Agency having no inherent jurisdiction; nor does Agency have privative provision to shield its decisions from judicial review—Agency's expertise lying in interprovincial and international marketing of eggs and not with questions of jurisdiction, or law of colourable attempts, conspiracy, fraud or deception; thus Court owing Agency no deference in these regards—Despite misdeeds of partnership, present corporate applicant not colourable device unless implicated in sham, fraud and deception—Court quashing Agency decision to refuse licence and directing it to process application without regard to any conduct or activities but those of applicant—Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 5, 7 (as am. by SOR/88-455, s. 2).

VILLETARD'S EGGS LTD. v. CANADA (EGG MARKETING AGENCY) (T-2042-93, Muldoon J., order dated 4/11/94, 19 pp.)

BARRISTERS AND SOLICITORS

Appeal from order removing Burke-Robertson as solicitors of record for plaintiff—Almecon alleging patent infringement in two separate actions against Nutron and Anchortek—Marcus Gallie previously acting as solicitor for Anchortek Ltd., now employed by Burke-Robertson and acting for Almecon—Both defendants raising similar defence of alleged invalidity—Solicitors for Nutron and Anchortek agreeing to cooperate in preparing respective defences—Various discussions between respective solicitors and between Anchortek's principal and patent lawyer retained by Nutron's firm—Nutron seeking removal—Trial Judge adopting test in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235 for determining whether disqualifying conflict of interest, i.e. whether public, represented by reasonably informed person would be satisfied no use of confidential information would occur—Holding (1) Gallie received confidential information attributable to solicitor and client relationship relevant to action against Nutron; (2) risk will be used to prejudice of client—Concluding standards of professional conduct consistent with recognition of confidential relationship in information flowing between solicitors for defendants—Presumption confidential information conveyed not rebutted—Whether principles in *Martin*, particularly inference confidential information imparted to Gallie, apply herein where Nutron, not client of Gallie raising issue of disqualifying conflict of interest—Appeal dismissed—Cases confining *Martin* principles to existence of direct solicitor-client relationship considered—Confidential nature of particular relationship must be considered rather than narrowly focusing upon parameter of solicitor-client relationship—Working relationship between solicitors for Nutron, Anchortek premised on under-

**BARRISTERS AND SOLICITORS—
Concluded**

standing any information conveyed confidential and could not be used by solicitors without clients' authorization—Not situation where confidential information obtained by way of undertakings between solicitors adverse in interest—Several decisions recognizing existence of legal relationship based on expectation of confidentiality tantamount to that of solicitor and client—Any communications between solicitors for Anchortek and Nutron originating in confidence would not be disclosed—Element of confidentiality essential to continued relations between parties who, while having common interest represented by different solicitors—While no solicitor-client relationship, concept of privileged communications outlined in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 applicable—Relationship between solicitors of Nutron and Anchortek such that Nutron "informal client" of Anchortek's solicitors—Relationship entitled Nutron to expect any information imparted would partake of solicitor-client privilege—In these circumstances appropriate to include "persons associated with the client" in the word "client"—As to whether risk information will be used to prejudice of client, necessary to consider steps taken by firm to ensure no disclosure will occur—Burke-Robertson not making any attempt to isolate Gallie from Almecon litigation—Gallie even assisting in preparation of matter for trial—Second question in *Martin* properly answered in affirmative—*Martin* also emphasizing concern about appearance of impropriety—Goal to protect interests of individual litigant and public confidence in administration of justice—Given directions in relevant codes of professional conduct which prohibit acting against former client or person associated with that client in same or related matter, appearance of impropriety raised both in relation to Nutron's position and in relation to Gallie's duty to former client—Public, represented by reasonably informed person could not be satisfied no use of confidential information would occur in these circumstances—Right to retain solicitors of choice must be tempered by right of adverse party, whether former client or person reposing confidence in lawyer, to feel solicitor would not represent another party against him in related dispute—As noted in *Manville Canada Inc. v. Ladner Downs* (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), S.C.C. imposing very high standard on legal profession where risk confidential information given to lawyer or his firm may come to knowledge of opposing interest—*Martin* test not restricted to solicitor-client relationship—Where previous relationship established clear nexus with solicitor's retainer, *Martin* test may apply—Question of disqualifying conflict of interest raising overriding policy concern with confidentiality of information imparted to solicitor—Nutron entitled to expect communications between its solicitors and solicitors for Anchortek would partake of solicitor-client privilege between Nutron and Gallie, former solicitor for Anchortek—Despite absence of direct solicitor-client relationship between Nutron and Gallie, nature of working relationship between two firms determinative of issue—Trial Judge properly applied presumption confidential information imparted and finding inference not rebutted.

ALMECON INDUSTRIES LTD. v. NUTRON MANUFACTURING LTD. (A-208-94, McDonald J.A., judgment dated 18/8/94, 20 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible persons

Application for judicial review of refusal to admit applicant to Canada on ground her husband committed offence bringing him within Act, s. 19(1)(c)—Applicant filing application listing husband as dependant after husband committed offence, assault upon applicant—Applicant member of backlog class—Interpretation of Backlog Regulations and regular Immigration Regulations with respect to granting of landing to members of family class application—Backlog Regulations not ambiguous in refusing claimant landing if claimant's dependant, in Canada at time of application, falls within inadmissible class—Applicant and dependant treated as unit—Backlog Regulations granting members right to apply for landing from within Canada but not equating members to Convention refugees—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c), 46.04 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 38)—Refugee Claimant Designated Class Regulations, SOR/90-40, s. 6.

KANDASAMY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6812-93, Reed J., order dated 13/12/94, 5 pp.)

Removal of Visitors

Application for judicial review of Immigration Appeal Division ("Division") order allowing respondent's appeal from removal order on ground of compassionate or humanitarian considerations pursuant to Act, s. 70(3)—Respondent from Philippines where facing charges of criminal activity ("outstanding charges")—Convention refugee status originally recognized in Canada—Respondent appealed deportation order subsequently issued against him after inquiry revealed lapse of visitor status—*Kumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 1 F.C. D-61 (C.A.) holding that where Board refuses to adjourn hearing pending disposition of criminal charges, fairness requiring Board to disregard charges in rendering decision—Applicant submitting *Kumar* case improperly applied: evidence re charges should have been allowed and Division should have considered evidence of wrongdoing—*Kumar* not applicable to case at bar as respondent demonstrating no desire to have outstanding charges against him dealt with and applicant objecting to Division's preliminary ruling limiting consideration of outstanding charges—Majority of Division finding evidence respecting outstanding charges unnecessary for dealing with matter—Outstanding charges not relevant to conclusions relied upon by Division majority—Court not interfering with Division exercise of discretion in not allowing cross-examination of respondent where applicant failing to make such request at appropriate time during course of cross-examination—Applicant not discharging burden of establishing inference drawn by majority of Division unreasonable—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(3).

CANADA (SECRETARY OF STATE) V. DEE (IMM-1296-94, Pinard J., order dated 13/1/95, 10 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—
Continued

IMMIGRATION PRACTICE

R. 324 application for extension of time to file applicant's record—Extension of time requiring (1) sufficient reasons for delay; and (2) arguable case for leave—Prothonotary having jurisdiction to vary time limit prescribed by Immigration Rules—Existence of arguable case necessarily determined by person having jurisdiction to grant extension of time—Burden of justifying extension of time resting with applicant—Non-availability of legal aid not sufficient excuse for delay—Where delay, prejudice assumed unless contrary evidence—Lack of prejudice to respondent or evidence of prejudice to appellant cannot exist where no evidence tendered as to existence of arguable case—Extension denied as no evidence with respect to lack of prejudice; paucity of evidence regarding reason for delay; and, no evidence as to existence of arguable case—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324—Federal Court Immigration Rules (1993), SOR/93-22, R. 21(2).

VALYENEGRO V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (IMM-4079-94, Giles A.S.P., order dated 13/12/94, 8 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from refusal of citizenship for failing to comply with Citizenship Act, s. 5(1)(c) requiring residency in Canada for three of four years preceding date of application for citizenship—Appellant applied for Canadian visa under entrepreneurial class, received landed immigrant status in Canada in 1989—Founded consulting company—Business requiring protracted absences from Canada—Appeal dismissed—*Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.) not providing open season for landed immigrants to obtain citizenship no matter how brief periods of actual physical residence—Citizenship often denied to applicants where indices of residency more formalistic in nature or so patented as to give appearance of mere camouflage—Critical review of cases revealing *Re Papadogiorgakis* rule possibly extended beyond intent of statute—Muldoon J. in *Hui, Re* (1994), 75 F.T.R. 81, reviewing spread in interpretation of residency rule, expressing Court's need to reaffirm more textual approach to statutory provisions—Strongly suggesting Parliament's role usurped if *Citizenship Act* interpreted such that obviously not complying with intention applicant should establish residency in Canada for at least three years in last four—Muldoon J. holding imposition of rules before eligibility could be established i.e. residency rule, knowledge of official language, acquaintance with Canada's form of government, political institutions, through citizenship legislation, indicating intention grant of Canadian citizenship more than mere rubber-stamping exercise—Adopting "strict construction" on residency issue as correct interpretation of will of Parliament—On other hand, formula for residency adopted in *Papadogiorgakis* case must have some merit, as adopted by 16 years' of Federal Court judges—Once established "residency" could be given extended meaning,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

questions of absences from Canada during qualifying period more particularized, imposing on Court burden of weighing all surrounding circumstances and of having to make judgment call—Although strict construction of residency rule solving many problems (residency becoming purely numbers game), constructionist approach imperfect—Court interpreting residency requirement humanely to accommodate applicants who, for various reasons, necessarily absent from Canada for extended periods of time i.e. students pursuing studies abroad, entrepreneurs who must spend considerable time winding up businesses in country of origin, technicians called by contract to render services in oil fields of Middle East or Indonesia, foreign workers with CUSO—Flexible interpretation providing some relief from otherwise stringent physical presence in Canada requirement—Also respecting individual needs to minimize economic loss, to assure economic survival, or to enhance career opportunities, all elements of human existence, and aspirations in sync with Canadian values and which Citizenship Act recognizes, endorses in s. 5—Individualized consideration of particular circumstances resulting in some inconsistencies, but constructionist approach not remedy—Many immigrants bringing wealth, experience, knowledge, expertise, international exposure to whom grant of Canadian citizenship as important as to those whose occupation, training not lending themselves readily to offshore mobility—Nor is Minister's discretion to dispense with residency requirements of statute on compassionate grounds complete answer—Appellant having substantial investment in business incorporated in Canada, head office in Montréal, substantial deposits in Canadian banks, owning posh condominium in Vancouver and renting accommodation in Montréal—Main source of appellant's business Taiwan, Hong Kong—Appellant's company paid corporate income taxes in Canada—Appellant paying taxes on substantial amounts of both earned and investment income—Whole experience in line with entrepreneurial category under which obtained landed immigrant status, and in keeping with Canada's avowed policy of attracting kind of people who can transfer both capital assets, personal skills to Canada—Consideration of appellant's dedication, commitment to Canada extending beyond more orthodox tests of place of abode, car licence, membership in various organizations—Montréal residence established upon appellant's arrival—Between 1989 and 1992 spent more time abroad than in Canada—On point count basis, main items favouring appellant that gained landed status in Canada under entrepreneurial category, transferred large amounts of funds to Canada, bought Canadian real estate, established Canadian company, he and company generated income on which taxes accrued to benefit of Canadian public—But transfer of funds to Canada and business activity established through company more relevant to gaining landed immigrant status than to gaining Canadian citizenship—Many non-residents having funds in Canada, income generated from them subject to Canadian taxes—Canada having little, if any, connection with appellant's endeavour—Tempting to conclude residency status in circumstances having certain element of "convenience" to it—No evidence of activities in terms of personal, social, institutional involvement otherwise possibly tipping scale in appellant's favour—Good side of equation not compensating for length, frequency of absences during quali-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

fyng years, limited involvement, either directly or vicariously in Canadian mainstream—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5.

Hsu (RE) (T-2297-93, Joyal J., judgment dated 2/9/94, 17 pp.)

Applicant not meeting required days of residency in Canada for citizenship purposes pursuant to Act, s. 5(1)(c) as a result of employment with Canadian economic development association—Physical presence in Canada not absolutely necessary where evidence of intention to remain in Canada—*Indicia* of association with Canada including applicant's acquisition of home in Winnipeg; residency in Winnipeg of applicant's child and relative; maintenance of Manitoba driver's licence and health insurance—Applicant employed by Canadian organization and pay cheques deposited in bank account in Canada—Case at bar distinguished from situation where someone having business or employment in foreign country and coming to Canada for very short time—Canada's best interests served where immigrants assuming risk of going back to less stable parts of world in course of employment with Canadian employer, as opposed to remaining in Canada, either on social assistance or at low level employment in order to qualify for s. 5(1)(c) residency requirements—Applicant having intention to remain in Canada—Citizenship granted—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

AVILLES (RE) (T-870-94, T-871-94, Rothstein J., order dated 19/12/94, 4 pp.)

Convention Refugees

Application for order setting aside Convention Refugee Determination Division (the "Tribunal") decision applicants not Convention refugees—Applicants from Estonia of mixed marriage; female applicant Estonian and male applicant Russian of German origin—Tribunal finding applicants' claims of reasonable chance of persecution not well-founded—Tribunal also finding male claimant excluded as Convention refugee by Convention, Art. 1E—Issue whether Tribunal erred in applying Art. 1E to exclude male claimant as Convention refugee—Art. 1E not requiring narrow interpretation—Plain meaning of Art. 1E rendering exclusion provision applicable to case at bar—Purpose of Art. 1E to support regular immigration laws by limiting refugee claims to those clearly facing threat of persecution—Art. 1E excluding as potential refugee claimant facing threat in own country, but living in another country, with or without refugee status, and there not facing threat of persecution for Convention reasons—Art. 1E requiring well-founded fear of persecution in both country of nationality and country of residence before refugee status claim considered—Tribunal assessment not patently unreasonable—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)—United Nations Convention Relating to the Status of Refugee, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E.

KROON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-3161-93, MacKay J., order dated 6/1/95, 6 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Division ("Board") determination applicant not Convention refugee on basis claim having no credible basis pursuant to Act, s. 69.1(9.1)—Applicant from Sri Lanka, repeatedly fleeing village, refugee camp, and subsequent settlements—Applicant detained, interrogated and gang-raped in army camp—Applicant's son and husband arrested—Applicant forced to assist army as informant—In finding testimony unreliable based on applicant's demeanour, Board disregarding medical assessment—Although credibility assessment based on demeanour generally unassailable on judicial review, Board having obligation to explain rejection of relevant medical report—Having accepted allegation of gang-rape, and noting testimony regarding rape impacted upon by trauma, Board's finding rapes not impacting on rest of testimony and Board's rejection of medical opinion without explanation plainly capricious—Rejection of medical evidence explaining demeanour without explanation significant error as leading to general finding of lack of credibility and subsequent negative inferences drawn by Board—Court holding no evidentiary foundation to other negative inferences drawn by Board on basis of adverse credibility finding—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(9.1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60).

SIVAYOGANATHAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4979-93, Noël J., order dated 7/11/94, 12 pp.)

Application for judicial review of credible basis panel ("panel") determination no credible basis for South Korean applicant's Convention refugee claim—Applicant's file part of refugee claims backlog—Panel correct in weighing evidence to assess credibility—Confusion arising as to exact translation of applicant's statements regarding relations with government—Member of panel replaced mid-way through proceeding; new panel member relying only on transcript with respect to statement—Error in translation—New panel member not hearing original exchange between members and translator—Basing part of decision on incorrect translation approaching violation of principles of fundamental justice—Credibility best assessed in oral hearing—Where credibility at issue, oral hearing imperative to ensure compliance with principles of fundamental justice—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

PARK v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7546-93, Cullen J., order dated 20/12/94, 6 pp.)

Application for judicial review of Board decision rejecting claim for Convention refugee status while failing to address oral or documentary evidence relating to membership in particular group, young El Salvadorean males of military age—In his PIF applicant claiming status on ground of political opinion—Before Board, applicant testified did not hold political opinion—Now argues fear of persecution related to membership in particular social group—Ground of membership in particular social group not argued before Board—Given evidence to that effect, Board should have considered whether membership in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

social group gave rise to well-founded fear of persecution, even if counsel for claimant failed to argue this ground—Application allowed—Matter referred back to Board for rehearing.

NAVARRO v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1699-92, Wetston J., order dated 20/12/94, 3 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Fundamental Freedoms

Application for judgment on consent declaring Television Broadcasting Regulations, 1987, s. 6(2) of no force or effect as infringing Charter, s. 2(b)—Regulations in issue containing general prohibition against advertising of alcoholic beverages, subject to certain exceptions—Order sought not granted as insufficient facts before Court to warrant course of action—Facts agreed upon by parties not justifying finding impugned regulation breaches rights guaranteed by Charter, s. 2(b), or if so, infringement cannot be justified as reasonably necessary in free and democratic society—Conclusion of defendant's employee not meeting factual background set out by Supreme Court of Canada in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357—Defendant free to repeal impugned regulation without issuance of declaration—Application dismissed—Television Broadcasting Regulations, 1987, SOR/87-49, s. 6(2)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).

ASSN. OF CANADIAN DISTILLERS v. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (T-225-90, Rouleau J., order dated 16/12/94, 4 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE ACT

Applicant, husband arrested for illegal importation of cigarettes—Goods, car seized—Seven months later husband pleading guilty, charge against applicant stayed—Same day applicant requesting return of car—Since one-month statutory period for redemption provided in Excise Act, s. 117 expired, notice of claim rejected, car condemned—Applicant invoking s. 164, permitting person other than person accused of offence resulting in seizure of vehicle, claiming interest in vehicle to apply for declaration of interest—Application dismissed—S. 164 directed at parties unrelated to offence in which vehicle may be involved—Applicant very much aware of incident—In absence of specific provision allowing extension of statutory limitation period Court lacking jurisdiction to grant extension of time to applicant, regardless of Crown counsel's consent—Applicant's Charter, ss. 7, 13 rights not violated—No prejudice if claiming car before expiry of limitation period as Crown

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

could prove ownership by producing automobile registration—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14, ss. 117, 164—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, 13.

LE V. CANADA (T-1890-93, Rouleau J., judgment dated 16/11/94, 5 pp.)

EXCISE TAX ACT

In financing business operations, defendant bank obtaining security of book debts and security pursuant to Bank Act, s. 178—Bank appointing receiver to sell debtor's inventory—Minister making demand for tax on assigned accounts (the "demand") to Bank in respect of sales, and particularly the Federal Sales Tax ("FST") imposed upon sales pursuant to Excise Tax Act, s. 52(10)—Bank refusing to remit tax on ground demand not opposable to holder of s. 178 security—*Canadian Imperial Bank of Commerce v. R.*, [1984] C.T.C. 442 (F.C.T.D.), holding s. 178 security not granting Bank assignment of specific tax on sale price of goods sold, applied—In distinguishing effect of specific tax such as FST and income tax on holder of s. 178 security, *CIBC v. R.* holding sales tax on price not yet paid to taxpayer may be lawfully intercepted by Crown in face of s. 178 security—Bank's debtor could not, either by way of assignment of book debts or by way of s. 178 security assign or give to Bank FST imposed on sale price of goods sold to customers—In collecting debtor's customers' outstanding accounts, Bank obtained FST representing monies which never belonged to debtor—Bank not entitled to FST where Minister diligently exercising s. 52(10) statutory right—Clear intention of Parliament with respect to s. 52(10) to catch all assignments of book debts, either by way of general assignment of book debts or by way of s. 178 security—Action allowed—Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 178—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 52(10).

CANADA V. NATIONAL BANK OF CANADA (T-2520-88, Nadon J., order dated 26/10/94, 20 pp.)

FISHERIES

Plaintiff bringing action for return of proceeds of sale of fish seized by defendant and claiming damages, interest and costs—Commercial fishing licence for halibut issued to vessel owner—Halibut quota overage and rockfish catch seized after plaintiff signing "Relinquishment of Claim, Halibut" form ("relinquishment form")—Charges pursuant to Fisheries Act against plaintiff stayed—Finding of partnership or joint-venture between plaintiff, vessel owner and crew ("partners") by virtue of sharing catch—Plaintiff permitted to commence representative action on behalf of all partners—In signing relinquishment form, plaintiff binding all partners—Halibut overage not seized by defendant as partnership signing relinquishment form without duress—Signing of relinquishment form not effecting forfeiture which can only be done pursuant to Fisheries Act—Had defendant seized and caused halibut overage to be forfeited, forfeiture would have been *ultra vires* Fisheries Act—In making quota and forfeiture conditions of licence issuance, defendant attempting to do indirectly that

FISHERIES—Concluded

which can only be done pursuant to Fisheries Act—As relinquishment of halibut overage validly signed by plaintiff, claim for value of fish relinquished dismissed—Crown conceded claim for value of seized rockfish (\$526.50) even though plaintiff had no licence to fish rockfish—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.

LOGAN V. CANADA (T-1734-92, Teitelbaum J., judgment dated 15/12/94, 31 pp.)

HUMAN RIGHTS

Canadian Human Rights Commission moving to strike down Human Rights Tribunal ("Tribunal") decision dismissing complaint as falling within Canadian Human Rights Act ("CHRA"), s. 67 exempting Indian Act from application of CHRA—Status Indian alleging Department of Indian Affairs and Northern Development ("DIAND") discriminating against her on basis of religion by withdrawing funding for residential and transportation costs of enrolling daughter in private Catholic school—Constitutional recognition of denominational Catholic and Protestant schools exception to secularity of Canadian State—Indian Act fostering establishment of discriminatory system in Canada—In absence of CHRA, s. 67, human rights tribunals obliged to strike down Indian Act—Withdrawal of residential support for attendance at Catholic school performed pursuant to Minister's powers under Indian Act—CHRA, s. 67 immunizing not only provisions of Indian Act, but also action done legally or illegally by Minister and by DIAND pursuant to Act, subject to judicial review for illegalities committed by government officials—Tribunal correct in declining jurisdiction—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 67—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-671-93, Muldoon J., order dated 30/12/94, 15 pp.)

Application for judicial review of Canadian Human Rights Commission ("Commission") decision to dismiss applicant's sexual discrimination complaint against Royal Canadian Mint ("Mint")—Applicant filing complaint with Commission regarding sexual harassment by two Mint employees—Applicant off work on sick leave and thereafter long-term disability due to harassment—Unsatisfied with Commission procedure, applicant commencing action in Ontario Court, General Division for wrongful dismissal against Mint—Judge dismissing action and commenting human rights complaints initiated to further wrongful dismissal complaint after failed attempts to obtain generous severance package—Applicant appealing decision to Ontario Court of Appeal alleging Mint misleading Court and withholding relevant documents—Applicant also filing complaints with Commission against Mint employees individually—Commission dismissing new complaints due to limitation period and deciding against proceeding with complaint against Mint—Within Commission's discretion to pursue complaint or appoint conciliator—Commission not required to comply with formal rules of natural justice but must act in accordance with procedural fairness—Commission's investigation requiring neutrality and thoroughness—In

HUMAN RIGHTS—Concluded

determining requirement for thoroughness, complainant's and respondent's interests balanced against Commission's interest in maintaining administratively workable system—Judicial review only where unreasonable omission cannot be rectified by complainants—Within Commission's discretion to ascribe any weight to Ontario Court judgment—Commission not deviating from duty to conduct proceedings with fairness—Application dismissed.

ROBINSON V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)
(T-3038-93, Joyal J., order dated 10/1/95, 13 pp.)

INCOME TAX**PRACTICE**

Application for order quashing Minister's demand pursuant to Act, s. 231.2 for production of information and documents—Lawyer applicant representing client with respect to acquisition of property—United States tax authorities seeking Minister's assistance in connection with investigation of client pursuant to Canada-U.S. Income Tax Convention, 1984 (the "Treaty"), Art. XXVII—Applicant claiming demand invalid on grounds: (1) not issued for purpose relating to administration or enforcement of Act; (2) judicial authorization not obtained for demand relating to unnamed corporation—Art. XXVII having force of law in Canada by virtue of Tax Convention Act, granting Minister legal authority to issue demand under mechanism provided for administration and enforcement of Act—Appellant notified purpose in issuing demand to assist US authorities in investigation, thus appellant not misled—Act requiring Minister to obtain judicial authorization prior to issuing demand for information or documents relating to unnamed persons—Judicial authorization required with respect to unnamed corporations to ensure s. 231.2 demand used neither as "fishing expedition" nor to determine specific taxpayers' identities—Requirement with respect to information pertaining to unnamed corporation invalid; remainder of demand valid—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.2 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121)—Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Sch. I, Art. XXVII.

ANDISON V. M.N.R. (T-473-94, Dubé J., order dated 5/1/95, 6 pp.)

SEIZURES

Motion under R. 324 arising out of challenge to bailiff's right to poundage where goods seized under writ of execution but not realized upon by reason of subsequent payment of debt to MNR—Whether there was seizure, levy—If so, applicant asking Court to exercise discretion by decreasing poundage—Crown obtaining writ of execution under Income Tax Act for \$54,000 against applicant—Writ sent to Pacific Court Bailiff Execution Services Inc. requesting seizure of vehicle—Applicant advising attending bailiff real property over which Crown's judgment registered to be sold to meet judgment—Bailiff satisfied judgment would be paid—Seizure of 1990 Nissan pick-up truck—Applicant agreeing withdrawal of man in possession not abandonment of seizure—Crown's judgment paid out—Whether there was seizure question of fact—Facts

INCOME TAX—Concluded

in favour of finding seizure strong as Pacific Bailiff obtained bailment agreement from vehicle owner, applicant—Onus on Pacific Bailiff to show payment of debt from proceeds of sale of land consequence of seizure of vehicle—Presumption seizure had something to do with payment not satisfactorily rebutted by applicant—Seizure effective cause in levying money, through sale of real property, to satisfy judgment—Court Order Enforcement Act, s. 106(3) allowing poundage at lesser rate in some instances not applicable—Poundage claimed by sheriff not leading to absurd results—Bailiff showing initiative by leaving vehicle with applicant on bailee's undertaking, and willingness to make reasonable decision outside of instructions—Bailiff's decision later approved by Crown as judgment creditor—No compelling reason to fix poundage at lesser rate—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324—Court Order Enforcement Act, R.S.B.C., 1979, c. 75, s. 106(3).

HOKANSON (RE) (ITA-6551-93, Hargrave P., order dated 24/10/94, 10 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of Canada Labour Relations Board's decision dismissing application for certification for unit of foremen employed by respondent Prince Rupert Grain Ltd.—Application allowed (concurring reasons by Marceau J.A.)—Stone J.A.: In Board's view, two objectives enshrined in Canada Labour Code to be balanced: employees' right of access to collective bargaining, establishment of unit to foster industrial peace and stability—Industrial stability to be given greater weight than employee's access to collective bargaining—Board considering two factors in focusing on industrial stability objective: practice and history of current collective bargaining scheme, practice and history of collective bargaining in industry or sector—Unit proposed by applicant found inappropriate for collective bargaining as only unit comprising employees of each of members of Association appropriate—Whether Board acted without jurisdiction or beyond jurisdiction in making impugned decision under Code, s. 33—Whether decision patently unreasonable—Decision not to be interfered with if Board acted within jurisdiction—Decision not patently unreasonable—Pragmatic and functional approach requiring Court to be reasonably flexible—Applicable to question of jurisdiction—Board not acting within limits of jurisdiction—Code not allowing Board to determine appropriate bargaining unit must consist of employees of all members of Association—FCA decision in *Grain Workers Union, Local 333 v. British Columbia Terminal Elevator Operators' Association and Prince Rupert Grain Ltd.* (1989), 101 N.R. 105 binding—Board may not impose multi-employer unit under Code, s. 33 without union's agreement—Board's decision made beyond limits of jurisdiction as s. 33 not invoked by applicant—No consent to Board's determination of appropriate unit under s. 33—Reviewing court must not ignore clear statutory limit on Board's jurisdiction—Board without jurisdiction to decide unit appropriate for collective bargaining must consist of employees of all members of Association including those of Prince Rupert Grain—Marceau J.A. (concurring reasons): Canada Labour Relations Board specialized tribunal with high

LABOUR RELATIONS—Concluded

level of expertise in field of labour relations—Confined to limitations imposed by enabling legislation—Under Act, s. 33 possibility of grouping employers for purpose of collective bargaining exceptional, subject to union's request—Multi-employer bargaining structure created by s. 33 purely voluntary—Not available alternative without union's consent—Court not to change law—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 33.

INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION, SHOP AND DOCK FOREMEN, LOCAL 514 v. PRINCE RUPERT GRAIN LTD. (A-133-94, Marceau, Stone J.A., judgment dated 30/9/94, 17 pp.)

PAROLE

Appeal from National Parole Board (NPB) decision to terminate plaintiff's day parole—Issue degree of disclosure to be made to offender at NPB post-suspension hearing—Plaintiff serving life sentence for armed robbery and forcible confinement—Plaintiff granted day parole to only halfway house ("House") available to him on condition he seek and maintain steady employment—House, independent of NPB, having power to accept only those meeting its assessment criteria and to evict offender at any time—Following brief employment at location considered inappropriate due to dealings in stolen property, plaintiff sustaining minor back injuries hampering his ability to work—After recovering from injury, plaintiff spending prolonged periods of unaccountable time and subject of police inquiries as to whereabouts—House evicting plaintiff on ground of failure to pursue employment—House director providing NPB with confidential report alleging involvement in criminal activity—NPB hearing not raising two of eight issues contained in confidential report: plaintiff's involvement in break-ins and possession of stolen goods—In rendering decision, NPB assuring plaintiff not suspected of involvement in criminal activity—Plaintiff claiming (1) unmentioned allegations in confidential report true rationale for termination decision; and (2) NPB failure to raise issues breaching Charter, s. 7 right to fundamental justice—Judge finding plaintiff's parole would have been terminated in absence of unmentioned allegations; and, following eviction from House, NPB having no choice but to terminate plaintiff's day parole for lack of community residency—Decision to terminate parole on ground of failure to seek employment completely reasonable based on evidence—Use of term "termination" as opposed to "revocation" indicating lack of fault on the part of plaintiff for parole failure—Procedure employed by NPB "fundamentally just", as required by *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.)—NPB entitled to define case against plaintiff and not obliged to raise unmentioned allegations where not forming part of case—No denial of s. 7 rights as plaintiff had opportunity to make full response and decision based on matters raised—Appeal dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

KEMPTON v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-2409-91, Simpson J., judgment dated 8/12/94, 13 pp.)

PAROLE—Concluded

Application for order setting aside National Parole Board ("Board") decision denying applicant statutory release on belief likely to commit offence causing death or serious harm prior to expiration of sentence—Whether Board properly applying test set out in Act, s. 130; and whether Corrections Branch properly following procedure set out in Act, s. 129—Applicant, having extensive psychiatric history, serving sentence for robbery and violence—Re-offence, while on mandatory supervision, adding concurrent six-year sentence—Applicant assaulting correctional officer—Corrections Branch seeking referral to Board for detention review on belief applicant likely to commit offence causing death or serious harm before expiration of sentence—S. 130 belief based on applicant's past record, including assault incident—Referral not made prior to six-month period preceding applicant's release date ("required period") pursuant to Act, s. 129(2)—Applicant submitting late referral proof Corrections Branch not having formed belief at that time, and such belief then requiring "serious" triggering event—Applicant submitting assault incident not satisfying s. 130 criteria for belief as not "serious" enough—Applicant referring to *Ford v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1990), 54 C.C.C. (3d) 256 (F.C.T.D.) for claim required period forming procedural safeguard, and fairness precluding Board from considering applicant's history after required period as they had prior opportunity—Although normally referral made prior to required period, Act, s. 129(3)(a) allows referral where belief formed on basis of offender's behaviour during required period or on basis of information obtained during required period—Belief formed on basis of applicant's behaviour during required period as well as on new information obtained during required period—Act, s. 132 requiring Board to consider any factor in determining likelihood of offence causing death or serious harm before expiration of offender's sentence—In *Ford* belief based at least in part on information obtained after required period, therefore procedural safeguard not absolute—Court interfering only where no evidence supports conclusion information obtained after required period—Assault incident "new" in sense of indicating deterioration in applicant's behaviour after expiration of required period—No procedural improprieties in decision to refer applicant's case—Existence of reasonable basis for belief—No unfairness in Commissioner considering applicant's past history—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 129, 130, 132.

MCBRIDE v. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T-1616-93, Teitelbaum J., order dated 1/11/94, 22 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Motions regarding content of application record for order prohibiting Minister from issuing notice of compliance for medicine norfloxacin until expiration of Canadian patents—Respondent seeking to have Court interlocutory orders and applicant's notices of motion and affidavits in support of interlocutory relief, including reference to this material, struck from applicant's application record pursuant to Rule 1606(2)—Applicants seeking leave to include interlocutory orders,

PATENTS—Concluded

notice of change of solicitor, notice of appeal, notices of motion and supporting affidavits pursuant to R. 1619(1)—In enumerating required contents of application record, R. 1606(2) not prohibiting other documents on Court file from being included in application record of either party—Application record serving to define issues and narrow focus of application; not merely collation of all material filed with Court—Applicants at liberty to include interlocutory orders of Court in proceeding, notice of change of solicitor and notice of appeal, in addition to notices of motion on such interlocutory motions—Affidavits in support of interlocutory motions not included in application record as they speak to issues which have been disposed of by order of Court—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1606(2) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1619(1) (as enacted *idem*).

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1306-93, Richard J., order dated 17/11/94, 7 pp.)

PRACTICE

Motion seeking discontinuance of action pursuant to R. 406(3), costs—R. 406(3) permitting Court, before or after any hearing, upon such terms as seem just, to order action discontinued—Following examinations for discovery plaintiff seeking to discontinue, without costs, action for damages for improper disclosure of part of personnel file to union—Canada Post seeking costs—Nothing happening since end of 1993—Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 37, para. 283 commenting on identical English rule: defendant entitled to order action be discontinued, not "stayed", and where particular claim withdrawn, defendant entitled to order directing actual withdrawal or discontinuance of part in question—Discontinuance appropriate remedy herein even though Canada Post might have accomplished same ends by other means, including that plaintiff, by seeking discontinuance but doing nothing for many months, abusing Court's process—In lieu of taxation, lump sum of \$1,600 awarded—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 406(3).

BARON V. CANADA POST CORP. (T-626-92, Hargrave P., order dated 25/11/94, 3 pp.)

COSTS

Patent infringement action dismissed with costs to defendant—Defendant presenting party and party bill of costs—Plaintiff objecting to certain fees, disbursements—Defendant presenting receipts, chits accumulated over several years, but without ongoing, current posting to immediately label them with purpose, organize them so as to permit meaningful reconstruction, association with events in litigation—Supporting affidavit merely grouping items by category—Although cost of proving some items often exceeding worth, some balance should be struck—Defendant simply inviting plaintiff, taxing officer to attempt to make sense of records—Erroneous assumption entitled to indemnification for fees, disbursements simply because paid, affidavit making bald, uncontradicted assertion of relevance—Best approach to costs not predicated on narrow or technical threshold, but greater extent to which taxing party

PRACTICE—Continued

relies on that precept, i.e. providing less than complete proof, the more it must live with conservative exercise of discretion necessary to preclude prejudice to respondent at taxation—As defendant's counsel officer of Court, and given rough and ready aspect at times of taxation, limited supplementation of facts in oral submissions at taxation permitted—Fee for examination for discovery allowed as presented—As to doubling costs pursuant to R. 344.1 where unrevoked settlement offers, necessary to determine whether R. 344.1 inconsistent with Tariff B(2)—Tariff B(2) providing no amounts for fees, disbursements other than those in Tariff B(1) shall be allowed "unless the Court otherwise allows or directs pursuant to Rule 344"—Doubling contemplated by R. 344.1 not adding categories of amounts to Tariff B(1), but affecting existing amounts possibly putting proposed additional amount (that portion of doubled figure above limits in Tariff B(1)(1)) within restriction imposed by Tariff B(2) i.e. requiring order—R. 344.1(2)(b) suggesting defendant entitled to doubling without necessity of order thereunder or prior exercise of Court's authority for costs under R. 344(1)—Court implicitly exercising R. 344(1) authority by judgment—Nothing suggesting Court aware of settlement offers in context of R. 344(3)(g)—Explicit and visible exercise of Court's authority under R. 344(1) not necessary to trigger R. 344.1—Portion of judgment denying success to plaintiff, coupled with evidence of unrevoked offers of settlement independent of R. 344, triggered defendant's entitlement—R. 344(1) vesting Court with authority to override entitlement—Effect to make R. 344.1 inconsistent with Tariff B(2)—As best to choose positive applications of provisions, as opposed to narrower, negative ones in administration of scheme of costs, R. 344.1 applied as additional provision to Tariff B(2), operative on own limited circumstances as opposed to being special or limited provision subservient to Tariff B(2)—Evidence not providing "special reasons" necessitating additional cost of junior counsel under B(1)(1)(i)—Objection to disbursements for postage on lack of factual basis by which Taxing Officer could conclude reasonably necessary or relevant—Issues of proof occurring in litigation often as function of increasing pressures of practice of law—Taxing Officer's reluctance to provide absurd result at taxation by certifying bill of costs at zero dollars to prejudice of client, when obviously some dollars spent to advance litigation, balanced against need to exercise discretion conservatively to protect interests of respondent at taxation—Concerning expert witness fees, new Rules, Tariff not requiring prior direction authorizing taxing officer to tax expert bill at actual amount charged—Restriction in old Tariff B(2)(2)(a) not carried forward into new Tariff B(1)(2)(a)—Test proposed by Tariffs A, B not to reduce disbursements to lowest common denominator, particularly in face of disinterested business relationship without collusion between expert selling services and litigant purchasing services to fill void in expertise requisite to success in litigation—Expert's role in litigation can be indemnified via Tariff A(4)(2) and Tariff B(1)(2)(b)—Test whether, in circumstances existing when counsel made decision to incur expenditure, represented prudent representation of client, both in terms of leading and responding to R. 482 expert evidence, and of filling void of technical expertise requisite to solicitor's preparation and conduct—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 344.1 (as enacted by SOR/94-41, s. 3), 346(1.1) (as enacted by SOR/887-221, s. 3), 482, Tariffs A

PRACTICE—Continued

(as am. by SOR/86-319, ss. 2, 3; 92-43, s. 22), B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

FEHERGUARD PRODUCTS LTD. v. ROCKY'S OF B.C. LEISURE LTD. (T-1602-86, Stinson T.O., taxation dated 26/10/94, 20 pp.)

Application for instructions to taxing officer authorizing increases in Tariff B amounts for party and party costs—Plaintiffs successfully appealing assessments of income tax for 1978 to 1981—Submitting appropriate case for such directions given success; large sums involved; novel issues not previously considered in regard to statutory, treaty interpretation; 500 hours of preparation by two senior counsel, 350 hours for solicitors with expertise in taxation matters; six witness called of whom two from Canada, three from United States, one from Europe; one senior counsel, one tax solicitor required to visit California to develop understanding of industries and to interview prospective witnesses, prepare them for trial—Dispute concerned interpretation, application of Income Tax Act, Convention—Draft bill of costs seeking up to \$35,000 for preparation for trial; up to \$15,000 for attendance at trial—Pre-trial preparation including research concerning industries involved, meaning of terms within industry, aspects of law and Convention, interviewing and conferring with witnesses, prospective witnesses, preparation for, subsequent dealing with evidence from discovery, preparation of agreed document book, brief of authorities—Circumstances warranting recognition plaintiff's counsel's extensive work prior to trial reducing issues ultimately tried in regard to original reassessments—Reasonable disbursements incurred include long distance telephone charges, all reasonable expenses for senior counsel to travel to California—Costs of second member of plaintiff's team of counsel not recoverable—Defendant objecting to recovery of costs for two senior counsel based on complexity of case—Arguing case not warranting special directions to taxing master as to fees—Suggesting only in exceptional cases should Court allow extra costs: *TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 449 (F.C.A.)—Cases allowing extra costs longer, and issues more complex—Issues herein not as complex as in *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 376 F.C.T.D.), but legal issues concerning interpretation, application of Income Tax Act, Canada-U.S. Convention herein novel, trial judgment now on appeal—Though not complex case, counsel for both parties successful in narrowing issues for trial, and in efficiently dealing with witnesses, evidence, argument, all of which reflected preparatory work, resulting in shortening time required for trial—Direction to taxing officer authorizing increase in fee for services of counsel (1) in preparation for trial up to \$5,000 as taxing officer considers reasonable, in recognition case warranting participation in preparations by at least one senior, one junior counsel; (2) in conduct of trial to allow \$600 per half day for one senior counsel and \$300 per half day for one junior counsel (or \$9,000 for conduct of trial)—Increases not to compensate plaintiff for costs incurred for legal services in this matter, even though thus far successful as not function of party and party costs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2).

MCA TELEVISION LTD. v. CANADA (T-2607-87, T-2608-87, T-2609-87, T-2610-87, MacKay J., order dated 31/10/94, 9 pp.)

PRACTICE—Continued

Claim for relief arising from alleged infringement through marketing of back-pack child carrier—Issue amount of security pursuant to R. 446—Entitlement to security not issue as defendant American company—Substantial travel expenses due to witnesses from Orient, trial in Toronto and some examination for discovery in Vancouver—In setting amount mindful of: (1) optimistic approach in draft bill of cost; (2) possibility of reductions made on taxation; (3) possibility of case not fought to a finish; (4) costs must not be oppressive to legitimate law suit; (5) further application possible if security inadequate—In case at bar, possibility of resolution following examination for discovery—Security for costs set at \$22,500—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 446 (as am. by SOR/90-846, s. 14).

TOUGH TRAVELLER INC. v. TAYMOR INDUSTRIES LTD. (T-2227-94, Hargrave P., order dated 12/12/94, 6 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Application to set aside consent order extending suspension of initial judgment ([1994] 1 F.C. 394) or to cancel order suspending operation of initial judgment—Initial judgment declaring Indian Act, s. 77(1) in violation of Charter and suspending operation of declaration until fixed date—With apparent consent of plaintiffs' counsel, fixed date extended to indeterminate date pending hearing of resulting appeals and cross-appeal—Applicants (plaintiffs) disputing authorization of former counsel to consent to change in date—Court refusing to adjudicate issue of consent—Plaintiffs bound by former counsel's expression of their consent, regardless of resolution of issue of consent: *Schever v. Paletta*, [1966] 2 O.R. 524 (C.A.); *Propp v. Fleming* (1968), 67 D.L.R. (2d) 630 (B.C.C.A.); *Bandag Inc. v. Vulcan Equipment Co. Ltd.*, [1977] 2 F.C. 397 (T.D.); *Revelstoke Cos. v. Moose Jaw (City)*, [1984] 1 W.W.R. 52 (Sask. Q.B.); *Shurb v. Brandon (City)*, [1989] 2 W.W.R. 278 (Man. Q.B.); *Alken Basin Drilling Ltd. v. Fraser*, [1994] A.J. No. 710 (Q.B.) (QL)—Plaintiffs further asserting defendants not proceeding with appeal as expeditiously as possible pursuant to R. 341A—*Schachter v. The Queen*, [1992] 2 S.C.R. 679, requiring fixed date for expiry of suspension of declaratory judgment's operation—To reconcile *Schachter* and R. 341A requirement, Court setting fixed date whereby defendants, upon failure to deposit factums and set date for appeal hearing, deemed to be not proceeding as expeditiously as possible—Court indicating willingness to entertain application for prohibition preventing band counsel from dealing with issues at bar until adjudication of appeal—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 341A (as enacted by SOR/79-57, s. 8).

CORBIERE v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-3038-90, Muldoon J., order dated 25/11/94, 7 pp.)

Default Judgment

Motion to set aside default judgment pursuant to R. 439(3) and to strike statement of claim pursuant to R. 419 on grounds Court lacking jurisdiction over defendant and to award damages—Purchase of Indian reserve land by plaintiff not properly registered in Reserve Land Register with Department of Indian

PRACTICE—Concluded

Affairs (Minister)—Son of assignor unsuccessfully attempting to re-purchase land from plaintiff—Document purporting to transfer possession of land to Band Council signed without plaintiff's knowledge—Minister approving Band Council's request to authorize use of land for school purposes—Band Council ignoring plaintiff's claim for compensation—Plaintiff first commencing Supreme Court of British-Columbia action naming Band Council members in individual capacity, and subsequently commencing Federal Court action due to jurisdiction issue—Process server refused permission to enter reserve for purpose of serving upon defendants statement of claim in present action—Order for substitutional service obtained and default judgment issued against defendants—Setting aside of default judgment requiring reasonable explanation as to why action not defended, and good defence on merits—Reasons asserted by defendant for failure to defend action: (1) lack of knowledge of law suit; (2) understanding another person looking after it; (3) matter under sole authority of Minister; (4) claim without merit; (5) no funds available to defend law suit; and (6) action not against Band Council but rather against individuals only—Adverse finding as to reasonable explanation by defendants for failure to defend action and as to merit of defendants' defence—Court without jurisdiction to award damages against individual defendants in personal capacity—Limited circumstances whereby band council considered agent of Crown not applying to case at bar thus Court precluded from awarding damages against Band Council—Variation of default judgment to remove grant of damages—Action against defendant Band Council and various members thereof properly within jurisdiction of Court—Additional remedies available had plaintiff chosen to sue Crown as damages may be awarded against Crown—Defendant's arguments which, had they been raised in context of properly contested action could have led plaintiff to amend pleadings to obtain relief sought, not resulting in striking out of default judgment due to lack of jurisdiction—Adverse finding with respect to lack of jurisdiction—Minister's involvement in proceeding appropriate only where their jurisdiction at issue—Procedural defects not meriting setting aside default judgment—Plaintiff's statement of claim standing with allowance for amendments to cure procedural defects and to plead other relevant remedies—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 439(3).

COOPER V. TSARTLIP INDIAN BAND (T-2639-90, Reed J., order dated 14/11/94, 11 pp.)

PUBLIC SERVICE**TERMINATION OF EMPLOYMENT***Probation*

Appeal from trial judgment ((1991), 49 F.T.R. 142) refusing to quash decision rejecting appellant on probation—Appellant employed as technical analyst/programmer since March 1989 in position on loan to Directorate of Cataloguing and Identification in DND from Canadian Forces—Successfully completing probation in March 1990—In April position recalled—Appellant accepting newly established position on basis subject to another probation period—Rejected on probation—Trial Judge holding attachment to second position constituting new

PUBLIC SERVICE—Concluded

appointment, thus commencing probation period prescribed in Public Service Employment Act, s. 28 and Regulations, s. 28—Appeal allowed—Test of whether new "appointment" of person already employed in public service objective, depending on whether employee in fact assigned to distinctly different duties, functions: *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503 and *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489—Trial Judge finding appellant's functions while attached to two different positions similar—Assignment to second position not "appointment" because, for all practical purposes, continuing to perform same functions, duties—New probation period not commenced—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 28—Public Service Employment Regulations, C.R.C., c. 1337, s. 28.

MATHIEU V. CANADA (DEPUTY MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (A-1193-91, Strayer J., judgment dated 17/11/94, 4 pp.)

TRADE MARKS**REGISTRATION**

Appeal from Trial Division decision dismissing opposition to registration of respondent's trade mark "Winchester Gold"—Words "gold" and "golden" adjectives merely descriptive of categories of beers to which given brand belongs—Trade mark to be looked at as a whole—Not sufficient to look at one of elements, especially when element merely descriptive—Trade marks "Molson Golden" and "Winchester Gold" sufficiently distinctive of each other as to avoid confusion—Respondent merely using descriptive word (Gold) found in opponent's trade mark, not trade mark itself (Molson Golden)—Appeal dismissed.

MOLSON COMPANIES LTD. V. JOHN LABATT LTD. (A-118-90, Létourneau J.A., judgment dated 30/11/94, 4 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Appeal from Trial Division order setting aside Canada Employment and Immigration Commission decision rejecting respondent's application for premium reduction on grounds respondent's sick leave plan did not meet requirements of Unemployment Insurance Regulations—Issue whether Trial Judge erred in holding Regulations, s. 21(f) *ultra vires* appellant's regulation-making power provided for in Act, s. 50(2)—S. 50(2) addressing payment of benefits to insured person under employer's plan while that person unable to work because of illness—Regulation made pursuant to s. 50(2) necessarily confined to ensuring employer's sick leave plan made provision for person in those circumstances—S. 21(f), ensuring, during illness or injury, insured person will be eligible to receive out of his employer's plan benefits equal to those otherwise available to him under Act regardless of cause of lay-off, not *ultra vires* of s. 50(2)—Appeal allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 50(2)—Unem-

UNEMPLOYMENT INSURANCE— Continued

ployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 21(f) (as am. by SOR/85-3, s. 2; 89-32, s. 2).

CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) v. NEWFOUNDLAND HOSPITAL AND NURSING HOME ASSN. (A-606-93, Stone J.A., judgment dated 13/12/94, 15 pp.)

Application for judicial review of Tax Court Judge's dismissal of appeal from Minister's determination—Appeal adjourned when first coming on for hearing—Hearing fixed peremptorily for November 4, 1993—On November 4 applicant seeking indefinite adjournment as discussions with Minister not concluded—Minister not opposing request for further adjournment—Tax Court dismissing appeal—Application dismissed—Tax Court of Canada Rules of Procedure respecting the Unemployment Insurance Act vesting Tax Court with discretion to adjourn any appeals on such terms as in its opinion circumstances require—Implies in proper case Court may refuse adjournment—Where entirely within Trial Judge's discretion to postpone trial, may look at circumstances to determine whether application for purpose of delay—That hearing fixed peremptorily implying, barring exceptional circumstances, applicant should be prepared to proceed—Tax Court Judge properly exercising discretion as no exceptional circumstances, applicant not ready to proceed—Minister's position factor to be considered, but not determinative as discretion to

UNEMPLOYMENT INSURANCE— Concluded

adjourn vested in Court—Courts public institutions, costing substantial public money—Parties who launch proceedings at any level with intention of putting them in holding pattern for own private purposes may be called to account for waste of public resource, risk having proceedings dismissed—Tax Court of Canada Rules of Procedure respecting the Unemployment Insurance Act, SOR/90-690, s. 21.

SIDHU v. M.N.R. (A-679-93, Isaac C.J., judgment dated 16/11/94, 4 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision to allow application for reconsideration on basis of new facts submitted by claimant—Pursuant to Act, s. 86, "new facts" happen either after decision rendered or prior to decision but not discovered by diligent claimant—In either case, "new facts" must be decisive of issue—Reconsideration of Umpire's decision on basis of "new facts" should remain rare commodity as claimants benefit from numerous opportunities to challenge decisions—Facts at bar not "new facts" as existed at time of hearing and at all times within personal knowledge of respondent—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 86.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CHAN (A-185-94, Décary J.A., judgment dated 13/12/94, 5 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser de communiquer des dossiers contenant le nom de médecins de la Nouvelle-Écosse qui se sont vu retirer leurs privilèges en matière de rédaction d'ordonnances—Le Ministère et le Commissaire à l'information ont conclu que le nom des médecins répondait à la définition de «renseignements personnels» contenue à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et qu'on pouvait en refuser la communication en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information—Il n'existe pas de raisons d'ordre public qui justifieraient nettement une violation du droit d'un particulier à la protection de sa vie privée—Demande rejetée—Le nom des médecins qui figure sur la liste de ceux qui se sont vu restreindre ou retirer leurs privilèges en matière de rédaction d'ordonnances tombe sous le coup de l'art. 3*i*) de la Loi sur la protection des renseignements personnels et constitue un renseignement personnel dont la communication a, à bon droit, été refusée en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information—Les médecins concernés n'ont pas consenti à la communication des renseignements demandés—Le public n'a pas accès aux renseignements demandés étant donné qu'ils ne sont communiqués qu'à l'Ordre des médecins, aux pharmaciens et aux marchands titulaires de licence—L'art. 8(2)*m*(i) permet la communication lorsque des raisons d'intérêt public «justifieraient nettement» la violation du droit à la vie privée qui résulterait de la communication—Les lettres de refus ne précisent pas les intérêts publics ou privés déterminés qui ont été examinés—L'art. 8(2)*m*(i) ne permet pas de se contenter de déclarer de façon générale que des raisons d'intérêt privé justifieraient une violation du droit du public à la communication des renseignements demandés—Voici les facteurs justifiant le refus de communiquer les renseignements demandés: (1) la communication pourrait placer les personnes concernées devant un autre péril, en plus du retrait de leurs privilèges en matière de rédaction d'ordonnances; (2) l'intérêt public serait servi si l'on avisait l'Ordre des médecins de la province, les pharmacies de vente au détail et les marchands titulaires de licence; (3) les médecins respecteraient les restrictions apportées à leurs privilèges en matière de rédaction d'ordonnances parce que toute contravention serait portée à l'attention de l'intimé, en raison des contrôles rigoureux imposés en matière de rédaction d'ordonnances—Il aurait été préférable que l'intimé explique plus en détail les intérêts privés et les intérêts publics en cause avant de décider de refuser de communiquer les ren-

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

seignements demandés, mais il n'existe pas de raisons d'ordre public qui justifieraient «nettement» une éventuelle violation du droit à la vie privée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3, 8.

MACKENZIE C. CANADA (MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1052-91, juge Wetston, ordonnance en date du 23-11-94, 9 p.)

Demande de révision du refus de divulguer le texte de l'entente approuvée par la CCDP dans l'affaire *Tymchyshyn v. Canadian Pacific Ltd.*—M. Tymchyshyn, un diabétique, a soumis une plainte à la CCDP contre la politique de son employeur de refuser l'emploi à tout diabétique devant prendre de l'insuline—Avant le début de l'audience, les parties ont réglé leurs différends et en ont soumis les conditions à l'approbation de la Commission—Cette dernière a refusé de divulguer cette entente en raison de l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information, car l'entente comprenait une clause de non-divulgaration—Le Commissaire à l'information a maintenu ce refus—Demande rejetée—L'art. 48 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, qui exige que la CCDP examine les conditions de l'entente avant de donner son approbation, constitue une protection suffisante de l'intérêt public—Une clause de non-divulgaration endossée par la Commission doit être respectée aussi bien par la Cour que par les autorités publiques—Application de la doctrine de *pacta sunt servanda*—La décision *Crestbrook Forest Industries Ltd. c. Canada*, A-1034-91, jugement en date du 21-2-92, affirme que ce genre d'engagement vis-à-vis les tiers lie les autorités publiques—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 7, 48—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 19, 41, 46, 47.

GRIMARD C. CANADA (PRÉSIDENT, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1461-94, juge Joyal, ordonnance en date du 23-11-94, 4 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Appel de l'ordonnance de la section de première instance annulant la décision par laquelle la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a rejeté la demande de réduction du taux de cotisation des intimés au motif que leurs régimes de

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

congés de maladie payés ne remplissaient pas les conditions prévues au Règlement sur l'assurance-chômage—La question litigieuse est celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en statuant que l'art. 21f) du Règlement était *ultra vires* parce qu'il outrepassait le pouvoir de réglementation que l'art. 50(2) de la Loi confère à l'appelante—L'art. 50(2) traite du versement de prestations à un assuré en vertu du régime d'un employeur lorsque cet assuré est incapable de travailler à cause d'une maladie—Un règlement pris en application de ce paragraphe devrait nécessairement se borner à garantir que le régime de congés de maladie d'un employeur pourvoit aux besoins d'une telle personne dans ces circonstances—L'art. 21f), qui garantit que l'assuré qui est en chômage à cause d'une maladie ou d'une blessure et qui fait l'objet d'un licenciement ou d'une cessation d'emploi pour quelque raison que ce soit pourra recevoir du régime de son employeur des prestations égales à celles auxquelles il aurait normalement droit en vertu de la Loi, n'outrepasse pas l'art. 50(2)—Appel accueilli—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 50(2)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 21f) (mod. par DORS/85-3, art. 2; 89-32, art. 2).

CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. NEWFOUNDLAND HOSPITAL AND NURSING HOME ASSN. (A-606-93, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 13-12-94, 15 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une ordonnance par laquelle un juge de la Cour de l'impôt a rejeté un appel formé contre une décision du ministre—L'appel a été ajourné lorsqu'il a été entendu pour la première fois—L'audition a été fixée péremptoirement au 4 novembre 1993—Le 4 novembre 1993, la requérante a sollicité l'ajournement de l'audition car certaines discussions avec le ministre n'avaient pas été conclues—Le ministre ne s'est pas opposé à la demande de nouvel ajournement—La Cour de l'impôt a rejeté l'appel—Demande rejetée—Les Règles de procédure de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de la Loi sur l'assurance-chômage confèrent à la Cour de l'impôt le pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'instruction d'un appel aux conditions qu'elle juge nécessaires dans les circonstances—Cela veut dire que, si les circonstances le justifient, elle peut refuser une demande d'ajournement—S'il appartient entièrement au juge du procès d'ajourner l'instruction de l'action, il peut, dans les circonstances, inférer que l'objet de la demande est de retarder la procédure—La date de l'audience ayant été fixée péremptoirement, cela voulait dire que, sauf circonstances exceptionnelles, le requérant devait être prête à procéder—Le juge de la Cour de l'impôt a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière appropriée vu qu'il n'y avait pas de circonstances exceptionnelles et que la requérante n'était pas prête à procéder—La position adoptée par le ministre était un facteur dont il fallait tenir compte, mais ce fait ne peut être déterminant car la Cour possède le pouvoir discrétionnaire d'ajourner—Les tribunaux sont des institutions publiques qui coûtent très cher aux contribuables—Les parties qui engagent des poursuites devant n'importe quel degré de juridiction avec l'intention de les mettre «au point mort» pour leurs fins personnelles peuvent être mises en demeure de rendre compte de leur gaspillage d'une ressource publique et elles risquent également que leurs poursuites soient rejetées—

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

Règles de procédure de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de la Loi sur l'assurance-chômage, DORS/90-690, art. 21.

SIDHU c. M.R.N. (A-679-93, juge en chef Isaac, jugement en date du 16-11-94, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre d'accueillir une demande de nouvel examen en raison de faits nouveaux présentés par la prestataire—Conformément à l'art. 86, les «faits nouveaux» sont des faits qui se sont produits après que la décision a été rendue ou qui ont eu lieu avant la décision mais n'auraient pu être découverts par un prestataire diligent—Dans les deux cas, les «faits nouveaux» doivent être décisifs de la question—Le réexamen de la décision d'un juge-arbitre en raison de «faits nouveaux» doit demeurer une mesure peu fréquente car les prestataires jouissent d'un nombre élevé de possibilités de contester les décisions—Les faits en l'espèce ne sont pas des «faits nouveaux» parce qu'ils existaient au moment de l'audience et qu'ils étaient connus de l'intimée à l'époque concernée—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 86.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. CHAN (A-185-94, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 13-12-94, 5 p.)

AVOCATS ET PROCUREURS

Appel de l'ordonnance déclarant le cabinet Burke-Robertson inhabile en qualité de procureurs de la demanderesse—Almecon allègue la contrefaçon de brevet dans deux actions distinctes intentées contre Nutron et Anchoctek—Marcus Gallie, qui a déjà représenté la société Anchoctek, travaille maintenant pour le cabinet Burke-Robertson et représente Almecon—Les deux parties défenderesses font valoir des moyens de défense similaires en invoquant la nullité du brevet—Les avocats de Nutron et d'Anchoctek ont convenu de collaborer pour la préparation de leurs défenses respectives—Différentes discussions ont eu lieu entre les avocats de chaque défenderesse ainsi qu'entre le dirigeant d'Anchoctek et l'avocat spécialisé en matière de brevets dont les services ont été retenus par le cabinet de Nutron—Nutron demande une déclaration d'inhabilité—Le juge de première instance a adopté le critère énoncé dans *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 pour déterminer s'il existait un conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile à agir, savoir si le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, serait convaincu qu'il ne sera fait aucun usage des renseignements confidentiels—Il a conclu: (1) M^c Gallie a obtenu des renseignements confidentiels, grâce à des rapports d'avocat à client, qui concernent l'action intentée contre Nutron; (2) ces renseignements risquent d'être utilisés au détriment du client—Conclusion portant que les normes de conduite professionnelle sont compatibles avec le fait de reconnaître l'existence d'un rapport confidentiel visant les renseignements qui ont été échangés entre les procureurs des défendeurs—La présomption voulant que des renseignements confidentiels aient été transmis n'a pas été réfutée—Il s'agit de savoir si les principes énoncés dans l'affaire *Martin*, plus particulièrement l'inférence que des renseignements confidentiels ont été transmis à M^c Gallie, s'appliquent en l'espèce, la défenderesse Nutron qui soulève la question de l'inhabilité n'étant

AVOCATS ET PROCUREURS—Suite

pas une cliente de M^e Gallie—Appel rejeté—Examen des causes limitant la portée des principes énoncés dans *Martin* aux situations dans lesquelles il existe des rapports directs entre l'avocat et le client—Plutôt que d'adopter une vision étroite des rapports d'avocat à client, il faut tenir compte de la nature confidentielle des rapports particuliers en cause—Les rapports professionnels entre les avocats de Nutron et d'Anchortek étaient fondés sur la présupposition que tous les renseignements communiqués demeureraient confidentiels et qu'ils ne pourraient être utilisés par les avocats sans l'autorisation des clientes—Situation différente de celle où des renseignements confidentiels sont obtenus par voie d'entente entre des avocats représentant des intérêts opposés—Plusieurs décisions ont reconnu l'existence d'un lien juridique fondé sur une attente de respect du secret professionnel qui équivaudrait au lien existant entre l'avocat et son client—L'échange de communications entre les avocats d'Anchortek et de Nutron reposait sur leur confiance que ces renseignements ne seraient pas divulgués—Cet élément du secret professionnel était essentiel au maintien des rapports entre les parties qui, bien qu'ayant un intérêt commun, étaient représentées par des avocats différents—Bien qu'il n'ait pas existé de véritable rapport d'avocat à client, le concept des communications protégées formulé dans l'affaire *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 s'applique—Le lien qui unissait les avocats de Nutron et ceux d'Anchortek était tel que la société Nutron pouvait être décrite comme une «cliente au sens large» des procureurs d'Anchortek—Les rapports existants autorisaient Nutron à s'attendre que tout renseignement fourni serait protégé par le secret professionnel de l'avocat—Dans les circonstances, il convenait d'inclure les «personnes qui s'étaient associées avec le client» dans la définition du terme «client»—Quant au risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client, il faut examiner les mesures prises par le cabinet pour prévenir toute divulgation—Le cabinet Burke-Robertson n'a fait aucun effort pour tenir M^e Gallie à l'écart du dossier Almecon—M^e Gallie a même aidé à la préparation de l'instruction—Il fallait bel et bien répondre à la deuxième question formulée dans l'affaire *Martin* par l'affirmative—L'arrêt *Martin* met également l'accent sur le souci d'éviter toute apparence d'irrégularité—Cet objectif vise à protéger à la fois les intérêts de la partie au litige et la confiance du public dans l'administration de la justice—Compte tenu des directives énoncées dans les codes de déontologie pertinents qui interdisent à un avocat d'agir contre un ancien client ou contre une personne qui était associée à ce client dans la même affaire ou dans une affaire connexe, il y a apparence d'irrégularité en ce qui a trait à la fois à la situation de Nutron et à l'obligation de M^e Gallie envers son ancienne cliente—Le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, ne serait pas convaincu qu'il ne sera fait aucun usage des renseignements confidentiels—Le droit de retenir les services de l'avocat de son choix doit être tempéré par le droit d'une partie opposée, qu'il s'agisse d'un ancien client ou d'une personne qui a mis sa confiance en l'avocat, de compter que l'avocat ne représentera pas une autre partie contre elle dans un litige connexe—Comme le souligne l'arrêt *Manville Canada Inc. v. Ladner Downs* (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), la Cour suprême du Canada a imposé une norme très stricte aux avocats lorsqu'il y a un risque que des renseignements confidentiels confiés à un avocat ou à son cabinet puissent venir à la connaissance d'une personne ayant des intérêts

AVOCATS ET PROCUREURS—Fin

opposés—La portée du critère formulé dans *Martin* ne se limite pas aux personnes entre lesquelles il existe des rapports d'avocat à client—Dans les cas où un lien antérieur a une connexité très nette avec le mandat de l'avocat, il est possible que le critère énoncé dans l'affaire *Martin* s'applique—La question d'un conflit d'intérêts de nature à rendre un avocat inhabile soulève une question de principe prépondérante en ce qui a trait au caractère confidentiel des renseignements transmis à l'avocat—La société Nutron était en droit de s'attendre que les communications échangées entre ses avocats et ceux de la société Anchortek seraient protégées par le secret professionnel des avocats entre Nutron et M^e Gallie, l'ancien procureur d'Anchortek—Malgré l'absence d'un rapport direct d'avocat à client entre Nutron et M^e Gallie, la nature des liens professionnels entre les deux cabinets était déterminante—Le juge de première instance a eu raison d'appliquer la présomption voulant que des renseignements confidentiels aient été transmis et de conclure que cette inférence n'avait pas été réfutée.

ALMECON INDUSTRIES LTD. C. NUTRON MANUFACTURING LTD. (A-208-94, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 18-8-94, 20 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Requêtes concernant le contenu du dossier d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à l'égard du médicament norfloxacin avant l'expiration de brevets canadiens—L'intimée demande que soient supprimés du dossier de la demande des requérantes, conformément à la Règle 1606(2), des ordonnances interlocutoires de la Cour ainsi que des avis de requête et des affidavits produits par les requérantes au soutien de leur demande de redressement interlocutoire, y compris toute mention de ces documents—Les requérantes demandent la permission d'inclure des ordonnances interlocutoires, un avis de constitution de nouvel avocat, un avis d'appel, des avis de requête et des affidavits à l'appui conformément à la Règle 1619(1)—La Règle 1606(2), dans laquelle sont énumérés les documents que doit contenir le dossier de la demande, n'empêche pas l'une ou l'autre des parties d'inclure dans son dossier d'autres documents qui se trouvent dans le dossier de la Cour—Le dossier de la demande sert à préciser les questions litigieuses et à restreindre l'objet de la demande; ce n'est pas simplement la somme de tous les documents qui ont été déposés à la Cour—Les requérantes sont libres d'inclure les ordonnances interlocutoires rendues par la Cour dans la présente instance, l'avis de constitution de nouvel avocat et l'avis d'appel, en plus des avis de requête concernant ces demandes interlocutoires—Les affidavits produits au soutien des requêtes interlocutoires ne devraient pas faire partie du dossier de la demande parce qu'ils ont trait à des questions qui ont été tranchées par une ordonnance de la Cour—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1606(2) (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1619(1) (éditée, *idem*).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1306-93, juge Richard, ordonnance en date du 17-11-94, 8 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes non admissibles

Demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus d'admettre la requérante au Canada pour le motif que son mari a commis une infraction qui l'assujettit à l'application de l'art. 19(1)c—La requérante a déposé une demande indiquant son mari comme personne à charge après que celui-ci eut commis son infraction, c'est-à-dire des voies de fait contre la requérante—Cette dernière faisait partie de l'arriéré—Interprétation du Règlement sur l'arriéré et du Règlement sur l'immigration comme permettant à certains parents d'un requérant de recevoir le droit d'établissement—Le Règlement sur l'arriéré n'est pas ambigu en refusant d'accorder le droit d'établissement à celui qui le demande, si la personne à charge de celui qui le demande, se trouvant au Canada au moment de la demande, est visée par la catégorie de personnes non admissibles—Le requérant et la personne à charge sont traités comme une unité—Le Règlement sur l'arriéré accorde aux membres de l'unité le droit de demander le droit d'établissement à partir du Canada mais non pas d'assimiler des membres à des réfugiés au sens de la Convention—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. (19)1c, 46.04 (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 38)—Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40, art. 6.

KANDASAMY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6812-93, juge Reed, ordonnance en date du 13-12-94, 5 p.)

Renvoi de visiteurs

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la Section d'appel) a accueilli l'appel interjeté par l'intimé d'une ordonnance de renvoi en raison de l'existence de raisons d'ordre humanitaire visées par l'art. 70(3) de la Loi—L'intimé est originaire des Philippines, où des accusations criminelles pèsent sur lui (les accusations)—Le statut de réfugié au sens de la Convention lui a d'abord été reconnu au Canada—L'intimé a interjeté appel de l'ordonnance d'expulsion qui a par la suite été prononcée contre lui après qu'une enquête eut révélé qu'il avait perdu son statut de visiteur—Dans l'arrêt *Kumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 C.F. F-80 (C.A.), la Cour a statué que lorsqu'elle refuse d'ajourner l'audition jusqu'à ce qu'on ait statué sur les accusations criminelles, la Commission est tenue par l'équité de ne pas tenir compte des accusations pour rendre sa décision—Le requérant affirme que l'arrêt *Kumar* a été mal appliqué; la présentation d'éléments de preuve relatifs aux accusations aurait dû être permise et la Section aurait dû examiner les éléments de preuve relatifs aux méfaits—L'arrêt *Kumar* ne s'applique pas au cas qui nous occupe étant donné que l'intimé n'a manifesté aucun désir de voir la Section d'appel examiner les accusations portées contre lui et que le requérant s'oppose à la décision préliminaire par laquelle la Section d'appel a limité l'examen des accusations criminelles pesant sur lui—La majorité de la Section d'appel a décidé que les éléments de preuve relatifs aux accusations criminelles n'étaient pas nécessaires pour aborder la question qui lui était soumise—Les éléments de preuve relatifs aux accusa-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

tions ne sont pertinents à aucune des conclusions sur lesquelles la majorité de la Section d'appel a fondé sa décision—La Cour refuse d'intervenir dans l'exercice que la Section d'appel a fait de son pouvoir discrétionnaire en ne permettant pas le contre-interrogatoire de l'intimé lorsque le requérant a négligé d'en faire la demande en temps utile au cours du contre-interrogatoire—Le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que les inférences tirées par la majorité de la Section d'appel étaient déraisonnables—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985) ch. I-2, art. 70(3).

CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) C. DEE (IMM-1296-94, juge Pinard, ordonnance en date du 13-1-95, 9 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande présentée en vertu de la Règle 324 dans le but d'obtenir une prolongation de délai aux fins de déposer le dossier du requérant—Une extension de délai nécessite (1) des raisons qui constituent une excuse suffisante pour le retard; (2) une demande d'autorisation qui a des chances sérieuses de réussir—Le protonotaire a le pouvoir de modifier les délais prescrits par les Règles en matière d'immigration—La question de l'existence d'une demande qui a des chances sérieuses de réussir doit nécessairement être tranchée par la personne qui statue sur la pertinence d'accorder une prolongation de délai—Le requérant a la charge de justifier la prolongation de délai—La non-disponibilité de l'aide juridique n'est pas une excuse suffisante pour le retard—Lorsqu'il y a un retard, il faut présumer qu'il y a un préjudice, à moins qu'on fasse la preuve du contraire—L'absence de préjudice pour l'intimé ou la preuve d'un préjudice pour le requérant ne peuvent pas exister lorsqu'aucune preuve n'a été présentée pour démontrer que la demande a des chances sérieuses de réussir—La demande de prolongation est rejetée étant donné qu'il n'y a pas de preuve quant à l'absence de préjudice; qu'il y a insuffisance de preuve quant à la raison du retard; et qu'il n'y a pas de preuve que la demande a des chances sérieuses de réussir—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324—Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règle 21(2).

VALYENEGRO C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (IMM-4079-94), protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 13-12-94, 8 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel de la décision rejetant une demande de citoyenneté au motif que le demandeur n'avait pas satisfait à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté qui exige que le demandeur ait été résident du Canada pendant trois des quatre années précédant sa demande de citoyenneté—L'appelant avait déposé une demande de visa canadien au titre de la catégorie des entrepreneurs, se voyant accorder en 1989 le statut d'immigrant reçu au Canada—Il fonde un cabinet de consultants—Son entreprise exigeait de fréquents déplacements à l'étranger—L'appel est rejeté—*In re Papadogiorgakis et in re la Loi sur la citoyen-*

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

neté, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.), décision selon laquelle la règle de la résidence n'est pas, pour les immigrants reçus, la voie royale de la citoyenneté canadienne leur permettant d'obtenir la citoyenneté malgré la brièveté de leurs séjours au Canada—La citoyenneté est souvent refusée à des requérants dans les cas où ce que l'on peut appeler les indices de résidence ont paru plus près de la lettre de la Loi que de son esprit, ou si bien combinés qu'ils donnent l'apparence d'un habile montage—Un examen critique de la jurisprudence porte à croire que la règle posée dans l'affaire *Papadogiorgakis* a été étendue au point de dépasser aussi bien le sens que l'objectif du texte de Loi—Le juge Muldoon dans l'affaire *Hui, Re* (1994), 75 F.T.R. 81, a passé en revue toute la gamme des interprétations jurisprudentielles de la règle de la résidence, relevant le besoin de voir la Cour affirmer à nouveau sur ce point une approche plus textuelle dans l'interprétation des dispositions de la Loi—Il s'en tient vigoureusement à l'idée que c'est, pour un juge, usurper un rôle qui n'est pas le sien que d'interpréter la Loi sur la citoyenneté d'une manière manifestement non conforme à l'intention du législateur, qui a voulu qu'un candidat à la citoyenneté ait résidé au Canada au moins trois ans au cours des quatre dernières années—Le juge Muldoon estime qu'en adoptant ces règles auxquelles est soumis l'octroi de la citoyenneté, telle la règle de la résidence, l'exigence d'une connaissance satisfaisante de l'une des langues officielles du Canada et une certaine connaissance du gouvernement et des institutions politiques du Canada, le législateur a voulu que la reconnaissance de la citoyenneté canadienne ne soit pas une simple formalité—Il se livre à une interprétation stricte des textes, ce qui lui semble être une interprétation justifiable et correcte de la volonté du législateur—Cela dit, la formule retenue dans l'affaire *Papadogiorgakis* se justifiait aussi puisqu'elle est conforme à la jurisprudence constante de la Cour pendant seize années—Une fois décidé qu'il était possible de donner à la notion de résidence un sens plus large, on a beaucoup individualisé l'analyse des séjours hors du Canada, ce qui a imposé aux tribunaux de peser l'ensemble des circonstances propres à une affaire et de trancher en fonction de leur appréciation des faits—L'interprétation stricte de la règle de la résidence permet donc de résoudre bon nombre de problèmes (la résidence devenant ainsi fonction d'une sorte d'arithmétique), mais cette méthode de l'interprétation stricte inspire certaines réserves—La Cour a interprété la règle avec bienveillance en essayant de l'adapter aux besoins des requérants qui, pour diverses raisons, étaient obligés de s'absenter du Canada pour des périodes assez longues, cela étant le cas, par exemple, des étudiants qui effectuent leurs études à l'étranger ou des entrepreneurs qui doivent consacrer du temps à la liquidation des entreprises montées dans leur pays d'origine, ou encore des techniciens engagés par contrat à servir dans les champs pétroliers du Moyen-Orient ou de l'Indonésie, ainsi que des spécialistes de l'aide internationale travaillant pour SUCO—On a pu, en interprétant avec souplesse la règle de la résidence, corriger un peu les exigences très strictes en matière de présence effective au Canada—Cela a également permis aux intéressés d'atténuer certaines pertes économiques, d'assurer leur survie financière et d'améliorer leurs perspectives professionnelles, autant d'aspects de l'existence et des aspirations humaines, éléments d'ailleurs parfaitement conformes aux valeurs canadiennes reconnues par la Loi sur la citoyenneté qui

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

leur consacre son art. 5—Toute démarche tenant plus étroitement compte des circonstances particulières de chacun entraînera un certain nombre de contradictions, mais le correctif à appliquer n'est pas celui de l'interprétation stricte—Beaucoup d'immigrants apportent avec eux des capitaux, ainsi que l'expérience, le savoir, l'expertise et la connaissance du monde qu'ils véhiculent, et la reconnaissance de la citoyenneté revêt pour ces gens-là une importance égale à celle qu'elle a pour les personnes à qui leur occupation ou leur formation ne permet pas aussi facilement de se déplacer à l'étranger—Le pouvoir discrétionnaire du ministre de passer outre, pour des motifs d'ordre humanitaire, aux exigences de résidence fixées par la Loi, ne résout pas entièrement le problème—L'appelant a investi des sommes considérables dans une entreprise constituée au Canada, dont le bureau chef est installé à Montréal; il a des fonds considérables déposés auprès de banques canadiennes, et il possède un luxueux appartement à Vancouver en plus de l'appartement qu'il loue à Montréal—Le gros de ses activités commerciales s'exercent à Taïwan et à Hong Kong—La société de l'appelant a payé au Canada des impôts sur son chiffre d'affaires—L'appelant a acquitté des impôts sur des sommes considérables provenant de ses activités et de ses investissements—Tout cela est conforme aux principes qui sous-tendent la catégorie des entrepreneurs au titre duquel il a obtenu le droit d'établissement au Canada, parfaitement en accord aussi avec la politique déclarée du Canada qui est d'attirer les personnes capables d'apporter aussi bien des capitaux que des connaissances—Il faut, pour juger de l'importance de son attachement au Canada, aller au-delà des critères habituels que sont le lieu de domicile, le permis de conduire, l'appartenance à telle ou telle organisation—Dès son arrivée, l'appelant a établi une résidence à Montréal—Entre 1989 et 1992, il a passé plus de temps à l'étranger qu'au Canada—Les principaux éléments favorables à sa thèse sont le fait qu'il a obtenu le droit de s'établir au Canada à titre de membre de la catégorie des entrepreneurs, qu'il a apporté au Canada d'importantes sommes d'argent, qu'il a acheté une propriété au Canada, qu'il y a créé une compagnie canadienne et que lui et sa compagnie produisent des revenus dont les impôts servent à alimenter les caisses de la nation—Mais le fait qu'il ait transféré de l'argent au Canada et le fait que dans le cadre de sa compagnie il ait organisé une activité commerciale, constituent des éléments plus pertinents à l'octroi du droit d'établissement qu'à celui de la citoyenneté canadienne—De nombreux non-résidents ont placé de l'argent au Canada et le revenu de ces placements est soumis à la fiscalité canadienne—On ne relève pratiquement aucun lien entre le Canada et l'entreprise de l'appelant—On est porté à conclure qu'en égard aux circonstances, sa résidence était en partie une question de «commodité»—Aucun indice de ces activités personnelles, sociales, communautaires, ou institutionnelles, susceptible de faire pencher la balance—Le poids de ce côté de l'équation ne parvient pas à compenser la durée et le nombre des absences de l'appelant au cours de la période d'attente, ni le fait qu'il ait très peu participé, que ce soit de manière directe ou indirecte, à la vie canadienne—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5.

HSU (RE) (T-2297-93, juge Joyal, jugement en date du 2-9-94, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Le requérant n'a pas accumulé le nombre requis de jours de résidence au Canada pour obtenir la citoyenneté en vertu de l'art. 5(1)c), en raison de son emploi auprès d'une association canadienne de développement économique—La présence physique au Canada n'est pas absolument nécessaire si la preuve établit l'intention de s'établir au Canada—Indices de l'attachement du requérant au Canada, dont l'acquisition d'une résidence à Winnipeg, le fait que son enfant et un de ses parents résident à Winnipeg et celui qu'il ait conservé son permis de conduire et son assurance-maladie du Manitoba—Le requérant travaillait pour un organisme canadien et ses chèques de paie étaient déposés dans un compte de banque au Canada—Sa situation est très différente de celle d'une personne qui a une entreprise ou un emploi dans un pays étranger et qui vient au Canada pour une très courte période—Il est dans l'intérêt du Canada que les immigrants soient disposés à assumer le risque de retourner dans des parties du monde où la situation est moins stable, dans l'exercice de leurs fonctions au service d'un employeur canadien, plutôt qu'à demeurer au Canada, comme prestataires de l'aide sociale ou bas salariés, simplement dans le but de satisfaire aux exigences en matière de résidence fixées par l'art. 5(1)c)—Le requérant a l'intention de s'établir au Canada—Citoyenneté accordée—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

AVILLES (RE) (T-870-94, T-871-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 19-12-94, 4 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande d'annulation de la décision de la section du statut de réfugié (le «tribunal») selon laquelle les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants viennent de l'Estonie; leur mariage est mixte, la requérante étant une ressortissante de l'Estonie, le requérant étant un ressortissant russe d'origine allemande—Le tribunal a jugé que les revendications des requérants selon lesquelles ils courent un risque grave d'être persécutés ne sont pas fondées—Le tribunal a aussi conclu que le requérant était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention en raison de l'art. 1E de la Convention—Le tribunal a-t-il commis une erreur en excluant le demandeur du statut de la définition de réfugié au sens de la Convention en raison de l'art. 1E?—L'art. 1E ne nécessite pas d'être interprété de façon étroite—Pris dans leur sens premier, les termes de l'art. 1E rendent la clause d'exclusion applicable à l'espèce—L'art. 1E a pour but d'appuyer les lois adoptées régulièrement en matière d'immigration en limitant l'accès au statut de réfugié aux seuls demandeurs qui font nettement face à une menace de persécution—L'art. 1E a pour fonction d'exclure comme réfugié potentiel le demandeur qui fait face à la menace d'être persécuté dans son propre pays, mais qui vit dans un autre pays, avec ou sans le statut de réfugié, et qui ne subit dans ce pays aucune menace de persécution pour l'un des motifs énoncés dans la Convention—L'art. 1E nécessite que le demandeur ait raison de craindre d'être persécuté tant dans le pays de nationalité que dans le pays de résidence pour que sa revendication puisse être prise en considération—L'évaluation faite par le tribunal n'est pas manifestement déraisonnable—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n^o 6, art. 1E.

KROON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3161-93, juge MacKay, ordonnance en date du 6-1-95, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «Commission»), section du statut de réfugié, a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention du fait que sa revendication était dépourvue d'un minimum de fondement, en application de l'art. 69.1(9.1)—La requérante, originaire du Sri Lanka, a, à maintes reprises, fui son village, un camp de réfugiés et des lieux où elle s'est installée ultérieurement—La requérante a été détenue, interrogée et violée en bande dans un camp militaire—Le fils de la requérante et son mari ont été arrêtés—La requérante a été forcée d'aider l'armée en tant qu'indicatrice—En concluant que le témoignage de la requérante n'était pas digne de foi compte tenu de son comportement, la Commission n'a pas pris en compte une évaluation médicale—Bien que la détermination de la crédibilité fondée sur le comportement soit généralement inattaquable à l'occasion d'un contrôle judiciaire, la Commission est tenue d'expliquer le rejet du rapport médical pertinent—Ayant accepté l'allégation de viol en bande, et notant que le témoignage sur le viol avait été influencé par le traumatisme, le fait pour la Commission d'avoir conclu que les viols n'avaient pas influé sur le reste du témoignage et d'avoir rejeté l'opinion médicale sans explication était manifestement arbitraire—Le rejet de la preuve médicale expliquant le comportement sans donner de motifs est une erreur importante, puisque cela conduit à une conclusion générale d'absence de crédibilité et aux conclusions défavorables ultérieures tirées par la Commission—La Cour a statué que les autres inférences défavorables tirées par la Commission d'une conclusion d'absence de crédibilité ne reposaient pas sur des éléments de preuve—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(9.1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

SIVAYOGANATHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4979-93, juge Noël, ordonnance en date du 7-11-94, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle le tribunal chargé de statuer sur le minimum de fondement (le «tribunal») a conclu que la revendication du requérant sud-coréen était dépourvue d'un minimum de fondement—Le dossier du requérant fait partie de l'«arrière» des revendications du statut de réfugié—Le tribunal a eu raison de soupeser les éléments de preuve pour déterminer la crédibilité—Il y a eu confusion quant à la traduction exacte des déclarations du requérant concernant ses relations avec le gouvernement—Un membre du tribunal a été remplacé au milieu des procédures; le nouveau membre s'est appuyé uniquement sur la transcription relative aux déclarations—Erreur de traduction—Le nouveau membre n'a pas entendu le dialogue initial entre les membres et le traducteur—Fonder une partie de la décision sur une traduction inexacte revient à violer les principes de justice fonda-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

mentale—La crédibilité est mieux déterminée dans une audition orale—Lorsqu'il s'agit de crédibilité, une audition orale s'impose pour s'assurer du respect des principes de justice fondamentale—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14).

PARK C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7546-93, juge Cullen, ordonnance en date du 20-12-94, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission a rejeté la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, alors qu'elle n'a pas examiné la preuve, soit orale ou documentaire ayant trait à l'appartenance à un groupe social particulier, soit des jeunes salvadoriens en âge de servir dans l'armée—Dans son formulaire de renseignements personnels, le requérant revendique le statut de réfugié en invoquant ses opinions politiques—Il a déclaré devant la Commission ne pas avoir d'opinions politiques—Il prétend maintenant que sa crainte de persécution visait l'appartenance à un groupe social particulier—Ce motif n'a pas été soulevé devant la Commission—Étant donné les éléments de preuve présentés à ce sujet, la Commission aurait dû examiner si l'appartenance à un groupe social donnait lieu à une crainte fondée de persécution, même si l'avocat du requérant n'a pas soulevé ce motif—La demande est accueillie—L'affaire est renvoyée à la Commission afin qu'elle procède à une nouvelle audience.

NAVARRO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1699-92, juge Wetston, ordonnance en date du 20-12-94, 3 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR L'ACCISE**

L'époux de la requérante a été arrêté pour avoir importé illégalement des cigarettes—Les marchandises et le véhicule automobile ont été saisis—Sept mois plus tard, l'époux a plaidé coupable, tandis que l'accusation portée contre la requérante a été suspendue—Le même jour, la requérante a demandé le retour de son véhicule automobile—Étant donné que le délai d'un mois prévu pour le retour à l'art. 117 de la Loi sur l'accise avait expiré, l'avis de revendication n'a pas été accepté et le véhicule a été considéré comme un véhicule confisqué—La requérante a invoqué l'art. 164, qui permet à quiconque, autre qu'une personne accusée d'une infraction ayant pour résultat une saisie, réclame un intérêt sur le véhicule saisi de présenter une demande d'ordonnance déclarant son intérêt—La demande est rejetée—L'art. 164 concerne les parties non liées à une infraction pouvant concerner un véhicule—La requérante était bien au courant de l'incident—En l'absence d'une disposition précise autorisant une prorogation du délai prescrit par la Loi, la Cour n'a pas la compétence voulue pour accorder une prorogation de délai à la requérante, malgré le consentement de l'avocat de Sa Majesté—Les droits de la requérante qui sont énoncés aux art. 7 et 13 de la Charte n'ont pas été violés—La requérante n'aurait pas été lésée si elle avait revendiqué son véhicule avant l'expiration du délai, car Sa Majesté aurait pu prouver le titre de propriété en produisant le certificat d'imma-

DOUANES ET ACCISE—Fin

trication du véhicule—Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), ch. E-14, art. 117, 164—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), annexe II, n° 44], art. 7, 13.

LE C. CANADA (T-1890-93, juge Rouleau, jugement en date du 16-11-94, 5 p.)

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Pour financer des opérations commerciales, la banque défenderesse a obtenu une cession des créances comptables et la garantie prévue à l'art. 178 de la Loi sur les banques—La banque a nommé un séquestre pour vendre le stock du débiteur—Le ministre a sommé la banque d'acquitter la taxe due sur les créances cédées (la «sommation»), et plus particulièrement la taxe de vente fédérale («T.V.F.») imposée sur les ventes en vertu de l'art. 52(10) de la Loi sur la taxe d'accise—La banque a refusé de payer la taxe au motif que la sommation ne lui était pas opposable parce qu'elle détenait sa garantie en vertu de l'art. 178—Application du jugement *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. R.*, [1984] C.T.C. 442 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel la Cour a statué que la banque qui obtient une garantie en vertu de l'art. 178 ne reçoit pas la cession d'une taxe précise sur le prix de vente des biens vendus—Pour établir une distinction en ce qui concerne l'effet d'une taxe spécifique comme la TVF et celui de l'impôt sur le revenu, la Cour a statué, dans le jugement *B.C.I.C. c. R.*, que la taxe de vente imposée sur un prix de vente qui n'a pas encore été versé au contribuable peut être licitement interceptée par la Couronne, malgré l'existence d'une garantie prévue à l'art. 178—Le débiteur de la banque ne pouvait pas, ce que soit au moyen d'une cession de créances comptables ou d'une garantie accordée aux termes de l'art. 178, céder ou donner à la banque la TVF imposée sur le prix de vente des marchandises qu'il vendait à ses clients—En percevant des clients du débiteur les créances qui étaient impayées, la banque a obtenu une TVF représentant des sommes d'argent qui n'ont jamais appartenu à son débiteur—La banque n'a pas droit à la TVF lorsque le ministre a assidûment exercé le droit que l'art. 52(10) de la Loi lui confère—Le législateur fédéral voulait de toute évidence que l'art. 52(10) s'applique à toutes les cessions de créances comptables, qu'elles prennent la forme d'une cession générale de créances comptables ou celle d'une garantie accordée en vertu de l'art. 178—Action accueillie—Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 178—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 52(10).

CANADA C. BANQUE NATIONALE DU CANADA (T-2520-88, juge Nadon, ordonnance en date du 26-10-94, 19 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Office canadien de commercialisation des œufs (l'«Office») a refusé de délivrer à la requérante un permis d'acheteur et un permis de vendeur pour la commercialisation interprovinciale des œufs—L'Office a annulé le permis d'acheteur interprovin-

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

cial et le permis de vendeur interprovincial d'une société, formée d'administrateurs et d'actionnaires de la personne morale requérante, parce qu'elle a enfreint les conditions de son permis et le règlement en s'occupant illégalement de commercialisation des œufs—La personne morale requérante prétend être une nouvelle entité n'ayant aucun lien avec la société dissoute—Pour refuser de délivrer les permis, l'Office s'est appuyé sur la décision *Wright c. Canada (Office de commercialisation des œufs)*, [1978] 2 C.F. 260 (C.A.), dans laquelle on a statué qu'une conduite est déguisée lorsque l'auteur d'une demande de permis s'organise pour faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement—Depuis le prononcé de la décision *Wright*, la disposition relative à l'octroi de permis a été modifiée afin de restreindre l'étendue des pouvoirs de l'Office—La présente espèce ne présente pas les mêmes caractéristiques que l'affaire *Wright* puisque les faits dans cette affaire se rapportaient: (1) à un complot visant à enfreindre la loi pour de l'argent, (2) à une manœuvre subreptice afin de continuer de vendre des œufs après l'annulation d'un permis, et (3) à une volonté d'agir au mépris de la loi et de l'Office—La requérante a ouvertement fait la demande de permis sous sa dénomination sociale et s'est pliée à la décision défavorable prise par l'Office—De plus, la présente espèce comprend un élément de principe constitutionnel ou d'égalité des chances à l'égard des producteurs d'œufs des territoires qui, en raison de leur situation géographique, ne peuvent obtenir un contingent de production d'œufs et, partant, se livrer au commerce interprovincial ou international—Contrairement aux faits dans l'affaire *Wright*, la requérante n'a pas détruit la bonne foi de sa demande—L'art. 5 du règlement actuel est impératif, à moins que la requérante ne soit visée par l'exception prévue à l'art. 8—L'Office a de bonnes raisons pour refuser de délivrer un permis lorsque la preuve établit que l'auteur de la demande a effectivement comploté, éludé la loi, commis un trompe-l'œil, une fraude ou une tromperie et agi au mépris de la loi; toutefois, il n'y a pas de preuve semblable en l'espèce—La norme de preuve à l'égard de ces accusations, qui ressemblent à des accusations criminelles, doit être une probabilité élevée, et il faut que l'évaluation de l'Office soit exacte pour que sa décision de refuser de délivrer un permis soit confirmée dans le cadre d'un contrôle judiciaire—Un tribunal établi par la loi comme l'Office n'a aucune compétence propre et aucune clause privative ne met ses décisions à l'abri d'un contrôle judiciaire—L'expertise de l'Office réside dans la commercialisation interprovinciale et internationale des œufs et n'a rien à voir avec des questions de compétence, ni avec des questions de droit comme les tentatives déguisées, le complot, la fraude ou la tromperie; la Cour n'a pas à s'incliner devant l'Office à l'égard de ces questions—En dépit des actes fautifs commis par la société, la personne morale requérante n'est pas un stratagème, à moins qu'elle n'ait pris part à un trompe-l'œil, une fraude et une manœuvre subreptice—La Cour annule la décision par laquelle l'Office a refusé de délivrer les permis et ordonne à l'Office de traiter la demande en faisant abstraction de la conduite ou des activités de qui que ce soit, excepté la requérante—Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 5 et 7 (mod. par DORS/88-455, art. 2).

VILLETARD'S EGGS LTD. C. CANADA (OFFICE DE COMMERCIALISATION DES OEUFS) (T-2042-93, juge Muldoon, ordonnance en date du 4-11-94, 21 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Libertés fondamentales

Demande de jugement par consentement déclarant l'art. 6(2) du Règlement de 1987 sur la télédiffusion inopérant au motif qu'il contrevient à l'art. 2b) de la Charte—Le Règlement en litige interdit de façon générale de faire la publicité des boissons alcoolisées, sous réserve de certaines exceptions—Refus d'accorder l'ordonnance recherchée, les faits soumis à la Cour étant insuffisants pour justifier cette mesure—Les faits sur lesquels se sont entendues les parties ne justifient pas la conclusion que le règlement contesté viole les droits garantis par l'art. 2b) de la Charte, ou que s'il le fait, cette violation ne peut se justifier comme étant raisonnablement nécessaire dans le cadre d'une société libre et démocratique—La conclusion de l'employé du défendeur ne correspond pas au contexte factuel dont parle la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357—Le défendeur est libre d'abroger le règlement contesté sans qu'un jugement déclaratoire ait à être rendu—Demande rejetée—Règlement de 1987 sur la télédiffusion, DORS/87-49, art. 6(2)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11, (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).

ASSN. OF CANADIAN DISTILLERS C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES) (T-225-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 16-12-94, 4 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Requête de la Commission canadienne des droits de la personne tendant à faire annuler la décision par laquelle un tribunal des droits de la personne (le «tribunal») a rejeté une plainte par ce motif que la mesure contestée tombe sous le coup de l'art. 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, qui soustrait la Loi sur les Indiens à l'application de cette Loi—Une Indienne inscrite s'était plainte de ce que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien («MAIN») commettait à son égard un acte de discrimination fondée sur la religion en refusant de payer les frais de pensionnat et de déplacement pour que sa fille pût fréquenter une école catholique privée—La reconnaissance constitutionnelle des écoles confessionnelles catholiques et protestantes est une exception à la nature séculière de l'État canadien—La Loi sur les Indiens institue un système discriminatoire au Canada—N'edt été l'art. 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, les tribunaux des droits de la personne seraient obligés de la réduire en petits morceaux—Le retrait du paiement des frais de pensionnat nécessaires pour fréquenter l'école catholique a été décidé conformément aux pouvoirs que le ministre tient de la Loi sur les Indiens—L'art. 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne protège non seulement les dispositions de la Loi sur les Indiens, mais encore tout ce que font, légalement ou illégalement, le ministre et le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien sous le couvert de cette dernière, sous réserve

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

du contrôle judiciaire applicable aux agissements illégaux de la part des représentants de l'autorité gouvernementale—Le tribunal s'est refusé à bon droit à connaître de l'affaire—Requête rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 67—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-671-93, juge Muldoon, ordonnance en date du 30-12-94, 15 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne («la Commission») a rejeté la plainte que la requérante avait portée contre la Monnaie royale canadienne («la Monnaie») pour discrimination fondée sur le sexe—La requérante a déposé auprès de la Commission une plainte alléguant qu'elle avait été victime de harcèlement sexuel de la part de deux employés de la Monnaie—La requérante a été en congé de maladie et ensuite en congé d'invalidité de longue durée en raison du harcèlement—Comme elle n'était pas contente de la procédure suivie par la Commission, la requérante a intenté en Cour de l'Ontario (Division générale) une action pour licenciement illégal contre la Monnaie—Le juge a rejeté cette action et a fait remarquer que la requérante avait déposé ses plaintes en matière de droits de la personne dans le but de favoriser une plainte de licenciement illégal, après avoir essayé en vain d'obtenir une généreuse indemnité de cessation d'emploi—La requérante a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario en alléguant que la Monnaie avait induit la Cour en erreur délibérément et avait caché des documents pertinents—La requérante a également déposé des plaintes auprès de la Commission contre des employés de la Monnaie individuellement—La Commission a rejeté les nouvelles plaintes parce qu'elles ne respectaient pas le délai de prescription et a décidé de ne pas donner suite à la plainte contre la Monnaie—La Commission a le pouvoir discrétionnaire de poursuivre une plainte ou de nommer un conciliateur—La Commission n'est pas astreinte à l'observation des règles formelles de la justice naturelle, mais elle doit respecter l'équité en matière procédurale—Il faut que les éléments de neutralité et de rigueur soient présents dans l'enquête de la Commission—Pour déterminer le degré de rigueur de l'enquête, il faut tenir compte des intérêts respectifs du plaignant et de l'intimé à l'égard de l'équité procédurale ainsi que de l'intérêt de la Commission à préserver un système qui fonctionne sur le plan administratif—Ce n'est que lorsque des omissions déraisonnables ne peuvent pas être corrigées par les plaignants qu'un contrôle judiciaire s'impose—La Commission a vraiment le pouvoir discrétionnaire d'attribuer le poids qu'elle veut au jugement de la Cour de l'Ontario—La Commission n'a pas dérogé à son obligation de mener l'instance avec équité—Demande rejetée.

ROBINSON C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-3038-93, juge Joyal, ordonnance en date du 10-1-95, 13 p.)

FONCTION PUBLIQUE

FIN D'EMPLOI

Stage

Appel du jugement de première instance (1991), 49 F.T.R. 142 refusant d'annuler la décision renvoyant l'appelant à l'issue de son stage—L'appelant avait été employé en tant qu'analyste/programmeur technique à la Direction du catalogage et de l'identification au ministère de la Défense nationale, dans un poste prêté à la Direction par les Forces canadiennes—Il a, en mars 1990, terminé avec succès la période de stage—En avril, le poste est récupéré—L'appelant a accepté un poste nouvellement créé qui lui est offert à condition qu'il effectue une nouvelle période de stage—Il est renvoyé à l'issue du stage—Le juge de première instance a estimé que son rattachement au second poste constituait une nouvelle nomination, ce qui signalait le début d'une nouvelle période de stage, ainsi que le prescrit l'art. 28 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique et l'art. 28 de son Règlement d'application—Appel accueilli—Pour décider s'il y a «nouvelle nomination» d'une personne déjà employée dans la fonction publique, il existe un critère objectif et tout dépend de la question de savoir si l'employé en question s'est effectivement vu confier des fonctions nettement différentes: *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503 et *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489—Le juge de première instance a estimé que l'appelant a exécuté, dans les deux postes différents, des fonctions qui étaient similaires—Son rattachement au second poste n'était pas une «nomination» étant donné qu'il a continué à exécuter essentiellement les mêmes fonctions—Il n'y a pas eu de nouvelle période de stage—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 28—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, C.R.C., ch. 1337, art. 28.

MATHIEU C. CANADA (SOUS-MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (A-1193-91, juge Strayer, jugement en date du 17-11-94, 4 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

PRATIQUE

Demande en vue d'obtenir une ordonnance annulant la demande formelle du ministre conformément à l'art. 231.2 pour production de renseignements et de documents—Le requérant est avocat et représente un client relativement à l'acquisition d'un bien—Les autorités fiscales américaines ont demandé l'aide du ministre en liaison avec une enquête sur ce client conformément à l'art. XXVII de la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, 1984 (le «traité»)—Le requérant a soutenu que la demande formelle était invalide pour les motifs suivants: (1) elle n'avait pas été formulée pour l'application et l'exécution de la Loi; et (2) le ministre n'avait pas obtenu d'autorisation judiciaire pour une demande formelle ayant trait à une corporation non désignée nommément—Puisque l'art. XXVII a force de loi au Canada en vertu de la Loi sur la Convention en matière d'impôts, le ministre a l'autorité légale expresse de faire une demande formelle en utilisant le mécanisme prévu pour l'application et l'exécution de la Loi—Comme le requérant a été avisé que la demande formelle du

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

ministre visait à aider le fisc américain dans son enquête, il n'a donc pas été trompé—La Loi oblige le ministre à obtenir une autorisation judiciaire avant de faire une demande formelle de renseignements et de documents relatifs aux corporations non désignées nommément—L'autorisation judiciaire est requise à l'égard des corporations non désignées nommément pour éviter que l'on ne recoure à la demande formelle prévue à l'art. 231.2 pour se livrer à une «recherche à l'aveuglette» ou pour découvrir l'identité de contribuables particuliers—Même si la demande formelle était invalide à l'égard des renseignements ayant trait à une corporation non désignée nommément, le reste de la demande formelle restait valide—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.2 (édicé par S.C. 1986, ch. 6, art. 121)—Loi sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, 1984, S.C. 1984, ch. 20, ann. I, art. XXVII.

ANDISON C. M.R.N. (T-473-94, juge Dubé, ordonnance en date du 5-1-95, 6 p.)

SAISIES

Requête prise en considération en vertu de la Règle 324 découlant de la contestation de l'exigibilité, par l'huissier, d'un droit d'exécution sur la somme recouvrée lorsque les biens ont été saisis en vertu d'un bref d'exécution, mais n'ont pas été convertis en espèces en raison du versement ultérieur du montant de la créance au MRN—Y a-t-il eu ou non saisie et perception?—Le cas échéant, le requérant demande à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de diminuer le droit d'exécution sur la somme recouvrée—Le ministère public a obtenu à l'égard du requérant, aux termes de la Loi de l'impôt sur le revenu, un bref d'exécution pour la somme de 54 000 \$—Le bref a été transmis à Pacific Court Bailiff Execution Services Inc. en vue de la saisie d'un véhicule—Le requérant a informé l'huissier que le bien-fonds à l'égard duquel le jugement en faveur du ministère public avait été enregistré devait être vendu aux fins de l'exécution du jugement—L'huissier était convaincu que le montant dû aux termes du jugement serait payé—Saisie d'une camionnette Nissan 1990—Le requérant a convenu que la renonciation à l'application des dispositions relatives au détenteur précaire n'équivalait pas à l'abandon de la saisie—La somme due aux termes du jugement rendu en faveur du ministère public a été acquittée—Qu'il y ait eu ou non une saisie est une question de fait—Les faits qui appuient l'existence d'une saisie sont plus concluants en ce que Pacific Bailiff a obtenu une convention de baillement du propriétaire du véhicule, le requérant—Il incombe à Pacific Bailiff d'établir que le paiement de la créance, à partir du produit de la vente du bien-fonds, découle de la saisie du véhicule—Le requérant n'a pas réfuté, de manière satisfaisante, la présomption voulant que la saisie ait un lien avec le paiement—La saisie a été la cause réelle de la perception de la somme, grâce à la vente du bien-fonds, pour l'exécution du jugement—L'art. 106(3) de la Court Order Enforcement Act, qui permet, dans certains cas, de calculer le droit d'exécution sur la somme recouvrée en fonction d'un taux moindre, ne s'applique pas—Le droit d'exécution sur la somme recouvrée auquel le shérif prétend avoir droit n'entraîne pas de résultats absurdes—En laissant le véhicule au requérant sur la base d'un engagement à titre de dépositaire, l'huissier a fait preuve d'initiative et manifesté son intention de prendre une décision raisonnable indé-

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

pendamment des instructions reçues—La décision de l'huissier a par la suite été approuvée par le ministère public en sa qualité de créancier aux termes du jugement—Il n'y a pas de motif impérieux de fixer le droit d'exécution sur la somme recouvrée en fonction d'un taux moindre—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324—Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. (1979), ch. 75, art. 106(3).

HOKANSON (RE) (ITA-6551-93, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 24-10-94, 11 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Appel interjeté de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) de mettre fin à la semi-liberté du demandeur—La question en litige est l'étendue des communications qui doivent être faites à un délinquant au cours d'une audience postsuspension devant la CNLC—Le demandeur purge une peine d'emprisonnement à perpétuité pour vol à main armée et séquestration—Le demandeur a obtenu une semi-liberté à la seule maison de transition (Cannell House) qui pouvait le recevoir à la condition qu'il s'efforce d'obtenir un emploi stable—Cannell House, qui n'a aucun lien avec la CNLC, est libre de n'accepter que les délinquants qui satisfont à ses critères d'évaluation et peut expulser un délinquant n'importe quand—Après avoir travaillé brièvement dans un endroit qui n'était pas approprié parce qu'on y recevait des biens volés, le demandeur a subi des blessures mineures au dos qui ont affecté sa capacité de travailler—Une fois rétabli, le demandeur a passé de longues périodes pendant lesquelles on ignorait ce qu'il faisait et des policiers se sont informés de ses allées et venues—Cannell House a expulsé le demandeur parce qu'il ne cherchait pas un emploi—Le directeur de Cannell House a fourni à la CNLC un rapport confidentiel indiquant que le demandeur se serait livré à des activités criminelles—La CNLC n'a pas soulevé deux des huit points mentionnés dans le rapport confidentiel: la participation du demandeur à des introductions par effraction et la possession de biens volés—En rendant sa décision, la CNLC a assuré au demandeur qu'il n'était pas soupçonné d'avoir participé à des activités criminelles—Le demandeur prétend 1) que les allégations non mentionnées dans le rapport confidentiel constituent les véritables motifs de la décision de mettre fin à sa semi-liberté, et 2) que l'omission par la CNLC de soulever ces allégations a violé le droit à la justice fondamentale qui lui est garanti par l'art. 7 de la Charte—Le juge a conclu qu'il aurait été mis fin à la liberté conditionnelle du demandeur en l'absence des allégations non mentionnées; à la suite de l'expulsion du demandeur de Cannell House, la CNLC n'avait d'autre choix que de mettre fin à sa semi-liberté étant donné qu'il n'y avait pas d'autres maisons qui pouvaient le recevoir—Compte tenu des témoignages qui ont été entendus, la décision de mettre fin à la liberté conditionnelle du demandeur parce qu'il avait omis de chercher un emploi était tout à fait raisonnable—L'usage du terme «cessation» par opposition au terme «révocation» indique l'absence de faute de la part du demandeur pour la perte de sa liberté conditionnelle—La procédure suivie par la CNLC était «fondamentalement équitable», comme l'exige l'arrêt *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.)—La CNLC avait le droit de définir

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite

les accusations que le demandeur devait réfuter et elle n'était pas tenue de soulever les allégations non mentionnées si celles-ci ne faisaient pas partie des accusations auxquelles le demandeur devait répondre—Aucune violation des droits garantis au demandeur par l'art. 7 parce qu'il a eu la possibilité de répondre aux accusations portées contre lui et que la décision reposait sur les questions qui avaient été soulevées—Appel rejeté—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.

KEMPTON C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2409-91, juge Simpson, jugement en date du 8-12-94, 15 p.)

Requête en annulation de la décision par laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles (la «Commission») a refusé au requérant la libération d'office par ce motif qu'il commettrait vraisemblablement une ou des infractions de nature à causer la mort ou des blessures graves avant l'expiration de sa peine—Il écheta d'examiner si la Commission a correctement appliqué les critères prévus à l'art. 130 de la Loi, et si le Service correctionnel a correctement suivi la procédure prévue à l'art. 129—Le requérant, qui a une longue histoire de troubles mentaux, purgeait une peine pour vol accompagné de violences—Condamnation à une peine simultanée de 6 ans d'emprisonnement pour nouvelle infraction commise pendant qu'il était en liberté surveillée—Voies de fait sur la personne d'un agent du Service correctionnel—Le Service correctionnel a déferé le cas à la Commission par ce motif que le requérant commettrait vraisemblablement une infraction de nature à causer la mort ou un dommage grave à autrui avant l'expiration de sa peine—La conclusion tirée en application de l'art. 130 était fondée sur les antécédents du requérant, y compris l'agression susmentionnée—Le renvoi n'a pas été fait avant la période de six mois précédant la date prévue pour la libération d'office conformément à l'art. 129(2) de la Loi—Le requérant soutient que la date tardive du renvoi prouve que le Service correctionnel n'a pas tiré à l'époque la conclusion en question, laquelle requiert alors un événement déclencheur «grave»—Et que les voies de fait n'étaient pas assez graves pour justifier la conclusion prévue à l'art. 130—Le requérant cite la décision *Ford c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)* (1990), 54 CCC (3d) 256 (C.F. 1^{re} inst.) pour soutenir que la période de six mois constitue une protection procédurale et que l'équité interdit à la Commission de prendre en compte sa conduite postérieure à cette période, conduite que le Service correctionnel connaissait déjà auparavant—Bien que normalement le renvoi doive être fait avant la période de six mois, l'art. 129(3) permet le renvoi fondé sur la conduite du contrevenant ou sur des renseignements obtenus durant cette période—En l'espèce, renvoi fondé sur la conduite du requérant et sur des renseignements obtenus dans les six mois précédents—La Commission est tenue par l'art. 132 de prendre en compte tous les facteurs utiles pour évaluer le risque d'une infraction de nature à causer la mort ou un dommage grave avant l'expiration de la peine du délinquant—Dans l'affaire *Ford*, le renvoi était fondé sur des renseignements obtenus dans les six mois précédents, ce qui signifie que la protection procédurale n'est pas absolue—La justice n'intervient que s'il n'y a aucune preuve à l'appui de l'assertion que les renseignements ont été obtenus dans les six

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

mois—L'agression en question est un fait «nouveau» en ce sens qu'elle est une indication de la détérioration du comportement du requérant dans les six mois précédents—Aucun vice de procédure dans la décision de renvoyer le cas du requérant à la Commission—Existence de motifs raisonnables—Rien d'inique dans le fait que le commissaire ait pris en considération les antécédents du requérant—Requête rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 129, 130, 132.

MCBRIDE C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (T-1616-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 1-11-94, 22 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Appel interjeté de la décision par laquelle la section de première instance a rejeté l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce «Winchester Gold» de l'intimée—Les mots «gold» (or) et «golden» (doré) sont des adjectifs qui ne font que décrire des catégories dans lesquelles peut entrer une marque de bière donnée—Une marque de commerce doit être considérée comme un tout—Il ne suffit pas de ne s'arrêter qu'à un de ses éléments, surtout lorsqu'il s'agit d'un élément purement descriptif—Les marques de commerce «Molson Golden» et «Winchester Gold» sont suffisamment distinctives l'une par rapport à l'autre pour qu'il n'y ait pas de confusion—L'intimée utilise simplement un mot descriptif («Gold») qui figure dans la marque de commerce de l'opposante; elle n'emploie pas la marque de commerce comme telle («Molson Golden») —Appel rejeté.

MOLSON COMPANIES LTD. C. JOHN LABATT LTD. (A-118-90, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 30-11-94, 4 p.)

PÊCHES

Action du demandeur en vue de recouvrer le produit de la vente du poisson saisi par la défenderesse et de réclamer des dommages-intérêts et des dépens—Un permis de pêche commerciale a été délivré au propriétaire du bateau pour la pêche au flétan—Le surplus du quota autorisé de flétan et de sébaste a été saisi après la signature par le demandeur d'une formule intitulée «Renonciation—flétan» («formule de renonciation») —Les accusations portées contre le demandeur aux termes de la Loi sur les pêches ont été suspendues—Une société à objet restreint ou coentreprise existait entre le demandeur, le propriétaire du bateau et les membres de l'équipage («associés») en raison du fait qu'ils se partageaient la prise entre eux—Le demandeur est autorisé à intenter un recours collectif au nom de tous les associés—En signant la formule de renonciation, le demandeur a lié tous les associés—La défenderesse n'a pas saisi le surplus de flétan parce que la société a signé la formule de renonciation sans contrainte—La signature de la formule de renonciation n'emporte pas confiscation, laquelle ne peut être faite que conformément à la Loi sur les pêches—Si la défende-

PÊCHES—Fin

resse avait saisi et confisqué le surplus de flétan, la confiscation aurait dépassé les pouvoirs accordés par la Loi sur les pêches—En exigeant que le titulaire de permis accepte les conditions relatives au quota et à la confiscation avant de délivrer ledit permis, la défenderesse a tenté de faire indirectement ce qu'elle ne pouvait faire que conformément à la Loi sur les pêches—Étant donné que le demandeur a signé valablement la formule de renonciation concernant le surplus de flétan, la réclamation relative à la valeur du flétan abandonné est rejetée—Sa Majesté a admis la réclamation relative à la valeur du sébaste saisi (562,50 \$), même si le demandeur n'avait pas de permis l'autorisant à pêcher du sébaste—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14.

LOGAN C. CANADA (T-1734-92, juge Teitelbaum, jugement en date du 15-12-94, 31 p.)

PRATIQUE

Requête en désistement d'action conformément à la Règle 406(3) et en adjudication des dépens—Cette Règle prévoit que la Cour peut, avant ou après une audition, aux conditions qui semblent justes, par ordonnance, donner suite à la demande de désistement de l'action—Après interrogatoire préalable, la demanderesse a signifié qu'elle souhaitait se désister, sans condamnation aux dépens, de son action en dommages-intérêts pour divulgation indue d'une partie de son dossier personnel au syndicat—Postes Canada a demandé qu'elle soit condamnée aux dépens—L'affaire semble être restée au point mort depuis la fin de 1993—Dans la quatrième édition des Halsbury's Laws of England, vol. 37, par. 283, on trouve un renvoi se rapportant à une règle anglaise identique: le défendeur a droit à une ordonnance imposant l'abandon de l'action, non sa «suspension», et, lorsqu'il y a retrait d'une demande particulière, le défendeur a droit à une ordonnance imposant le retrait ou le désistement effectif de la partie des moyens invoqués—Il s'agit ici d'un cas où le désistement constitue un recours justifié même si Postes Canada aurait pu tenter d'obtenir les mêmes fins par d'autres moyens, notamment invoquer le fait que la demanderesse, en voulant se désister de l'action et en ne faisant rien pendant de nombreux mois, a fait un usage abusif de la procédure—Au lieu de la taxation, il y a eu adjudication d'une somme forfaitaire de 1 600 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 406(3).

BARON C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-626-92, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 25-11-94, 3 p.)

FRAIS ET DÉPENS

L'action en contrefaçon de brevet a été rejetée et les dépens, adjugés à la défenderesse—La défenderesse a présenté son mémoire de frais pour la taxation des dépens entre parties—La demanderesse a contesté certains frais et débours—La défenderesse a présenté les reçus et les petits billets qu'elle avait accumulés au fil des ans sans reporter au fur et à mesure ni à quelque moment que ce soit les montants et les opérations de manière à permettre une reconstitution et l'établissement d'un lien avec les mesures et démarches de l'instance—L'affidavit à l'appui a simplement regroupé les éléments par catégories—

PRATIQUE—Suite

Bien que le coût de l'établissement de la preuve à l'égard de certains postes dépasse souvent leur valeur, une certaine pondération s'impose—La défenderesse s'est contentée de présenter une pile de documents en laissant à la demanderesse et à l'officier taxateur le soin de s'y retrouver—Elle a tort de présumer que, puisque ces documents représentent des dépenses payées et que l'affidavit en atteste tout bonnement la pertinence, sans avoir été contredit, ce sont des frais dont elle a le droit d'être indemnisée—Il convient de ne pas fonder la détermination du montant des dépens sur des normes strictes ou des raisons techniques, mais, dans la mesure où la partie qui demande la taxation adopte une telle façon de procéder, c'est-à-dire qu'elle présente une preuve incomplète, elle doit accepter les conséquences qui en résultent, l'officier taxateur optant pour la prudence de façon à éviter de porter préjudice à l'intimée dans la demande de taxation—Puisque l'avocat de la défenderesse est un auxiliaire de la justice et que la taxation se révèle parfois un art fruste, la production de compléments d'information de vive voix est autorisée—Honoraires pour l'interrogatoire préalable accordés tels quels—Pour décider si le tarif double prévu à la Règle 344.1 est applicable lorsqu'ont été présentées des offres de règlement non révoquées, il faut se demander si la Règle 344.1 est compatible avec l'art. 2 du tarif B—Aux termes de cet article, il ne peut être accordé d'autres sommes que celles indiquées à l'art. 1(1) du tarif B, «sauf permission ou directives contraires de la Cour en vertu de la Règle 344»—Le tarif double prévu à la Règle 344.1 n'ajoute pas de catégories de sommes à l'art. 1 du tarif B, mais il peut modifier la somme accordée, de sorte que le montant additionnel proposé (soit la fraction de la somme qui excède la limite fixée à l'art. 1(1) du tarif B) tombe sous le coup de la restriction imposée par l'art. 2 du tarif B, c'est-à-dire la nécessité d'une ordonnance—Il ressort du libellé de la Règle 344.1(2)b) que la défenderesse a droit au double des dépens sans qu'une ordonnance ait été rendue en application de ladite Règle ou que la Cour ait exercé au préalable le pouvoir d'adjuger les dépens que lui confère la Règle 344(1)—La Cour a, implicitement, en rendant jugement, exercé le pouvoir dont elle est investie par la Règle 344(1)—Aucun élément de preuve ne semble indiquer que la Cour ait été mise au courant d'offres de règlement au sens de la Règle 344(3)g)—Il n'est pas nécessaire que la Cour ait explicitement et visiblement exercé le pouvoir conféré par la Règle 344(1) pour que la Règle 344.1 soit applicable—Le droit de la défenderesse découle de la partie du jugement qui a rejeté l'action de la demanderesse ainsi que de la preuve des offres de règlement non révoquées, indépendamment de la Règle 344—La Règle 344(1) habilite la Cour à refuser de lui accorder ce droit—En conséquence, la Règle 344.1 est incompatible avec l'art. 2 du tarif B—La meilleure manière de déterminer le montant des dépens consistant à adopter dans l'application des dispositions un point de vue positif et non étroit et négatif, la Règle 344.1 est appliquée comme une disposition distincte de l'art. 2 du tarif B, qui vise des circonstances particulières, et non comme une disposition spéciale ou limitée, subordonnée à l'art. 2 du tarif B—Aucun élément de preuve ne fait état de «raisons particulières» qui justifieraient les dépens additionnels pour un avocat en second visés à l'art. 1(1)i) du Tarif B—La demanderesse a contesté les débours relatifs aux frais de port, parce que l'on n'a pas exposé les faits qui auraient permis à l'officier taxateur de conclure que les débours étaient raisonnablement nécessaires ou pertinents—

PRATIQUE—Suite

Les questions de preuve qui se posent sont souvent attribuables à la tension croissante créée par la pratique du droit—Si l'officier taxateur répugne à en arriver à un résultat absurde à l'issue de la taxation parce qu'il aurait certifié des frais nuls à l'égard d'un mémoire de frais, portant ainsi préjudice au client, alors qu'il a fallu de toute évidence engager des frais pour poursuivre l'instance, il doit en revanche exercer avec prudence son pouvoir discrétionnaire afin de protéger les intérêts de l'intimé dans la demande de taxation—Au sujet des honoraires d'expert cité comme témoin, les nouvelles règles et le nouveau tarif n'exigent plus de directive préalable autorisant l'officier taxateur à taxer la somme effectivement inscrite dans la note des honoraires d'un expert—La restriction de l'ancien art. 2(2)a) du tarif B n'a pas été reprise dans la nouvelle version de l'art. 1(2)a)—Le critère sur lequel reposent les tarifs A et B ne nous commande pas de réduire ces débours au plus petit commun dénominateur, en particulier quand ils concernent des services professionnels désintéressés et qu'il n'y a aucune collusion entre l'expert qui vend ses services et la partie au litige qui les achète afin de combler les lacunes de l'expertise nécessaire à la réussite du procès—L'art. 4(2) du tarif A et l'art. 1(2)b) du tarif B permettent d'accorder une indemnité pour les services d'un expert dans une instance—Le critère consiste à se demander si, vu les circonstances existant au moment où l'avocat a décidé d'engager les frais, il l'a fait dans le but de représenter son client avec prudence tant en produisant un témoignage d'expert ou en réfutant un témoignage d'expert en application de la Règle 482, qu'en comblant les lacunes de ses connaissances nécessaires à la préparation et à la conduite de l'instance—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-221, art. 3), 344.1 (éditée par DORS/94-41, art. 3), 346(1.1) (éditée par DORS/87-221, art. 3), 482, Tarifs A (mod. par DORS/86-31, art. 2, 3; 92-43, art. 2), B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

FEHERGUARD PRODUCTS LTD. c. ROCKY'S OF B.C. LEISURE LTD. (T-1602-86, officier taxateur Stinson, taxation en date du 26-10-94, 29 p.)

Demande visant à ce que des directives soient données à l'officier taxateur, l'autorisant à accorder des sommes supplémentaires à celles prévues au tarif B concernant les dépens entre parties—Les demanderesse ont eu gain de cause dans les appels qu'elles avaient interjetés contre des cotisations fiscales relatives aux années 1978 à 1981—Elles soutiennent qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle il convient de donner pareilles directives, étant donné qu'elles ont eu gain de cause; que des sommes importantes sont en jeu; qu'il s'agit de questions nouvelles, qui n'ont pas antérieurement été examinées au point de vue de l'interprétation de la loi et du traité; qu'il a fallu 500 heures de préparation par deux avocats principaux et 350 heures de travail effectuées par des avocats spécialisés dans les questions fiscales et que six témoins ont été cités, dont deux du Canada, trois des États-Unis, un de l'Europe; un avocat principal et un avocat spécialisé en fiscalité ont dû se rendre en Californie pour parfaire leur connaissance des industries en cause et pour interroger des témoins éventuels et les préparer aux fins du procès—Le différend se rapportait à l'interprétation et à l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Convention—Projet de mémoire de frais comprenant une somme n'excédant pas 35 000 \$ pour la préparation du procès et 15 000 \$ pour la comparution au procès—La préparation du

PRATIQUE—Suite

procès comprenait la recherche concernant les industries en cause, le sens des termes employés dans l'industrie, les aspects de la loi et de la Convention, l'interrogatoire et la rencontre de témoins réels et éventuels, la préparation de l'interrogatoire préalable et le traitement subséquent de la preuve y afférente, la préparation du dossier conjoint de documents et du recueil des arrêts—Les circonstances justifient qu'on reconnaisse que l'importance du travail accompli par les avocats de la demanderesse avant le procès a eu pour effet de limiter la portée des questions qui ont finalement été instruites relativement aux nouvelles cotisations initiales—Les débours raisonnables qui ont été effectués comprenaient les frais d'appels interurbains et tous les frais raisonnables que l'avocat principal a engagés pour se rendre en Californie—Les frais engagés par le second membre de l'équipe d'avocats de la demanderesse ne peuvent pas être recouverts—La demanderesse s'est opposée au recouvrement des frais de deux avocats principaux pour le motif que l'affaire n'était pas si complexe—Elle a soutenu que l'affaire ne justifiait pas des directives spéciales à l'officier taxateur au sujet des honoraires—Elle a laissé entendre que ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour doit accorder des sommes supplémentaires: *TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 449 (C.A.F.)—Dans les affaires où la Cour avait accordé des frais supplémentaires, le procès avait duré plus longtemps et les questions étaient plus complexes—En l'espèce, les questions en litige ne sont pas aussi complexes que dans l'affaire *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotec Inc.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 376 (C.F. 1^{re} inst.), mais les questions de droit concernant l'interprétation et l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Convention Canada-États-Unis sont nouvelles, et le jugement de première instance a été porté en appel—Bien que l'affaire ne soit pas complexe, les avocats des deux parties ont réussi à limiter la portée des questions soulevées au procès, et à traiter efficacement les témoins, la preuve, l'argumentation, par suite du travail préparatoire qu'ils avaient accompli, ce qui a eu pour effet d'abrèger la durée du procès—Directive à l'officier taxateur autorisant l'augmentation de la somme prévue pour les services fournis par les avocats (1) en vue de la préparation du procès, jusqu'à concurrence de la somme de 5 000 \$ selon ce que l'officier taxateur juge raisonnable, puisque l'affaire justifiait la participation d'au moins un avocat principal et d'un avocat en second; (2) dans la conduite du procès jusqu'à concurrence de 600 \$ par demi-journée pour un avocat principal et de 300 \$ par demi-journée pour un avocat en second (ou 9 000 \$ pour la conduite du procès)—Ces augmentations ne visent pas à indemniser la demanderesse des frais qu'elle a engagés pour retenir les services d'avocats en l'espèce, même si elle a jusqu'ici eu gain de cause, étant donné que telle n'est pas la fonction des dépens entre parties—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2).

MCA TELEVISION LTD. c. CANADA (T-2607-87, T-2608-87, T-2609-87, T-2610-87, juge MacKay, ordonnance en date du 31-10-94, 9 p.)

Demande de réparation pour contrefaçon présumée en raison de la commercialisation d'un sac à dos pour porter des enfants—La question en litige est le montant de la garantie pour les dépens prévue par la Règle 446—Le droit d'obtenir une garantie pour les dépens ne fait aucun doute car la défenderesse est une société américaine—L'importance des frais de déplace-

PRATIQUE—Suite

ment est attribuable au fait que des témoins viennent de l'Orient, que le procès aura lieu à Toronto et que certains interrogatoires au préalable auront lieu à Vancouver—Pour déterminer le montant, il faut tenir compte des éléments suivants: (1) optimisme dans la rédaction du projet de mémoire de frais; (2) possibilité d'une réduction des frais à la taxation; (3) possibilité que la cause ne soit pas contestée jusqu'au bout; (4) principe voulant que la garantie pour les dépens ne soit pas abusive au point d'empêcher l'exercice d'un recours légitime en droit; (5) possibilité de présenter une autre requête si la garantie pour les dépens est insuffisante—En l'espèce, la possibilité d'un règlement après l'enquête préalable ne peut être écartée—La garantie pour les dépens est fixée à 22 500 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 446 (mod. par DORS/90-846, art. 14).

TOUGH TRAVELLER INC. C. TAYMOR INDUSTRIES LTD.
(T-2227-94, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 12-12-94, 6 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Demande d'annulation d'une ordonnance sur consentement prorogeant la suspension du jugement initial ([1994] 1 C.F. 394) ou pour annuler l'ordonnance suspendant l'effet du jugement initial—Le jugement initial a déclaré que l'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens violait la Charte et suspendait l'effet de la déclaration jusqu'à une date précise—Avec le consentement apparent de l'avocat des demandeurs, la suspension a été prorogée à une date indéterminée jusqu'à l'issue des appels et appels incidents—Les requérants (demandeurs) prétendent que leur avocat d'alors n'était pas autorisé à consentir à ce changement—La Cour refuse de se prononcer sur la question du consentement—Le consentement exprimé par leur avocat lie les demandeurs, quelle que soit l'issue de la question du consentement: *Schever v. Paletta*, [1966] 2 O.R. 524 (C.A.); *Propp v. Fleming* (1968), 67 D.L.R. (2d) 630 (C.A.C.-B.); *Bandag Inc. v. Vulcan Equipment Co. Ltd.*, [1977] 2 C.F. 397 (1^{re} inst.); *Revelstoke Cos. v. Moose Jaw (City)*, [1984] 1 W.W.R. 52 (B.R. Sask.); *Shurb v. Brandon (City)*, [1989] 2 W.W.R. 278 (B.R. Man.); *Alken Basin Drilling Ltd. v. Fraser*, [1994] A.J. No. 710 (B.R.) (QL)—Les demandeurs invoquent la Règle 341A et prétendent en outre que les défendeurs ne procèdent pas de façon aussi expéditive que possible—L'arrêt *Schachter c. La Reine*, [1992] 2 R.C.S. 679 exige qu'une date précise soit fixée pour expiration de la suspension de l'effet du jugement déclaratoire—Pour concilier l'arrêt *Schachter* et la Règle 341A, la Cour fixe une date précise à laquelle les défendeurs, s'ils n'ont pas encore déposé leur exposé des faits et du droit et obtenu une date pour l'audition de l'appel, seront considérés comme ne procédant pas de façon aussi expéditive que possible—La Cour dit qu'elle serait favorable à l'idée d'une demande de prohibition pour empêcher le conseil de bande de régler les questions en litige en l'espèce jusqu'à la conclusion de l'appel—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 341A (éditée par DORS/79-57, art. 8).

CORBIERE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) RENVOI: BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA

PRATIQUE—Suite

(MEMBRES NON-RÉSIDENTS) C. BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA (T-3038-90, juge Muldoon, ordonnance en date du 25-11-94, 7 p.)

Jugement par défaut

Requête en annulation d'un jugement par défaut, conformément à la Règle 439(3), ainsi qu'en radiation de la déclaration, conformément à la Règle 419, pour le motif que la Cour n'a pas compétence à l'égard du défendeur et n'a pas compétence pour accorder des dommages-intérêts—L'achat d'une terre située dans une réserve indienne par le demandeur n'a pas été enregistré de la façon appropriée dans le registre des terres de réserve du ministère des Affaires indiennes (le ministre)—Le fils du cédant a essayé en vain de racheter la terre au demandeur—Le document qui était réputé transférer la possession de la terre au conseil de la bande a été signé à l'insu du demandeur—Le ministre a approuvé la demande du conseil de la bande d'autoriser l'usage de la terre aux fins d'une école—Le conseil de la bande n'a pas tenu compte de la demande d'indemnisation présentée par le demandeur—Le demandeur a d'abord intenté, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une action dans laquelle il désignait les membres du conseil de la bande en leur qualité individuelle; par la suite, il a intenté devant la Cour fédérale une action fondée sur une question de compétence—L'huissier s'est vu refuser la permission d'entrer dans la réserve afin de signifier aux défendeurs la déclaration dans la présente action—Une ordonnance en vue d'une signification substitutive a été obtenue et un jugement par défaut a été rendu contre les défendeurs—Afin de faire annuler un jugement par défaut, il faut expliquer d'une façon raisonnable pourquoi aucune défense n'a été déposée dans l'action, et démontrer qu'il existe de bons moyens de défense au fond—Motifs invoqués par le défendeur pour justifier l'omission de se défendre dans l'action: (1) on n'était pas au courant de l'existence d'une poursuite judiciaire; (2) on croyait comprendre que quelqu'un d'autre s'en occupait; (3) l'affaire ne relevait que du ministre; (4) la demande n'était pas fondée; (5) il n'y avait pas de fonds disponibles pour se défendre contre la poursuite judiciaire; et (5) l'action avait été intentée contre des personnes seulement, et non contre le conseil de la bande—Conclusion défavorable, les défendeurs n'ayant pas raisonnablement expliqué pourquoi aucune défense n'avait été présentée dans l'action et pourquoi les moyens de défense invoqués sont fondés—La Cour n'a pas compétence pour accorder des dommages-intérêts contre les défendeurs individuels en leur qualité personnelle—Les circonstances restreintes dans lesquelles le conseil de la bande est considéré comme un agent de la Couronne ne s'appliquent pas en l'espèce, de sorte que la Cour ne peut pas accorder des dommages-intérêts contre le conseil de la bande—Modification du jugement par défaut de façon à supprimer l'octroi de dommages-intérêts—L'action qui a été intentée contre le conseil de bande défendeur et contre les divers membres du conseil relève à juste titre de la compétence de la Cour—Le demandeur aurait pu se prévaloir de redressements additionnels s'il avait décidé de poursuivre la Couronne, étant donné que des dommages-intérêts peuvent être accordés contre la Couronne—Les arguments du défendeur qui, s'ils avaient été invoqués dans le contexte d'une action contestée de la façon appropriée, auraient pu amener le demandeur à modifier ses

PRATIQUE—Fin

plaidoiries de façon à obtenir la réparation demandée n'entraînent pas la radiation du jugement par défaut parce qu'ils ne se rapportent pas au défaut de compétence—Conclusion défavorable relativement au défaut de compétence—La participation du ministre à l'instance est appropriée uniquement lorsque sa compétence est en jeu—Les vices de procédure ne justifient pas l'annulation du jugement par défaut—La déclaration du demandeur est maintenue avec permission de la modifier de façon à réparer les vices de procédure et à solliciter d'autres réparations appropriées—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 439(3).

COOPER v. BANDE INDIENNE TSARLIP (T-2639-90, juge Reed, ordonnance en date du 14-11-94, 11 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail a rejeté la demande d'accréditation relative à un groupe de contremaîtres qui travaillent pour l'intimée Prince Rupert Grain Ltd.—Demande accueillie—Le juge Stone, J.C.A.: Le Conseil s'est dit d'avis qu'il convenait de trouver un équilibre entre deux objectifs fixés par le Code canadien du travail, à savoir le droit des employés à la négociation collective, d'une part, et la création d'une unité propre à favoriser la paix et la stabilité industrielles, d'autre part—La stabilité industrielle doit peser plus lourd dans la balance que le droit des employés à la négociation collective—Le Conseil a examiné deux facteurs en se concentrant sur l'objectif de la stabilité industrielle, à savoir la pratique et l'histoire du régime existant de négociation collective et, en second lieu, la pratique et l'histoire de la négociation collective dans le secteur d'activité—Le Conseil a jugé que l'unité proposée par le requérant n'était pas l'unité habile à négocier collectivement, étant donné que la seule unité habile à négocier collectivement serait celle qui grouperait des employés de chacun des membres de l'Association—Le Conseil a-t-il agi sans compétence ou outrepassé celle-ci en rendant la décision contestée en vertu de l'art. 33 du Code?—La déci-

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

sion du Conseil est-elle manifestement déraisonnable?—Si le Conseil n'a pas outrepassé sa compétence, il n'y a pas lieu de modifier sa décision—La décision n'est pas manifestement déraisonnable—Le concept de l'analyse pragmatique et fonctionnelle oblige le tribunal à faire preuve d'une certaine souplesse—Cette analyse s'applique aux questions de compétence—Le Conseil n'a pas agi dans les limites de sa compétence—Le Code ne permet pas au Conseil de déterminer que l'unité habile à négocier collectivement doit grouper des employés de tous les membres de l'Association—La Cour est liée par l'arrêt *Grain Workers Union, Local 333 c. British Columbia Elevator Operators' Association et Prince Rupert Grain Ltd.*, (1989), 101 N.R. 105 de la Cour d'appel fédérale—Le Conseil ne peut imposer une unité multipatronale en vertu de l'art. 33 du Code que si le syndicat concerné y consent—Le Conseil a outrepassé les limites de sa compétence parce que le requérant n'a pas invoqué l'art. 33—Il n'a pas consenti à la détermination de l'unité habile à négocier collectivement faite par le Conseil en vertu de l'art. 33—Le tribunal qui siège en révision ne peut faire fi d'une restriction imposée expressément par la loi à la compétence du Conseil—Le Conseil n'avait pas compétence pour décider que l'unité habile à négocier collectivement doit grouper des employés de tous les membres de l'Association, y compris des employés de Prince Rupert Grain—Le juge Marceau, J.C.A.: Le Conseil canadien des relations du travail est un tribunal spécialisé qui possède une grande expertise dans le domaine des relations du travail—Il doit respecter les limites fixées par sa loi habilitante—La possibilité prévue par l'art. 33 de regrouper des employeurs dans la négociation collective est exceptionnelle, et elle doit être demandée par le syndicat—La structure de négociation avec employeurs multiples créée par l'art. 33 est purement volontaire—Elle ne constitue pas une solution de rechange si le syndicat ne la demande pas—Il n'appartient pas à la Cour de modifier la loi—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), c. L-2, art. 33.

INTERNATIONAL LONGSHOREMEN'S AND WAREHOUSEMEN'S UNION, SHOP AND DOCK FOREMEN, LOCAL 514 c. PRINCE RUPERT GRAIN LTD. (A-133-94, juges Marceau et Stone, J.C.A., jugement en date du 30-9-94, 17 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:

**Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9**

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

**Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9**