



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 1, Part 2

2005, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2005] 1 F.C.R., 269-483

Renvoi [2005] 1 R.C.F., 269-483

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editors

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2005.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 992-2899.

ARRÊTISTES

Arrêtiſte principal

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

Arrêtiſtes

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiſte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le *Recueil* est préparé pour publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, dont le commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne: abstraſts et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 992-2899.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests	D-15
Appeals Noted	I
Beatty v. Canada (Attorney General) (F.C.)	327

Administrative Law—Judicial Review—*Mandamus*—Applicant, family historian, seeking order compelling Chief Statistician to transfer care and control of nominal returns and schedules for 1911 Census of Canada to National Archivist—Also seeking order permitting, directing National Archivist to make information available to public for research purposes—National Archivist requesting, Chief Statistician refusing, Statistics Canada transfer 1906, 1911 census records to National Archives of Canada—Official such as Chief Statistician under no obligation to reach agreement (i.e. regarding transfer of records) where such agreement not respecting official's statutory functions—Legitimate concern transfer could compromise efficacy of future censures—Application dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Declarations—Applicant, family historian, seeking declarations (1) National Archivist having care and control of 1911 Census of Canada

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêtiiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à: Les Éditions et Services de dépôt, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-19
Appels notés	I
Beatty c. Canada (Procureur général) (C.F.)	327

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Mandamus*—La demanderesse, qui s'intéressait à l'histoire familiale, sollicitait une ordonnance enjoignant au statisticien en chef de transférer à l'archiviste national la garde et le contrôle des résultats nominatifs et tableaux relatifs au Recensement du Canada de 1911—Elle sollicitait également une ordonnance permettant à l'archiviste national de mettre ces renseignements à la disposition du public pour les travaux de recherche ou enjoignant à l'archiviste national de le faire—L'archiviste national avait demandé à Statistique Canada de transférer les documents relatifs aux recensements de 1906 et de 1911 aux Archives nationales du Canada, mais le statisticien en chef avait refusé cette demande—Un fonctionnaire tel que le statisticien en chef n'est pas tenu d'arriver à une entente (à savoir une entente concernant le transfert de documents) lorsqu'une telle entente ne respecte pas le mandat qui lui est conféré par la loi—Il existait une préoccupation légitime que le transfert puisse compromettre l'efficacité des recensements futurs—Demande rejetée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Jugements déclaratoires—La demanderesse, qui s'intéressait à l'histoire familiale, sollicitait des jugements déclaratoires portant 1) que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

records; (2) Chief Statistician having legal obligation to transfer care and control of records to National Archivist; (3) National Archivist having power to disclose records to members of public for research purposes—National Archives of Canada Act, s. 6 providing for transfer to Archivist of care and control of records of government institutions of historic or archival importance—Act also contemplating some public records of national significance, such as census records, not within care and control of National Archives of Canada—Because tension between protection of privacy, access to information held by Government, policy question, and because resolution of issues arising out of that tension intended to be left to Governor in Council and eventually Parliament, Court declining to intervene—Care and control of records resting with Chief Statistician— National Archivist requesting, Chief Statistician refusing, Statistics Canada transfer 1906, 1911 census records to National Archives of Canada—Official such as Chief Statistician under no obligation to reach agreement (i.e. regarding transfer of records) where such agreement not respecting official's statutory functions—Application dismissed.

Blank v. Canada (Minister of Justice) (F.C.A.) . . . 403

Practice—Privilege—Whether, under Access to Information Act, litigation privilege expires when litigation concludes—Appellant sought release of records of his prosecution for use in civil action claiming damages for abuse of prosecutorial powers—Scope of solicitor-client privilege at common law—“Lawyer’s work product” referred to as litigation privilege—Appellant’s argument: litigation privilege is of limited duration, governed by different rules than is legal advice privilege—Solicitor-client privilege evolved from evidentiary rule to substantive right—To be as close to absolute as possible: S.C.C.—Need not balance public interest in disclosure with administration of justice—S.C.C. not having ruled whether this extends to litigation privilege—Canadian criticism of American distinction between solicitor-client privilege, “lawyer’s work product”—Policy justification for litigation privilege—Preserves counsel privacy zone at time of move to full discovery—Law of privilege must meet current community priorities, not be bound by historical precedents—Whether s. 23 discretionary exemption incompatible with litigation privilege automatically ceasing upon end of litigation—Policy consideration: fact Federal government not ordinary litigant—Problems for government if litigants gaining

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’archiviste national a la garde et le contrôle des documents relatifs au Recensement du Canada de 1911; 2) que le statisticien en chef est légalement tenu de transférer la garde et le contrôle de ces documents à l’archiviste national; 3) que l’archiviste national est autorisé à communiquer ces documents aux membres du public pour les travaux de recherche—L’art. 6 de la Loi sur les Archives nationales du Canada prévoit le transfert à l’archiviste de la garde et du contrôle des documents des institutions fédérales qui ont une importance historique ou archivistique—La Loi prévoit également que les documents publics d’importance nationale, comme les documents relatifs aux recensements, ne sont pas sous la garde et le contrôle des Archives nationales du Canada—Étant donné que le conflit qui existe entre la protection des renseignements personnels et l’accès à l’information relevant de l’administration fédérale est une question de politique et, puisque la résolution des points litigieux découlant de ce conflit est réservée au gouverneur en conseil et, en fin de compte, au législateur, la Cour a refusé d’intervenir—La garde et le contrôle des documents relève du statisticien en chef—L’archiviste national avait demandé à Statistique Canada de transférer les documents relatifs aux recensements de 1906 et de 1911 aux Archives nationales du Canada, mais le statisticien en chef avait refusé cette demande—Un fonctionnaire tel que le statisticien en chef n’est pas tenu d’arriver à une entente (à savoir une entente concernant le transfert de documents) lorsqu’une telle entente ne respecte pas le mandat qui lui est conféré par la loi—Demande rejetée.

Blank c. Canada (Ministre de la Justice) (C.A.F.) . 403

Pratique—Communications privilégiées—Il s’agissait de savoir si, en vertu de la Loi de l’accès à l’information, le privilège des communications liées à une instance expire lorsque le litige prend fin—L’appellant demandait la communication de documents relatifs aux poursuites intentées contre lui dans le but de les utiliser dans une action civile en dommages-intérêts pour abus de pouvoir en matière de poursuite—Portée du secret professionnel de l’avocat en common law—Le privilège relatif aux «préparatifs de l’avocat» est appelé privilège des communications liées à une instance—L’appellant prétend que le privilège des communications liées à une instance est un privilège distinct, de durée limitée, qui est régi par des règles qui sont foncièrement différentes de celles qui s’appliquent au privilège de la consultation juridique—Le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée en règle de fond—Il doit être aussi absolu que possible: C.S.C.—Il n’est pas nécessaire de tenir compte de l’intérêt public et en matière de communication des renseignements et en matière d’administration régulière de la justice—La C.S.C. ne s’est pas encore prononcée sur la question de l’application du principe au privilège des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

insight into general strategic, tactical approach to litigation—Problems resulting from release of Crown brief information in criminal matters—Ontario C.A., Divisional Court decisions in “*Big Canoe*”, differences between relevant provisions of comparable Federal, Ontario legislation, explained—Unique role of Crown prosecutors who lack “clients” in traditional sense.

Access to Information—Appeal, cross-appeal from decision of Motions Judge on s. 41 review application—Whether Judge had jurisdiction under s. 46 to order production of documents not in evidence at review—Whether litigation privilege expires when litigation ends so that records must be released—Appellant seeking records of his prosecution in civil action claiming damages for abuse of prosecutorial powers—Question of severance under s. 25 referred back to Federal Court—S. 23 incorporates common law of solicitor-client privilege—Solicitor-client privilege in s. 23 includes litigation privilege—S. 23 does not create privilege but gives government institution heads protection afforded by it—Why word “may” used in s. 23 explained—Whether s. 23 rules out time limit on protection by affording discretionary exemption—Federal government not ordinary litigant, suffering great harm if numerous litigants could gain insight into its general strategic, tactical approach—Necessity for prudent approach to release of Crown brief information in criminal matters—Fear criminals learning police, prosecution tactics—On record, Court unable to determine whether discretion to refuse disclosure properly exercised—Could not determine whether mandatory requirements of s. 25 severance provision complied with—S. 13(1)(c) exemption properly claimed as Winnipeg Police refused consent to release information it provided—S. 21 exemption, intended to promote flow of inter-departmental communications, correctly applied—Under s. 46, Court lacking power to order reconstitution of records where no evidence records’ integrity violated—S. 23 recognizes right conferred by law of privilege, no right to recognize once

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

communications liées à l’instance—Les auteurs canadiens ont critiqué la distinction faite aux États-Unis entre le secret professionnel de l’avocat et «la documentation créée en vue d’une instance»—Il est justifié, sur le plan de la politique, d’appliquer le privilège des communications liées à une instance—Ce privilège accorde une zone de confidentialité à l’avocat au moment de la communication de l’ensemble de la preuve—Le droit, en matière de privilège, doit tenir compte des priorités actuelles de la collectivité qui ne sont pas rattachées aux principes du passé—L’exemption discrétionnaire visée à l’art. 23 de la Loi est-elle incompatible avec l’extinction automatique du secret professionnel à la fin d’un litige?—Question de politique: le gouvernement fédéral n’est pas une partie ordinaire—Le gouvernement aurait des difficultés si les parties avaient accès à ses tactiques et stratégies générales en matière de litige—Des problèmes résulteraient de la communication du mémoire de la Couronne en matières pénales—Décisions de la Cour divisionnaire et de la Cour d’appel de l’Ontario dans «*Big Canoe*», explication des différences entre les dispositions pertinentes des lois fédérales et ontariennes comparables—Rôle particulier des procureurs de la Couronne qui n’ont pas de «clients» au sens traditionnel du terme.

Accès à l’information—Appel et appel incident d’une décision du juge des requêtes relative à une demande de révision en vertu de l’art. 41—La question était de savoir si le juge avait compétence, en vertu de l’art. 46, pour ordonner la communication de documents qui n’avaient pas été déposés en preuve—La question était de savoir si le privilège prend fin lorsque le litige s’éteint de manière à ce que les dossiers doivent être communiqués—L’appelant demande les dossiers de sa poursuite dans une action civile en dommages-intérêts pour abus de pouvoir en matière de poursuite—Question de la divisibilité en vertu de l’art. 25 renvoyée devant la Cour fédérale—L’art. 23 incorpore le secret professionnel de l’avocat en common law—Le secret professionnel visé à l’art. 23 englobe le privilège des communications liées à l’instance—L’art. 23 ne crée pas le privilège, mais il confère aux responsables des institutions fédérales la protection contre la communication qu’offre le privilège—Explication du terme «peut» à l’art. 23—Il s’agissait de savoir si l’art. 23 exclut la durée limitée de la protection contre la communication au moyen d’une exemption discrétionnaire—Le gouvernement fédéral n’est pas une partie ordinaire; il subirait un préjudice grave si un nombre important de parties adverses avaient accès à son approche stratégique et tactique—Il faut être très prudent pour ce qui touche la communication des renseignements contenus dans le mémoire de la Couronne en matières pénales— Crainte que les criminels connaissent les tactiques de la police et de la poursuite—Compte tenu du dossier, la Cour n’est pas en mesure de décider si le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication a été régulièrement exercé—La Cour

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

privilege lost—Documents at issue lost privileged status when prosecution concluded—*Ontario (Attorney General v. Ontario Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)*, in which Ontario C.A. held otherwise, distinguished as wording of Ontario statute different from that of Act—For s. 23 purposes, if privilege lost, must resort to some other approach (broad definition of litigation) to justify disclosure refusal.

Brooks Aviation, Inc. v. Boeing SB-17G (F.C.) . . . 352

Maritime Law—Salvage—*In rem* action against wrecked, abandoned aircraft, apparel and cargo (*res*)—Definition of “wreck” in Canada Shipping Act, s. 2(d) including wrecked aircraft—Under traditional maritime law, valid salvage claim giving rise to right *in rem* against saved *res*—*Res* must be in peril at time salvage efforts made by volunteer—Plaintiff having no obligation to seek recovery of *res*—*Res* in peril—Plaintiff not in possession of *res* at present stage, not having valid salvage claim until recovery—Not salvor with maritime lien, statutory lien under Act—Plaintiff’s actions not continuing at site of wreck—Plaintiff having no greater claim to possession than Province, third party, but interests as first finder may be sufficient to permit recovery of *res*.

Federal Court Jurisdiction—Wrecked aircraft (*res*) found by plaintiff at bottom of lake in Labrador—Plaintiff bringing action against *res*, owners, others interested in *res*—Latter declared arrested—Whether matter within jurisdiction of Court—Court having maritime jurisdiction under Federal Courts Act, s. 22 in relation to navigation, shipping over all claims under Canadian maritime law, including claim for salvage of life, cargo, equipment, other property of aircraft as if aircraft ship—Jurisdiction conferred by s. 22 may be exercised *in rem* against ship, aircraft, other property subject of action—Responsibility, rights of salvor not adversely

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ne peut savoir si les exigences obligatoires de l’art. 25 ont été respectées—L’exemption de l’art. 13(1)c) a été régulièrement revendiquée puisque la police de Winnipeg a refusé de communiquer les renseignements qu’elle avait fournis—L’exemption en vertu de l’art. 21 qui a pour objet de favoriser les communications entre les ministères a été correctement appliquée—En vertu de l’art. 46, la Cour n’a pas le pouvoir d’ordonner la reconstitution de documents lorsqu’il n’y a aucune preuve que l’intégrité des documents a été altérée—L’art. 23 reconnaît le droit que confère le privilège, mais lorsque le privilège s’est éteint, il n’y a plus de droit—Les documents en cause n’étaient plus protégés à la fin du litige—*Ontario (Attorney General) c. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)*, jugement dans lequel la Cour d’appel de l’Ontario a rendu une décision contraire qui se distingue de la présente affaire puisque les termes de la loi ontarienne sont différents des termes de la loi fédérale—Pour les fins de l’art. 23, si le privilège est perdu, il faut trouver une autre approche (définition large du litige) pour justifier le refus de communiquer les documents.

Brooks Aviation, Inc. c. Boeing SB-17G (C.F.) . . . 352

Droit maritime—Sauvetage—Action réelle engagée contre une épave abandonnée d’un aéronef, son matériel et sa cargaison (l’épave)—La définition du mot «épaves» à l’art. 2d) de la Loi sur la marine marchande du Canada comprend les aéronefs naufragés—Selon le droit maritime traditionnel, une créance valide pour services de sauvetage donne naissance à un droit réel sur l’épave recouvrée—L’épave doit être en péril au moment où le sauvetage est effectué par un volontaire—La demanderesse n’avait aucune obligation de récupérer l’épave—L’épave était en péril—La demanderesse n’a pas à ce stade la possession de l’épave et elle n’aura aucune créance valide pour services de sauvetage jusqu’au recouvrement—Elle n’est pas un sauveteur titulaire d’un privilège maritime ou d’un privilège légal—La demanderesse n’a pas effectué des opérations continues à l’emplacement de l’épave—La demanderesse ne peut pas davantage revendiquer la possession de l’épave que ne le peut la province ou un tiers, mais ses droits de premier découvreur pourraient être suffisants pour l’autoriser à récupérer l’épave.

Compétence de la Cour fédérale—L’aéronef naufragé (l’épave) a été découvert par la demanderesse au fond d’un lac au Labrador—La demanderesse a engagé une action contre l’épave, les propriétaires et les autres personnes ayant un droit sur l’épave—Cette dernière a été déclarée saisie—La question était de savoir si l’affaire relève de la compétence de la Cour—La Cour exerce une compétence maritime, en vertu de l’art. 22 de la Loi sur les Cours fédérales, en matière de navigation et de marine marchande, dans les cas où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien, notamment des demandes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

affected by Canada Shipping Act, s. 449 (extending law of salvage to aircraft on or over sea tidal waters, Great Lakes)—Court having jurisdiction under s. 22 over plaintiff's claim as salvor of defendant *res*, to protect *res*, plaintiff's priority rights as finder of wrecked aircraft.

Practice—Summary Judgment—Plaintiff seeking summary judgment in an *in rem* action against wrecked, abandoned aircraft—Case appropriate for summary judgment as material issues matters of law—Issues of fact essential for determination of legal issues determinable on evidence before Court by affidavit—Determination of legal issues on summary judgment serving interest of justice, avoiding further costs involved if trial to proceed.

Canada (Attorney General) v. Carty (F.C.A.) 269

Public Service—Selection Process—Merit Principle—Selection Board not establishing pass marks to assess compensatory subfactors—Unsuccessful candidates appealing to Public Service Commission Appeal Board—Appeal Board maintaining Selection Board's assessment—Federal Court setting aside Appeal Board decision, holding each discrete form of qualification requiring assessment—Merit principle not requiring minimum pass mark when assessing compensatory subfactor where Selection Board evaluating subfactor according to appropriate minimum standard—Appeal allowed.

CanZinco Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (F.C.) 454

Construction of Statutes—Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights Tribunal Act, s. 76(1)—Company intending to shut down mine granted licence but dissatisfied with amount of security demanded to guarantee remediation—Minister approving licence in terms granted, rejecting company's request to review matter—Whether change in wording of provision from that of former statute reflected Parliament's intention to alter Minister's discretion—Proposal, at Committee stage, to clarify wording voted down—Committee apparently accepted Departmental representative's confirmation of provision's meaning—Purposive analysis,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'indemnisation pour le sauvetage des personnes, de la cargaison, de l'équipement ou des autres biens d'un aéronef assimilé en l'occurrence à un navire—La compétence conférée par l'art. 22 peut être exercée en matière réelle dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d'autres biens—La responsabilité et les droits du sauveteur ne sont pas contrariés par l'art. 449 de la Loi sur la marine marchande du Canada (étendant les règles régissant les sauvetages aux aéronefs sur la mer ou les eaux à marée, ou au-dessus, et sur les Grands Lacs)—La Cour a compétence, en application de l'art. 22, concernant la réclamation de la demanderesse en tant que sauveteur de l'épave défenderesse et pour protéger l'épave, ainsi que les droits prioritaires de la demanderesse en tant que découvreur de l'épave.

Pratique—Jugement sommaire—La demanderesse cherchait à obtenir un jugement sommaire dans une action réelle engagée contre l'épave abandonnée d'un aéronef—L'affaire se prête à un jugement sommaire étant donné que les questions de fond à décider sont des points de droit—Les points de fait essentiels pour décider des points de droit peuvent être résolus d'après les preuves qui sont devant la Cour sous forme d'affidavit—Il est dans l'intérêt de la justice que les points de droit soient décidés par jugement sommaire, cela évitant les coûts supplémentaires que nécessiterait un procès.

Canada (Procureur général) c. Carty (C.A.F.) 269

Fonction publique—Procédure de sélection—Principe du mérite—Le jury de sélection n'a pas fixé de note de passage pour l'évaluation des sous-facteurs non obligatoires—Les candidats non retenus ont interjeté appel devant le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique—Le Comité d'appel a maintenu l'évaluation du jury de sélection—La Cour fédérale a annulé la décision du Comité d'appel, statuant que chaque élément de la qualité devait être évalué—Le principe du mérite n'exige pas l'évaluation des sous-facteurs non obligatoires suivant une note de passage lorsque le jury de sélection les évalue en fonction d'une norme minimale appropriée—Appel accueilli.

CanZinco Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (C.F.) 454

Interprétation des lois—Art. 76(1) de la Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut—Société désireuse de fermer une mine à qui un permis a été octroyé, mais insatisfaite du montant de la sûreté exigé pour garantir la remise en état du site—Le ministre a donné son agrément au permis selon les conditions prévues et a rejeté la demande de réexamen de la demanderesse—Il s'agissait de savoir si le libellé de la loi actuelle différant de celui de l'ancienne dénote l'intention du législateur de modifier le pouvoir discrétionnaire du ministre—On a rejeté, à l'étape de l'étude en comité, un amendement proposé pour clarifier le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

articulated by S.C.C. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, not conclusive as good arguments on both sides—History of legislation, general scheme of Act supporting Minister's interpretation—Statutory scheme resulting in nebulous apportionment of powers.

Environment—Close of Nanisivik zinc, lead and silver mine—Nunavut Water Board granting licence but fixing security in amount unacceptable to mine owner—Seeking review by Minister of Indian Affairs and Northern Development—Board rejected mine owner's estimate of reclamation costs—Purpose of statutory security requirement: to prevent, mitigate, remedy adverse effects on persons, property, environment—Necessity for financial responsibility on part of licensee—That Board having jurisdiction to fix amount of security matter of importance to achieving its objects: conservation, utilization of Nunavut waters for optimum benefit of Nunavut residents, other Canadians.

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 281

Access to Information—Appeal from Federal Court Trial Division decision in Access to Information Act, s. 44 application ordering, on basis of Act, ss. 19, 20, Canadian Food Inspection Agency not disclose certain records requested under Act—Whether respondent third party could apply for review of government institution decision to disclose documents other than those set out at Act, s. 20(1)—*Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (F.C.A.) holding that third party capable of raising exemptions other than those found in Act, s. 20(1)—*Siemens* not distinguishable from present case—Decision in *Siemens* not manifestly wrong, should not be overturned on ground reasons not giving sufficient consideration to appellant's argument—Appeal dismissed.

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative v. Canada (Atomic Energy Control Board) (F.C.A.) 372

Environment—Licence issued by Atomic Energy Control Board authorizing operation of "tailings management facility"

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

libellé—Le Comité a semblé donner son aval à la confirmation donnée par le représentant du ministre du sens à attribuer à la disposition concernée—L'analyse de l'objet visé, conformément aux précisions de la C.S.C. dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, n'est pas concluante puisque de bons arguments ont été avancés d'un côté comme de l'autre—L'historique du texte et l'économie générale de la Loi étaient l'interprétation faite par le ministre—Le texte législatif donne lieu à un partage de pouvoirs plutôt nébuleux.

Environnement—Fermeture de la mine de zinc, de plomb et d'argent de Nanisivik—L'Office des eaux du Nunavut a octroyé un permis, mais a fixé pour la sûreté à fournir un montant jugé inacceptable par le propriétaire de la mine—Le propriétaire a demandé un réexamen par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien—L'Office n'a pas retenu l'évaluation faite par le propriétaire des coûts de remise en état—La loi exige qu'une sûreté soit fournie afin d'empêcher, de diminuer ou de réparer tout effet négatif sur les personnes, les biens ou l'environnement—Obligation de solvabilité de la part du titulaire d'un permis—Que l'Office ait compétence pour fixer le montant d'une sûreté importe pour qu'il puisse s'acquitter de sa mission, soit veiller à la conservation et à l'utilisation des eaux du Nunavut de la façon la plus avantageuse possible pour les habitants du Nunavut et les autres Canadiens.

Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 281

Accès à l'information—Appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale relative à une demande faite en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information, ordonnant à l'Agence canadienne d'inspection des aliments de ne pas communiquer, conformément aux art. 19 et 20 de la Loi, certains documents demandés en vertu de celle-ci—L'intimée, un tiers, pouvait-elle demander la révision de la décision de l'institution fédérale de communiquer d'autres documents que ceux visés à l'art. 20(1) de la Loi?—Selon l'arrêt *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (C.A.F.), un tiers peut invoquer d'autres exceptions que celles prévues à l'art. 20(1) de la Loi—Aucune distinction ne peut être faite entre *Siemens* et la présente affaire—L'arrêt *Siemens* n'est pas manifestement erroné et ne devrait pas être infirmé du fait que la Cour n'a pas, dans ses motifs, pris suffisamment en considération les arguments de l'appelant—Appel rejeté.

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative c. Canada (Commission de contrôle de l'énergie atomique) (C.A.F.) 372

Environnement—Licence délivrée par la Commission de contrôle de l'énergie atomique en vue d'autoriser

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

for uranium mine project—Quashed by Federal Court as issuance not preceded by environmental assessment under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 5—Environmental assessment already done under Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order—Project permitted to proceed under Board's staged licensing process—CEAA, s. 74(1) engaged as Panel established for Project pursuant to Guidelines before CEAA came into force—Under s. 74(1), Guidelines “shall continue to apply” in respect of any proposal for which panel established—To interpret s. 74(1) as requiring second environmental assessment under CEAA not consistent with objective of provision as transitional rule—Statutory scheme of CEAA not requiring second review.

Construction of Statutes—Operating licence issued by Atomic Energy Control Board ruled invalid by Federal Court as issuance not preceded by environmental assessment under CEAA, s. 5—Whether F.C. Judge erred in concluding CEAA, s. 74(1) did not relieve Board from requiring environmental assessment under CEAA prior to issuance of licence—Question of statutory interpretation for which standard of review correctness—S. 74(1) stating Guidelines “shall continue to apply” in respect of any proposal for which panel established—No limit placed on continued application—No useful purpose to require another environmental assessment under CEAA—S. 74(1) transitional provision, intended to ensure orderly transition from one legislative scheme to another—Principles underlying transitional law considered—To interpret s. 74(1) as requiring second environmental assessment not consistent with objectives of CEAA.

Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 304

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Exclusion under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) (Convention)—Serious non-political crime—Refugee Protection Division (Board) dismissing appellant's refugee

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'exploitation d'une «installation de gestion des résidus» pour un projet de mine d'uranium—La licence a été déclarée invalide par la Cour fédérale parce que sa délivrance n'avait pas été précédée d'une évaluation environnementale fondée sur l'art. 5 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE)—Une évaluation environnementale avait déjà eu lieu en vertu du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement—La mise à exécution du projet a été autorisée dans le cadre du processus d'octroi de licences de la Commission de contrôle—L'art. 74(1) de la LCEE entré en jeu, parce qu'une commission d'évaluation a été mise sur pied à l'égard du Projet conformément au Décret, avant l'entrée en vigueur de la LCEE—L'art. 74(1) énonce que le Décret «continue de s'appliquer» à l'égard de toute proposition pour laquelle une commission d'évaluation a été mise sur pied—Interpréter l'art. 74(1) comme une disposition exigeant une deuxième évaluation environnementale en vertu de la LCEE n'est pas compatible avec l'objectif cette disposition en tant que règle transitoire—Le régime législatif de la LCEE n'exige pas un second examen.

Interprétation des lois—La licence d'exploitation délivrée par la Commission de contrôle de l'énergie atomique a été déclarée invalide par la Cour fédérale parce que sa délivrance n'avait pas été précédée d'une évaluation environnementale fondée sur l'art. 5 de la LCEE—La question était de savoir si le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'art. 74(1) de la LCEE ne libérait pas la Commission de contrôle de l'obligation d'exiger une évaluation environnementale en application de la LCEE avant de délivrer la licence—Il s'agit d'une question d'interprétation législative à laquelle s'applique la norme de la décision correcte—L'art. 74(1) énonce que le Décret «continue de s'appliquer» à l'égard de toute proposition pour laquelle une commission d'évaluation a été mise sur pied—Aucune restriction n'est prévue quant à cette application—Il ne serait pas utile d'exiger une autre évaluation environnementale en vertu de la LCEE—L'art. 74(1) est une disposition transitoire et vise à assurer la transition en bonne et due forme d'un régime législatif à un autre—Examen des principes qui sous-tendent les dispositions législatives transitoires—Interpréter l'art. 74(1) comme une disposition exigeant une deuxième évaluation environnementale n'est pas compatible avec les objectifs de la LCEE.

Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.) 304

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Exclusion en vertu de l'art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—Crime grave de droit commun—La Section de la protection des réfugiés (Commission) a rejeté la demande d'asile de l'appelante—La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

claim—Board also considering appellant facing risk of torture, concluding but for Convention, Art. 1F(b) exclusion, appellant person in need of protection—Federal Court dismissing judicial review application, rejecting argument risk of torture to be weighed against nature of crime when applying exclusion—International warrant for appellant’s arrest not illegally obtained—Nothing suggesting risk of torture created, increased by disclosure to Chinese authorities of appellant’s refugee claim—Presumption of innocence not applying to issuance of documents initiating criminal proceedings—Board could give weight to warrant—Warrant and appellant’s unexplained wealth, when considered together, having probative value— Board not erring in concluding serious reasons to consider appellant having committed serious crime—Application of exclusion not tantamount to final removal order—Those excluded from refugee protection still eligible to apply to Minister for protection at pre-removal risk assessment stage—Board exceeding mandate when dealing with appellant’s risk of torture upon return—Once exclusion found to apply, appellant limited to applying for protection, matter within Minister’s jurisdiction—*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (S.C.C.) not affecting Board’s application of exclusion—*Suresh* dealing with removal, exclusion in case at bar dealing with denial of refugee protection—Other protection still available—Appeal dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

Commission a également estimé que l’appelante risquait la torture et a expliqué que, si l’appelante ne faisait pas l’objet de l’exclusion prévue à l’art. 1Fb) de la Convention, elle aurait la qualité de personne à protéger—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de cette décision en rejetant l’argument que les risques de torture devaient être soupesés par rapport à la nature du crime pour décider d’appliquer l’exclusion—Le mandat d’arrestation international lancé contre l’appelante n’était pas illégal—Rien ne permet de penser que la divulgation de la demande d’asile de l’appelante aux autorités chinoises a augmenté ses risques d’être torturée—La présomption d’innocence ne s’applique pas à la délivrance des actes introductifs d’une instance criminelle—La Commission pouvait accorder un certain poids au mandat—La combinaison du mandat et de la richesse inexplicée de l’appelante a une valeur probante—La Commission n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il existait de sérieuses raisons de penser que l’appelante avait commis un crime grave—L’application de l’exclusion n’équivaut pas à une décision définitive de renvoi—Ceux à qui la qualité de réfugié est refusée conservent leur droit de revendiquer la protection du ministre à l’étape de l’évaluation des risques avant renvoi—La Commission a outrepassé son mandat en décidant de se prononcer sur les risques de torture auxquels serait exposée l’appelante en cas de retour en Chine—Dès lors que la Commission avait conclu que l’exclusion s’appliquait, le seul recours de l’appelante était de présenter une demande de protection, question qui ressortissait au ministre—L’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (C.S.C.) n’a aucune incidence sur la façon dont la Commission doit appliquer l’exclusion—L’arrêt *Suresh* porte sur le renvoi du Canada d’une personne qui risquait d’être torturée dans son pays d’origine—L’exclusion en l’espèce porte sur le refus d’accorder l’asile—Il est toujours possible de réclamer un autre type de protection—Appel rejeté.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] 4 F.C.R. 327 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-169-04, 2005 FCA 54).

SUPREME COURT OF CANADA

Canada v. Tsiaprailis, [2003] 4 F.C. 112 (C.A.), was affirmed by a decision dated 25/2/05 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co., A-211-04, 2004 FCA 258, Evans J.A., judgment dated 27/10/04 (C.A.), will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 10/3/05.

Canutilities Holdings Ltd. v. Canada, A-438-03, 2004 FCA 234, Rothstein J.A., judgment dated 18/6/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 3/3/05.

Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency), [2004] 4 F.C.R. 276 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted 17/2/05.

Fournier v. Canada (Attorney General), 04-A-39, Noël J.A., judgment dated 27/9/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 24/2/05.

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General), [2005] 1 F.C.R. 281 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted 16/12/04.

Synchronics Ltd. v. Synchronics Inc., A-726-01, Evans J.A., judgment dated 14/7/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 3/3/05.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327 (C.F.), a été confirmée en appel (A-169-04, 2005 CAF 54).

COUR SUPRÊME DU CANADA

Canada c. Tsiaprailis, [2003] 4 C.F. 112 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 25-2-05, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co., A-211-04, 2004 CAF 258, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 27-10-04 (C.A.), sera publié dans les *Recueils des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-3-05.

Canutilities Holdings Ltd. c. Canada, A-438-03, 2004 CAF 234, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 18-6-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-3-05.

Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments), [2004] 4 R.C.F. 276 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 17-2-05.

Fournier c. Canada (Procureur général), 04-A-39, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 27-9-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-2-05.

Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.F. 281 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 16-12-04.

Synchronics Ltd. c. Synchronics Inc., A-726-01, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 14-7-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-3-05.

ISSN 1714-3713 (print/imprimé)
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 1, Part 2

2005, Vol. 1, 2^e fascicule

A-584-03
2004 FCA 300

A-584-03
2004 CAF 300

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appellant*)

v.

c.

Maureen Carty, Susan Marchant, Joseph Dalrymple, Barry McCurdy, Bert Dandy and Angela Lin; David McBean, Neil Willard, Glen Ng and Jennifer Harnum (*Respondents*)

Maureen Carty, Susan Marchant, Joseph Dalrymple, Barry McCurdy, Bert Dandy et Angela Lin; David McBean, Neil Willard, Glen Ng et Jennifer Harnum (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CARTY (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CARTY (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Noël and Evans J.J.A.—Ottawa, August 31 and September 17, 2004.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Noël et Evans, J.C.A.—Ottawa, 31 août et 17 septembre 2004.

Public Service — Selection Process — Merit Principle — Selection Board not establishing pass marks to assess compensatory subfactors — Unsuccessful candidates appealing to Public Service Commission Appeal Board — Appeal Board maintaining Selection Board's assessment — Federal Court setting aside Appeal Board decision, holding each discrete form of qualification requiring assessment — Merit principle not requiring minimum pass mark when assessing compensatory subfactor where Selection Board evaluating subfactor according to appropriate minimum standard — Appeal allowed.

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Le jury de sélection n'a pas fixé de note de passage pour l'évaluation des sous-facteurs non obligatoires — Les candidats non retenus ont interjeté appel devant le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique — Le Comité d'appel a maintenu l'évaluation du jury de sélection — La Cour fédérale a annulé la décision du Comité d'appel, statuant que chaque élément de la qualité devait être évalué — Le principe du mérite n'exige pas l'évaluation des sous-facteurs non obligatoires suivant une note de passage lorsque le jury de sélection les évalue en fonction d'une norme minimale appropriée — Appel accueilli.

This was an appeal from an order of the Federal Court, which set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board maintaining a Selection Board's assessment of candidates for a position within the Immigration and Refugee Board (the employer). Candidates were assessed against three qualifications for appointment advertised by the employer in the Statement of Qualifications, and under each of these qualifications, several subfactors were advertised. Of these subfactors, the employer required that three be considered non-compensatory, meaning that a failure in one or more of these subfactors could not be compensated by high scores in one or more of the others. From that it was inferred that all other subfactors were compensatory. The Selection Board established pass marks for each qualification as well as for the three non-compensatory subfactors. No pass mark was established for the compensatory subfactors. The Selection Board undertook a global assessment of these subfactors under the three respective qualifications and those who met the required percentage for each of these qualifications were considered to meet it. On appeal before the Appeal Board, the

Il s'agissait de l'appel d'une ordonnance de la Cour fédérale annulant la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique qui avait maintenu l'évaluation que le jury de sélection avait faite des candidats à un poste au sein de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (l'employeur). Les candidats étaient évalués en fonction de trois qualités indiquées dans l'énoncé de qualités, qui comportaient chacune plusieurs sous-facteurs. L'employeur exigeait que trois de ces sous-facteurs soient considérés comme obligatoires, c'est-à-dire que des notes élevées obtenues à l'égard d'autres sous-facteurs ne pouvaient compenser un échec. Cette exigence a fait présumer que les autres sous-facteurs n'étaient pas obligatoires. Le jury de sélection a fixé la note de passage pour chaque qualité et pour chacun des sous-facteurs obligatoires, mais non pour les sous-facteurs non obligatoires. Il a plutôt effectué une évaluation globale de ces sous-facteurs pour chaque qualité, et les candidats qui obtenaient le pourcentage nécessaire pour une qualité étaient réputés satisfaire à l'exigence. Les candidats non retenus ont interjeté appel devant le Comité d'appel,

unsuccessful respondents argued that the global approach used by the Selection Board was inconsistent with the merit principle because it allowed the Selection Board to ignore some of the advertised subfactors. This argument was rejected by the Appeal Board but accepted by the Federal Court, which concluded that each discrete form of qualification had to be assessed. The Federal Court was concerned that otherwise it was possible to score 0 on a subfactor and still meet the pass mark. On appeal, the question was whether the Federal Court erred in finding that the merit principle required the Selection Board to establish a pass mark for each subfactor.

Held, the appeal should be allowed.

A public service employer defines an advertised position and determines the qualifications that this position may require. As such, the employer can identify subfactors that can be compensated by others. Where an employer identifies a qualification by reference to subfactors which it effectively designates as compensatory, and a Selection Board evaluates this qualification according to an appropriate minimum standard as it did here, the merit principle cannot be said to have been breached only because a minimum pass mark was not assessed for each subfactor. The best candidate has to be the one who achieves in the aggregate the highest mark for the qualification, regardless of that candidate's score in any of the individual subfactors. The decisions on which the Federal Court based its decision were distinguished. In this case, the Selection Board had not failed to assess either an advertised qualification set out by the employer, or mandatory subfactors.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I.
Privacy Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10(1), 12(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Nelson v. Canada (Attorney General) (2001), 204 F.T.R. 287 (F.C.T.D.); *Boucher v. Canada (Attorney General)* (2000), 252 N.R. 186 (F.C.A.); *Laberge v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 F.C. 137; (1987), 84 N.R. 393 (C.A.).

soutenant notamment que l'approche globale suivie par le jury de sélection n'était pas conforme au principe du mérite parce qu'elle lui permettait de ne pas tenir compte de certains des sous-facteurs annoncés. Le comité d'appel a rejeté leur argument, mais la Cour fédérale l'a accepté et elle a conclu qu'il fallait évaluer chaque élément distinct de la qualité. Elle craignait qu'autrement il soit possible qu'un candidat n'obtienne aucun point pour un sous-facteur mais atteigne quand même la note de passage. La Cour d'appel devait déterminer si la Cour fédérale avait commis une erreur en déterminant que le principe du mérite exigeait que le jury de sélection fixe une note de passage pour chaque sous-facteur.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Puisqu'il appartient aux employeurs de la fonction publique de définir les postes qu'ils annoncent et de déterminer les qualités exigibles, ils peuvent établir les sous-facteurs entre lesquels une compensation peut s'opérer. Lorsqu'un employeur décrit une qualité au moyen de sous-facteurs qu'il présente comme non obligatoires et que le jury de sélection évalue cette qualité en fonction d'une norme minimale appropriée, comme il l'a fait ici, on ne peut prétendre que le principe du mérite n'a pas été respecté simplement parce qu'il n'y a pas eu d'évaluation suivant la note de passage pour chaque sous-facteur. Le meilleur candidat doit être celui qui obtient la note globale la plus élevée à l'égard de la qualité, quel que soit le résultat obtenu à l'égard de l'un ou l'autre des sous-facteurs. Des distinctions ont été établies d'avec les affaires sur lesquelles la Cour fédérale avait fondé sa décision. En l'espèce, le jury de sélection n'avait omis d'évaluer ni une qualité annoncée par l'employeur ni les sous-facteurs obligatoires.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I.
Loi sur la protection des renseignements personnels, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, ann. II.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10(1), 12(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS DISTINCTES:

Nelson c. Canada (Procureur général) (2001), 204 F.T.R. 287 (C.F. 1^{re} inst.); *Boucher c. Canada (Procureur général)* (2000), 252 N.R. 186 (C.A.F.); *Laberge c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 C.F. 137; (1987), 84 N.R. 393 (C.A.).

REFERRED TO:

Mercer et al., May 16, 2002, 01-REH-01390 (P.S.C.A.B.); revd by *Mercer v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 1344; [2003] F.C.J. No. 1713 (QL); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.); *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Blashford*, [1991] 2 F.C. 44; (1991), 120 N.R. 223 (C.A.).

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2003), 242 F.T.R. 196) allowing an application for judicial review from a decision of the Public Service Commission Appeal Board (*Carty et al.*, April 10, 2002, 01-IRB-00921) maintaining a Selection Board's assessment of candidates using a global or compensatory approach. Appeal allowed.

APPEARANCES:

J. Sanderson Graham and *Marie A. Crowley* for appellant.
David Yazbeck for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from an order of the Federal Court ((2003), 242 F.T.R. 196), allowing the application for judicial review of a decision of the Public Service Commission Appeal Board (the Appeal Board) dated April 10, 2002 [*Carty et al.*, 01-IRB-00921]. In evaluating the applications of candidates for a position within the Immigration and Refugee Board (the employer or the IRB), a global or "compensatory" approach was used by the Selection Board to assess the qualifications established and advertised by the

DÉCISIONS CITÉES:

Mercer et autre, 16 mai 2002, 01-REH-01390 (C.A.C.F.P.); inf. par *Mercer c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 1344; [2003] A.C.F. n° 1713 (QL); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.); *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Blashford*, [1991] 2 C.F. 44; (1991), 120 N.R. 223 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ((2003), 242 F.T.R. 196) ayant accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (*Carty et autres*, 10 avril 2002, 01-IRB-00921) maintenant l'évaluation de candidats effectuée par un jury de sélection au moyen de la méthode globale ou compensatoire. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

J. Sanderson Graham et *Marie A. Crowley* pour l'appelant.
David Yazbeck pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP, Ottawa, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel formé contre l'ordonnance ((2003), 242 F.T.R. 196) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire visant la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (le Comité d'appel) rendue le 10 avril 2002 [*Carty et autres*, 01-IRB-00921]. Pour l'examen des candidatures soumises relativement à un poste au sein de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (l'employeur ou la CISR), le jury de sélection a évalué

employer for a closed competition.

[2] On appeal from the decision of the Selection Board, the Appeal Board maintained the Selection Board's assessment of the candidates on the basis that the global approach did respect the merit principle in the circumstances of this competition. The Appeal Board's decision was set aside by the Federal Court, and the present appeal ensued.

[3] This appeal was heard together with an appeal from a second decision by the Applications Judge rendered on the same day (*Mercer v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 1344; [2003] F.C.J. No. 1713 (QL)) in which she set aside the decision of another Appeal Board [*Mercer et al.*, May 16, 2002, 01-REH-01390] by adopting the reasons which she gave in the present matter. Because there are some differences in the underlining facts, separate reasons are being issued to dispose of the two appeals. However, since the principal question in both cases is identical, the reasons for the disposition are essentially the same.

Facts

[4] In February 2001, the employer advertised Operations Service Manager positions for its office in Toronto, Ontario. Candidates who met Education and Experience prerequisites set out by the employer were then assessed against the following three qualifications for appointment advertised in the Statement of Qualifications (the Statement): Knowledge, Abilities and Personal Suitability.

[5] Under each of these three qualifications, several elements (which I will refer to as subfactors) were advertised:

Knowledge: Knowledge of the mission, objectives and programs of the IRB

Knowledge of the relevant legislation, regulations, United Nations Convent-

les qualités retenues et annoncées par l'employeur dans le cadre d'un concours interne en appliquant une méthode globale ou méthode «compensatoire».

[2] Le Comité d'appel, siégeant en appel de la décision du jury de sélection, a maintenu l'évaluation des candidats faite par le jury, estimant que l'approche globale respectait le principe du mérite dans le contexte du concours en cause. La Cour fédérale a annulé la décision du Comité d'appel, d'où le présent appel.

[3] La Cour a entendu le présent appel avec celui d'une autre décision rendue à la même date (*Mercer c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 1344; [2003] A.C.F. n° 1713 (QL)) dans laquelle la même juge a annulé la décision d'un autre Comité d'appel [*Mercer et autre*, 16 mai 2002, 01-REH-01390] pour les motifs qu'elle a exposés relativement à la présente espèce. La Cour rend des motifs distincts pour chaque affaire en raison des différences existant entre les faits de chacune, mais comme elles posent toutes deux la même question principale, ces motifs sont essentiellement les mêmes.

Les faits

[4] Au mois de février 2001, l'employeur a annoncé le poste de gestionnaire des services aux opérations pour son bureau de Toronto (Ontario). Les candidats qui satisfaisaient aux exigences en matière d'études et d'expérience fixées par l'employeur étaient évalués en fonction des trois qualités suivantes, énumérées dans l'énoncé de qualités afférent au poste annoncé (l'énoncé): les connaissances, les capacités et compétences et les qualités personnelles.

[5] Chacune des trois qualités figurant dans l'annonce comportait plusieurs éléments (que j'appellerai sous-facteurs):

[TRADUCTION]

Connaissances: Connaissance de la mission, des objectifs et des programmes de la CISR

Connaissance des lois et règlements et des conventions des Nations Unies

	ions, and domestic and international trends related to immigration and refugees		applicables ainsi que des tendances nationales et internationales en matière d'immigration et de réfugiés
	Knowledge of operational policies and procedures related to the Convention Refugee Determination Division program		Connaissance des politiques et procédures opérationnelles liées au programme de la Section du statut de réfugié
	Knowledge of theories and practices in management		Connaissance des théories et des pratiques de gestion
Abilities:	Leadership	Capacités et compétences:	Leadership
	Management of Human and Financial Resources		Gestion des ressources humaines et financières
	Team Building		Promotion du travail d'équipe
	Thinking Skills		Capacité de raisonnement
	Service Orientation		Souci du service à la clientèle
	Communication		Communication
Personal Suitability:	Interpersonal relationships	Qualités personnelles:	Rapports interpersonnels
	Judgement		Jugement
	Initiative		Initiative
	Dependability		Fiabilité
	Flexibility		Souplesse

[6] Also required by the employer, and advertised on the Statement, was the fact that three of the Abilities subfactors (Leadership, Team Building and Communication) were "non-compensatory", meaning that a failure in one or more of these subfactors could not be compensated by high scores in one or more of the others. The Selection Board, the Appeal Board and the Federal Court Judge conducted their analysis on the basis that it was to be inferred from the non-compensatory designation of these three subfactors that all the other subfactors were compensatory, i.e., non-performance in one could be compensated by excellent performance in another.

[6] L'énoncé afférent au poste annoncé faisait également état de l'exigence de l'employeur selon laquelle trois sous-facteurs des capacités et compétences (leadership, promotion du travail d'équipe et communication) étaient obligatoires (*non-compensatory* en anglais), c'est-à-dire que des notes élevées obtenues à l'égard d'autres sous-facteurs ne pouvaient compenser un échec pour ces éléments. Le jury de sélection, le Comité d'appel et la juge de la Cour fédérale ont procédé à leur analyse en présumant de la désignation de ces trois sous-facteurs comme obligatoires que tous les autres sous-facteurs étaient non obligatoires, c'est-à-dire qu'une bonne note à l'égard d'un facteur pouvait compenser une mauvaise note à l'égard d'un autre.

[7] Pass marks were established by the Selection Board for each qualification and for each of the three non-compensatory subfactors (60% or thereabout in all cases). However, no pass mark was established for the compensatory subfactors. Rather, the Selection Board undertook a global assessment of these subfactors under the respective qualifications of “Knowledge”, “Abilities” and “Personal Suitability” and those who met the required percentage for each of these qualifications were considered to meet it.

[8] The respondents Carty, Marchant, Dalrymple, McCurdy, Dandy and Lin failed to meet the pass mark for one or more of the non-compensatory “Abilities” subfactor. As a result, they were not given further consideration in the selection process. The other respondents met the minimum standard for each of the three non-compensatory subfactors and the three qualifications. Accordingly, their names were placed on an eligibility list in order of merit.

[9] The unsuccessful respondents appealed to the Appeal Board arguing amongst other things that the global approach used by the Selection Board was inconsistent with the merit principle because it allowed the Selection Board to ignore some of the advertised subfactors (reliance was placed on *Nelson v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 287 (F.C.T.D.) and *Boucher v. Canada (Attorney General)* (2000), 252 N.R. 186 (F.C.A.) which was referred to in *Nelson*).

[10] The Appeal Board rejected this argument. It said in the course of its reasons:

Turning to the final allegation, I am not persuaded that the Selection Board acted inappropriately in the assessment of the candidates’ qualifications. At the outset of the selection process three qualifications were identified as non-compensatory, that is, candidates had to meet the minimum standard on each of those qualifications in order to be considered qualified for the position. Candidates therefore clearly understood from the outset that failure to obtain the minimum standard on leadership, team-building and communication would result in the Board’s determination that they were not qualified for appointment to the Operations Service Manager position.

In my view, this differentiates the instant situation from that determined in *Nelson and Russell (supra)*. First of all, there is

[7] Le jury de sélection a fixé la note de passage pour chaque qualité et pour chacun des sous-facteurs obligatoires (60 % ou à peu près, dans tous les cas), mais il n’en a pas établi pour les sous-facteurs non obligatoires; il a plutôt effectué une évaluation globale de ces sous-facteurs pour chaque qualité, et les candidats qui obtenaient le pourcentage nécessaire pour une qualité étaient réputés satisfaire à l’exigence.

[8] Les intimés Carty, Marchant, Dalrymple, McCurdy, Dandy et Lin n’ont pas obtenu la note de passage pour l’un ou plusieurs des sous-facteurs obligatoires de la qualité «capacités et compétences». Par conséquent, ils ont été écartés de la suite du processus de sélection. Les autres intimés ont obtenu la note de passage pour chacun des trois sous-facteurs obligatoires et pour les trois qualités, et leur nom a donc été inscrit sur la liste d’admissibilité, suivant l’ordre du mérite.

[9] Les candidats non retenus ont interjeté appel devant le Comité d’appel, soutenant notamment que l’approche globale suivie par le jury de sélection n’était pas conforme au principe du mérite parce qu’elle lui permettait de ne pas tenir compte de certains des sous-facteurs annoncés (ils ont invoqué la décision *Nelson c. Canada (Procureur général)* (2001), 204 F.T.R. 287 (C.F. 1^{re} inst.) et l’arrêt *Boucher c. Canada (Procureur général)* (2000), 252 N.R. 186 (C.A.F.), lequel avait été cité dans *Nelson*).

[10] Le Comité d’appel a rejeté leur argument. Il a exposé ce qui suit dans ses motifs:

Pour ce qui est de la dernière allégation, je ne suis pas convaincue que le jury de sélection a agi de façon inappropriée lorsqu’il a évalué les qualités des candidats et candidates. Au début du processus de sélection, on a déterminé que trois qualités étaient obligatoires, c’est-à-dire que les candidats et candidates devaient satisfaire à la norme minimale pour chacune de ces qualités pour être jugés qualifiés pour le poste. Partant, les candidats et candidates ont compris dès le début que, s’ils ne satisfaisaient pas à la norme minimale relative au leadership, au travail d’équipe et à la communication, le jury établirait qu’ils n’étaient pas qualifiés pour le poste de gestionnaire des services aux opérations.

À mon avis, c’est ce qui distingue la présente situation de celle qu’on a présentée dans l’arrêt *Nelson et Russell* (précité). Tout

no question that the Selection Board has the obligation to assess all of the qualifications listed in the statement of qualifications. That the responsible manager specifically identified those qualifications which were considered mandatory (i.e. non-compensatory) addressed, in my view the concerns raised by the Court in *Nelson and Russell* (*supra*) as leadership, communication and team-building were identified as essential and distinct qualifications from those remaining on the statement of qualification. By identifying specific qualifications which candidates must possess and determining that candidates meet/do not meet the minimum standard for the position on the basis of their success on those three factors establishes the importance of those qualifications for the Operations Services Manager position. It seems logical, therefore, to assume that the remaining qualifications were not considered to be equally as critical to the position as they were not so identified. Consequently, in my opinion, it was appropriate for the Selection Board to assess the individual sub-factors on an aggregate basis under the main qualification headings of knowledge, abilities and personal suitability through the determination of an appropriate minimum standard for each of those three headings. As such the actions taken in the instant selection process can be differentiated from those outlined in the *Nelson and Russell* judgement.

[11] Upon a judicial review application of this decision, the Applications Judge took issue with the correctness of the Board's reasoning. Based on her reading of the case law, she concluded that each discrete form of qualification, whether compensatory or not, had to be assessed in order to be consistent with the merit principle and, as the approach used in this case could result in a compensatory subfactor being ignored, it was inconsistent with the merit principle. She said at paragraph 14 of her reasons:

... it is theoretically possible that a candidate could score 0 in a given qualification and still succeed. Since that qualification was established by the IRB, even though identified as non-compensatory [*sic*], it is the obligation of the Selection Board to evaluate the qualification in some meaningful way. Although, it is certainly up to the Selection Board to give different weights to the different qualifications, it is not open to the Selection Board to ignore any of the qualifications. That was the finding in each of *Boucher, supra* and *Nelson, supra*. In Justice Muldoon's view, each discrete qualification must be evaluated. Inherent in the concept of evaluation is the establishment of some standard of measurement – a "pass mark" – for each qualification.

d'abord, le jury de sélection est tenu d'évaluer toutes les qualités énumérées dans l'énoncé de qualités. Selon moi, le fait que le gestionnaire responsable ait précisé quelles qualités étaient obligatoires vient couper court aux préoccupations soulevées par la Cour dans l'arrêt *Nelson et Russell* (précité), étant donné que le leadership, la communication et le travail d'équipe étaient désignés comme qualités essentielles et distinctes des autres qualités énumérées dans l'énoncé de qualités. En précisant les qualités que les candidats et candidates doivent posséder et en décidant que les candidats et candidates satisfont/ou ne satisfont pas à la norme minimale relative au poste sur la base de leur succès à l'égard de ces trois facteurs, on établit l'importance de ces qualités pour le poste de gestionnaire des services aux opérations. Par conséquent, il semble logique de présumer que les autres qualités n'étaient pas considérées comme étant aussi importantes pour le poste, car elles n'ont pas été identifiées comme telles. En conséquence, je crois que le jury de sélection a agi de façon appropriée en évaluant chacun des sous-facteurs et en regroupant les notes ainsi obtenues dans les principales catégories de qualités des connaissances, capacités et qualités personnelles par l'établissement d'une norme minimale appropriée pour chacune de ces trois catégories. Ainsi, les mesures prises dans le présent processus de sélection peuvent être différentes de celles dont on parle dans l'arrêt *Nelson et Russell*.

[11] La juge saisie de la demande de contrôle judiciaire a jugé incorrect le raisonnement du Comité d'appel. En se fondant sur son interprétation de la jurisprudence, elle a conclu que pour respecter le principe du mérite il fallait évaluer chaque élément distinct de la qualité, obligatoire ou non obligatoire, et que, puisque le processus suivi en l'espèce pouvait faire en sorte qu'un sous-facteur non obligatoire ne soit pas pris en considération, il allait à l'encontre du principe du mérite. Elle s'est exprimée ainsi au paragraphe 14 de ses motifs:

[...] il serait théoriquement possible qu'un candidat n'obtienne aucun point à l'égard d'une qualité donnée et soit quand même retenu. Même si la qualité en question n'était pas qualifiée d'obligatoire, le jury de sélection devait quand même l'évaluer d'une façon convenable, étant donné qu'il s'agissait d'une exigence établie par la CISR. Bien que le jury de sélection dispose indubitablement de la faculté d'accorder une importance différente aux diverses qualités requises, il ne peut faire abstraction d'aucune de ces qualités. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour dans les affaires *Boucher* et *Nelson*, précitées. Selon le juge Muldoon, chacune des qualités doit être évaluée. La notion d'évaluation comporte de façon implicite la nécessité d'établir une norme d'appréciation

[12] At the conclusion of her reasons [at paragraph 16] she made clear that her disagreement with the approach used by the Selection Board was limited to a narrow point:

The assessment carried out by the Selection Board was detailed and conscientiously completed. In my view, the only additional step required to comply with the legal requirements is to establish a threshold for each qualification. It is entirely in the hands of the Selection Board to carry out that step. In my view, a “pass mark” for an individual qualification (other than those that are non-compensatory) may be established, in the total discretion of the Selection Board.

[13] This is the decision now under appeal.

Question in Issue

[14] The question to be answered on appeal is whether the Applications Judge erred in allowing the application for judicial review on the basis that the merit principle required the Selection Board to establish a “pass mark” for each subfactor, even if compensatory, and to assess the candidates against that mark. This is a pure question of law to be assessed against a standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at page 247).

Disposition

[15] Before addressing this issue, it is useful to recall two basic principles which govern hiring in the public service. The first is that appointments must be based on merit as determined by the Public Service Commission (see subsections 10(1) and 12(1) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33). In this context, merit means “that the best persons possible will be found ‘having regard to the nature of service to be performed’” (*Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277 (C.A.), at page 297 *per* Jackett C.J.).

quelconque – une «note de passage» – à l’égard de chaque qualité.

[12] À la fin de ses motifs [au paragraphe 16], elle a indiqué clairement que c’est sur une question très restreinte qu’elle différerait d’avis avec le jury de sélection au sujet du processus suivi par ce dernier:

Le jury de sélection a procédé à une évaluation approfondie et méticuleuse des candidats. À mon avis, la dernière mesure qu’il convient de prendre pour respecter les prescriptions de la loi consiste à déterminer un seuil de passage à l’égard de chacune des qualités. La responsabilité de prendre cette mesure incombe entièrement au jury de sélection. Selon moi, le jury de sélection a toute latitude pour établir une «note de passage» à l’égard d’une qualité particulière (à l’exception des qualités obligatoires).

[13] C’est cette décision qui a été portée en appel.

La question en litige

[14] La Cour d’appel doit trancher la question de savoir si la juge qui a entendu la demande de contrôle judiciaire a commis une erreur en déterminant qu’il convenait d’y faire droit parce que le principe du mérite exigeait que le jury de sélection fixe une «note de passage» pour chaque sous-facteur, même non obligatoire, et qu’il évalue les candidats en fonction de cette note. Il s’agit d’une pure question de droit, à laquelle s’applique la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, à la page 247).

Décision

[15] Il est opportun, avant d’examiner cette question, de rappeler deux principes fondamentaux régissant l’embauche dans la fonction publique. Le premier est que les nominations se font sur la base d’une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission de la fonction publique (voir les paragraphes 10(1) et 12(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33). Dans ce contexte, le mérite veut dire «qu’il faut trouver les personnes les plus aptes à remplir les différents postes [. . .] “compte tenu de la nature des fonctions à accomplir”» (*Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277 (C.A.), à la page 297, juge en chef Jackett).

[16] This leads to the second governing principle which is that the definition of a position and the establishment of the qualifications for that position are the sole responsibility of the employer as it is the best judge of its needs (see for instance *Laberge v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 F.C. 137 (C.A.), at page 142; *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.), at pages 348-350; *Canada (Attorney General) v. Blashford*, [1991] 2 F.C. 44 (C.A.), at pages 48 and 56). This prerogative logically brings with it the right to determine which qualifications are essential and which, while useful or desirable, are not essential (see as to this *Standards for Selection and Assessment* published by the Public Service Commission at page 3, Joint Book of Authorities, Tab A-3).

[17] The Applications Judge was of the view that some threshold had to be met for all forms of qualification, including those that are compensatory. Although it is common ground that each qualification and subfactor was in fact considered by the Selection Board, the Applications Judge was concerned that, in the absence of some minimum threshold being established, it was theoretically possible that a candidate could score 0 on a given subfactor and still meet the pass mark for the relevant qualification (at paragraph 14).

[18] This, according to her [at paragraph 15], could be construed either as an instruction by the employer to the Selection Board "to administer a competition to consider only some of the qualifications for the position" contrary to the principle set out in *Laberge*. Alternatively, the Applications Judge reasoned that this approach allowed the Selection Board to decide on its own that some of the qualifications selected by the employer are optional, contrary to the principle set out in *Nelson*, and *Boucher* (at paragraph 15).

[19] In my respectful view, the three decisions on which the Applications Judge based her conclusion do not have the effect which she attributed to them and do not address the issue which arises in the present appeal.

[20] In *Laberge* this Court held that the failure by a Selection Board to "assess the capacity of candidates to

[16] Ce qui nous amène au deuxième principe, selon lequel la définition d'un poste et la détermination des qualités y afférentes relèvent exclusivement de l'employeur, lequel est le mieux placé pour évaluer ses besoins (voir, par exemple, *Laberge c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 C.F. 137 (C.A.), à la page 142; *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.), aux pages 348 à 350; *Canada (Procureur général) c. Blashford*, [1991] 2 C.F. 44 (C.A.), aux pages 48 et 56). Cette prérogative s'accompagne, logiquement, du droit de déterminer les qualités qui sont essentielles et celles qui, tout en étant utiles ou souhaitables, ne sont pas essentielles (à cet égard, voir le document *Normes de sélection et d'évaluation*, publié par la Commission de la fonction publique, à la page 3, Cahier conjoint, onglet A-3).

[17] La juge de première instance a estimé que les candidats devaient satisfaire à une exigence minimale pour toutes les qualités, y compris les non obligatoires. Bien que personne n'ait contesté que le jury de sélection avait bien examiné chacune des qualités et chacun des sous-facteurs, la juge a craint qu'en l'absence d'une exigence minimale, il soit théoriquement possible qu'un candidat n'obtienne aucun point pour un sous-facteur donné mais atteigne quand même la note de passage pour la qualité visée (au paragraphe 14).

[18] Selon elle [au paragraphe 15], cette façon de faire peut, soit être interprétée comme une instruction donnée par l'employeur au jury de sélection «chargé d'administrer le concours de tenir compte d'une partie seulement des qualités requises pour le poste» contrairement au principe formulé dans l'arrêt *Laberge*, soit comme donnant lieu à la possibilité pour le jury de sélection de décider de son propre chef que des qualités retenues par l'employeur sont optionnelles, contrairement au principe établi dans *Nelson* et dans *Boucher* (au paragraphe 15).

[19] En toute déférence, j'estime que les trois décisions sur lesquelles la juge a fondé ses conclusions n'ont pas l'effet qu'elle leur attribue et ne sont pas pertinentes pour trancher la question soulevée en l'espèce.

[20] Dans l'arrêt *Laberge*, notre Cour a statué que le défaut du jury de sélection d'évaluer «l'aptitude des

perform all the duties of the position to be filled” (page 141) as identified by the employer (page 142) was in breach of the merit principle. One of the identified requirements was that the successful candidate “would have to be” very familiar with the *Access to Information Act* [S.C. 1980-81-83, c. 111, Sch. I] and the *Privacy Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II] (page 139). The Court stated at page 142:

The Department concerned is of course responsible for defining positions and the qualifications they require. Here, the Department did this by describing the position of co-ordinator as including the duty of administering the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* and as requiring a good knowledge of these two Acts. The question to be answered here is whether a Department which has determined the duties attached to a position can, in a competition held to fill that position, require a selection board responsible for administering a competition to consider the abilities of various candidates in terms of only some of the position’s requirements. This question must of course be given a negative answer. Contrary to what the appeal board found, the function of a selection board is not merely to carry out the instructions of the Department concerned. The selection board is only a tool used by the Public Service Commission to carry out the duty imposed on it by section 10 of the *Public Service Employment Act*. The Department does not have the power to alter the obligations imposed on the Commission by section 10 of the Act. Neither the selection board nor the Commission is a menial of the various Departments.

[21] It is easy to see why the failure by a Selection Board to assess a qualification set out by the employer results in a breach of the merit principle as it necessarily follows that the most meritorious candidate may not have been selected. Instructions by the employer to ignore a qualification which it has itself identified as necessary for the position to be filled and which remains in effect at the time of the competition cannot of course change this result. This is the proposition for which *Laberge* stands.

[22] However, where an employer identifies a qualification by reference to subfactors which it effectively designates as “compensatory”, and a Selection Board evaluates this qualification according to an appropriate minimum standard as it did here, I fail to see how the merit principle can be said to have been

candidats à remplir toutes les fonctions du poste . . . [à combler] (à la page 141) définies par l’employeur (à la page 142) contrevient au principe du mérite. L’employeur avait notamment établi comme exigence que le candidat retenu «devrait [. . .] connaître» la *Loi sur l’accès à l’information* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I] et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II] (page 139). La Cour a écrit, à la page 142:

Il appartient, bien sûr, au ministère concerné de définir les postes et les qualifications qu’il exige. Ici, le ministère l’a fait en décrivant le poste de coordonnateur comme comportant la tâche d’administrer la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et comme exigeant une bonne connaissance de ces deux Lois. La question à laquelle il faut répondre ici est celle de savoir si un ministère qui a établi les fonctions rattachées à un poste peut, à l’occasion d’un concours tenu pour remplir ce poste, demander au comité de sélection chargé d’administrer le concours de n’appécier la valeur des divers candidats qu’en regard de certaines des exigences du poste. Cette question doit, bien sûr, recevoir une réponse négative. Contrairement à ce qu’a affirmé le comité d’appel, le rôle du comité de sélection n’est pas seulement d’obéir aux directives du ministère concerné. Le comité de sélection n’est qu’un outil utilisé par la Commission de la Fonction publique pour remplir la tâche que lui impose l’article 10 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*. Le ministère n’a pas le pouvoir de modifier les obligations que l’article 10 de la Loi impose à la Commission. Ni le comité de sélection, ni la Commission ne sont les valets des divers ministères.

[21] Il est facile de comprendre pourquoi le défaut d’un jury de sélection d’évaluer une qualité établie par l’employeur contrevient au principe du mérite, puisqu’il entraîne nécessairement la possibilité que le candidat le plus méritant ne soit pas retenu. L’instruction donnée par l’employeur de ne pas tenir compte d’une qualité qu’il a lui même définie comme nécessaire pour le poste à combler et qui demeure applicable au moment du concours ne peut, il va de soi, changer ce résultat. C’est le principe qui a été formulé dans l’arrêt *Laberge*.

[22] Toutefois, lorsqu’un employeur décrit une qualité au moyen de sous-facteurs qu’il présente comme «non obligatoires» et que le jury de sélection évalue cette qualité en fonction d’une norme minimale appropriée, comme il l’a fait en l’espèce, je ne vois pas comment on peut prétendre que le principe du mérite n’a pas été

breached only because a minimum “threshold” or “pass mark” was not assessed for each subfactor.

[23] Subfactors that are effectively designated as “compensatory” are by definition non-essential. Nevertheless, they remain relevant to the assessment of the candidates’ merit as they are considered by the employer to be equivalent or comparable indicators of the qualification that is sought to be identified. Hence, excellence in one can compensate for deficiencies in another. It cannot be said that the compensatory subfactors did not lend themselves to this designation.

[24] Since it is up to the employer to define the advertised positions and to determine the qualifications which they require, the employer can identify subfactors that can be compensated by others. Hence, I fail to see how adding a “pass mark” or “threshold” requirement for these subfactors can be of assistance in identifying the most meritorious candidate. Indeed, where an employer has made such a designation, the best candidate has to be the one who achieves in the aggregate the highest mark for the qualification, regardless of his or her score in any of the individual subfactors.

[25] The decision rendered by this Court in *Boucher* can also be distinguished when regard is had to the compensatory nature of the subfactors in the present case. In *Boucher*, the Court was confronted with a failure by the Selection Board to assess an advertised qualification (as opposed to a subfactor) which was understood to be mandatory. The Court stated at paragraph 8:

... we conclude that such a failure amounted to an error of law on the part of the Selection Board. In effect, it eliminated Knowledge as a qualification notwithstanding the advertised requirements for the job. As the Court has held on other occasions, a Selection Board cannot change the advertised qualifications by eliminating one or more of them: to do so is unfair to those who might otherwise have applied but failed to do so because they recognized that they did not have all the advertised qualifications. (See *Bambrough v. Public Service Commission [sic]* [1976] 2 F.C. 109; *Attorney General v. Blashford et al.*, [1991] 2 F.C. 44).

respecté simplement parce que le jury n’a pas effectué d’évaluation suivant l’«exigence minimale» ou la «note de passage» pour chaque sous-facteur.

[23] Par définition, les sous-facteurs désignés comme «non obligatoires» ne sont pas essentiels. Ils demeurent pertinents, cependant, pour l’évaluation au mérite des candidats, car ils sont considérés par l’employeur comme des indicateurs équivalents ou comparables de la qualité recherchée. C’est pourquoi, une excellente note à l’égard d’un sous-facteur peut compenser une note faible à l’égard d’un autre. On ne peut dire que les sous-facteurs non obligatoires ne se prêtaient pas à cette désignation.

[24] Puisqu’il appartient à l’employeur de définir le poste qu’il annonce et de déterminer les qualités exigibles, celui-ci peut établir les sous-facteurs entre lesquels une compensation peut s’opérer. Je ne vois donc pas en quoi le fait d’ajouter une «note de passage» ou une «exigence minimale» à ces sous-facteurs peut aider à déterminer quel est le candidat le plus méritant. D’ailleurs, lorsqu’un employeur établit des sous-facteurs, le meilleur candidat doit être celui qui obtient la note globale la plus élevée à l’égard de la qualité, quel que soit le résultat obtenu à l’égard de l’un ou l’autre des sous-facteurs.

[25] La présente affaire peut également se distinguer de l’affaire *Boucher*, décidée par notre Cour, lorsqu’on prend en considération la nature non obligatoire des sous-facteurs en l’espèce. Dans l’affaire *Boucher*, la Cour devait examiner le défaut du jury de sélection d’évaluer une qualité (et non un sous-facteur) considérée comme obligatoire. La Cour a statué, au paragraphe 8:

[...] nous concluons qu’un tel défaut constituait une erreur de droit de la part du comité de sélection. De fait, cela a eu pour effet d’éliminer le facteur des connaissances des qualifications malgré les exigences annoncées pour le poste. Comme la Cour l’a décidé en d’autres occasions, un comité de sélection ne peut changer les qualifications annoncées en éliminant une ou plusieurs d’entre elles: agir de la sorte est inéquitable pour ceux qui autrement, auraient peut-être posé leur candidature mais ne l’ont pas fait parce qu’ils reconnaissaient ne pas posséder toutes les qualifications annoncées. (Voir *Bambrough c. Commission de la fonction publique*, [1976] 2 C.F. 109; *Procureur général c. Blashford et autres*, [1991] 2 C.F. 44.)

[26] In *Nelson* the Trial Division of this Court (as it was then constituted) was confronted with a failure to assess subfactors, but as noted by the Appeal Board in its reasons, the subfactors in question had each been identified by the employer on the statement as being mandatory (*Nelson*, at paragraph 3). That is the context in which the Court concluded that (at paragraph 26):

It was not open to the Selection Board to eliminate qualifications during the selection process . . . changing the advertised qualifications by eliminating one or more was unfair because potential candidates may have failed to apply because they recognized that they did not have all of the advertised qualifications.

[27] This issue does not arise in the present matter given that the three subfactors which were advertised on the statement as mandatory were assessed as such and given the Board's unassailable conclusion that by implication, the remaining subfactors had to be understood as being compensatory.

[28] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Applications Judge and giving the decision which she ought to have rendered, I would dismiss the judicial review application against the decision of the Appeal Board. The appellant should have its costs here and below.

RICHARD C.J.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

[26] Dans l'affaire *Nelson*, la Section de première instance de la Cour (telle qu'elle était alors désignée) devait examiner le défaut d'évaluer des sous-facteurs. Le Comité d'appel avait indiqué dans ses motifs que l'énoncé de l'employeur définissait chacun de ces sous-facteurs comme obligatoire (*Nelson*, au paragraphe 3). C'est dans ce contexte que la Cour a formulé la conclusion suivante, au paragraphe 26:

Le jury de sélection ne peut éliminer une qualité au cours du processus de sélection [. . .] changer les qualités énoncées en éliminant une ou plusieurs d'entre elles est inéquitable, étant donné que des personnes n'ont peut-être pas posé leur candidature parce qu'elles reconnaissaient ne pas posséder toutes les qualités annoncées.

[27] Cette question ne se pose pas en l'espèce parce que les trois sous-facteurs présentés comme obligatoires dans l'énoncé des qualités ont bien été évalués comme des sous-facteurs obligatoires et que les autres sous-facteurs devaient implicitement, suivant la conclusion irréfutable du Comité d'appel, être considérés comme non obligatoires.

[28] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'infirmes la décision de la juge de première instance et, rendant la décision qui aurait dû être prononcée, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire visant la décision du Comité d'appel. L'appelant devrait avoir droit à ses dépens tant en appel qu'en première instance.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris à ces motifs.

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

A-161-03
2004 FCA 171

A-161-03
2004 CAF 171

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. (*Respondent*)

La Compagnie H.J. Heinz du Canada Ltée (*intimée*)

and

et

The Information Commissioner of Canada
(*Intervener*)

Le commissaire à l'information du Canada
(*intervenant*)

**INDEXED AS: H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CIE H.J. HEINZ DU CANADA LTÉE c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and
Pelletier JJ.A.—Ottawa, January 24 and April 30, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et
Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 24 janvier et 30 avril 2004.

Access to Information — Appeal from Federal Court Trial Division decision in Access to Information Act, s. 44 application ordering, on basis of Act, ss. 19, 20, Canadian Food Inspection Agency not disclose certain records requested under Act — Whether respondent third party could apply for review of government institution decision to disclose documents other than those set out at Act, s. 20(1) — Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services) (F.C.A.) holding that third party capable of raising exemptions other than those found in Act, s. 20(1) — Siemens not distinguishable from present case — Decision in Siemens not manifestly wrong, should not be overturned on ground reasons not giving sufficient consideration to appellant's argument — Appeal dismissed.

Accès à l'information — Appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale relative à une demande faite en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information, ordonnant à l'Agence canadienne d'inspection des aliments de ne pas communiquer, conformément aux art. 19 et 20 de la Loi, certains documents demandés en vertu de celle-ci — L'intimée, un tiers, pouvait-elle demander la révision de la décision de l'institution fédérale de communiquer d'autres documents que ceux visés à l'art. 20(1) de la Loi? — Selon l'arrêt Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) (C.A.F.), un tiers peut invoquer d'autres exceptions que celles prévues à l'art. 20(1) de la Loi — Aucune distinction ne peut être faite entre Siemens et la présente affaire — L'arrêt Siemens n'est pas manifestement erroné et ne devrait pas être infirmé du fait que la Cour n'a pas, dans ses motifs, pris suffisamment en considération les arguments de l'appelant — Appel rejeté.

This was an appeal from a decision of the Federal Court (at that time the Trial Division) allowing in part an application made by the respondent under section 44 of the *Access to Information Act* and ordering the Canadian Food Inspection Agency, on the basis of sections 19 and 20 of the Act, not to disclose certain records which had been requested under the Act. In ordering the severance of certain passages contained in the records which fell within section 19 of the Act (records containing “personal information” as defined in section 3 of the *Privacy Act*), the Federal Court relied on *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (F.C.A.) as authority for the proposition that the respondent could invoke exemptions other than those set out

Il s'agissait d'un appel visant la décision de la Cour fédérale (la Section de première instance à l'époque) d'accueillir en partie la demande faite par l'intimée en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information* et d'ordonner à l'Agence canadienne d'inspection des aliments de ne pas communiquer, conformément aux articles 19 et 20 de la Loi, certains documents demandés en vertu de celle-ci. La Cour fédérale a ordonné que certaines parties des documents soient prélevées parce qu'ils étaient visés à l'article 19 de la Loi (documents contenant les «renseignements personnels» visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*). Elle s'est appuyée sur l'arrêt *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services*

in subsection 20(1) of the Act. In *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation)* Gibson J. came to the opposite conclusion, i.e. that a third party on a section 44 application was not entitled to prevent disclosure of documents falling within the ambit of section 19. He was of the view that *Siemens* was not binding, the issue having been raised for the first time on appeal. At issue was whether the respondent, a third party as defined in the Act, could apply for review, under section 44 of the Act, of a government institution's decision to disclose records other than those which are set out at subsection 20(1) of the Act. Also at issue was whether the Court's decision in *Siemens* determined the substantive issue in the case at bar and, if so, whether that decision ought to be overturned.

Held, the appeal should be dismissed.

In *Siemens*, the Court found that a third party could, on a section 44 application, seek to prevent the disclosure of records on the basis of exemptions other than those contained in subsection 20(1). *Siemens* could not be distinguished from the present case on any ground, including the one that what was at issue in *Siemens* was not section 19, but section 24. Both sections provide that the head of a government institution must refuse to disclose records which fall within the wording of these sections. The issue before the Court in the case at bar was clearly before the Court in *Siemens*.

As to whether *Siemens* should be overturned on the ground that the reasons did not give sufficient consideration to the appellant's argument, only where a prior decision is manifestly wrong (i.e. where the Court overlooked a relevant statutory provision or a case that ought to have been followed) will this Court overrule it. It could not be said that the Court's decision in *Siemens* was "manifestly wrong".

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 "third party", 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25(2)(c), 27, 28, 30(1)(f), 41, 42, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51.

Defence Production Act, R.S.C., 1985, c. D-1, s. 30.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 "personal information".

gouvernementaux) (C.A.F.) pour affirmer que l'intimée pouvait invoquer d'autres exceptions que celles prévues au paragraphe 20(1) de la Loi. Le juge Gibson est arrivé à une conclusion contraire dans *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*. Selon lui, un tiers n'a pas le droit, dans le cadre d'un recours exercé en vertu de l'article 44, d'empêcher la communication de documents visés à l'article 19. Il ne s'estimait pas lié par *Siemens*, la question ayant été soulevée pour la première fois en appel. La Cour d'appel devait décider si l'intimée, un tiers au sens de la Loi, pouvait demander la révision, en vertu de l'article 44 de la Loi, de la décision d'une institution fédérale de communiquer d'autres documents que ceux visés au paragraphe 20(1) de la Loi. Elle devait décider également si l'arrêt que la Cour a rendu dans *Siemens* avait déjà réglé la question de fond soulevée en l'espèce et, le cas échéant, si cet arrêt devait être infirmé.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

La Cour a décidé, dans *Siemens*, qu'un tiers pouvait, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, chercher à empêcher la communication de documents sur la foi d'autres exceptions que celles prévues au paragraphe 20(1) de la Loi. Il n'était pas possible de faire une distinction entre *Siemens* et la présente affaire, même si, notamment, ce n'était pas l'article 19 qui était en cause dans *Siemens*, mais l'article 24. Les deux dispositions prévoient que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents visés par ces deux dispositions. La Cour était clairement saisie dans *Siemens* de la question sur laquelle la Cour devait se prononcer en l'espèce.

Quant à la question de savoir si l'arrêt *Siemens* devait être infirmé du fait que la Cour n'a pas, dans ses motifs, pris suffisamment en considération les arguments de l'appelant, la Cour n'infirmait une décision qu'elle a rendue dans le passé que si elle est manifestement erronée (c'est-à-dire si la Cour a omis de tenir compte d'une disposition législative pertinente ou d'un précédent qui aurait dû être respecté). Or, on ne pouvait pas dire que l'arrêt *Siemens* était «manifestement erroné».

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3 «tiers», 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25(2)(c), 27, 28, 30(1)(f), 41, 42, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45), 45, 46, 47, 49, 50, 51.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

Loi sur la production de défense, L.R.C. (1985), ch.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services) (2001), 15 C.P.R. (4th) 470; 213 F.T.R. 125 (F.C.T.D.); aff'd (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (F.C.A.).

APPLIED:

Miller v. Canada (Attorney General) (2002), 220 D.L.R. (4th) 149; 293 N.R. 391 (F.C.A.).

CONSIDERED:

SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation), [2003] 4 F.C. 900; (2003), 25 C.P.R. (4th) 460; 234 F.T.R. 294 (T.D.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

REFERRED TO:

Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services) (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 207 N.R. 89 (F.C.A.); *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Mathew v. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 115; (2003), 110 C.R.R. (2d) 299; 2003 DTC 5644 (F.C.A.); *Wannan v. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 326; 2003 DTC 5715; (2003), 312 N.R. 247 (F.C.A.); *Amado-Cordeiro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 35 (F.C.A.).

APPEAL from a decision of the Federal Court (at that time the Trial Division) ([2003] 4 F.C. 3) allowing in part an application made by the respondent under section 44 of the *Access to Information Act* and ordering the Canadian Food Inspection Agency, on the basis of sections 19 and 20 of the Act, not to disclose certain records which had been requested under the Act. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Christopher M. Rupar for appellant.
Nicholas McHaffie for respondent.
Daniel Brunet and *Patricia Boyd* for intervener.

D-1, art. 30.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «renseignements personnels».

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) (2001), 15 C.P.R. (4th) 470; 213 F.T.R. 125 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (C.A.F.).

DÉCISION APPLIQUÉE:

Miller c. Canada (Procureur général) (2002), 220 D.L.R. (4th) 149; 293 N.R. 391 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale), [2003] 4 C.F. 900; (2003), 25 C.P.R. (4th) 460; 234 F.T.R. 294 (1^{re} inst.); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services) (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 207 N.R. 89 (C.A.F.); *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Mathew c. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 115; (2003), 110 C.R.R. (2d) 299; 2003 DTC 5644 (C.A.F.); *Wannan c. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 326; 2003 DTC 5715; (2003), 312 N.R. 247 (C.A.F.); *Amado-Cordeiro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 35 (C.A.F.).

APPEL visant la décision de la Cour fédérale (la Section de première instance à l'époque) ([2003] 4 C.F. 3) d'accueillir en partie la demande faite par l'intimée en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information* et d'ordonner à l'Agence canadienne d'inspection des aliments de ne pas communiquer, conformément aux articles 19 et 20 de la Loi, certains documents demandés en vertu de celle-ci. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Christopher M. Rupar pour l'appellant.
Nicholas McHaffie pour l'intimée.
Daniel Brunet et *Patricia Boyd* pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Stikeman Elliott LLP, Ottawa, for respondent.

Information Commissioner, Ottawa, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a decision of Madam Justice Layden-Stevenson (the Application Judge) of the Federal Court [at that time the Trial Division] dated February 27, 2003 [[2003] 4 F.C. 3], which allowed, in part, an application made by the respondent under section 44 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act). The Application Judge ordered the relevant government institution, the Canadian Food Inspection Agency (CFIA), on the basis of sections 19 and 20 of the Act, not to disclose certain records which had been requested under the Act.

[2] At issue before us is whether the respondent, a third party as defined in the Act, may apply for review, under section 44 of the Act, of a government institution's decision to disclose records other than those which are set out at subsection 20(1) of the Act. However, before getting to that issue, we must decide whether our Court's decision in *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (F.C.A.), has already determined the substantive issue before us and, if so, whether that decision ought to be overturned.

Legislation

[3] For ease of reference, I reproduce immediately the relevant provisions of the Act:

3. . . .

“third party”, in respect of a request for access to a record under this Act, means any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution.

. . .

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.

Stikeman Elliott LLP, Ottawa, pour l'intimée.

Le commissaire à l'information, Ottawa, pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel visant la décision de la juge Layden-Stevenson (la juge des demandes), de la Cour fédérale [à l'époque la Section de première instance], en date du 27 février 2003 [[2003] 4 C.F. 3], d'accueillir en partie la demande faite par l'intimée en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi). La juge des demandes a ordonné à l'institution fédérale concernée—l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'ACIA)—de ne pas communiquer, conformément aux articles 19 et 20 de la Loi, certains documents demandés en vertu de celle-ci.

[2] Nous devons décider si l'intimée, un tiers au sens de la Loi, peut demander la révision, en vertu de l'article 44 de la Loi, de la décision d'une institution fédérale de communiquer d'autres documents que ceux visés au paragraphe 20(1) de la Loi. Nous devons toutefois d'abord décider si l'arrêt que la Cour a rendu dans *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (C.A.F.), a déjà réglé la question de fond dont nous sommes saisis et, le cas échéant, si cet arrêt devrait être infirmé.

Dispositions législatives pertinentes

[3] Par souci de commodité, je reproduis immédiatement les dispositions pertinentes de la Loi:

3. [. . .]

«tiers» Dans le cas d'une demande de communication de document, personne, groupement ou organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale.

[. . .]

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

- (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
- (b) the information is publicly available; or
- (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;
- (c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or
- (d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

(2) The head of a government institution shall not, pursuant to subsection (1), refuse to disclose a part of a record if that part contains the results of product or environmental testing carried out by or on behalf of a government institution unless the testing was done as a service to a person, a group of persons or an organization other than a government institution and for a fee.

(3) Where the head of a government institution discloses a record requested under this Act, or a part thereof, that contains the results of product or environmental testing, the head of the institution shall at the same time as the record or part thereof is disclosed provide the person who requested the record with a written explanation of the methods used in conducting the tests.

(4) For the purposes of this section, the results of product or environmental testing do not include the results of preliminary testing conducted for the purpose of developing methods of testing.

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

- a) l'individu qu'ils concernent y consent;
- b) le public y a accès;
- c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

- a) des secrets industriels de tiers;
- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;
- c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;
- d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

(2) Le paragraphe (1) n'autorise pas le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de la partie d'un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement effectués par une institution fédérale ou pour son compte, sauf si les essais constituent une prestation de services fournis à titre onéreux mais non destinés à une institution fédérale.

(3) Dans les cas où, à la suite d'une demande, il communique, en tout ou en partie, un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement, le responsable d'une institution fédérale est tenu d'y joindre une note explicative des méthodes utilisées pour effectuer les essais.

(4) Pour l'application du présent article, les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement ne comprennent pas les résultats d'essais préliminaires qui ont pour objet la mise au point de méthodes d'essais.

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(b), (c) or (d) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

...

27. (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

(3) A notice given under subsection (1) shall include

- (a) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);

(5) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)b), c) et d) pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers: pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

[...]

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir:

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants:

- a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);

(b) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and

(c) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

(4) The head of a government institution may extend the time limit set out in subsection (1) in respect of a request under this Act where the time limit set out in section 7 is extended under paragraph 9(1)(a) or (b) in respect of the same request, but any extension under this subsection shall be for a period no longer than the period of the extension under section 9.

28. (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(b) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (a), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(a) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(a) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(b), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or

b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;

c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

(4) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai visé au paragraphe (1) dans les cas où le délai de communication à la personne qui a fait la demande est prorogé en vertu des alinéas 9(1)a) ou b), mais le délai ne peut dépasser celui qui a été prévu pour la demande en question.

28. (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu:

a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa a), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)a) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)b) doit contenir les éléments suivants:

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)b), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration

the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

...

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

45. An application made under section 41, 42 or 44 shall be heard and determined in a summary way in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Court Act*.

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

47. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the record under this Act, does not indicate whether it exists

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against

des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

[...]

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut comparaître comme partie à l'instance.

45. Les recours prévus aux articles 41, 42 et 44 sont entendus et jugés en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à leur égard en vertu de l'article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

47. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 et 44, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions fédérales ou

any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

...

51. Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

Background

[4] By letter dated June 16, 2000, CFIA received a request for disclosure of certain records pertaining to the respondent.

[5] By letter dated August 15, 2000, CFIA contacted the respondent, pursuant to section 27 of the Act, requesting written representations as to why the requested records should not be disclosed.

[6] By letter dated September 1, 2000, the respondent, pursuant to section 28 of the Act, submitted representations as to why the records at issue should not be disclosed.

[7] After review of the respondent's written representations, CFIA concluded that the records ought to be disclosed and, by letter dated September 7, 2000, it informed the respondent of its intention to disclose the records, subject to certain redactions.

[8] On September 27, 2000, as a result of CFIA's decision, the respondent commenced judicial review proceedings, pursuant to section 44 of the Act. In its application, the respondent raised a number of issues concerning the application of subsection 20(1) of the Act to the records. Although the application of section 19 to the records was not raised in the application, it was raised by the respondent in its written and oral arguments.

[9] The Application Judge concluded that certain records or parts thereof, which fell within the ambit of

provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

[...]

51. La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Contexte

[4] Par une lettre datée du 16 juin 2000, l'ACIA a reçu une demande de communication de certains documents relatifs à l'intimée.

[5] Le 15 août 2000, l'ACIA a écrit à l'intimée, conformément à l'article 27 de la Loi, afin de l'inviter à lui transmettre des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication des documents demandés.

[6] Au moyen d'une lettre datée du 1^{er} septembre 2000, l'intimée a présenté des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication des documents, en conformité avec l'article 28 de la Loi.

[7] Après avoir examiné les observations écrites de l'intimée, l'ACIA a conclu que les documents devaient être communiqués et, par une lettre datée du 7 septembre 2000, elle a informé l'intimée de son intention de communiquer les documents, sous réserve de certains prélèvements.

[8] Le 27 septembre 2000, par suite de la décision de l'ACIA, l'intimée a engagé un recours en révision en vertu de l'article 44 de la Loi. Dans sa demande, l'intimée soulevait un certain nombre de questions au regard de l'application du paragraphe 20(1) de la Loi aux documents. Elle n'y parlait pas de l'article 19, mais elle a soulevé cette question dans ses prétentions orales et écrites.

[9] La juge des demandes a conclu que certains documents ou des parties de ceux-ci, qui étaient visés au

subsection 20(1), should be severed. There is no appeal from that part of the decision. However, the Application Judge also concluded that the respondent, a third party, could invoke the exemption set out at section 19 of the Act, i.e. that the respondent could seek to prevent disclosure of records containing "personal information" as defined in section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21. Accordingly, the Application Judge ordered the severance of certain passages contained in the records which fell within section 19 of the Act. The appeal herein concerns only that part of the Application Judge's decision.

[10] In concluding as she did in respect of the application of section 19 of the Act to the requested records, the Application Judge relied on this Court's decision in *Siemens* as authority for the proposition that the respondent could, on a section 44 application, invoke exemptions other than those set out in subsection 20(1) of the Act. At paragraphs 26 and 27 of her reasons, she makes her point in the following terms:

On appeal, the trial decision in *Siemens* was affirmed. The argument advanced was that section 44 (review of the decision to disclose) of the Act limits the jurisdiction of the Court such that section 24 (mandatory exemption) cannot be invoked to prevent disclosure. In summarily dismissing the appeal, the Court of Appeal stated [at paragraph 1], "We are unable to interpret s. 44 in this way".

Based on the reasoning in *Siemens*, it seems to me that if the mandatory exemption provided in section 24 of the Act is available to a third party, so too must be the mandatory exemption provided for in section 19. To hold otherwise, in my view, would yield an irrational and illogical result and one that is contrary to the principles of statutory interpretation articulated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 and subsequent authorities. I therefore conclude, for the reasons stated, that the mandatory exemption in section 19 of the Act applies in section 44 proceedings, where relevant to the proposed disclosure.

[11] In *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation)*, [2003] 4 F.C. 900 (T.D.), Gibson J. came to a conclusion opposite to that reached by the Application Judge. In Gibson J.'s view, a third party, on a section 44 application, was not entitled to

paragraphe 20(1), devaient être prélevés. Cette partie de la décision ne fait pas l'objet de l'appel. La juge des demandes a cependant conclu également que l'intimée, un tiers, pouvait invoquer l'exception prévue à l'article 19 de la Loi, c'est-à-dire qu'elle pouvait chercher à empêcher la communication de documents contenant les «renseignements personnels» visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21. En conséquence, elle a ordonné le prélèvement de certains passages contenus dans les documents visés à l'article 19 de la Loi. Le présent appel concerne uniquement cette partie de la décision de la juge des demandes.

[10] En tirant sa conclusion sur l'application de l'article 19 de la Loi aux documents demandés, la juge des demandes s'est appuyée sur l'arrêt *Siemens* rendu par la Cour pour affirmer que l'intimée pouvait, dans le cadre d'un recours exercé en vertu de l'article 44, invoquer d'autres exceptions que celles prévues au paragraphe 20(1) de la Loi. Elle écrit ce qui suit à ce sujet aux paragraphes 26 et 27 de ses motifs:

La décision de première instance dans *Siemens* a été confirmée en appel. L'argument avancé c'était que l'article 44 (révision de la décision de communiquer) de la Loi restreint la compétence de la Cour de telle manière qu'on ne peut invoquer l'article 24 (exemption obligatoire) pour empêcher la communication. Rejetant l'appel de manière sommaire, la Cour d'appel a déclaré [au paragraphe 1]: «Nous ne pouvons interpréter l'article 44 de cette façon.»

Il me semble, en me fondant sur le raisonnement dans *Siemens*, que si un tiers peut se prévaloir de l'exemption obligatoire prévue à l'article 24 de la Loi, il en est de même pour l'exemption obligatoire prévue à l'article 19. Décider autrement donnerait lieu, à mon avis, à un résultat irrationnel et illogique, à l'encontre des principes d'interprétation législative énoncés dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 et d'autres arrêts subséquents. Je conclus donc, pour les motifs exposés, que l'exemption obligatoire prévue à l'article 19 de la Loi s'applique à une instance relative à l'article 44, lorsque cela est pertinent eu égard à la communication projetée.

[11] Dans *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, [2003] 4 C.F. 900 (1^{re} inst.), le juge Gibson est arrivé à une conclusion contraire à celle de la juge des demandes. Selon lui, un tiers n'a pas le droit, dans le cadre d'un recours exercé

prevent disclosure of documents falling within the ambit of section 19 of the Act. At paragraph 24 of his reasons, he opines as follows:

Given that the purpose of the Act as clearly enunciated by Parliament is to facilitate access to government information, and that, in my view, the provision of independent review of proposed disclosure, is only a “fairness” adjunct to that purpose, and given the entire context of the Act, and the somewhat ambiguous tenor of the grammatical and ordinary sense of the words of subsections 27(1) and 28(1), I find myself compelled to conclude that the applicant was not entitled in representations made pursuant to subsection 28(1), to seek exemption for the records at issue, or any part or parts of those records, by virtue of section 19 of the Act.

[12] Both the Application Judge’s decision and that of our Court in *Siemens* were before Gibson J. Contrary to the Application Judge, Gibson J. was of the view that he was not bound by *Siemens*. At paragraphs 25-26, he explains why in the following terms:

In *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, in very brief reasons, the Court of Appeal addressed the issue here under consideration. Justice Sexton, for the Court, wrote:

Counsel for the Crown concedes that s. 44 of the *Access to Information Act* . . . was not argued before the Motions Judge and for the first time on appeal argues that s. 44 limits the jurisdiction of the Court such that s. 24 cannot be invoked by the party seeking to prevent disclosure. We are unable to interpret s. 44 in this way. [Citation omitted.]

Justice Sexton’s brief comments clearly identify that the issue that was fully argued before me by counsel for the respondent Ministers and on behalf of the applicant in written reply submissions was not addressed before the Motions Judge whose decision was before the Court of Appeal. Quite clearly, the issue was raised for the first time in *Siemens, supra*, before the Court of Appeal and, impliedly at least from the way in which the issue was dealt with in the foregoing quotation, when it was raised before the Court of Appeal, it was not raised with the kind of fulsome argument made before me, particularly with regard to the interrelationship of sections 27 and 28 with section 44 of the Act.

With great respect, I find I cannot conclude that the foregoing brief reference by Justice Sexton in *Siemens* is binding on me.

en vertu de l’article 44, d’empêcher la communication de documents visés à l’article 19 de la Loi. Il émet l’avis suivant au paragraphe 24 de ses motifs:

Étant donné que l’objectif de la Loi, tel que l’énonce clairement le législateur, consiste à faciliter l’accès à l’information gouvernementale et, qu’à mon sens, un contrôle indépendant d’une communication envisagée n’est autre qu’un élément «d’équité» complémentaire à cet objectif, et en raison également du contexte général de la Loi et de la teneur quelque peu ambiguë, sur le plan grammatical et celui du sens ordinaire, des termes formant les paragraphes 27(1) et 28(1), je me vois dans l’obligation de conclure que la demanderesse n’était pas fondée, dans le cadre d’observations faites en vertu du paragraphe 28(1), à réclamer une exemption au regard de la communication totale ou partielle des documents en cause en invoquant l’article 19 de la Loi.

[12] Le juge Gibson disposait de la décision de la juge des demandes et de l’arrêt rendu par la Cour dans *Siemens*. Contrairement à la juge des demandes, il ne s’estimait pas lié par *Siemens*. Il explique pourquoi aux paragraphes 25 et 26:

Dans la cause *Siemens Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, la Cour d’appel a abordé, en des motifs très brefs, la question sous étude ici. Le juge Sexton s’est exprimé en ces termes:

L’avocate de la Couronne accepte que l’article 44 de la *Loi sur l’accès à l’information* [. . .] n’avait pas été invoqué devant le juge des requêtes et, pour la première fois, en appel, fait valoir que l’article 44 limite la compétence de la Cour de sorte que l’article 24 ne peut être invoqué par la partie qui cherche à empêcher la communication des documents. Nous ne pouvons interpréter l’article 44 de cette façon.

Les brèves observations du juge Sexton indiquent clairement que la question qui a été pleinement débattue devant moi par l’avocat des ministres défendeurs ainsi qu’au nom de la demanderesse, par voie de réplique écrite, n’a pas été soulevée devant le juge des requêtes dont la décision était portée en appel. Il est bien évident que cette question a été soulevée pour la première fois dans la cause *Siemens*, précitée, devant la Cour d’appel et il ressort, du moins implicitement de la façon dont le sujet a été traité dans la citation ci-dessus, qu’elle n’était pas assortie de la même abondance d’arguments que ceux avancés devant moi, particulièrement en ce qui concerne le lien réciproque entre les articles 27 et 28 et l’article 44 de la Loi.

En toute déférence, il m’est impossible de conclure que je suis lié par l’opinion du juge Sexton dans *Siemens*.

[13] The respondent takes the position, *inter alia*, that we are bound by *Siemens* and that that decision is decisive of the issue before us. The appellant, on the other hand, in inviting us to reconsider *Siemens*, submits that the decision in that case does “not indicate that the full argument regarding the appropriate interpretation of the notice scheme set out in the Access Act was considered by the Court” (see paragraph 48 of the appellant’s memorandum of fact and law).

[14] Before turning to the question of whether *Siemens* has determined the substantive issue before us and whether we ought to overturn it, it will be helpful to set out the submissions advanced by the parties in support of their respective positions concerning both the substantive and the *Siemens* issues. It will also be helpful to give a brief outline of the relevant provisions of the Act.

Submissions of the parties

The Appellant

[15] The appellant submits that by the Act, Parliament has provided for a notice process to third parties when their business or scientific interests are at issue, but has provided for no notice process in respect of the other exemptions enumerated in the Act, whether they be mandatory or discretionary. Further, Parliament has made no provision for third parties who have been notified to raise exemptions other than those found in subsection 20(1) of the Act.

[16] The appellant therefore submits that the Application Judge erred in law when she concluded that the respondent could, on a section 44 application, seek review of disclosure of documents not within the purview of subsection 20(1) of the Act.

[17] In support of his position, the appellant submits that the general scheme of the Act provides for access to information and that the matter is essentially one between the government institution, which has the responsibility under the Act to invoke and apply the relevant exemptions, and the person making the request for documents who seeks to enforce his right to access. Only when records fall within the purview of section 20

[13] L’intimée soutient notamment que nous sommes liés par *Siemens* et que cet arrêt règle la question dont nous sommes saisis. Par contre, l’appelant, en nous invitant à réexaminer *Siemens*, prétend que cet arrêt [TRADUCTION] «n’indique pas que toute l’argumentation concernant l’interprétation du régime de notification prévu par la Loi sur l’accès a été prise en considération par la Cour» (voir le paragraphe 48 du mémoire des faits et du droit de l’appelant).

[14] Avant de décider si l’arrêt *Siemens* a réglé la question de fond dont nous sommes saisis et si nous devrions l’infirmier, il serait utile d’exposer les prétentions invoquées par les parties au soutien de leur thèse respective concernant la question de fond et l’arrêt *Siemens*. Il serait utile également de passer brièvement en revue les dispositions pertinentes de la Loi.

Prétentions des parties

L’appelant

[15] L’appelant fait valoir que le législateur a établi, dans la Loi, un régime de notification aux tiers dont les intérêts commerciaux ou scientifiques sont en jeu, mais qu’il n’a prévu aucun régime semblable dans le cas des autres exceptions énumérées dans la Loi, qu’elles soient obligatoires ou discrétionnaires. En outre, il n’a pas inséré dans la Loi une disposition permettant aux tiers qui ont reçu notification d’invoquer d’autres exceptions que celles visées au paragraphe 20(1) de la Loi.

[16] L’appelant soutient donc que la juge des demandes a commis une erreur de droit lorsqu’elle a conclu que l’intimée pouvait, dans le cadre d’un recours exercé en vertu de l’article 44, demander la révision de la communication de documents qui ne sont pas visés au paragraphe 20(1) de la Loi.

[17] Pour appuyer sa thèse, l’appelant fait valoir que l’économie générale de la Loi donne accès à l’information et que l’affaire concerne essentiellement l’institution fédérale, à qui il incombe, selon la Loi, d’invoquer et d’appliquer les exceptions pertinentes, et la personne qui demande les documents et qui veut exercer son droit d’accès. Ce n’est que lorsque les documents sont visés à l’article 20 de la Loi que les

of the Act do the notice provisions of section 27 come into play. Only in such a situation is a third party entitled to participate and make submissions that records should not be disclosed.

[18] According to the appellant, the purpose of the Act is to promote access to records as a way of fostering accountability of public servants and politicians and of promoting participation in the democratic process. The exemptions to the right of access are limited and specific, and must be interpreted in light of this purpose.

[19] Regarding the exemptions other than those set out at subsection 20(1) of the Act, the appellant points out that there is no notice scheme similar to that provided in section 27. The appellant submits that the exemptions, other than those set out at subsection 20(1), fall in areas in respect of which the government institutions are best placed to protect the public interest. It is only when business or scientific matters are concerned (section 20) that it is necessary for government institutions to be provided with information from relevant third parties, hence the necessity of giving them notice.

[20] The appellant further submits that limiting the participation of third parties to matters falling within subsection 20(1) is a question of fairness: otherwise, there would be two classes of third parties, i.e. those receiving notice under sections 27 and 28, who would be afforded the opportunity of raising section 20 exemptions and all other exemptions provided for in the Act, and those third parties who would be unable to make any representation whatsoever, not having received notice from a government institution.

[21] Finally, the appellant submits that this Court's decision in *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.), supports the position that a third party's right to object to the application of exemptions is limited to those records set out in subsection 20(1) of the Act, and that our decision in *Siemens* should be reconsidered for the reasons which I have already outlined.

dispositions relatives à la notification de l'article 27 s'appliquent. Ce n'est que dans ce cas qu'un tiers peut intervenir et démontrer que les documents ne devraient pas être communiqués.

[18] Selon l'appellant, la Loi a pour objet de faciliter l'accès aux documents afin de rendre les fonctionnaires et les politiciens plus responsables et de favoriser la participation des citoyens au processus démocratique. Les exceptions au droit d'accès sont limitées et précises, et elles doivent être interprétées à la lumière de l'objet de la Loi.

[19] L'appellant signale que les autres exceptions que celles prévues au paragraphe 20(1) de la Loi ne sont pas assorties d'un régime de notification semblable à celui décrit à l'article 27. Selon lui, ces exceptions ont trait à des questions à l'égard desquelles les institutions fédérales sont les mieux placées pour protéger l'intérêt public. Ce n'est qu'en matière commerciale ou scientifique (article 20) qu'il est nécessaire que les institutions fédérales reçoivent de l'information des tiers concernés, d'où l'obligation de leur donner un avis.

[20] L'appellant soutient également que la limitation de la participation des tiers aux cas visés au paragraphe 20(1) est une question d'équité. Sinon, il y aurait deux catégories de tiers: ceux qui seraient avisés conformément aux articles 27 et 28 et qui auraient la possibilité d'invoquer les exceptions visées à l'article 20 ainsi que toutes les autres exceptions prévues par la Loi et ceux qui, n'ayant pas été avisés par l'institution fédérale, ne pourraient présenter la moindre observation.

[21] Finalement, l'appellant soutient que l'arrêt rendu par la Cour dans *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.), confirme qu'un tiers ne peut exercer son droit de s'opposer à l'application d'une exception qu'à l'égard des documents visés au paragraphe 20(1) de la Loi et que nous devrions réexaminer l'arrêt que nous avons rendu dans l'affaire *Siemens* pour les raisons que j'ai déjà exposées.

The Respondent

[22] Contrary to the position taken by the appellant, the respondent submits that the mechanism set out in section 44 is not intended to prevent third parties from invoking exemptions other than those found in subsection 20(1) of the Act. For this proposition, the respondent relies on our decision in *Siemens* which, it submits, has decided this question.

[23] The respondent contends that both the right to access and the availability of review of decisions made by government institutions to disclose must be considered in light of the exemptions contained in the Act, and relies for that proposition on the words of La Forest J. (writing in dissent, but speaking for the entire Court on the point of construction) in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 48, where he emphasized that both the Act and the *Privacy Act* recognize that in so far as privacy is encompassed within the definition of “personal information” in section 3 of the *Privacy Act*, privacy is paramount over access.

[24] The respondent submits that the absence of notice provisions, equivalent to those found in sections 27 and 28 of the Act, for other mandatory exemptions is explained by the fact that the assessment of these other exemptions may be made on the basis of the records themselves or from internal government information, and does not require input from third parties. However, the decision made by the government institution is in no way exempted from judicial review under section 44 of the Act.

[25] The respondent also submits that the wording of section 28 does not in any way limit or restrict the review to the records found in subsection 20(1).

[26] The respondent further submits that the words of section 44 cannot be interpreted as restricting the submissions that may be brought in support of a review under that section. The respondent says that section 44 is drafted very broadly and that the words “the matter”

L'intimée

[22] Contrairement à l'appelant, l'intimée prétend que le mécanisme de l'article 44 n'a pas pour but d'empêcher les tiers d'invoquer d'autres exceptions que celles visées au paragraphe 20(1) de la Loi. Elle s'appuie à cet égard sur l'arrêt *Siemens* rendu par la Cour qui, selon elle, règle la question.

[23] L'intimée affirme que le droit d'accès et le recours en révision dont peut faire l'objet la décision d'une institution fédérale de communiquer des documents doivent être examinés à la lumière des exceptions prévues par la Loi. Elle fonde sa prétention sur les commentaires formulés par le juge La Forest (qui était dissident, mais qui a rédigé les motifs de l'ensemble de la Cour sur la question de l'interprétation) dans *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403. Le juge La Forest a souligné, au paragraphe 48, que la Loi et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* reconnaissent que, dans la mesure où il est visé par la définition de «renseignements personnels» contenue à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le droit à la vie privée l'emporte sur le droit d'accès à l'information.

[24] L'intimée prétend que l'absence de dispositions relatives à la notification, semblables aux articles 27 et 28 de la Loi, s'appliquant aux autres exceptions obligatoires s'explique par le fait que celles-ci peuvent être évaluées sur la foi des documents eux-mêmes ou à l'aide des renseignements internes de l'administration fédérale sans que la participation des tiers ne soit nécessaire. La décision de l'institution fédérale n'est toutefois d'aucune façon à l'abri du recours en révision prévu à l'article 44 de la Loi.

[25] L'intimée soutient également que le libellé de l'article 28 ne limite aucunement l'examen aux documents visés au paragraphe 20(1).

[26] L'intimée soutient en outre que le libellé de l'article 44 ne peut être interprété comme s'il limitait les observations qui peuvent être présentées au soutien d'un recours en révision engagé en vertu de cette disposition. Selon elle, ce libellé est très général et l'expression «the

should receive a broad and liberal interpretation, as those same words found in section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] have received in *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.), at page 491.

[27] Finally, the respondent says that the reasoning of this Court in *Siemens* in regard to section 24 of the Act is equally applicable to section 19. The respondent says that there is no substantive basis for overturning *Siemens* and that, in any event, the basis upon which the appellant submits that *Siemens* ought to be reconsidered is not an appropriate one.

[28] Alternatively, the respondent submits that interpreting section 44 of the Act as limiting judicial reviews to government institution decisions based on section 20, while hearing challenges brought under other sections of the Act pursuant to sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 of the *Federal Court Act*, would be an inefficient use of the Court's resources.

The Intervener

[29] The intervener, in supporting the appellant's position, says that sections 20, 27, 28, 29, 44 and paragraph 25(2)(c) form a complete code governing the notification and review processes relating to third parties and, consequently, must be read as limiting the availability of remedies open to the Federal Court under section 51 of the Act.

[30] The intervener also says that allowing third parties to raise exemptions other than those found in section 20 results in a denial to the requester of information of the benefit of other provisions of the Act: where a government institution invokes an exemption other than a section 20 record as a basis for an access refusal, the requester is entitled to ask the Commission for an investigation, the investigation being a condition precedent to a judicial review by the Federal Court under

matter» employée dans la version anglaise devrait être interprétée de manière libérale, comme la même expression qui figure dans la version anglaise de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] l'a été dans *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.), à la page 491.

[27] Finalement, l'intimée affirme que le raisonnement établi par la Cour dans *Siemens* au regard de l'article 24 de la Loi s'applique de la même manière à l'article 19. Selon elle, il n'existe aucune raison importante justifiant que la Cour infirme cet arrêt. Elle fait valoir que, de toute façon, les motifs invoqués par l'appelant pour démontrer que *Siemens* devrait être réexaminé ne sont pas valables.

[28] Subsidiairement, l'intimée prétend que les ressources de la Cour ne seraient pas utilisées judicieusement si l'on interprétait l'article 44 de la Loi de manière à limiter le recours en révision aux seules décisions des institutions fédérales qui sont fondées sur l'article 20, tout en permettant que des contestations basées sur d'autres dispositions de la Loi soient présentées en vertu des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

L'intervenant

[29] L'intervenant, qui appuie la position de l'appelant, affirme que les articles 20, 27, 28, 29, 44 et l'alinéa 25(2)(c) forment un code complet régissant la notification aux tiers et le recours en révision qu'ils peuvent exercer. En conséquence, ces dispositions doivent être interprétées comme si elles limitaient les mesures de redressement qui peuvent être accordées par la Cour fédérale en vertu de l'article 51 de la Loi.

[30] L'intervenant dit également qu'en permettant aux tiers d'invoquer d'autres exceptions que celles prévues à l'article 20 on empêche la personne qui demande la communication des renseignements de se prévaloir des autres dispositions de la Loi: lorsqu'une institution fédérale invoque une autre exception que celles prévues à l'article 20 pour refuser de communiquer un document, la personne à qui s'adresse le refus peut demander à la Commission de mener une enquête, celle-ci étant une

sections 41 and 42. Allowing a third party to raise an exemption other than a section 20 exemption has the effect of circumventing the protection given by the Act to the access requester.

General Outline of the Act's Main Provisions

[31] The purpose of the Act is to promote access to information under the control of a government institution, subject to limited and specific exemptions.

[32] Subsection 2(1) of the Act provides that "necessary exceptions to the right to access should be limited and specific and . . . decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government". Under the Act, Canadian citizens and permanent residents may request access to records held by government institutions.

[33] Sections 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21] to 24 of the Act set out a series of exemptions to the right to access, some of which are discretionary and others (among which section 19 "personal information" and 20 "third party information") which are mandatory.

[34] The Information Commissioner receives and investigates complaints, particularly by persons who have been denied access to records, or more generally complaints "in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act" (paragraph 30(1)(f)).

[35] A complaint is a precondition to the possibility set out in section 41 of the Act of applying to the Federal Court for a review of "the matter". The powers of the Court in such instances are specified in sections 49 and 50 of the Act.

[36] The Act defines "third party" as "any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution"

condition préalable à l'exercice d'un recours en révision devant la Cour fédérale suivant les articles 41 et 42. En permettant à un tiers d'invoquer une exception qui est prévue par une autre disposition que l'article 20, on neutralise la protection accordée par la Loi aux personnes qui demandent la communication d'un document.

Aperçu général des principales dispositions de la Loi

[31] La Loi a pour objet de faciliter l'accès aux renseignements relevant d'une institution fédérale, sous réserve d'exceptions précises et limitées.

[32] Le paragraphe 2(1) de la Loi prévoit que «les exceptions indispensables à ce droit [d'accès] [sont] précises et limitées et les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif». En vertu de la Loi, les citoyens canadiens et les résidents permanents peuvent demander de se faire communiquer des documents relevant d'une institution fédérale.

[33] Les articles 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21] à 24 de la Loi établissent une série d'exceptions au droit d'accès, certaines étant discrétionnaires et les autres (notamment celle de l'article 19 visant les «renseignements personnels» et celles de l'article 20 concernant les «renseignements de tiers»), obligatoires.

[34] Le commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes, en particulier celles déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication de documents ou, plus généralement, celles «portant sur toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi» (alinéa 30(1)f)).

[35] Le dépôt d'une plainte est une condition préalable à l'exercice du recours en révision offert à l'article 41 de la Loi. Les pouvoirs conférés à la Cour fédérale relativement à ce type de recours sont décrits aux articles 49 et 50 de la Loi.

[36] La Loi définit un «tiers» comme «[une] personne, [un] groupement ou [une] organisation autres que l'auteur de la demande [d'accès] ou qu'une institution

(section 3). Pursuant to section 27 of the Act, third parties are entitled to be notified of a government institution's intention to release records that the institution believes might contain records that are set out in subsection 20(1) of the Act (i.e. trade secrets, commercial or scientific information, etc.).

[37] Section 28 of the Act provides to third parties the right to make representations in respect of records which a government institution, pursuant to section 27 of the Act, intends to disclose.

[38] Subsection 44(1) entitles a third party, who has been given notice of a government institution's decision to disclose a record or a part thereof, to seek a review of that decision. No one other than such a third party can take advantage of the review process set out in section 44.

Analysis

[39] I now turn to *Siemens*. The relevant facts were the following. Subsequent to the issuance of a Request for Proposal (RFP) by Public Works and Government Services Canada (PWGSC) concerning the provision of in-service support on Halifax and Iroquois Class Ships for the Department of National Defence, Siemens submitted a proposal which, in due course, was accepted. Hence, the contract was awarded to Siemens.

[40] In November 1999, one of the unsuccessful bidders made a request for the records submitted by Siemens in support of its proposal and held by PWGSC.

[41] In November 1999, the Access to Information and Privacy (ATIP) Coordinator informed Siemens that a request for information had been received and that it was entitled to make submissions to PWGSC as to why the records should not be disclosed.

[42] Siemens, by written representations, informed the ATIP coordinator that it did not object to the disclosure

féderale» (article 3). Aux termes de l'article 27 de la Loi, les tiers ont le droit d'être avisés de l'intention d'une institution fédérale de communiquer des documents qui, selon elle, sont susceptibles de contenir des renseignements décrits au paragraphe 20(1) de la Loi (secrets industriels, renseignements commerciaux, renseignements scientifiques, etc.).

[37] L'article 28 de la Loi donne aux tiers le droit de présenter des observations relativement aux documents qu'une institution fédérale a l'intention de communiquer conformément à l'article 27 de la Loi.

[38] Le paragraphe 44(1) permet aux tiers qui ont été avisés de la décision d'une institution fédérale de donner communication totale ou partielle d'un document d'exercer un recours en révision. Seules ces personnes peuvent se prévaloir de ce recours.

Analyse

[39] Je traiterai maintenant de l'arrêt *Siemens*. Les faits pertinents sont les suivants: Siemens a présenté une proposition en réponse à la Demande de proposition (DP) diffusée par Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) pour la fourniture de soutien en service pour les navires de la classe du Halifax et de l'Iroquois pour le ministère de la Défense nationale. Cette proposition a été acceptée et le contrat a été attribué à Siemens.

[40] En novembre 1999, l'un des soumissionnaires non choisis a demandé que lui soient communiqués les documents produits par Siemens au soutien de sa proposition qui étaient en possession de TPSGC.

[41] En novembre 1999, la coordinatrice de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (AIPRP) a fait savoir à Siemens qu'une demande de renseignements avait été reçue et que la société avait le droit de présenter à TPSGC des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication des documents.

[42] Siemens a présenté des observations écrites informant la coordinatrice de l'AIPRP qu'elle ne

of some of the records and, accordingly, provided the ATIP Coordinator with a list of the documents that it did not object to and those that it did object to on the basis of section 20 of the Act.

[43] Subsequently, Siemens had a change of heart and wrote to the ATIP Coordinator, informing her that it was withdrawing its consent to the disclosure of certain of the records. Rather, Siemens now took the position that none of the documents ought to be disclosed on the basis of subsection 24(1) of the Act. Specifically, Siemens took the position that disclosure of these records would breach section 30 of the *Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1 (the DPA), which was incorporated in the Act by way of reference to Schedule II of the Act in subsection 24(1). Subsection 24(1) of the Act and section 30 of the DPA read as follows:

[Access to Information Act]

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

[Defence Production Act]

30. No information with respect to an individual business that has been obtained under or by virtue of this Act shall be disclosed without the consent of the person carrying on that business . . .

[44] On February 23, 2000, PWGSC notified Siemens of its decision regarding the disclosure of the records at issue. PWGSC concluded that the records were partially exempt by virtue of subsection 19(1) and paragraphs 20(1)(b) and (c) of the Act, and that subsection 24(1) was not applicable. Hence, Siemens commenced its judicial review application pursuant to section 44 of the Act.

[45] In allowing Siemens' judicial review application and quashing PWGSC's decision, McKeown J. of the Federal Court [at that time the Trial Division (2001), 15 C.P.R. (4th) 470] made the following remarks at paragraphs 18, 19 and 20 of his reasons:

In the decision letter of February 23, 2000, the ATIP Coordinator makes no mention of section 30. The respondent

s'opposait pas à la communication de certains des documents. Elle lui a transmis une liste de ces documents et de ceux à la communication desquels elle s'opposait en se fondant sur l'article 20 de la Loi.

[43] Siemens a ensuite changé d'avis et a écrit à la coordinatrice de l'AIPRP pour lui faire savoir qu'elle retirait le consentement donné antérieurement à la communication de certains des documents. Elle prétendait maintenant qu'aucun des documents ne devait être communiqué conformément au paragraphe 24(1) de la Loi parce qu'une telle communication serait contraire à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1 (la LPD), qui a été incorporé par renvoi à l'annexe II de la Loi par le paragraphe 24(1). Cette disposition et l'article 30 de la LPD prévoient:

[Loi sur l'accès à l'information]

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

[Loi sur la production de défense]

30. Les renseignements recueillis sur une entreprise dans le cadre de la présente loi ne peuvent être communiqués sans le consentement de l'exploitant de l'entreprise [. . .]

[44] Le 23 février 2000, TPSGC a avisé Siemens de sa décision concernant la communication des documents. Le Ministère a conclu que les documents étaient exemptés en partie en vertu du paragraphe 19(1) et des alinéas 20(1)b) et c) de la Loi, et que le paragraphe 24(1) ne s'appliquait pas. Siemens a alors exercé le recours en révision prévu à l'article 44 de la Loi.

[45] Le juge McKeown de la Cour fédérale [à l'époque la Section de première instance (2001), 15 C.P.R. (4th) 470] a donné raison à Siemens et a annulé la décision de TPSGC. Il a fait les commentaires suivants aux paragraphes 18, 19 et 20 de ses motifs:

Dans la lettre de décision du 23 février 2000, la coordinatrice de l'AIPRP ne fait aucunement mention de

PWGSC takes the position that section 30 does not apply to the Siemens' documents in question here, as they are part of the solicitation of the contract, and not part of the actual contract. The respondent argues that it is only the contract itself that is considered to be the Defence Contract, and to which section 30 may apply. In my view, however, the language of section 30 is clear that "No information with respect to an individual business that has been obtained under or by virtue of this Act shall be disclosed . . .".

The information in this case was obtained "under or by virtue of this Act," since the Minister derives his or her authority to conduct procurements, and to do all such things as appear to be incidental to such procurements, from section 16 of the Act. It is irrelevant, in my view, if the information in question constituted part of the actual contract, or was obtained as a pre-condition of the contract. It was all obtained by the Minister acting under the authority given by the Act. Once the contract comes under the DPA then section 30 does not distinguish between documents which were part of the contract and documents which were part of the solicitation. Section 30 does not refer to information obtained in the contract. Thus, section 1.5 of the RFP which states in part:

Security clearance must be in place prior to award of Contract.

does not take matters relating to security clearance outside section 30.

Therefore, pursuant to section 30 of the DPA, the documents should not be disclosed since the applicant has not provided its consent. The respondent, the Minister of Public Works is not to disclose any of the applicant's records in connection with PWGSC Solicitation No. 10 W8483-6-EFAA/A In-Service Support for Halifax and Iroquois Class Ships.

[46] The Attorney General of Canada, the appellant herein, appealed McKeown J.'s decision to this Court. On October 24, 2002, Sexton J.A., for the Court, delivered the following reasons from the Bench [at paragraph 1]:

We are not persuaded that the Motions Judge had no jurisdiction to decide as he did on the basis of section 30 of the *Defence Production Act*. . . Counsel for the Crown concedes that section 44 of the *Access to Information Act*. . . was not argued before the Motions Judge and for the first time on appeal argues that section 44 limits the jurisdiction of the Court such that section 24 cannot be invoked by the party seeking to prevent disclosure. We are unable to interpret

l'article 30. Le défendeur TPSGC estime que l'article 30 ne s'applique pas aux documents en question de Siemens en l'espèce, car ils font partie de l'invitation à soumissionner pour le contrat et non pas du contrat lui-même. Le défendeur soutient que c'est seulement le contrat lui-même qui est considéré comme étant un contrat de défense et auquel l'article 30 peut s'appliquer. À mon avis, toutefois, le libellé de l'article 30 est clair: «Les renseignements recueillis sur une entreprise dans le cadre de la présente loi ne peuvent être communiqués [. . .]».

Dans la présente affaire, les renseignements ont été recueillis «dans le cadre de la présente loi», puisque le ministre est investi du pouvoir d'acquérir des fournitures et de prendre toute autre mesure qu'il juge accessoire à de telles fournitures, par l'article 16 de la Loi. Il ne me semble pas pertinent que les renseignements en question fassent partie du contrat lui-même ou aient été recueillis en tant que condition requise du contrat. Ils ont tous été recueillis par le ministre en vertu du pouvoir que lui confère la Loi. Une fois que le contrat est visé par la LPD, l'article 30 ne fait pas de distinction entre les documents qui faisaient partie du contrat et les documents qui faisaient partie de l'invitation à soumissionner. L'article 30 ne fait pas mention des renseignements recueillis dans le contrat. Par conséquent, l'article 1.5 de la DP, qui déclare en partie:

L'habilitation de sécurité doit être en place avant l'adjudication du contrat.

ne soustrait pas à l'article 30 les affaires concernant l'habilitation de sécurité.

Donc, conformément à l'article 30 de la LPD, les documents ne devraient pas être communiqués puisque la demanderesse n'a pas donné son consentement. Le défendeur le ministre des Travaux publics ne doit communiquer aucun des dossiers de la demanderesse en rapport avec l'invitation à soumissionner de TPSGC n° 10 MC W8483-6-EFAA/A, Soutien en service pour les navires de la classe du Halifax et de l'Iroquois.

[46] Le procureur général du Canada, l'appelant en l'espèce, a porté la décision du juge McKeown en appel. À l'audience tenue le 24 octobre 2002, le juge Sexton a prononcé les motifs suivants au nom de la Cour [au paragraphe 1]:

Nous ne sommes pas persuadés que le juge des requêtes n'avait pas compétence pour statuer comme il l'a fait sous l'empire de l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*. L'avocate de la Couronne accepte que l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information* n'avait pas été invoqué devant le juge des requêtes et, pour la première fois, en appel, fait valoir que l'article 44 limite la compétence de la Cour de sorte que l'article 24 ne peut être invoqué par la partie qui cherche à

section 44 in this way. We also agree with the Motions Judge that the information in question here was obtained under or by virtue of the *Défense Product[ion] Act*. The appeal will be dismissed with costs fixed at \$3,000.00.

[47] As the reasons in *Siemens* clearly indicate, the issue of whether section 44 of the Act limits the jurisdiction of this Court was raised for the first time in appeal. In answer to that question, the Court held that it could not interpret section 44 “in this way”. The questions which we must decide are whether *Siemens* has decided the issue which is before us, and if so, whether we are bound by it. For the reasons that follow, I answer both questions in the affirmative.

[48] In *Siemens*, McKeown J., at first instance, concluded that by reason of section 30 of the DPA, the records at issue could not be disclosed unless Siemens consented to their release. This conclusion flows from the wording of section 30 of the DPA, which was incorporated in the Act by reference in subsection 24(1) to Schedule II of the Act.

[49] Consequently, although the issue raised before this Court in *Siemens* and before us was not raised before McKeown J. and, thus, he did not deal with that issue, the effect of his decision was that Siemens, a third party as defined in the Act, could, on a section 44 application, raise exemptions other than those found in subsection 20(1).

[50] In appeal of McKeown J.’s decision, the Attorney General raised the issue of section 44 for the first time. This Court, in brief reasons delivered from the Bench, dismissed his arguments, simply stating that it could not interpret section 44 in the way proposed by the Attorney General.

[51] The respondent submits that *Siemens* has decided the issue which we are called upon to decide. I agree with the respondent that it is not possible to distinguish *Siemens* from the present case on any ground, including the one that what was at issue in *Siemens* was not section

empêcher la communication des documents. Nous ne pouvons interpréter l’article 44 de cette façon. Nous sommes également d’accord avec le juge des requêtes pour dire que l’information en question en l’espèce a été obtenue sous l’empire ou en vertu de la *Loi sur la production de défense*. L’appel sera rejeté avec dépens, lesquels sont fixés à 3 000 \$.

[47] Comme les motifs de l’arrêt *Siemens* l’indiquent clairement, la question de savoir si l’article 44 de la Loi limite la compétence de la Cour a été soulevée pour la première fois en appel. La Cour y a répondu en disant qu’elle ne pouvait pas interpréter l’article 44 «de cette façon». Il nous faut décider si *Siemens* a réglé la question dont nous sommes saisis et, le cas échéant, si nous sommes liés par cet arrêt. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de répondre par l’affirmative à ces deux questions.

[48] Dans *Siemens*, le juge McKeown a conclu, en première instance, que les documents ne pouvaient pas être communiqués sans le consentement de Siemens à cause de l’article 30 de la LPD. Cette conclusion découle du libellé de l’article 30 de la LPD, lequel a été incorporé par renvoi à l’annexe II de la Loi par le paragraphe 24(1).

[49] En conséquence, même si le juge McKeown n’était pas saisi de la question soulevée devant la Cour dans *Siemens* et devant nous en l’espèce et qu’il n’a donc pas pu se prononcer sur elle, sa décision a fait en sorte que Siemens, un tiers au sens de la Loi, pouvait, lors d’un recours exercé en vertu de l’article 44, invoquer d’autres exceptions que celles visées au paragraphe 20(1).

[50] Le procureur général a soulevé pour la première fois la question de l’article 44 dans le cadre de l’appel de la décision du juge McKeown. Dans de brefs motifs prononcés à l’audience, la Cour a rejeté ses arguments, déclarant simplement qu’elle ne pouvait pas interpréter l’article 44 comme le procureur général le proposait.

[51] L’intimée prétend que *Siemens* a réglé la question sur laquelle nous sommes appelés à nous prononcer. Je conviens avec elle qu’il n’est pas possible de faire une distinction entre *Siemens* et la présente affaire, même si, notamment, ce n’était pas l’article 19 qui était en cause

19, but section 24. Both sections provide that the head of a government institution must refuse to disclose records which fall within the wording of these sections; in the case of section 19, the head of the institution is not to disclose records that contain personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act* and, in the case of section 24, the head of the institution is not to disclose records that contain information, the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II, namely in *Siemens*, pursuant to the DPA.

[52] Consequently, there cannot be much doubt, in my view, that in *Siemens*, this Court decided that a third party could, on a section 44 application, seek to prevent the disclosure of records on the basis of exemptions other than those contained in subsection 20(1) of the Act. I have had occasion to examine the memoranda of fact and law filed in *Siemens* by the Attorney General and by Siemens and, after a careful review thereof, I am satisfied that the issue which is before us was clearly before the Court in *Siemens*. More specifically, the Attorney General, as he does in this case, argued that our decision in *Saint John Shipbuilding Ltd.* supported his proposed interpretation of section 44.

[53] That is why, in my view, the Attorney General, in inviting us to reconsider *Siemens*, does not, to his credit, take the view that the substantive issue was not before our Court in *Siemens*. Rather, he submits that the reasons given in *Siemens* do not appear to have given sufficient consideration to the arguments which he put forward in that case. Hence, on that basis, the Attorney General asks us to overturn *Siemens*.

[54] I now turn to the question of whether we should overturn *Siemens*. In a number of recent decisions, our Court has clearly stated that we will not overrule a prior decision unless the decision is manifestly wrong, i.e. that the Court overlooked a relevant statutory provision or a case that ought to have been followed. In *Miller v. Canada (Attorney General)* (2002), 220 DLR (4th) 149 (F.C.A.), at paragraphs 8, 9 and 10, the Court dealt with the issue in the following terms:

dans *Siemens*, mais l'article 24. Les deux dispositions prévoient que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant, dans le cas de l'article 19, les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, dans le cas de l'article 24, des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II—une disposition de la LPD dans *Siemens*.

[52] Aussi, il ne saurait faire de doute, à mon avis, que la Cour a décidé, dans *Siemens*, qu'un tiers pouvait, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, chercher à empêcher la communication de documents sur la foi d'autres exceptions que celles prévues au paragraphe 20(1) de la Loi. J'ai eu l'occasion d'examiner avec soin les mémoires des faits et du droit déposés dans *Siemens* par le procureur général du Canada et par Siemens, et je suis convaincu que, dans cette affaire, la Cour était clairement saisie de la question sur laquelle nous devons nous prononcer en l'espèce. Plus précisément, comme il le fait également ici, le procureur général prétendait que l'arrêt que nous avons rendu dans *Saint John Shipbuilding Ltd.*, étayait l'interprétation de l'article 44 qu'il proposait.

[53] C'est pourquoi, à mon avis, le procureur général, en nous invitant à réexaminer l'arrêt *Siemens*, ne prétend pas que la Cour n'était pas saisie de la question de fond dans cette affaire. Il soutient plutôt que les motifs donnés dans *Siemens* ne semblent pas indiquer que ses arguments ont été suffisamment pris en considération. C'est pour cette raison qu'il nous demande d'infirmier *Siemens*.

[54] Devrions-nous infirmer l'arrêt *Siemens*? La Cour a récemment indiqué clairement, dans un certain nombre d'affaires, qu'elle n'infirmes pas une décision qu'elle a rendue dans le passé, à moins que celle-ci ne soit manifestement erronée du fait qu'elle n'a pas tenu compte d'une disposition législative pertinente ou d'un précédent qui aurait dû être respecté. La Cour a traité de la question aux paragraphes 8, 9 et 10 de l'arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)* (2002), 220 D.L.R. (4th) 149 (C.A.F.):

There is no doubt that this Court may overrule its own decisions. However, the values of certainty and consistency lie close to the heart of the orderly administration of justice in a system of law and government based on the rule of law. Accordingly, one panel of this Court ought not to depart from a decision of another panel merely because it considers that the first case was wrongly decided. The Supreme Court of Canada will normally be the appropriate forum for correcting the errors of intermediate courts of appeal.

The jurisprudence on the overruling of prior decisions was reviewed by Urie J.A. in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.) at 278-282, and his comments have been approved in subsequent cases: see, for example, *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1996), 197 N.R. 291 (F.C.A.) at 293. To summarize, the jurisprudence cited by Urie J.A. holds that, in the interests of certainty and consistency, sound judicial administration requires that, save in exceptional circumstances, a Court of intermediate appellate jurisdiction should follow its prior decisions. The Court is responsible for the stability, consistency and predictability of the law.

The test used for overruling a decision of another panel of this Court is that the previous decision is manifestly wrong, in the sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed: see, for example, *Eli Lilly and Co.*, and *Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 208 N.R. 395 (F.C.A.) at 396. The same test has been applied by provincial Courts of Appeal: see, for example, *R. v. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577 (C.A.) at 604-05; *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509 (B.C. C.A.) at 511; *R. v. Grumbo* (1988), 159 D.L.R. (4th) 577 (Sask.C.A.) at para. 21; and *Lefebvre c. Québec (Commission des Affaires Sociales)* (1991), 39 Q.A.C. 206.

[55] In *Mathew v. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 115 (F.C.A.); *Wannan v. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 326 (F.C.A.) and *Amado-Cordeiro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 35 (F.C.A.), panels of this Court have reiterated the principle enunciated in *Miller*.

[56] As I indicated earlier, the Attorney General invites us to reconsider *Siemens* on the ground that the panel in that case did not give sufficient consideration to his arguments. Unfortunately for the Attorney General, although I find very appealing his forceful arguments

Il n'y a aucun doute que notre Cour peut renverser ses propres décisions. Toutefois, les valeurs de certitude et de cohérence sont très près du cœur même de l'administration de la justice dans un système de droit et de gouvernement fondé sur la primauté du droit. En conséquence, une formation de notre Cour ne devrait pas s'écarter d'une décision d'une autre formation simplement parce qu'elle considère que l'affaire s'est soldée par une décision erronée. C'est la Cour suprême du Canada qui est normalement l'instance appropriée pour corriger les erreurs commises par des cours d'appel intermédiaires.

La jurisprudence portant sur le renversement de décisions antérieures a été examinée par le juge Urie dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.), aux p. 278 à 282. Ses commentaires ont été cités avec approbation dans des arrêts subséquents, par exemple l'arrêt *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1996), 197 N.R. 291 (C.A.F.), à la p. 293. En bref, la jurisprudence citée par le juge Urie a établi qu'afin d'assurer la constance et l'uniformité, une saine administration de la justice exige que les cours d'appel intermédiaires suivent leurs précédents, sauf circonstances exceptionnelles. La Cour a la responsabilité d'assurer la stabilité, l'uniformité et l'invariabilité du droit.

Le critère utilisé pour renverser la décision d'une autre formation de notre Cour exige que la décision en cause soit manifestement erronée, du fait que la Cour n'aurait pas tenu compte de la législation applicable ou d'un précédent qui aurait dû être respecté: voir, à titre d'exemple, les arrêts *Eli Lilly and Co.*, et *Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 208 N.R. 395 (C.A.F.), à la p. 396. Les cours d'appel provinciales ont utilisé ce même critère: voir, à titre d'exemple, *R. v. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577 (C.A.), aux p. 604 et 605; *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509, à la p. 511 (C.A. C.-B.); *R. c. Grumbo* (1988), 159 D.L.R. (4th) 577 (C.A. Sask.), au par. 21; et *Lefebvre c. Québec (Commission des affaires sociales)* (1991), 39 C.A.Q. 206.

[55] La Cour a réaffirmé le principe énoncé dans *Miller* dans les arrêts *Mathew c. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 115 (C.A.F.); *Wannan c. Canada*, [2004] 1 C.T.C. 326 (C.A.F.), et *Amado-Cordeiro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 35 (C.A.F.).

[56] Comme je l'ai dit précédemment, le procureur général nous demande de réexaminer l'arrêt *Siemens* parce que la Cour n'a pas suffisamment pris en considération ses arguments dans cette affaire. Malheureusement pour lui, même si sa thèse selon

that, in a section 44 application, a third party's right to object to disclosure of records is limited to the records found in subsection 20(1) of the Act, I am of the view that we cannot overturn the decision rendered in *Siemens*. It cannot be said that the Court's decision in that case is "manifestly wrong". The Attorney General did not make any submissions to the effect that the Court, in *Siemens*, had either overlooked a relevant statutory provision or a case that ought to have been followed.

[57] For these reasons, I would dismiss the Attorney General's appeal with costs.

DESJARDINS J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I agree.

laquelle un tiers n'a le droit de s'opposer à la communication que des documents visés au paragraphe 20(1) lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44 est percutante et très intéressante, je ne pense pas que nous puissions infirmer l'arrêt *Siemens*. On ne peut pas dire que cet arrêt est «manifestement erroné». Le procureur général n'a pas démontré que la Cour a omis, dans *Siemens*, de tenir compte d'une disposition législative pertinente ou d'un précédent qui aurait dû être respecté.

[57] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel du procureur général, avec dépens.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-422-03
2004 FCA 250

A-422-03
2004 CAF 250

Rou Lan Xie (*Appellant*) (*Applicant*)

Rou Lan Xie (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*) (*Respondent*)

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*) (*défendeur*)

INDEXED AS: XIE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: XIE c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Pelletier J.J.A.—Winnipeg, June 3; Ottawa, June 30, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Winnipeg, 3 juin; Ottawa, 30 juin 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Exclusion under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) (Convention) — Serious non-political crime — Refugee Protection Division (Board) dismissing appellant's refugee claim — Board also considering appellant facing risk of torture, concluding but for Convention, Art. 1F(b) exclusion, appellant person in need of protection — Federal Court dismissing judicial review application, rejecting argument risk of torture to be weighed against nature of crime when applying exclusion — International warrant for appellant's arrest not illegally obtained — Nothing suggesting risk of torture created, increased by disclosure to Chinese authorities of appellant's refugee claim — Presumption of innocence not applying to issuance of documents initiating criminal proceedings — Board could give weight to warrant — Warrant and appellant's unexplained wealth, when considered together, having probative value — Board not erring in concluding serious reasons to consider appellant having committed serious crime — Application of exclusion not tantamount to final removal order — Those excluded from refugee protection still eligible to apply to Minister for protection at pre-removal risk assessment stage — Board exceeding mandate when dealing with appellant's risk of torture upon return — Once exclusion found to apply, appellant limited to applying for protection, matter within Minister's jurisdiction — Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (S.C.C.) not affecting Board's application of exclusion—Suresh dealing with removal, exclusion in case at bar dealing with denial of refugee protection — Other protection still available — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Exclusion en vertu de l'art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — Crime grave de droit commun — La Section de la protection des réfugiés (Commission) a rejeté la demande d'asile de l'appelante — La Commission a également estimé que l'appelante risquait la torture et a expliqué que, si l'appelante ne faisait pas l'objet de l'exclusion prévue à l'art. 1Fb) de la Convention, elle aurait la qualité de personne à protéger — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de cette décision en rejetant l'argument que les risques de torture devaient être soupesés par rapport à la nature du crime pour décider d'appliquer l'exclusion — Le mandat d'arrestation international lancé contre l'appelante n'était pas illégal — Rien ne permet de penser que la divulgation de la demande d'asile de l'appelante aux autorités chinoises a augmenté ses risques d'être torturée — La présomption d'innocence ne s'applique pas à la délivrance des actes introductifs d'une instance criminelle — La Commission pouvait accorder un certain poids au mandat — La combinaison du mandat et de la richesse inexplicquée de l'appelante a une valeur probante — La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il existait de sérieuses raisons de penser que l'appelante avait commis un crime grave — L'application de l'exclusion n'équivaut pas à une décision définitive de renvoi — Ceux à qui la qualité de réfugié est refusée conservent leur droit de revendiquer la protection du ministre à l'étape de l'évaluation des risques avant renvoi — La Commission a outrepassé son mandat en décidant de se prononcer sur les risques de torture auxquels serait exposée l'appelante en cas de retour en Chine — Dès lors que la Commission avait conclu que l'exclusion s'appliquait, le seul recours de l'appelante était de présenter une demande de protection, question qui ressortissait au ministre — L'arrêt Suresh c. Canada (Ministre de la

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellant's application for judicial review of a Refugee Protection Division (Board) decision that she was excluded from Convention refugee status on the basis of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (commission of a serious non-political crime). The appellant, a citizen of China, arrived in Canada in 2001 and claimed refugee status, alleging that she feared persecution for her refusal to participate in corrupt practices. There is an outstanding international warrant for the arrest of the appellant, alleging that she embezzled 7 million yen from the Chinese state. The appellant and her daughter have \$2.7 million in their bank accounts. The Board rejected the appellant's claim for refugee status but went on to say that the appellant faced a risk of torture at the hands of the Chinese authorities if she were returned to China. The Board concluded that, but for the exclusion under Article 1F(b), the appellant was a person in need of protection. In dismissing the application for judicial review of that decision, the Federal Court rejected the argument that the risk of torture had to be weighed against the nature of the crime when applying the exclusion to the appellant. Two questions were certified for consideration: (1) can a refugee claimant be excluded from protection under Article 1F(b) of the Refugee Convention for committing a purely economic offence; (2) in light of *Suresh*, is the Refugee Division required to conduct a balancing of the nature and severity of the claimant's offence against the possibility that he or she might face torture if returned to his or her country of origin?

The appellant raised three issues. First, she argued that the international warrant for her arrest should not have been admitted into evidence because it was illegally obtained. Secondly, she argued that there was no evidence before the Board capable of supporting a conclusion that there were reasons for considering that she had committed a serious crime since neither her unexplained wealth nor the fact of the warrant were evidence of the commission of the offence. Finally, the appellant argued that a purely economic crime could never constitute a serious crime because it would not meet the test established by the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that a

Citoyenneté et de l'Immigration) (C.S.C.) n'a aucune incidence sur la façon dont la Commission doit appliquer l'exclusion — L'arrêt Suresh porte sur le renvoi du Canada d'une personne qui risquait d'être torturée dans son pays d'origine — L'exclusion en l'espèce porte sur le refus d'accorder l'asile — Il est toujours possible de réclamer un autre type de protection — Appel rejeté.

Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'encontre d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la Commission) avait refusé de lui reconnaître la qualité de réfugiée par application de la section Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (péripétration d'un crime grave de droit commun)—L'appelante, une citoyenne de la Chine, a demandé l'asile à son arrivée au Canada en 2001 au motif qu'elle craignait d'être persécutée en raison de son refus de participer à certaines manœuvres frauduleuses. Un mandat d'arrêt international a été lancé contre elle, pour un détournement de 7 millions de yuan de l'État chinois. L'appelante et sa fille ont 2,7 millions de dollars dans leurs comptes bancaires. La Commission a rejeté la demande d'asile de l'appelante mais a estimé qu'elle risquait d'être torturée par les autorités chinoises si elle devait retourner en Chine. La Commission a expliqué que, si l'appelante ne faisait pas l'objet de l'exclusion prévue à la section Fb) de l'article premier de la Convention, elle aurait la qualité de personne à protéger. Pour rejeter la demande de contrôle judiciaire de cette décision, la Cour fédérale a écarté l'argument que les risques de torture devaient être soupesés par rapport à la nature du crime pour décider de soumettre l'appelante à l'exclusion. Les deux questions suivantes ont été certifiées en vue de leur examen: 1) le demandeur d'asile peut-il être privé de protection en vertu de la section Fb) de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés parce qu'il a commis une infraction purement économique? 2) Compte tenu de l'arrêt *Suresh*, la Section des réfugiés est-elle tenue de soupeser la nature et la gravité de l'infraction commise par le demandeur par rapport au risque qu'il court d'être torturé s'il est renvoyé dans son pays d'origine?

L'appelante a soulevé trois points litigieux. Premièrement, elle a affirmé que le mandat international lancé contre elle n'aurait pas dû être admis en preuve parce qu'il avait été obtenu illégalement. Deuxièmement, elle faisait valoir que la Commission ne disposait d'aucun élément de preuve susceptible de justifier la conclusion qu'il existait de sérieuses raisons de penser qu'elle avait commis un crime grave, étant donné que sa richesse inexpiquée et l'existence du mandat ne constituaient ni l'un ni l'autre la preuve de la perpétration d'une infraction. Finalement, l'appelante soutenait que, puisque la Cour suprême du Canada avait décidé, dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

person can only be removed from Canada to face a risk of torture in “exceptional circumstances”.

Held, the appeal should be dismissed.

The international warrant was not illegally obtained. The fact that Canadian consular officials should not have disclosed that the appellant was making a refugee claim does not mean that it was illegal or unlawful to do so. Canada did not breach its treaty obligations under the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Convention against Torture). There was nothing before the Court to suggest that the disclosure to the Chinese authorities of the appellant’s refugee claim would increase the risk of torture, or would create a risk of torture on its own.

Reliance upon the allegations in the warrant did not offend the presumption of innocence. The presumption of innocence cannot apply to the issuance of documents initiating criminal proceedings because the presumption is inconsistent with an allegation of wrongdoing. The Board was entitled to presume that the warrant for the appellant’s arrest was issued in the belief that she was guilty of misconduct. The fact that the warrant named the appellant, referred to a specific criminal offence, as well as the time and place when the offence was alleged to have been committed, and stipulated a maximum sentence, could all reasonably lead the Board to give the warrant a certain amount of weight. As for the appellant’s unexplained wealth, the combination of the warrant alleging embezzlement of a significant sum of money and the appellant’s possession of a sum of money of comparable order of magnitude for which she had no satisfactory explanation was probative, even though each element taken by itself would not necessarily be so. For those reasons, the Board did not err in concluding that there were serious reasons to consider that the appellant had committed a serious crime.

As for the prohibition against returning a person to face a risk of torture other than in “exceptional circumstances”, the structure of the *Immigration and Refugee Protection Act* as it relates to the determination of claims for protection has two streams, claims for refugee protection and claims for protection in the context of pre-removal risk assessments (PRRA). The certified questions treated the application of the exclusion as being tantamount to a final removal decision, which is not the

l’Immigration), qu’on ne peut renvoyer du Canada une personne qui risque d’être torturée que dans des «circonstances exceptionnelles», un crime purement économique ne peut jamais constituer un crime grave pour l’application de l’exclusion parce qu’il ne peut jamais répondre à la définition de «circonstances exceptionnelles».

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

Le mandat international n’a pas été obtenu illégalement. Le fait que des fonctionnaires du consulat canadien n’auraient pas dû révéler que l’appelante demandait l’asile ne rendait pas pour autant leur conduite illégale ou illicite. Le Canada n’a pas manqué aux obligations qu’il a contractées en vertu de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (la Convention contre la torture). Rien ne permet à la Cour de penser que la divulgation aux autorités chinoises de la demande d’asile de l’appelante a augmenté les risques de cette dernière d’être torturée ou a créé en soi un risque de torture.

Le fait de se fonder sur les accusations formulées dans le mandat ne va pas à l’encontre de la présomption d’innocence. La présomption d’innocence ne peut s’appliquer à la délivrance des actes introductifs d’une instance criminelle, parce que cette présomption est incompatible avec l’accusation d’avoir commis un acte fautif. La Commission avait le droit de présumer que le mandat d’arrestation lancé contre l’appelante reposait sur la conviction qu’elle était coupable d’une faute quelconque. Le fait que l’appelante était nommément désignée dans le mandat, qu’une infraction criminelle précise y était articulée, que le lieu et l’heure de l’infraction reprochée y étaient précisés et que la peine maximale y était signalée pouvaient tous raisonnablement conduire la Commission à accorder une certaine valeur au mandat. Quant à la richesse inexplicée de l’appelante, c’est la combinaison du mandat accusant l’appelante du détournement d’une somme d’argent considérable et la possession, par l’appelante, d’une somme d’argent d’un ordre de grandeur comparable pour laquelle elle n’a aucune explication satisfaisante à fournir qui est probante, même si, pris isolément, chacun de ces éléments n’est peut-être pas probant. Pour ces motifs, la Commission n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il existait de sérieuses raisons de penser que l’appelante avait commis un crime grave.

Quant à l’interdiction, sauf dans des «circonstances exceptionnelles», de renvoyer quelqu’un dans un pays où il risque d’être torturé, l’économie de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* en ce qui concerne la façon de trancher les demandes de protection comporte deux volets, le premier concernant les demandes d’asile et le second, les demandes de protection dans le contexte de l’évaluation des risques avant le renvoi (ERAR). Les questions certifiées

case. Those who, like the appellant, are excluded from refugee protection, are eligible to apply to the Minister for protection at the PRRA stage. There is no reason to believe that decisions which are reserved to the Minister should be given to the Board because there is a risk of torture. The Board exceeded its mandate when it decided to deal with the appellant's risk of torture upon return. Once the Board found that the exclusion applied, it had done everything that it was required to do, and there was nothing more that it could do, for the appellant. The appellant was limited to applying for protection, a matter within the Minister's jurisdiction. The decision of the Supreme Court in *Suresh* does not affect the Board's application of the exclusion. *Suresh* deals with removal from Canada to face a risk of torture. The exclusion deals with denial of refugee protection. Protection remains available, though subject to considerations of public safety and security of Canada. The weighing of the risk of torture against the nature of the crime occurs in the context of the Minister's consideration of the application for protection at the PRRA stage, not in the course of the Board's application of the exclusion. In light of all the above, the first certified question was answered in the affirmative, and the second question was answered in the negative.

reposent sur la prémisse erronée que l'application de l'exclusion équivaut à une décision définitive de renvoi. Ceux à qui la qualité de réfugié a été refusée conservent leur droit de revendiquer la protection du ministre à l'étape de l'ERAR. Il n'y a aucune raison de croire que les décisions que seul le ministre peut prendre devraient pour une raison ou pour une autre être déferées à la Commission dès lors qu'il existe un risque de torture. La Commission a outrepassé son mandat en décidant de se prononcer sur les risques de torture auxquels serait exposée l'appelante en cas de retour en Chine. Dès lors qu'elle avait conclu que l'exclusion s'appliquait, la Commission avait fait tout ce qu'elle devait faire pour l'appelante et elle ne pouvait rien faire de plus pour elle. Le seul recours de l'appelante était alors de présenter une demande de protection, une question qui ressortissait au ministre. L'arrêt *Suresh* de la Cour suprême n'a aucune incidence sur la façon dont la Commission doit appliquer l'exclusion. L'arrêt *Suresh* porte sur le renvoi du Canada d'une personne qui risquait d'être torturée dans son pays d'origine. L'exclusion porte sur le refus d'accorder l'asile. Il est toujours possible de réclamer la protection du ministre, sous réserve toutefois de facteurs ayant trait à la sécurité du public et à celle du Canada. La pondération du risque de torture et de la nature du crime a lieu lors de l'examen, par le ministre, de la demande de protection à l'étape de l'ERAR et non au cours de l'examen, par la Commission, de l'application des cas d'exclusion. Vu ce qui précède, la Cour répond par l'affirmative à la première question certifiée et par la négative, à la seconde.

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], s. 7.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 95, 97, 98, 112, 113, 114, 115.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th)

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.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 95, 97, 98, 112, 113, 114, 115.

JURISPRUDENCE

DÉCISION DISTINCTE:

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R.

1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

CONSIDERED:

Legault v. Canada (Secretary of State) (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192; 219 N.R. 376 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Gil v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] 1 F.C. 508; (1994), 174 N.R. 292 (C.A.); *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

AUTHORS CITED

Baudouin, Jean-Louis. «L'efficacité de la justice vs La détérioration de la présomption d'innocence» (1978), 38 *R. du B.* 455.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, reedited January 1992.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2004] 2 F.C.R. 372; (2003), 239 F.T.R. 59; 34 Imm. L.R. (3d) 220) dismissing the application for judicial review of a Refugee Protection Division decision (*Z.O.M. (Re)*, [2003] R.P.D.D. No. 58 (QL)) excluding the appellant from Convention refugee status on the basis of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

David Matas for appellant.
Sharlene Telles-Langdon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas, Winnipeg, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

(4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

DÉCISION EXAMINÉE:

Legault c. Canada (Secrétaire d'État) (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192; 219 N.R. 376 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1995] 1 C.F. 508; (1994), 174 N.R. 292 (C.A.); *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DOCTRINE

Baudouin, Jean-Louis. «L'efficacité de la justice vs La détérioration de la présomption d'innocence» (1978), 38 *R. du B.* 455.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, réédition janvier 1992.

APPEL interjeté d'une décision de la Cour fédérale ([2004] 2 R.C.F. 372; (2003), 239 F.T.R. 59; 34 Imm. L.R. (3d) 220) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés (*Z.O.M. (Re)*, [2003] D.S.P.R. n° 58 (QL)), qui avait exclu l'appelante du statut de réfugiée en se fondant sur la section Fb de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

David Matas pour l'appelante.
Sharlene Telles-Langdon pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

David Matas, Winnipeg, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: Section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) provides that persons who are excluded from Convention refugee status under section E or F of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention) are also excluded from refugee protection under the Act. One of those exclusions, found at Article 1F(b), applies to persons about whom there are serious reasons for considering that they have committed a serious non-political crime outside the country of refuge. This appeal raises questions about the application of that exclusion in cases where a claimant faces a risk of torture if returned to her country of origin. The appellant argues that the effect of the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), is that the exclusion should not be applied where a person's removal from Canada would expose her to a risk of torture, save for "exceptional circumstances" which do not include an allegation of the commission of purely economic crimes. The respondent's position is that the question of removal from Canada is premature since the effect of the exclusion is simply to deny the appellant refugee protection. The question of removal will be dealt with in the course of the appellant's pre-removal risk assessment (PRRA) where all of the appellant's arguments about the risk of torture can be made. In my view, the respondent's position is correct in law and the appeal should therefore be dismissed.

THE FACTS

[2] This question arises in the context of the appellant's claim for refugee protection. The appellant is a citizen of the People's Republic of China where she was a senior official in the Guangzhou Commission for Foreign Economic Relations and Trade. She claims that

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A.: L'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) prévoit que les personnes qui n'ont pas la qualité de réfugiés par application des sections E ou F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention) ne peuvent non plus avoir la qualité de réfugiés ou de personnes à protéger au sens de la Loi. Parmi les cas d'exclusion, mentionnons celui qui est prévu à la section Fb) de l'article premier, qui vise les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil. Le présent appel soulève des questions au sujet de l'application de cette exclusion dans les cas où le demandeur risque la torture s'il est renvoyé dans son pays d'origine. L'appelante soutient qu'il découle de l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*) que cette exclusion ne s'applique pas lorsque le renvoi de l'intéressé du Canada l'exposerait au risque d'être torturé, sauf s'il existe des «circonstances exceptionnelles». Suivant l'appelante, le fait d'être accusé de crimes purement économiques ne répond pas à la définition de «circonstances exceptionnelles». La thèse de l'intimé est que la question du renvoi du Canada est prématurée, étant donné que l'exclusion a simplement pour effet de refuser le droit d'asile à l'appelante. La question du renvoi du Canada sera traitée lors de l'examen des risques avant renvoi de l'appelante (ERAR). Lors de cet examen, l'appelante aura tout le loisir de faire valoir ses arguments au sujet des risques de torture. À mon avis, la thèse de l'intimé est bien fondée en droit et l'appel devrait par conséquent être rejeté.

LES FAITS

[2] La présente question est soulevée dans le cadre de la demande d'asile de l'appelante. L'appelante est une citoyenne de la Chine, où elle était un des cadres supérieurs de la Commission des relations économiques et du commerce extérieur de Guangzhou. Elle affirme

she feared she was about to be targeted for her refusal to participate in corrupt practices, so she fled China in August 1999. She arrived in Canada in 2001 after having sojourned in various countries, including a 19-month stay in Venezuela. Upon her arrival, she made a claim for refugee protection.

[3] In the course of processing her claim, two facts emerged. The first is that the appellant and her daughter had to their names bank accounts containing approximately \$2.7 million. The second is that at the request of the Chinese authorities, an international warrant for the arrest of the appellant has been issued in which it is alleged that she embezzled over “CNY 7 million” from the Chinese state.

[4] After carefully considering the appellant’s account of the reasons for her flight from China, a single member of the Refugee Protection Division (the Board) found that the appellant lacked credibility [*Z.O.M. (Re)*, [2003] R.P.D.D. No. 58 (QL)]. In particular, the Board did not believe that the appellant was forced to flee China to avoid persecution for refusing to participate in corrupt practices and for criticizing the state’s economic policies. Nor, given her modest circumstances in China, did the Board believe the appellant’s explanation for her wealth. On the basis of the appellant’s unexplained wealth and the outstanding warrant for her arrest, the Board applied the exclusion found at Article 1F(b) of the Convention, which excludes from the status of Convention refugee any person with respect to whom there are “serious reasons for considering that . . . [h]e has committed a serious non-political crime outside the country of refuge”.

[5] Notwithstanding its conclusion that the exclusion applied, the Board went on to consider the appellant’s claim for refugee protection. Given its findings as to credibility, it found that there was no *nexus* between the appellant’s conduct and the Convention grounds for the granting of refugee status, and therefore the appellant

que, parce qu’elle craignait d’être prise pour cible en raison de son refus de participer à certaines manœuvres frauduleuses, elle s’est enfuie de la Chine en août 1999. Elle est arrivée au Canada en 2001 après avoir séjourné dans divers pays, dont 19 mois au Venezuela. Elle a demandé l’asile à son arrivée au Canada.

[3] Lors de l’examen de sa demande d’asile, les deux faits suivants sont ressortis. En premier lieu, il a été établi que l’appelante et sa fille avaient à leur nom des comptes bancaires dans lesquels se trouvaient environ 2,7 millions de dollars. En second lieu, il a été constaté qu’à la demande des autorités chinoises, un mandat d’arrêt international avait été lancé contre l’appelante, qui était recherchée pour détournement de «sept millions de yuan» de l’État chinois.

[4] Après avoir examiné attentivement les raisons invoquées par l’appelante pour expliquer pourquoi elle s’était enfuie de la Chine, le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (la Commission) qui était saisi de l’affaire a estimé que l’appelante n’était pas crédible [*Z.O.M. (Re)*, [2003] D.S.P.R. n° 58 (QL)]. En particulier, la Commission a déclaré qu’elle ne croyait pas que l’appelante avait été contrainte de fuir la Chine afin d’éviter d’être persécutée pour avoir refusé de tremper dans des manœuvres frauduleuses et pour avoir critiqué les politiques économiques de l’État. De plus, compte tenu du train de vie modeste qu’elle menait en Chine, la Commission n’a pas cru les explications avancées par l’appelante pour expliquer la provenance de sa fortune. Se fondant sur la richesse inexplicée de l’appelante et sur le mandat d’arrestation lancée contre elle, la Commission a appliqué l’exclusion que l’on trouve à la section Fb) de l’article premier de la Convention, qui a pour effet de refuser la qualité de réfugié aux personnes «dont on aura des raisons sérieuses de penser [. . .] [q]u’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil».

[5] Malgré sa conclusion que cette exclusion s’appliquait, la Commission a poursuivi en examinant la demande d’asile de l’appelante. Vu ses conclusions sur la crédibilité, la Commission a estimé qu’il n’existait aucun lien entre les agissements de l’appelante et les motifs énumérés dans la Convention qui permette de

was not a Convention refugee. On the other hand, it considered that, in light of the offence with which the appellant was charged, she faced a risk of torture at the hands of the Chinese authorities if she were returned to China. The Board's conclusion was that, but for the exclusion, the appellant was a person in need of protection. However, having applied the exclusion, the Board rejected the appellant's claim for refugee protection.

[6] The appellant sought judicial review of the Board's decision in the Federal Court. Her application came before Kelen J. who dismissed it at [2004] 2 F.C.R. 372. The learned Judge found that the Board's conclusion as to the appellant's credibility was not patently unreasonable. He also found that the Board was entitled to consider the international warrant in deciding whether there were serious reasons for considering that the appellant had committed a serious crime. After reviewing the UNHCR Handbook [*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*], Federal Court jurisprudence and academic commentary on the subject, Kelen J. held that there was no basis for concluding that a purely economic crime could not be a serious crime within the meaning of the exclusion.

[7] The Judge then considered the argument that the Board erred in not weighing the risk of torture against the nature of the crime when applying the exclusion to the appellant. He applied the jurisprudence of this Court in *Gil v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 508 (C.A.) (*Gil*) and *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.) (*Malouf*), in which the notion of balancing in the application of the exclusion at Article 1F(b) was rejected. He also dismissed the argument that the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh* had changed the law in this regard. He distinguished *Suresh* on the basis that it was a case dealing with removal from Canada whereas the present case is one where the appellant seeks admission to

reconnaître le statut de réfugié et elle a donc jugé que l'appelante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention. En revanche, la Commission a estimé que, compte tenu des accusations portées contre elle, l'appelante risquait d'être torturée par les autorités chinoises si elle devait retourner en Chine. La Commission a conclu que, si l'appelante n'était pas exclue de la définition de personne ayant besoin d'asile, elle aurait la qualité de personne à protéger. Toutefois, ayant appliqué l'exclusion en question, la Commission a rejeté la demande d'asile de l'appelante.

[6] L'appelante a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Sa demande a été soumise au juge Kelen, qui l'a rejetée à [2004] 2 R.C.F. 372. Le juge Kelen a estimé que la conclusion tirée par la Commission au sujet de la crédibilité de l'appelante n'était pas manifestement déraisonnable. Il a également jugé que la Commission avait le droit de tenir compte du mandat d'arrêt international pour décider s'il existait des raisons sérieuses de penser que l'appelante avait commis un crime grave de droit commun. Après avoir passé en revue le Guide du HCR [*Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*], la jurisprudence de la Cour fédérale et la doctrine sur le sujet, le juge Kelen a estimé que rien ne permettait de conclure qu'un crime purement économique ne pouvait être considéré comme un crime grave au sens de la disposition d'exclusion.

[7] Le juge a ensuite examiné l'argument que la Commission avait commis une erreur en ne soupesant pas les risques de torture par rapport à la nature du crime pour décider de soumettre l'appelante à l'exclusion en question. Le juge a appliqué la jurisprudence de notre Cour, et plus particulièrement les arrêts *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508 (C.A.) (*Gil*) et *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.) (*Malouf*), dans lesquels le concept de la pondération dans l'application de l'exclusion prévue à la section Fb) de l'article premier a été écarté. Il a également rejeté l'argument que l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême du Canada avait changé le droit à cet égard. Il a établi une distinction entre la présente espèce et

Canada. He relied upon the Convention, as well as the academic commentary with respect to the Convention, in concluding that a lower standard applies to admission decisions than to removal decisions.

[8] Finally, Kelen J. dealt with the argument that section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) applied to prevent removal of the appellant to a risk of torture by pointing out that the proper forum for such an argument is the PRRA, which is provided for at section 112 (and following) of the Act. Accordingly, the learned Applications Judge dismissed the application for judicial review.

THE CERTIFIED QUESTIONS

[9] Kelen J. certified two questions [at paragraph 48]:

1. Can a refugee claimant be excluded from protection under Article 1F(b) of the Refugee Convention for committing a purely economic offence?
2. In light of *Suresh*, is the Refugee Division required to conduct a balancing of the nature and severity of the claimant's offence against the possibility that he or she might face torture if returned to his or her country of origin?

[10] Before this Court, counsel for the appellant reformulated the questions on the basis of the Board's conclusion that the appellant was at risk of torture if returned to China to face the charges pending against her. While the certified questions do not limit the scope of the appeal (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 12), they represent the Application Judge's view of the serious question of general importance raised by the

l'affaire *Suresh* en expliquant que celle-ci portait sur le renvoi d'une personne du Canada alors que la présente affaire concerne une demande d'admission au Canada. Se fondant sur le texte de la Convention, de même que sur des articles rédigés par des spécialistes sur la Convention, il a conclu que la norme applicable aux décisions relatives à l'admission est moins rigoureuse que celle qui régit les décisions en matière de renvoi.

[8] Finalement, le juge Kelen s'est penché sur l'argument suivant lequel l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) s'applique de manière à empêcher le renvoi de l'appelante en raison des risques de torture auxquels elle serait exposée. Le juge Kelen a souligné que c'est lors de l'examen des risques avant renvoi prévu aux articles 112 et suivants de la Loi que cette question doit normalement être examinée. Le juge de première instance a par conséquent rejeté la demande de contrôle judiciaire.

LES QUESTIONS CERTIFIÉES

[9] Le juge Kelen a certifié les deux questions suivantes [au paragraphe 48]:

1. Un demandeur d'asile peut-il être privé de protection en vertu de la section Fb) de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés parce qu'il a commis une infraction purement économique?
2. Compte tenu de l'arrêt *Suresh*, la Section des réfugiés est-elle tenue de soupeser la nature et la gravité de l'infraction commise par le demandeur par rapport au risque que celui-ci soit torturé s'il est renvoyé dans son pays d'origine?

[10] Devant notre Cour, l'avocat de l'appelante a formulé différemment ces questions en raison de la conclusion de la Commission que l'appelante risquait d'être torturée si elle retournait en Chine pour répondre aux accusations portées contre elle. Bien que les questions certifiées ne restreignent pas la portée de l'appel (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 12), elles traduisent l'opinion du juge de première

application for judicial review. To that extent, counsel's reformulation of the questions treads upon the Application Judge's discretion. The issues raised by the appellant can be disposed of in the appeal without the necessity of reformulating the questions.

THE APPELLANT'S ARGUMENTS

[11] The appellant raised three issues. She argued that the international warrant ought not to have been admitted into evidence because it was illegally obtained. By allowing the warrant to go into evidence, the Board brought the administration of justice into disrepute. Secondly, she argued that even if the warrant was allowed into evidence, there was no evidence before the Board capable of supporting a conclusion that there were serious reasons for considering that she had committed a serious crime, since neither her unexplained wealth nor the fact of the warrant were evidence of the commission of an offence. The appellant's final argument was that since the Supreme Court had decided in *Suresh* that a person could only be removed from Canada to face a risk of torture in "exceptional circumstances", a purely economic crime could never constitute a serious crime for the purposes of the application of the exclusion because it would not meet the test of "exceptional circumstances". Furthermore, given the absolute prohibition against return to the risk of torture in the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] (Convention against Torture), there is never any question of balancing the seriousness of the crime alleged against a claimant and the risk of the torture. Counsel for the appellant candidly admitted that the issue of return to torture is determinative of this appeal. Finally, there was considerable discussion as to the criteria for determining whether a purely economic crime may be a "serious non-political crime" within the meaning of Article 1F(b) of the Convention. To the extent that his analysis deals with the question of "serious non-political crime" independently of the issue of torture, I adopt Kelen J.'s reasons and conclusion. I do not propose to deal with this issue any further.

instance quant aux questions graves de portée générale soulevées par la demande de contrôle judiciaire. En reformulant les questions, l'avocat a donc empiété sur le pouvoir discrétionnaire du juge. Les questions soulevées par l'appelante peuvent être résolues dans le cadre de l'appel sans qu'il soit nécessaire de les reformuler.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DE L'APPELANTE

[11] L'appelante soulève trois points litigieux. Elle affirme que le mandat international n'aurait pas dû être admis en preuve parce qu'il a été obtenu illégalement. En admettant le mandat en preuve, la Commission a déconsidéré l'administration de la justice. L'appelante fait ensuite valoir que, même si la Commission a admis le mandat en preuve, elle ne disposait d'aucun élément de preuve susceptible de justifier la conclusion qu'il existait de sérieuses raisons de penser qu'elle avait commis un crime grave, étant donné que sa richesse inexpiquée et l'existence du mandat ne constituaient ni l'un ni l'autre la preuve de la perpétration d'une infraction. Finalement, l'appelante soutient que, puisque la Cour suprême du Canada a décidé, dans l'arrêt *Suresh*, qu'on ne peut renvoyer du Canada une personne qui risque d'être torturée que dans des «circonstances exceptionnelles», un crime purement économique ne peut jamais constituer un crime grave pour l'application de l'exclusion parce qu'il ne peut jamais répondre à la définition de «circonstances exceptionnelles». Qui plus est, compte tenu de l'interdiction absolue de renvoyer quelqu'un dans un pays où il risque d'être torturé qui est formulée dans la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36] (la Convention contre la torture), il n'est jamais question de soupeser la gravité du crime reproché à un demandeur par rapport à son risque d'être torturé. L'avocat de l'appelante a franchement reconnu que la question du renvoi de l'appelante dans un pays où elle risque d'être torturée est la question qui scellera le sort du présent appel. Finalement, les parties ont longuement débattu des critères à appliquer pour déterminer si un crime purement économique peut ou non constituer un «crime grave de droit commun» au sens de la section Fb) de l'article premier de la Convention. Dans la mesure où son analyse porte sur la question des «crimes graves de droit commun» indépendamment de la question de la

torture, je souscris aux motifs et à la conclusion du juge Kelen. Je n'ai pas l'intention de m'arrêter plus longtemps sur cette question.

ANALYSIS

Admissibility of the warrant

[12] I begin by disposing of the first two issues raised by the appellant. The basis for the allegation that the international warrant was illegally obtained is the diplomatic note which accompanied the warrant. In that note, the Foreign Affairs Bureau of the Public Security Ministry of the People's Republic of China acknowledged that:

On April 23, the Public Security Agency in the Guangdong Province of our country received a note from your consulate in Guangzhou, stating that a Chinese woman by the name of XIE Rou Lan was in the process of making a refugee claim in Canada, but said person was not in possession of any valid identity documents, and requested verification as to whether XIE was facing any allegations of criminal offence(s) in China.

[13] The Board [at paragraph 71] expressed its discomfiture over the fact that Canadian consular officials had disclosed that a particular individual was making a refugee claim:

I would add that I have concern as to how the claimant's presence in Canada came to the attention of the Chinese authorities. . . . It would appear that the Canadian government informed the alleged persecutor of the refugee claim, something that should not have happened. Indeed, the Minister's Representative was at pains to make it clear at the hearing that this should not have occurred.

[14] But the fact that something "should not have occurred" does not mean that it is either illegal or unlawful. When pressed as to the basis for the allegation that the warrant was illegally obtained, counsel argued that by bringing the appellant to the attention of the Chinese authorities, the government had increased the risk of torture in the event of her return. Given the requirement in the Convention against Torture that the subscribing parties take steps to prevent torture, the government had breached its treaty obligations which,

ANALYSE

Admissibilité du mandat

[12] Je commencerai par régler les deux premières questions soulevées par l'appelante. Au soutien de son allégation que le mandat international a été obtenu illégalement, l'appelante cite la note diplomatique qui accompagnait le mandat. Dans cette note, le Bureau des affaires étrangères du ministère de la Sécurité publique de la République populaire de Chine reconnaît ce qui suit:

[TRADUCTION] Le 23 avril, l'Agence de la sécurité publique de la province de Guangdong de notre pays a reçu une note de votre consul à Guangzhou déclarant qu'une Chinoise du nom de XIE Rou Lan était en train de présenter une demande d'asile au Canada; cependant, cette personne ne possédait pas de papiers d'identité valides et le consulat a demandé de vérifier si M^{me} XIE faisait l'objet d'accusations d'infraction(s) criminelle(s) en Chine.

[13] La Commission [au paragraphe 71] s'est dit préoccupée par le fait que des fonctionnaires du consulat canadien avaient révélé qu'une personne déterminée demandait l'asile:

J'ajouterais que je m'inquiète de la façon dont la présence de la demandeur au Canada est parvenue à l'attention des autorités chinoises [. . .] Il semblerait que le gouvernement canadien a informé le prétendu procureur de la demande d'asile, ce qui n'aurait pas dû se produire. En fait, le représentant du ministre s'est efforcé lors de l'audience d'expliquer que cela n'aurait pas dû se produire.

[14] Mais ce n'est pas parce qu'une chose «n'aurait pas dû se produire» qu'elle est pour autant illégale ou illicite. Lorsqu'on a insisté pour qu'il explique les raisons pour lesquelles il soutenait que le mandat avait été obtenu illégalement, l'avocat a répondu qu'en signalant aux autorités chinoises la présence de sa cliente au Canada, le gouvernement avait augmenté les risques de cette dernière d'être torturée si elle devait retourner en Chine. Vu l'obligation imposée par la Convention contre la torture aux parties signataires de prendre des

for present purposes, ought to be treated as an unlawful act.

[15] It is pure speculation as to whether the disclosure of the appellant's refugee claim increased the risk of torture. From what one can gather from the Board's reasons, the risk of torture arises in the course of detention during the criminal investigation. There is nothing before us to suggest that the disclosure that a refugee claim has been made would affect that particular risk, or would create a risk of torture on its own.

[16] Even if one assumes that the Chinese diplomatic note is an accurate report of the course of events, the apparent lapse by the consular service does not provide a basis for saying that the warrant was illegally obtained evidence. Consequently, the question of exclusion of the warrant on the ground that it would bring the administration of justice into disrepute does not arise.

Evidence of criminality

[17] Counsel also argued that even if the warrant is admitted into evidence, there is no evidence which would lead one to consider that the appellant has committed a serious crime outside Canada. This is so for two reasons. The first is that reliance upon the warrant itself is contrary to the presumption of innocence. The second is that neither the warrant nor the appellant's unexplained wealth are evidence of criminality.

The presumption of innocence

[18] Counsel argued that reliance upon the allegations in the warrant offended the presumption of innocence since the warrant contained nothing but unproven allegations which have no evidentiary value until proven in a court of law. The presumption of innocence cannot apply to the issuance of the documents initiating criminal proceedings because the presumption is inconsistent with an allegation of wrongdoing. One does not issue a warrant for the arrest of a person without a reasonable

mesures pour empêcher la torture, le gouvernement s'est rendu coupable d'un manquement aux obligations que ce traité mettait à sa charge, manquement qui, en l'espèce, devrait être considéré comme un acte illicite.

[15] La question de savoir si le fait de divulguer la demande d'asile de l'appelante a augmenté ses risques d'être torturée relève de la pure spéculation. Autant qu'on puisse en juger à la lecture des motifs de la Commission, les risques de torture augmentent lors de la détention qui a lieu au cours de l'enquête criminelle. Nous ne disposons d'aucun élément qui nous permette de penser que le fait de révéler qu'une demande d'asile a été présentée a une incidence sur ce risque précis ou crée de son propre chef un risque de torture.

[16] Même en supposant que la note diplomatique chinoise donne une image fidèle des faits qui se sont produits, la présumée bévue des services consulaires ne permet pas d'affirmer que le mandat constitue un élément de preuve obtenu illégalement. En conséquence, la question de l'exclusion du mandat au motif qu'il déconsidère l'administration de la justice ne se pose pas.

Éléments de preuve relatifs à la criminalité

[17] L'avocat soutient également que, même si le mandat est admis en preuve, il n'y a aucun élément de preuve qui permette de penser que l'appelante a commis un crime grave à l'étranger et ce, pour deux raisons. Premièrement, le fait d'invoquer le mandat va lui-même à l'encontre de la présomption d'innocence. En second lieu, ni le mandat ni la richesse inexpliquée de l'appelante ne constituent des éléments de preuve de criminalité.

La présomption d'innocence

[18] L'avocat a soutenu que le fait de se fonder sur les accusations formulées dans le mandat va à l'encontre de la présomption d'innocence étant donné que le mandat ne renferme que des accusations non prouvées qui n'ont aucune valeur probante tant que leur bien-fondé n'a pas été établi devant une cour de justice. La présomption d'innocence ne peut s'appliquer à la délivrance des actes introductifs d'une instance criminelle, parce que cette présomption est incompatible avec l'accusation d'avoir

belief that the person has committed a criminal offence. The presumption of innocence applies to those who must determine whether the person is, in fact and in law, guilty of the crime alleged against her.

[19] The role of the presumption of innocence was set out succinctly by Jean-Louis Baudouin in a report of a panel discussion on the effectiveness of the justice system and the deterioration of the presumption of innocence (“L’efficacité de la justice vs La détérioration de la présomption d’innocence” (1978), 38 *R. du B.* 455 [at pages 456-457]:

[TRANSLATION] The criminal justice investigation system, in operational terms, does not now operate, nor has it in the past, on the presumption of innocence but rather on the basis of a moral certitude (“conviction intime”) of guilt, which in some ways resembles a kind of presumption of guilt, not in a legal sense but in a common sense kind of way. So it is that for the police to arrest someone, there must be “reasonable and probable grounds” to believe that the accused has committed a crime. The arrest is therefore based upon the moral certitude that the accused is culpable. When the Crown subsequently lays a charge, it presumes or anticipates the ultimate conviction of the accused. This so-called presumption of guilt is therefore a functional premise. It informs the operation of the penal system by designating those who are to be subject to the system, as opposed to those who are not.

The presumption of innocence operates on another level. It requires those who are to decide on the guilt of the accused to perform a logical *tour de force* relative to the preceding steps in the process. It requires them to ignore probabilities, to discard the logical conclusions drawn earlier in the proceedings. The presumption of innocence accordingly is not functional. It is legal, ideological and normative. The accused must be treated by the Court “as though” he is innocent even though all earlier operations point to his guilt.

[20] The Board was entitled to presume that the warrant for the appellant’s arrest was issued in the belief that she was guilty of misconduct. The presumption of innocence would apply to the proof of that misconduct, but it does not apply so as to prevent the Board from

commis un acte fautif. On ne peut lancer un mandat d’arrestation contre une personne sans avoir des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis une infraction criminelle. La présomption d’innocence s’applique à ceux qui doivent décider si l’accusé est, en fait et en droit, coupable du crime qu’on lui reproche.

[19] Le rôle de la présomption d’innocence a été expliqué succinctement par Jean-Louis Baudouin dans un compte rendu d’une table ronde sur l’efficacité de la justice et le déclin de la présomption d’innocence («L’efficacité de la justice vs La détérioration de la présomption d’innocence» (1978), 38 *R. du B.* 455 [aux pages 456 et 457]:

Le système d’investigation de la justice criminelle, sur le plan opérationnel, fonctionne à l’heure actuelle et a toujours fonctionné, non pas en vertu du système de la présomption d’innocence mais bien au contraire en vertu d’un système «d’intime conviction» plus proche, dans un certain sens d’une sorte de présomption de culpabilité entendue non pas dans son sens judiciaire mais dans son sens commun. Ainsi, la police pour procéder à une arrestation doit avoir des «motifs raisonnables et probables» de croire que l’accusé a commis un acte criminel. L’arrestation est donc fondée sur la conviction intime que l’accusé a quelque chose à se reprocher. Lorsque en second lieu la Couronne porte une accusation, elle présume en quelque sorte ou prend pour acquis l’éventuelle culpabilité judiciaire de l’accusé. Cette soi-disant présomption de culpabilité est donc une présomption d’ordre fonctionnel. Elle indique comment la machine pénale doit fonctionner en désignant qui doit entrer dans le système et qui, au contraire, doit en être tenu à l’écart.

La présomption d’innocence se situe sur un autre plan. Elle oblige ceux qui ont à prendre une décision sur la culpabilité de l’accusé à un véritable tour de force contraire à la logique suivie jusqu’ici. Elle les oblige à ignorer la probabilité des faits, à écarter complètement les déductions logiques auxquelles le système est arrivé antérieurement. La présomption d’innocence n’est donc pas fonctionnelle. Elle est légale, idéologique et normative. L’accusé doit être traité par la Cour «comme si» il était innocent alors que toutes les opérations antérieures pointent vers sa culpabilité.

[20] La Commission avait le droit de présumer que le mandat d’arrestation lancé contre l’appelante reposait sur la conviction qu’elle était coupable d’une faute quelconque. La présomption d’innocence s’appliquerait à la preuve de cette faute, mais elle n’a pas pour effet

taking the Chinese state's belief in her guilt into account in deciding if there are serious reasons to consider that she committed the crime with which she is charged.

Probative value of the evidence of criminality

[21] Counsel went on to argue that even if the warrant was received in evidence, it contained only allegations and no proof as to the commission of an offence. Counsel distinguished this case from *Legault v. Canada (Secretary of State)* (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192 (F.C.A.) (*Legault*), in which this Court held that an adjudicator could rely upon an indictment and an arrest warrant to conclude that there were reasonable grounds to conclude that the claimant had committed a serious offence outside Canada. According to counsel, the warrant and indictment in *Legault* contained detailed particulars of the crimes alleged against the claimant, as opposed to the skeletal details contained in the warrant in question here.

[22] In deciding what weight to give to the warrant, the Board was entitled to consider that it named the appellant, it referred to a specific criminal offence, as well as the time and place when the offence was alleged to have been committed, and stipulated a maximum sentence. All of those details could reasonably lead the Board to give the warrant a certain amount of weight. Counsel sought to make much of the fact that the maximum sentence was wrongly stated to be life imprisonment when, in actual fact, the maximum penalty is the death penalty. The disposition in question provides for a maximum penalty of imprisonment in excess of 10 years to life, and to the death penalty in "especially serious cases" (Appeal Book, at page 119). Rather than being an error, the statement of the maximum punishment in the warrant may simply reflect the Chinese state's view that the appellant's case is not serious enough to warrant the death penalty. No useful purpose is served by speculating as to the intentions of the Chinese authorities at this stage.

d'empêcher la Commission de tenir compte de la conviction des autorités chinoises quant à sa culpabilité pour décider s'il existait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait commis le crime dont elle était accusée.

Valeur probante des éléments de preuve relatifs à la criminalité

[21] L'avocat poursuit en faisant valoir que, même si le mandat a été admis en preuve, il se résume à des allégations et ne constitue pas une preuve de la perpétration d'une infraction. L'avocat fait une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Legault c. Canada (Secrétaire d'État)* (1997), 42 Imm. L.R. (2d) 192 (C.A.F.) (*Legault*), dans laquelle notre Cour a jugé qu'un arbitre pouvait se fonder sur un acte d'accusation et un mandat d'arrestation pour conclure à l'existence de motifs raisonnables de penser que le demandeur a commis un crime grave à l'étranger. Suivant l'avocat, dans l'affaire *Legault*, le mandat et l'acte d'accusation renfermaient des détails des crimes reprochés au demandeur alors qu'en l'espèce, le mandat ne contient que d'infimes détails.

[22] Pour décider de la valeur à accorder au mandat, la Commission avait le droit de tenir compte du fait que l'appelante y était nommément désignée, qu'une infraction criminelle précise y était articulée, que le lieu et l'heure de l'infraction reprochée y était précisés et que la peine maximale y était signalée. Tous ces détails pouvaient raisonnablement conduire la Commission à accorder un certain poids au mandat. L'avocat a cherché à tabler sur le fait qu'il était précisé à tort que la peine maximale était l'emprisonnement à perpétuité alors qu'en fait, la peine maximale est la peine capitale. La disposition en question prévoit comme peine maximale une peine allant de l'emprisonnement minimal de 10 ans à l'emprisonnement à perpétuité, et la peine de mort [TRADUCTION] «dans les cas particulièrement graves» (dossier d'appel, à la page 119). Loin d'être une erreur, la mention de la peine maximale dans le mandat indique peut-être plutôt que l'État chinois considérait que le cas de l'appelante n'était pas assez grave pour justifier la peine de mort. Il est sans intérêt à cette étape-ci de se lancer dans des spéculations quant aux intentions des autorités chinoises.

[23] Counsel also argued that just as the warrant was not evidence of criminality, neither was the appellant's unexplained wealth. Wealth for which there is no explanation is not criminal; it is merely unexplained. It is not a crime to have unexplained wealth, and not all those who have unexplained wealth have acquired it by criminal means. I agree that unexplained wealth is not, in and of itself, evidence of criminality. However, in the context of an allegation of embezzlement of millions of dollars, unexplained wealth acquires a certain probative value. It may not be sufficient proof of criminality but it cannot be said that it is no proof at all. In the end, it is the combination of the warrant alleging embezzlement of a significant sum of money and the appellant's possession of a sum of money of a comparable order of magnitude for which she has no satisfactory explanation which is probative, even though each element taken by itself would not necessarily be so. For those reasons, the Board did not err in concluding that there were serious reasons to consider that the appellant had committed a serious crime. The fact that this evidence falls far short of the standard of proof in criminal cases is of no moment since the issue is not whether the appellant committed the crime of which she is accused. The issue is whether there are serious reasons for considering that she did. The evidence before the Board is capable of supporting that conclusion.

Suresh and removal to the risk of torture

[24] As noted above, the appellant's principal argument is that since Canadian law prohibits the return of a person to face a risk of torture other than in "exceptional circumstances", a person cannot be excluded from refugee protection for purely economic crimes because those crimes will never amount to "exceptional circumstances". It is implicit in the appellant's argument that she treats the exclusion from

[23] L'avocat ajoute que, tout comme le mandat ne constitue pas une preuve de criminalité, la richesse inexpliquée de l'appelante ne prouve pas non plus qu'elle a commis un acte criminel. Une richesse inexpliquée n'a rien de criminel; elle est tout simplement inexpliquée. Ce n'est pas un crime de posséder une fortune énigmatique et ce ne sont pas tous ceux qui ont une richesse inexpliquée qui l'ont acquise par des moyens criminels. Je conviens qu'une richesse inexpliquée ne constitue pas en soi une preuve de criminalité. Toutefois, dans le contexte d'une accusation de détournement de fonds se chiffrant à plusieurs millions de dollars, la richesse inexpliquée acquiert une certaine valeur probante. Elle ne constitue peut-être pas une preuve de criminalité suffisante, mais on ne saurait prétendre qu'elle ne constitue aucune preuve. En dernière analyse, c'est la combinaison du mandat accusant l'appelante du détournement d'une somme d'argent considérable et la possession, par l'appelante, d'une somme d'argent d'un ordre de grandeur comparable pour laquelle elle n'a aucune explication satisfaisante à fournir qui est probante, même si, pris isolément, chacun de ces éléments n'est peut-être pas probant. Pour ces motifs, la Commission n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il existait de sérieuses raisons de penser que l'appelante avait commis un crime grave. Le fait que cet élément de preuve ne satisfasse pas à la norme de preuve appliquée dans les affaires criminelles est sans importance, étant donné que la question qui se pose n'est pas celle de savoir si l'appelante a effectivement commis le crime dont elle est accusée. La question à résoudre est celle de savoir s'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle a commis un tel crime. Or, la preuve soumise à la Commission permettait à cette dernière de tirer cette conclusion.

L'arrêt Suresh et la suppression du risque de torture

[24] Comme il a déjà été signalé, le principal argument de l'appelante est que, comme le droit canadien interdit d'expulser une personne vers un pays où elle risque d'être torturée, sauf dans des «circonstances exceptionnelles», l'asile ne peut être refusé à l'auteur d'un crime purement économique parce qu'un tel crime ne peut en aucun cas constituer une «circonstance exceptionnelle». Le raisonnement de

refugee protection as tantamount to removal from Canada.

[25] The difficulty with the appellant's argument is that it runs counter to the scheme of the Act. It is an attempt to confer upon the Refugee Protection Division a discretion which the Act specifically confers upon the Minister.

[26] Whereas the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, offered asylum only to Convention refugees, and to those who were allowed to remain in Canada on humanitarian and compassionate grounds (including the risk of inhumane treatment upon their return to their country of origin), the present Act extends and consolidates the grounds upon which Canada will accept persons at risk of harm. It does so through the use of the concepts of refugee protection and protected person. Refugee protection is offered to Convention refugees, to persons in need of protection and, with some exceptions, to persons whose application for protection is allowed. Those to whom refugee protection is extended are given the status of protected persons:

95. (1) Refugee protection is conferred on a person when

(a) the person has been determined to be a Convention refugee or a person in similar circumstances under a visa application and becomes a permanent resident under the visa or a temporary resident under a temporary resident permit for protection reasons;

(b) the Board determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection; or

(c) except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection.

(2) A protected person is a person on whom refugee protection is conferred under subsection (1), and whose claim or application has not subsequently been deemed to be rejected under subsection 108(3), 109(3) or 114(4).

[27] There are three ways in which refugee protection can be obtained. In the first place, refugee protection is extended to persons falling within the definition of Convention refugee, which has not been changed by the new Act. Secondly, refugee protection is also extended

l'appelante suppose implicitement que refuser l'asile à quelqu'un équivaut à le renvoyer du Canada.

[25] La difficulté que pose le raisonnement de l'appelante est qu'il va à l'encontre de l'économie de la Loi. Il revient à chercher à conférer à la Section de la protection des réfugiés un pouvoir discrétionnaire que la Loi attribue expressément au ministre.

[26] Alors que l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, offrait l'asile uniquement aux réfugiés au sens de la Convention et à ceux qui étaient autorisés à demeurer au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire (y compris le risque d'être victime de traitements inhumains en cas de retour dans son pays d'origine), la Loi actuelle augmente et solidifie les motifs pour lesquels le Canada accepte d'accueillir des personnes qui risquent de subir de mauvais traitements. Pour ce faire, elle recourt aux concepts d'asile et de personne protégée. L'asile est la protection conférée aux réfugiés, aux personnes à protéger et aux personnes dont la demande de protection a été accordée. La personne à qui l'asile est conféré est appelée personne protégée. Voici les dispositions applicables:

95. (1) L'asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas:

a) sur constat qu'elle est, à la suite d'une demande de visa, un réfugié ou une personne en situation semblable, elle devient soit un résident permanent au titre du visa, soit un résident temporaire au titre d'un permis de séjour délivré en vue de sa protection;

b) la Commission lui reconnaît la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger;

c) le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3).

(2) Est appelée personne protégée la personne à qui l'asile est conféré et dont la demande n'est pas ensuite réputée rejetée au titre des paragraphes 108(3), 109(3) ou 114(4).

[27] Il y a trois façons d'obtenir l'asile. Tout d'abord, l'asile est conféré aux personnes qui répondent à la définition de réfugié, définition qui est demeurée inchangée dans la nouvelle Loi. Deuxièmement, l'asile est conféré aux personnes à qui est reconnue la qualité de

to those persons who are found to be in need of protection, a class defined by the risk of harm as opposed to the motivation of those inflicting the harm. The grounds upon which such an application can be made are found at section 97 of the Act, and include those who are in “danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture”:

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

[28] The third avenue by which a person can be extended refugee protection is by means of an application for protection pursuant to section 112. Persons facing deportation may apply to the Minister for protection on the basis that they face a risk of harm if returned to their country of origin. If the application for protection is granted, such persons acquire refugee protection pursuant to paragraph 95(1)(c). The grounds upon which such applications are considered vary according to the process preceding the making of a deportation order against them:

112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the

personnes à protéger, qualité qui est attribuée en fonction des risques de mauvais traitements plutôt qu’en fonction des mobiles de ceux qui les infligent. Les motifs pouvant fonder une telle demande sont énumérés à l’article 97 de la Loi; on y trouve, entre autres, le «risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, d’être soumis [. . .] à la torture au sens de l’article premier de la Convention contre la Torture»:

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n’a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée:

a) soit au risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, d’être soumise à la torture au sens de l’article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant:

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d’autres personnes originaires de ce pays ou qui s’y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes—sauf celles infligées au mépris des normes internationales—et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l’incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[28] Le troisième moyen d’obtenir l’asile consiste à présenter une demande de protection en vertu de l’article 112. Les personnes qui risquent l’expulsion peuvent réclamer la protection du ministre en alléguant qu’elles risquent de subir de mauvais traitements si elles retournent dans leur pays d’origine. Si la demande de protection est accordée, ces personnes se voient conférer l’asile en vertu de l’alinéa 95(1)c). Les motifs sur lesquels ces demandes reposent varient selon la procédure qui a été suivie avant que la mesure d’expulsion dont ces personnes font l’objet ait été prise:

112. (1) La personne se trouvant au Canada et qui n’est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux

regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

...

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

...

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

[29] Section 95 excludes persons described in subsection 112(3) from refugee protection. Subsection 112(3) lists those persons who are ineligible for refugee protection, including persons who made a claim for refugee protection which was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Convention as set out in section 98 of the Act:

98. A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

[30] But exclusion from refugee protection is not exclusion from protection. Section 113 stipulates that persons described in subsection 112(3) are to have their applications for protection decided on the basis of the factors set out in section 97 with additional consideration given to the issue of whether such persons are a danger to the public in Canada or to the security of Canada. Section 97 is the section which identifies the grounds upon which a person may apply to be designated a person in need of protection:

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

...

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

[. . .]

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants:

[. . .]

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

[29] Selon l'article 95, les personnes visées au paragraphe 112(3) ne peuvent obtenir l'asile. Le paragraphe 112(3) énumère les personnes qui n'ont pas droit à l'asile, notamment celles qui ont été déboutées de leur demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention, ainsi qu'il est précisé à l'article 98 de la Loi:

98. La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[30] Ce n'est cependant pas parce que l'asile est refusé à quelqu'un qu'il n'a droit à aucune protection. L'article 113 précise en effet que les personnes visées au paragraphe 112(3) ont droit à ce que leur demande de protection soit décidée d'une part sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et d'autre part, en fonction de la question de savoir si elles constituent un danger pour le public au Canada ou pour la sécurité du Canada. C'est à l'article 97 que sont énumérés les motifs qui peuvent être invoqués pour se voir reconnaître la qualité de personne à protéger:

113. Il est disposé de la demande comme il suit:

[. . .]

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part:

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

[31] If an application for protection is allowed, the consequences vary with the person's status:

114. (1) A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

[32] For all except those described in subsection 112(3), a successful application for protection results in the grant of refugee protection and the status of protected person. For persons described in subsection 112(3), the result is a stay of the deportation order in force against them. One consequence of the distinction is that protected persons have access to the status of permanent residents and are subject to the principle of non-refoulement:

21. (1) . . .

(2) Except in the case of a person described in subsection 112(3) or a person who is a member of a prescribed class of persons, a person whose application for protection has been finally determined by the Board to be a Convention refugee or to be a person in need of protection, or a person whose application for protection has been allowed by the Minister, becomes, subject to any federal-provincial agreement referred to in subsection 9(1), a permanent resident if the officer is satisfied that they have made their application in accordance with the regulations and that they are not inadmissible on any ground referred to in section 34 or 35, subsection 36(1) or section 37 or 38.

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

[31] La demande de protection qui est accueillie a diverses conséquences selon la qualité de l'intéressé:

114. (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

[32] Pour toutes les personnes, sauf celles qui sont visées au paragraphe 112(3), la décision accueillant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile et la qualité de personne protégée au demandeur. Dans le cas des personnes visées au paragraphe 112(3), elle a pour effet de surseoir à la mesure de renvoi les visant. Une des conséquences de cette distinction est que les personnes protégées peuvent obtenir la résidence permanente et bénéficient du principe du non-refoulement:

21. [. . .]

(2) Sous réserve d'un accord fédéro-provincial visé au paragraphe 9(1), devient résident permanent la personne à laquelle la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger a été reconnue en dernier ressort par la Commission ou celle dont la demande de protection a été acceptée par le ministre—sauf dans le cas d'une personne visée au paragraphe 112(3) ou qui fait partie d'une catégorie réglementaire—dont l'agent constate qu'elle a présenté sa demande en conformité avec les règlements et qu'elle n'est pas interdite de territoire pour l'un des motifs visés aux articles 34 ou 35, au paragraphe 36(1) ou aux articles 37 ou 38.

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

[33] That is the structure of the Act as it relates to the determination of claims for protection. It has two streams, claims for refugee protection and claims for protection in the context of pre-removal risk assessments. Those who are subject to the exclusion in section 98 are excluded from the refugee protection stream but are eligible to apply for protection at the PRRA stage. The basis on which the claim for protection may be advanced is the same, but the Minister can have regard to whether the granting of protection would affect the safety of the public or the security of Canada. If protection is granted, the result is a stay of the deportation order in effect against the claimant. The claimant does not have the same access to permanent resident status as does a successful claimant for refugee protection.

[34] With that in mind, I turn to the certified questions, which I reproduce below for ease of reference:

1. Can a refugee claimant be excluded from protection under Article 1F(b) of the Refugee Convention for committing a purely economic offence?
2. In light of *Suresh*, is the Refugee Division required to conduct a balancing of the nature and severity of the claimant's offence against the possibility that he or she might face torture if returned to his or her country of origin?

[35] Both questions deal with the role of the Refugee Protection Branch in applying the exclusion for criminality found at Article 1F(b) of the Convention, and incorporated by reference at section 98 of the Act. Question No. 1 deals with the type of crime which is contemplated by the exclusion. Question No. 2 raises the same question but adds the element of a risk of return to torture in light of the decision of the Supreme Court in *Suresh*. On the facts of this case, the question of what

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

[33] Voilà donc l'économie de la Loi en ce qui concerne la façon de trancher les demandes de protection. Elle comporte deux volets, le premier concernant les demandes d'asile et le second, les demandes de protection dans le contexte de l'examen des risques avant renvoi. Ceux qui font l'objet de l'exclusion prévue à l'article 98 n'ont pas droit à l'asile mais peuvent présenter une demande de protection à l'étape de l'examen des risques avant renvoi. Les motifs qui peuvent fonder la demande de protection sont les mêmes, mais le ministre peut se demander si le fait d'accorder la protection porterait atteinte à la sécurité du public ou à celle du Canada. Si la protection est accordée, il y a sursis de la mesure de renvoi prise contre le demandeur. Ce dernier ne peut obtenir le statut de résident permanent aussi facilement que la personne à qui l'asile a été conféré.

[34] Compte tenu de ce qui précède, je passe maintenant aux questions certifiées, que je reproduis par souci de commodité:

1. Un demandeur d'asile peut-il être privé de protection en vertu de la section Fb) de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés parce qu'il a commis une infraction purement économique?
2. Compte tenu de l'arrêt *Suresh*, la Section des réfugiés est-elle tenue de soupeser la nature et la gravité de l'infraction commise par le demandeur par rapport au risque que celui-ci soit torturé s'il est renvoyé dans son pays d'origine?

[35] Ces deux questions ont trait au rôle que joue la Section de la protection des réfugiés en ce qui concerne l'application de l'exclusion pour criminalité énoncée à la section Fb) de l'article premier de la Convention et incorporée par renvoi à l'article 98 de la Loi. La première question porte sur le genre de crimes visés par l'exclusion. La seconde question soulève le même point tout en y ajoutant l'aspect du risque de torture en cas de retour au pays d'origine à la lumière de l'arrêt *Suresh* de

constitutes a serious crime arises specifically in the context of a return to torture, hence the appellant's argument that a purely economic offence can never amount to the "exceptional circumstances" referred to in *Suresh*. As a result, I consider that the two questions are simply two aspects of the same issue.

[36] In my view, both questions treat the application of the exclusion as being tantamount to a final removal decision. As the review of the statutory scheme has shown, the purpose of the exclusion is not to remove claimants from Canada. It is to exclude them from refugee protection. Claimants who are excluded under section 98 continue to have the right to seek protection under section 112.

[37] If successful, the appellant's arguments on the issue of balancing, both as to the type of offence which gives rise to the application of the exclusion, and the risk of torture upon return, would remove excluded claimants from the PRRA stream by giving the Refugee Protection Division the discretion to decide the questions which the Act has specifically reserved to the Minister. The grounds upon which a person may claim to be a person in need of protection before the Refugee Protection Division are the same grounds upon which an excluded claimant may apply to the Minister for protection. The only difference is that the Minister may have regard to whether the granting of protection to such a person would pose a risk to the public or would endanger the security of Canada, considerations which are not open to the Refugee Protection Division. From the point of view of statutory interpretation, there is no reason to believe that decisions which are reserved to the Minister should be somehow given to the Refugee Protection Division because there is a risk of torture.

[38] This leads to the question as to whether the decision of the Supreme Court in *Suresh* requires a

la Cour suprême. Vu l'ensemble des faits de l'espèce, la question de ce qui constitue un crime grave se pose précisément dans le contexte de la torture en cas de retour au pays d'origine, d'où l'argument de l'appelante qu'un délit purement économique ne peut jamais satisfaire au critère des «circonstances exceptionnelles» énoncé dans l'arrêt *Suresh*. J'estime donc que ces deux questions ne sont que deux aspects d'une seule et même question.

[36] À mon avis, ces deux questions reposent sur la prémisse que l'application de l'exclusion équivaut à une décision définitive de renvoi. Ainsi que notre examen de l'économie de la Loi l'a démontré, l'exclusion n'a pas pour objet d'expulser des demandeurs du Canada. Elle vise à les empêcher de bénéficier du droit d'asile. Les demandeurs qui sont exclus en vertu de l'article 98 conservent leur droit de revendiquer la protection prévue à l'article 112.

[37] S'ils sont retenus, les arguments formulés par l'appelante sur la question de la pondération, tant en ce qui concerne le type d'infraction qui donne lieu à l'application de l'exclusion qu'en ce qui a trait au risque de torture en cas de retour au pays d'origine, auraient pour effet de soustraire les demandeurs au volet ERAR en conférant à la Section de la protection des réfugiés le pouvoir discrétionnaire de trancher des questions que la Loi a expressément réservées au ministre. Les motifs que peut invoquer une personne pour se voir reconnaître la qualité de personne à protéger par la Section de la protection des réfugiés sont les mêmes que ceux que peut faire valoir le demandeur débouté qui présente une demande de protection au ministre. La seule différence est que le ministre peut tenir compte de la question de savoir si l'octroi de la protection à l'intéressé constituerait un danger pour le public ou mettrait en danger la sécurité du Canada. Ce sont là des facteurs dont la Section de la protection des réfugiés ne tient pas compte. Du point de vue de l'interprétation des lois, il n'y a aucune raison de croire que les décisions que seul le ministre peut prendre devraient pour une raison ou pour une autre être déferées à la Section de la protection des réfugiés dès lors qu'il existe un risque de torture.

[38] Ce qui nous amène à la question de savoir si l'arrêt *Suresh* exige une interprétation différente de la

different reading of the statute. I might point out that the issue of *Suresh* only arises at this point because the Board, having found that the exclusion applied, went on to consider whether the applicant was at risk of torture upon her return to China. In my view, the Board exceeded its mandate when it decided to deal with the appellant's risk of torture upon return with the result that the Minister is not bound by that finding. Once the Board found that the exclusion applied, it had done everything that it was required to do, and there was nothing more it could do, for the appellant. The appellant was now excluded from refugee protection, a matter within the Board's competence, and was limited to applying for protection, a matter within the Minister's jurisdiction. The Board's conclusions as to the appellant's risk of torture were gratuitous and were an infringement upon the Minister's responsibilities.

[39] The decision of the Supreme Court in *Suresh* does not affect the Refugee Protection Division in the application of the exclusion. *Suresh* deals with removal from Canada to face a risk of torture. The exclusion deals with denial of refugee protection. Protection remains available, though subject to considerations of public safety and security of Canada. The weighing which is called for by subparagraphs 113(d)(i) and (ii) may well be subject to review to see if those considerations constitute "exceptional circumstances" as contemplated in *Suresh*. But that entire exercise will occur in the context of the Minister's consideration of the application for protection at the PRRA stage. It does not occur in the course of the Refugee Protection Division's application of the exclusions referred to in section 98 of the Act. This conclusion is consistent with prior jurisprudence of this Court as to balancing in the application of the exclusion found in sections E and F of Article 1 of the Convention. See *Gil*, and *Malouf*.

[40] I would therefore answer the certified questions in accordance with this analysis. Specifically, I would

Loi. Je tiens à souligner que la question relative à l'arrêt *Suresh* ne se pose qu'à ce moment-ci parce qu'ayant conclu que l'exclusion s'appliquait, la Commission s'est ensuite demandée si la demanderesse risquait d'être torturée si elle devait retourner en Chine. À mon avis, la Commission a outrepassé son mandat en décidant de se prononcer sur les risques de torture auxquels serait exposée l'appelante en cas de retour en Chine, et j'estime que le ministre n'est pas lié par cette conclusion. Dès lors qu'elle avait conclu que l'exclusion s'appliquait, la Commission avait fait tout ce qu'elle devait faire pour l'appelante et elle ne pouvait rien faire de plus pour elle. L'appelante était dès lors exclue du droit à l'asile, une question qui relevait de la compétence de la Commission, et son seul recours était de présenter une demande de protection, une question qui ressortissait au ministre. Les conclusions de la Commission au sujet des risques de torture de l'appelante étaient gratuites et constituaient un empiétement sur les attributions du ministre.

[39] L'arrêt *Suresh* de la Cour suprême n'a aucune incidence sur la façon dont la Section de la protection des réfugiés doit appliquer l'exclusion. L'arrêt *Suresh* portait sur le renvoi du Canada d'une personne qui risquait d'être torturée dans son pays d'origine. L'exclusion porte sur le refus d'accorder l'asile. Il est toujours possible de réclamer de la protection du ministre, sous réserve toutefois de facteurs ayant trait à la sécurité du public et à celle du Canada. La pondération exigée par les sous-alinéas 113d)(i) et (ii) peut fort bien faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour vérifier si ces facteurs constituent des «circonstances exceptionnelles» au sens de l'arrêt *Suresh*. Mais cette analyse aura lieu lors de l'examen, par le ministre, de la demande de protection à l'étape de l'ERAR. La Section de la protection des réfugiés ne procède pas à cette pondération lors de son examen de l'application des cas d'exclusion énumérés à l'article 98 de la Loi. Cette conclusion va dans le sens de la jurisprudence de notre Cour sur la pondération qu'il y a lieu de faire lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exclusion visée aux sections E et F de l'article premier de la Convention (voir les arrêts *Gil* et *Malouf*).

[40] Je répondrais donc aux questions certifiées conformément à cette analyse. Plus précisément, je dirais

say that a claimant can be excluded from refugee protection by the Refugee Protection Division for a purely economic offence. I stress refugee protection because the certified question appears to suggest that the exclusion applies to claims for protection, which is not the case. It applies only to claims for refugee protection. I would also say that in the application of the exclusion, the Refugee Protection Division is neither required nor allowed to balance the claimant's crimes (real or alleged) against the risk of torture upon her return to her country of origin.

[41] For those reasons, I would dismiss the appeal.

DÉCARY J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

qu'un demandeur peut se voir refuser l'asile par la Section de la protection des réfugiés en cas d'infraction purement économique. Je souligne le mot asile parce que la question certifiée semble laisser entendre que l'exclusion s'applique aussi aux demandes de protection, ce qui n'est pas le cas. L'exclusion vaut uniquement pour les demandes d'asile. Je tiens également à souligner que, pour l'application de l'exclusion, la Section de la protection des réfugiés n'a ni le droit ni l'obligation de pondérer les crimes (véritables ou présumés) de la demanderesse avec les risques qu'elle court d'être torturée si elle retourne dans son pays d'origine.

[41] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-930-03
2004 FC 920

T-930-03
2004 CF 920

Mertie Anne Beatty (*Applicant*)

Mertie Anne Beatty (*demanderesse*)

v.

c.

The Attorney General of Canada, The Chief Statistician and The National Archivist (*Respondents*)

Le procureur général du Canada, le statisticien en chef et l'archiviste national (*défendeurs*)

INDEXED AS: BEATTY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: BEATTY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Gibson J.—Calgary, June 8; Ottawa, June 25, 2004.

Cour fédérale, juge Gibson—Calgary, 8 juin; Ottawa, 25 juin 2004.

Administrative Law — Judicial Review — Mandamus — Applicant, family historian, seeking order compelling Chief Statistician to transfer care and control of nominal returns and schedules for 1911 Census of Canada to National Archivist — Also seeking order permitting, directing National Archivist to make information available to public for research purposes — National Archivist requesting, Chief Statistician refusing, Statistics Canada transfer 1906, 1911 census records to National Archives of Canada — Official such as Chief Statistician under no obligation to reach agreement (i.e. regarding transfer of records) where such agreement not respecting official's statutory functions — Legitimate concern transfer could compromise efficacy of future censuses — Application dismissed.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — La demanderesse, qui s'intéressait à l'histoire familiale, sollicitait une ordonnance enjoignant au statisticien en chef de transférer à l'archiviste national la garde et le contrôle des résultats nominatifs et tableaux relatifs au Recensement du Canada de 1911 — Elle sollicitait également une ordonnance permettant à l'archiviste national de mettre ces renseignements à la disposition du public pour les travaux de recherche ou enjoignant à l'archiviste national de le faire — L'archiviste national avait demandé à Statistique Canada de transférer les documents relatifs aux recensements de 1906 et de 1911 aux Archives nationales du Canada, mais le statisticien en chef avait refusé cette demande — Un fonctionnaire tel que le statisticien en chef n'est pas tenu d'arriver à une entente (à savoir une entente concernant le transfert de documents) lorsqu'une telle entente ne respecte pas le mandat qui lui est conféré par la loi — Il existait une préoccupation légitime que le transfert puisse compromettre l'efficacité des recensements futurs — Demande rejetée.

Administrative Law — Judicial Review — Declarations — Applicant, family historian, seeking declarations (1) National Archivist having care and control of 1911 Census of Canada records; (2) Chief Statistician having legal obligation to transfer care and control of records to National Archivist; (3) National Archivist having power to disclose records to members of public for research purposes — National Archives of Canada Act, s. 6 providing for transfer to Archivist of care and control of records of government institutions of historic or archival importance — Act also contemplating some public records of national significance, such as census records, not within care and control of National Archives of Canada — Because tension between protection of privacy, access to information held by Government, policy question, and because resolution of issues arising out of that tension intended to be left to Governor in Council and eventually Parliament, Court declining to intervene — Care and control of records resting

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — La demanderesse, qui s'intéressait à l'histoire familiale, sollicitait des jugements déclaratoires portant 1) que l'archiviste national a la garde et le contrôle des documents relatifs au Recensement du Canada de 1911; 2) que le statisticien en chef est légalement tenu de transférer la garde et le contrôle de ces documents à l'archiviste national; 3) que l'archiviste national est autorisé à communiquer ces documents aux membres du public pour les travaux de recherche — L'art. 6 de la Loi sur les Archives nationales du Canada prévoit le transfert à l'archiviste de la garde et du contrôle des documents des institutions fédérales qui ont une importance historique ou archivistique — La Loi prévoit également que les documents publics d'importance nationale, comme les documents relatifs aux recensements, ne sont pas sous la garde et le contrôle des Archives nationales du Canada — Étant donné que le conflit qui existe entre la

with Chief Statistician — National Archivist requesting, Chief Statistician refusing, Statistics Canada transfer 1906, 1911 census records to National Archives of Canada — Official such as Chief Statistician under no obligation to reach agreement (i.e. regarding transfer of records) where such agreement not respecting official's statutory functions — Application dismissed.

This was an application for judicial review in which the applicant, an amateur family historian, sought an order (1) compelling the Chief Statistician to transfer care and control of the nominal returns and schedules for the 1911 Census of Canada to the National Archivist; and (2) permitting or directing the National Archivist to make this information available to the public for research purposes. In the alternative, the applicant sought declarations that (1) the National Archivist has care and control of the 1911 census records; (2) or that the Chief Statistician has the legal obligation to transfer care and control of those records to the National Archivist; and (3) that the National Archivist has the power to disclose those records to members of the public for research purposes. It was not in dispute that the Chief Statistician does not have authority to release the census records to the public. The National Archivist, if he were in care and control of the census records, would have discretion to release those records to the public for research or statistical purposes.

On November 16, 1999, the National Archivist formally requested that the 1906 and 1911 individual census records be transferred from the care and control of Statistics Canada to the care and control of the National Archives of Canada. This request was denied by the Chief Statistician. In May 2002, the Chief Statistician and the National Archivist reached an understanding with respect to a proposed legislative solution on the transfer of census records and a bill was adopted by the Senate of Canada in 2003. It proceeded to the House of Commons but died on the Order Paper later that same year. Also in 2003, Statistics Canada and the National Archives of Canada signed a memorandum of understanding to permit the National Archives to physically restore and to make copies of the microfilmed census records for the period 1911 to 1941 and to transfer the information contained on those microfilms

protection des renseignements personnels et l'accès à l'information relevant de l'administration fédérale est une question de politique et, puisque la résolution des points litigieux découlant de ce conflit est réservée au gouverneur en conseil et, en fin de compte, au législateur, la Cour a refusé d'intervenir — La garde et le contrôle des documents relève du statisticien en chef — L'archiviste national avait demandé à Statistique Canada de transférer les documents relatifs aux recensements de 1906 et de 1911 aux Archives nationales du Canada, mais le statisticien en chef avait refusé cette demande — Un fonctionnaire tel que le statisticien en chef n'est pas tenu d'arriver à une entente (à savoir une entente concernant le transfert de documents) lorsqu'une telle entente ne respecte pas le mandat qui lui est conféré par la loi — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire dans laquelle la demanderesse, qui s'intéressait à l'histoire familiale, sollicitait une ordonnance 1) enjoignant le statisticien en chef de transférer à l'archiviste national la garde et le contrôle des résultats nominatifs et tableaux relatifs au Recensement du Canada de 1911 et 2) permettant à l'archiviste national de mettre ces renseignements à la disposition du public pour les travaux de recherche ou enjoignant l'archiviste national de le faire. Subsidiairement, la demanderesse sollicitait des ordonnances déclaratoires portant 1) que l'archiviste national a la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911; ou 2) que le statisticien en chef est légalement tenu de transférer la garde et le contrôle de ces documents à l'archiviste national; et 3) que l'archiviste national est autorisé à communiquer ces documents aux membres du public pour les travaux de recherche. Il n'était pas contesté que le statisticien en chef n'est pas autorisé à communiquer au public les documents relatifs au recensement. L'archiviste national, s'il avait la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement, aurait le pouvoir discrétionnaire voulu pour communiquer ces documents au public pour les travaux de recherche et de statistique.

Le 16 novembre 1999, l'archiviste national a formellement demandé que les documents relatifs aux recensements individuels de 1906 et de 1911 soient transférés, de façon que les Archives nationales du Canada plutôt que Statistique Canada en aient la garde et le contrôle. Le statisticien en chef a refusé cette demande. Au mois de mai 2002, le statisticien en chef et l'archiviste national du Canada en sont arrivés à une entente au sujet d'une solution législative proposée à l'égard du transfert des documents relatifs au recensement et un projet de loi a été adopté par le Sénat en 2003. Le projet de loi a été présenté à la Chambre des communes, mais il a expiré au Feuilleton plus tard cette année-là. En 2003 également Statistique Canada et les Archives nationales du Canada ont signé un protocole d'entente afin de permettre aux Archives nationales de restaurer physiquement les documents

to a digitized format. That project was funded by Statistics Canada. On June 2, 2003, the applicant made an *Access to Information* request to Statistics Canada for access to the 1911 census records. That request was denied after this application for judicial review had been commenced.

Held, the application should be dismissed.

One of the primary roles of the National Archives of Canada is to conserve private and public records of national significance and to facilitate access to those records, and section 6 of the *National Archives of Canada Act* provides that “[t]he records of government institutions . . . that . . . are of historic or archival importance shall be transferred to the care and control of the Archivist”. However, that Act, on its face in section 6, clearly contemplates that there will be “public records of national significance”, and census records fit within that description, that will not be within the care and control of the National Archives of Canada. Because the tension between protection of privacy and access to information held by the Government of Canada for the purposes of research is a policy question, and as Parliament clearly indicated its intention to reserve to the Governor in Council and, eventually to itself, the resolution of issues arising out of that tension, the Court concluded that it had to be very cautious and declined to intervene on the facts of this matter, thus confirming that care and control of the 1911 census records rests with the Chief Statistician.

An official such as the Chief Statistician is under no legal obligation to reach an agreement in the nature contemplated by subsection 6(1) of the *National Archives of Canada Act* (i.e. agreement regarding the transfer of care and control of the records) where in that official’s opinion, such an agreement cannot be achieved on terms that respect his or her statutory functions. In the present case, the Chief Statistician was concerned that the transfer of the census records would result in the disclosure of information that might well compromise the efficacy of future censuses. This appeared to be a legitimate concern. The Chief Statistician was under no legal obligation to transfer care and control of the 1911 census records to the National Archives of Canada.

In light of these conclusions, none of the reliefs sought by way of *mandamus* and declaration were appropriate.

microfilmés relatifs aux recensements pour la période allant de 1911 à 1941 et de faire des doubles ainsi que de transférer les renseignements contenus dans ces microfilms sous une forme numérisée. Ce projet était financé par Statistique Canada. Le 2 juin 2003, la demanderesse a présenté une demande d’accès à l’information à Statistique Canada en vue d’avoir accès aux documents relatifs au recensement de 1911. Cette demande a été refusée, après le dépôt de la présente demande de contrôle judiciaire.

Jugement: la demande doit être rejetée.

L’un des principaux rôles des Archives nationales du Canada est de conserver les documents privés et publics d’importance nationale et d’en faciliter l’accès; l’article 6 de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* prévoit «[l]e transfert, sous la garde et le contrôle de l’archiviste, des documents des institutions fédérales [. . .] [qui ont] une importance historique ou archivistique». Toutefois, il ressort de la lecture de l’article 6 que la Loi prévoit clairement que certains «documents [. . .] publics d’importance nationale», et les documents relatifs aux recensements sont visés par cette description, ne seront pas sous la garde et le contrôle des Archives nationales du Canada. Étant donné que le conflit qui existe entre la protection des renseignements personnels et l’accès à l’information relevant de l’administration fédérale pour les travaux de recherche est une question de politique et que le législateur a clairement indiqué son intention de réserver au gouverneur en conseil et, en fin de compte à lui-même, la résolution des points litigieux découlant de ce conflit, la Cour a conclu qu’elle devait être fort prudente et a refusé d’intervenir eu égard aux faits de l’affaire; elle a ainsi confirmé que la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911 relèvent du statisticien en chef.

Un fonctionnaire tel que le statisticien en chef n’est pas légalement tenu d’arriver à une entente de la nature de celle qui est envisagée au paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* (à savoir une entente concernant le transfert de la garde et du contrôle des documents), lorsque, de l’avis de ce fonctionnaire, une telle entente ne peut pas être conclue à des conditions qui respectent le mandat qui lui est conféré par la loi. En l’espèce, le statisticien en chef craignait que le transfert des documents relatifs au recensement entraîne la divulgation de renseignements d’une façon qui pourrait bien compromettre l’efficacité des recensements futurs. Cette préoccupation semblait légitime. Le statisticien en chef n’était pas légalement tenu de transférer aux Archives nationales du Canada la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911.

Étant donné ces conclusions, aucune des réparations sollicitées par voie d’ordonnance de *mandamus* et d’ordonnance déclaratoire n’était appropriée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
 Bill S-13, *An Act to amend the Statistics Act*, 2nd Sess.,
 37th Parl., 2003.
Census and Statistics Act, R.S.C. 1906, c. 68, ss. 2, 3, 4, 6,
 10, 11, 16, 34.
Census and statistics Act (The), S.C. 1905, c. 5.
National Archives of Canada Act, R.S.C., 1985 (3rd
 Supp.), c. 1, ss. 4(1), (2), (3) (as am. by S.C. 1995, c. 29,
 s. 48), (4), 6.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 7, 8(1), (2)(a), (b),
 (i) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 12).
Privacy Regulations, SOR/83-508, s. 6.
Statistics Act, R.S.C., 1985, c. S-19, s. 5(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Beatty v. Canada (Attorney General), 2003 FC 1029;
 [2003] F.C.J. No. 1303 (F.C.) (QL); *President and
 Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of
 Patents)*, [2000] 4 F.C. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385;
 7 C.P.R. (4th) 1; 290 N.R. 320 (C.A.); rev'd [2002] 4
 S.C.R. 45; (2002), 219 D.L.R. (4th) 577; 21 C.P.R. (4th)
 417; 296 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto:
 Butterworths, 1983.

APPLICATION for judicial review seeking an order
 (1) compelling the Chief Statistician to transfer care and
 control of the nominal returns and schedules for the 1911
 Census of Canada to the National Archivist; and (2)
 permitting or directing the National Archivist to make
 this information available to the public for research
 purposes, or in the alternative, declarations that (1) the
 National Archivist has care and control of the 1911
 census records; (2) the Chief Statistician has the legal
 obligation to transfer care and control of those records to
 the National Archivist; and (3) the National Archivist has
 the power to disclose those records to members of the
 public for research purposes. Application dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte du Recensement et des Statistiques, S.C. 1905, ch. 5.
Loi du recensement et des statistiques, S.R.C. 1906, ch. 68,
 art. 2, 3, 4, 6, 10, 11, 16, 34.
Loi sur la protection des renseignements personnels,
 L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 7, 8(1), (2)a), b), i) (mod.
 par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 12).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la statistique, L.R.C. (1985), ch. S-19, art. 5(2).
Loi sur les Archives nationales du Canada, L.R.C. (1985)
 (3^e suppl.), ch. 1, art. 4(1), (2), (3) (mod. par L.C. 1995,
 ch. 29, art. 48), (4), 6.
 Projet de loi S-13, *Loi modifiant la Loi sur la statistique*,
 2^e sess., 37^e Parl., 2003.
*Règlement sur la protection des renseignements
 personnels*, DORS/83-508, art. 6.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Beatty c. Canada (Procureur général), 2003 CF 1029;
 [2003] A.C.F. n° 1303 (C.F.) (QL); *President and Fellows
 of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*,
 [2000] 4 C.F. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R.
 (4th) 1; 290 N.R. 320 (C.A.); inf. par [2002] 4 R.C.S. 45;
 (2002), 219 D.L.R. (4th) 577; 21 C.P.R. (4th) 417; 296
 N.R. 1.

DOCTRINE

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto:
 Butterworths, 1983.

DEMANDE de contrôle judiciaire en vue de
 l'obtention d'une ordonnance 1) enjoignant le statisticien
 en chef de transférer à l'archiviste national la garde et le
 contrôle des résultats nominatifs et tableaux relatifs au
 Recensement du Canada de 1911; et 2) permettant à
 l'archiviste national de mettre ces renseignements à la
 disposition du public pour les travaux de recherche ou
 enjoignant l'archiviste national de le faire ou encore,
 subsidiairement, des ordonnances portant 1) que
 l'archiviste national a la garde et le contrôle des
 documents relatifs au recensement de 1911; 2) que le
 statisticien en chef est légalement tenu de transférer la
 garde et le contrôle de ces documents à l'archiviste
 national et 3) que l'archiviste national est autorisé à
 communiquer ces documents aux membres du public
 pour les travaux de recherche. Demande rejetée.

APPEARANCES:

Lois M. Sparling for applicant.
Patrick Bendin for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Lois Sparling, Calgary, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J. :

INTRODUCTION

[1] This application for judicial review was the subject of a motion, on behalf of the respondents, whereby they sought to strike the notice of application and to have it dismissed on the ground that it is bereft of any chance of success and therefore clearly improper. My colleague Justice Layden-Stevenson allowed the motion only to the extent that the relief in the nature of an order directing that the Chief Statistician and the National Archivist make the nominal returns and schedules of the 1911 Census of Canada available to the public for research purposes was struck. In all other respects, the motion that was before Justice Layden-Stevenson was dismissed. I have had the benefit of access to Justice Layden-Stevenson's reasons for order [2003 FC 1029; [2003] F.C.J. No. 1303 (QL)]. Where I have deemed it appropriate, I have shamelessly plagiarized those reasons in what follows.

[2] Genealogy is the applicant's hobby. Put another way, the applicant is an amateur family historian. She wishes to see the nominal returns of the 1911 Census of Canada, more specifically of Alberta, to learn more about her grandfather and the circumstances in which he lived. In November 1999 and September 2000, the National Archivist requested that the Chief Statistician transfer care and control of the 1911 census records to the National Archives of Canada. The census records in issue have not been made available to the public. It was

ONT COMPARU:

Lois M. Sparling pour la demanderesse.
Patrick Bendin pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lois Sparling, Calgary, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Cette demande de contrôle judiciaire a fait l'objet d'une requête, présentée pour le compte des défendeurs, par laquelle ces derniers cherchaient à faire radier l'avis de demande et à faire rejeter la demande pour le motif qu'elle est dépourvue de toute chance de succès et qu'elle est donc clairement irrégulière. Ma collègue la juge Layden-Stevenson a accueilli la requête uniquement dans la mesure où elle a radié la demande de réparation de la nature d'une ordonnance enjoignant le statisticien en chef et l'archiviste national de mettre à la disposition du public pour les travaux de recherche les résultats nominatifs et tableaux du Recensement du Canada de 1911. À tous les autres égards, la requête dont la juge Layden-Stevenson avait été saisie a été rejetée. J'ai eu l'avantage de consulter les motifs de l'ordonnance de la juge Layden-Stevenson [2003 CF 1029; [2003] A.C.F. n° 1303 (QL)]. Lorsque je le juge bon, je reprends ces motifs en les paraphrasant dans les paragraphes qui suivent.

[2] La demanderesse s'intéresse à la généalogie. Autrement dit, la demanderesse aime l'histoire familiale. Elle veut consulter les résultats nominatifs du Recensement du Canada de 1911, et plus précisément ceux de l'Alberta, afin d'en apprendre davantage au sujet de son grand-père et de ses conditions de vie. Aux mois de novembre 1999 et de septembre 2000, l'archiviste national a demandé au statisticien en chef de transférer aux Archives nationales du Canada la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911.

not in dispute before me that the Chief Statistician who claims to have care and control of those records does not have authority to release them to the public. By contrast, the National Archivist, if he were in care and control of the census records, would have discretion to release those records to the public for research or statistical purposes.¹

RELIEFS SOUGHT

[3] In the application for judicial review that is before the Court, the applicant seeks an order compelling the Chief Statistician to transfer care and control of the nominal returns and schedules for the 1911 Census of Canada, or microfilm thereof, to the National Archivist, forthwith and without condition, and further, an order permitting or alternatively directing the National Archivist to make this information available to the public for research purposes. Finally, and in the alternative, the applicant seeks declarations that:

- first, the National Archivist, and not the Chief Statistician, has care and control of the records from the 1911 census;
- secondly, and in the alternative, if the Chief Statistician is found to have care and control of the records from the 1911 census, then that the Chief Statistician is under a legal obligation to transfer care and control of those records to the National Archivist; and
- thirdly, upon the National Archivist being declared to be in care and control of the records from the 1911 census or upon care and control of those records being transferred to him, that the National Archivist has the power to disclose those records to members of the public, upon request, for research purposes.

BACKGROUND

[4] The following paragraphs summarizing the background to this matter are derived in large part from

Les documents relatifs au recensement en question n'ont pas été mis à la disposition du public. Il n'était pas contesté devant moi que le statisticien en chef, qui affirme avoir la garde et le contrôle de ces documents, n'est pas autorisé à les communiquer au public. Par contre, l'archiviste national, s'il avait la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement, aurait le pouvoir discrétionnaire voulu pour communiquer ces documents au public pour les travaux de recherche et de statistique¹.

RÉPARATIONS DEMANDÉES

[3] Dans la demande de contrôle judiciaire dont la Cour est saisie, la demanderesse sollicite une ordonnance enjoignant le statisticien en chef de transférer à l'archiviste national immédiatement et sans aucune condition, la garde et le contrôle des résultats nominatifs et tableaux relatifs au Recensement du Canada de 1911, ou le microfilm y afférent, ainsi qu'une ordonnance permettant à l'archiviste national de mettre ces renseignements à la disposition du public pour les travaux de recherche ou, subsidiairement, enjoignant l'archiviste national de le faire. Enfin, et subsidiairement, la demanderesse sollicite des ordonnances déclaratoires portant:

- premièrement, que c'est l'archiviste national et non le statisticien en chef qui a la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911;
- deuxièmement et subsidiairement que, s'il est jugé que le statisticien en chef a la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911, le statisticien en chef est légalement tenu de transférer la garde et le contrôle de ces documents à l'archiviste national; et
- troisièmement, s'il est déclaré que l'archiviste national a la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911 ou lorsque l'archiviste national aura la garde et le contrôle des documents transférés, que l'archiviste national est autorisé à communiquer sur demande ces documents aux membres du public pour les travaux de recherche.

HISTORIQUE

[4] Les paragraphes suivants, résumant l'historique de l'affaire, sont en bonne partie tirés de l'exposé des faits

the memorandum of fact and law of the respondents which, in this regard, is in turn largely derived from the affidavit of Pamela White, filed on this application for judicial review,² on behalf of the respondents. Ms. White was, at all relevant times, an employee of Statistics Canada.

[5] The primary role of Statistics Canada, and indeed of its historical predecessors, is and was to establish and maintain a national statistical system for Canada. This objective is achieved by collecting, analysing and providing statistical information on the characteristics and behaviour of Canadian households, businesses, institutions, and governments for research, policy development, program administration, decision making and general informational purposes. The role or mandate of Statistics Canada is currently derived from the *Statistics Act*.³ Under the direction of the Minister, the Chief Statistician is responsible for the administration of Statistics Canada.

[6] The primary role of the National Archives of Canada is to conserve private and public records of national significance and to facilitate access to those records, to be the permanent repository of records of government institutions and of ministerial records, to facilitate the management of records of government institutions and of ministerial records, and to encourage archival activities and the archival community. That mandate is derived from the *National Archives of Canada Act*.⁴ Under the direction of the Minister, the National Archivist of Canada is responsible for the administration of the National Archives of Canada.

[7] There exists a degree of tension between the roles of Statistics Canada and the National Archives of Canada since, in order to facilitate the collection of information, Statistics Canada seeks to assure those from whom information is collected that their privacy will be protected. In contrast, the National Archives of Canada, pursuant to its mandate, seeks to make available to the public for research purposes, information in the hands of the Government of Canada.

[8] Canada's first census was initiated by Intendant Jean Talon in 1666. The census counted the colony's

et du droit des défendeurs, lequel à cet égard est de son côté largement tiré de l'affidavit de Pamela White, déposé dans la présente demande de contrôle judiciaire², pour le compte des défendeurs. Pendant la période pertinente, M^{me} White était employée à Statistique Canada.

[5] Le rôle principal de Statistique Canada et de fait de ses prédécesseurs par le passé est et a été d'établir et de maintenir un système statistique national pour le Canada. Cet objectif est atteint au moyen de la collecte, de l'analyse et de la fourniture de renseignements statistiques sur les caractéristiques et le comportement des ménages, entreprises, institutions et gouvernements du Canada pour la recherche, l'élaboration de politiques, l'administration de programmes, la prise de décisions et d'une façon générale à titre d'information. À l'heure actuelle, le rôle ou le mandat de Statistique Canada est régi par la *Loi sur la statistique*³. Sous l'autorité du ministre, le statisticien en chef est responsable de l'administration de Statistique Canada.

[6] Le rôle principal des Archives nationales du Canada est de conserver les documents privés et publics d'importance nationale et d'en faciliter l'accès, d'être le dépositaire permanent des documents des institutions fédérales et des documents ministériels, de faciliter la gestion des documents des institutions fédérales et des documents ministériels et d'appuyer les milieux des archives. Ce mandat est régi par la *Loi sur les Archives nationales du Canada*⁴. Sous l'autorité du ministre, l'archiviste national du Canada est responsable de l'administration des Archives nationales du Canada.

[7] Il existe un certain conflit entre le rôle de Statistique Canada et celui des Archives nationales du Canada; en effet, afin de faciliter la collecte de renseignements, Statistique Canada cherche à assurer à ceux qui fournissent des renseignements personnels que ces renseignements seront protégés. Par contre, les Archives nationales du Canada, conformément à leur mandat, cherchent à mettre à la disposition du public pour des travaux de recherche les renseignements qui sont entre les mains du gouvernement du Canada.

[8] Le premier recensement du Canada a été effectué par l'intendant Jean Talon en 1666. Dans le cadre du

3,215 inhabitants and recorded their age, sex, marital status and occupation.

[9] The first national census of Canada, post-Confederation, was taken in 1871. It was used to count the population of the four original provinces, Nova Scotia, New Brunswick, Quebec and Ontario. Its main goal was to determine appropriate representation by population in the new Parliament. The questionnaire for the census covered a variety of subjects and asked 211 questions on area, land holdings, vital statistics, religion, education, administration, the military, justice, agriculture, commerce, industry and finance.

[10] Since 1871, nation-wide censuses have been conducted in Canada every 10 years. In addition, starting in 1906, quinquennial censuses have been conducted. They were traditionally agricultural in nature and the area of the census was specified by the Dominion Statistician.

[11] From 1871 to current times, the census has been used to collect a variety of types of personal information about residents of Canada. This has included information such as marital status, religion, earnings, fertility, land holdings and education. Much of such information is currently regarded as personal information which, in the hands of government, is protected by the *Privacy Act*⁵ and related regulations. In the result, beginning as early as 1881, all census-takers have been required to take an oath of secrecy in relation to the information they collect.

[12] The 1911 Census of Canada, the census information to which access is by this application sought, was a decennial census conducted on June 1, 1911, in the then nine provinces and two territories of Canada. The then governing *The Census and Statistics Act*⁶ required that a decennial census of the population and agriculture be taken by the Census and Statistics Office, under the

recensement, on a dénombré les 3 215 habitants de la colonie et on a enregistré leur âge, leur sexe, leur état civil et leur profession.

[9] Le premier recensement national du Canada, après la Confédération, a été effectué en 1871. On a alors dénombré les habitants des quatre provinces initiales, à savoir la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, le Québec et l'Ontario. Le recensement visait principalement à permettre de déterminer quelle était la représentation appropriée selon la population au sein du nouveau Parlement. Le questionnaire relatif au recensement portait sur divers sujets et 211 questions étaient posées, au sujet de la région, des biens-fonds possédés, de l'état civil, de la religion, de l'instruction ainsi que dans le domaine de l'administration, du militaire, de la justice, de l'agriculture, du commerce, de l'industrie et des finances.

[10] Depuis 1871, des recensements à l'échelle nationale ont eu lieu tous les dix ans au Canada. De plus, à partir de l'année 1906, des recensements quinquennaux ont été effectués. Ces recensements portaient habituellement sur l'agriculture et le domaine visé par le recensement était précisé par le statisticien du Dominion.

[11] Depuis l'année 1871, on s'est servi des recensements pour rassembler divers types de renseignements personnels au sujet des résidents du Canada, ce qui comprend des renseignements tels que l'état civil, la religion, le revenu gagné, le taux de natalité, les biens-fonds possédés et l'instruction. À l'heure actuelle, bon nombre de ces renseignements sont considérés comme des renseignements personnels qui, entre les mains du gouvernement, sont protégés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*⁵ et son règlement d'application. Par conséquent, dès 1881, tous les recenseurs étaient tenus de prêter un serment de discrétion à l'égard des renseignements recueillis.

[12] Le Recensement du Canada de 1911 à l'égard duquel des renseignements sont ici demandés était un recensement décennal mené le 1^{er} juin 1911 dans les neuf provinces et dans les deux territoires dont était alors composé le Canada. L'*Acte du Recensement et des Statistiques*⁶ qui s'appliquait alors exigeait que le Bureau du recensement et des statistiques, sous l'autorité du

direction of the Minister of Agriculture, on a date in the month of June 1911, to be fixed by the Governor in Council, and every 10th year thereafter.

[13] The 1911 census was conducted by personal interview. Enumerators went to each household across Canada and obtained the required information from the “head of household”. Data collection took place over many months. Census-takers carried out their mandate in accordance with census instructions, as set out in an Order in Council published in the *Canada Gazette*, which had the force of law pursuant to the *Census and Statistics Act*.⁷

[14] The 1911 census contained 39 personal questions about each person in the family, household or institution, including his or her name, place of habitation, gender, marital status, date of birth, citizenship, nationality, religion, profession, occupation, trade or means of living, wage earner or not, insurance held at date, education, language and infirmities. In the submission on behalf of the respondents, the 1911 census records have remained in the care and control of Statistics Canada, and its predecessors, since 1911. This is hotly disputed on behalf of the applicant. In 1955, a predecessor of Statistics Canada was given permission to destroy the paper schedules as a microfilm copy had been produced. In 1964, an archival microfilmed copy of the 1911 census records was stored in the Federal Records Centre controlled by the National Archives of Canada. The 1911 census records, once again in the submission on behalf of the respondents, nonetheless remained under the care and control of Statistics Canada or a predecessor.

[15] On November 16, 1999, the National Archivist formally requested that the 1906 and 1911 individual census records be transferred from the care and control

ministre de l’Agriculture, effectuée un recensement décennal de la population et en matière agricole, à une date, au mois de juin 1911, qui devait être fixée par le gouverneur en conseil et un recensement devait par la suite avoir lieu tous les dix ans.

[13] Le recensement de 1911 a été effectué au moyen d’entrevues personnelles. Les recenseurs se rendaient dans chaque foyer au Canada et obtenaient les renseignements nécessaires du «chef du ménage». La collecte des données s’est échelonnée sur plusieurs mois. Les recenseurs s’acquittaient de leur mandat conformément aux instructions relatives au recensement, telles qu’elles étaient énoncées dans un décret publié dans la *Gazette du Canada*, lequel avait force de loi conformément à la *Loi du recensement et des statistiques*.⁷

[14] Le recensement de 1911 contenait 39 questions personnelles au sujet de chaque personne de la famille, du ménage ou de l’institution, notamment son nom, son lieu de résidence, son sexe, son état civil, sa date de naissance, sa citoyenneté, sa nationalité, sa religion, sa profession, son métier, ses moyens de subsistance, la question de savoir si elle gagnait un salaire, les assurances qu’elle avait à ce moment-là, ses études, sa langue et ses invalidités. Selon les observations qui ont été présentées pour le compte des défendeurs, les documents relatifs au recensement de 1911 sont sous la garde et le contrôle de Statistique Canada et de ses prédécesseurs depuis 1911. La chose est vivement contestée par la demanderesse. En 1955, un prédécesseur de Statistique Canada a obtenu la permission de détruire les tableaux sur support papier étant donné qu’ils avaient été microfilmés. En 1964, une copie d’archives microfilmée des documents relatifs au recensement de 1911 a été déposée au Centre fédéral de documents, qui relève des Archives nationales du Canada. Les documents relatifs au recensement de 1911, une fois encore selon les observations présentées pour le compte des défendeurs, ont néanmoins continué à être sous la garde et le contrôle de Statistique Canada ou d’un prédécesseur.

[15] Le 16 novembre 1999, l’archiviste national a formellement demandé que les documents relatifs aux recensements individuels de 1906 et de 1911 soient

of Statistics Canada to the care and control of the National Archives of Canada. On December 22, 1999, the Chief Statistician responded to the request, refusing to transfer care and control of the records on the basis of then existing legal advice interpreting the applicable legal framework.

[16] In May 2002, the Chief Statistician and the National Archivist of Canada reached an understanding with respect to a proposed legislative solution on the transfer of census records from the care and control of Statistics Canada to that of the National Archives of Canada. Legislation to implement the understanding was given First Reading in the Senate of Canada on February 5, 2003 (Bill S-13) [*An Act to amend the Statistics Act*].⁸ The “Summary” that formed part of Bill S-13 read as follows:

This enactment removes a legal ambiguity in relation to access to census records taken between 1910 and 2003. It allows genealogical and historical researchers access to these records under certain conditions for a 20-year period, beginning 92 years after the census took place. One hundred and twelve years after the census, anyone may examine the records without restriction.

[17] Bill S-13 was adopted by the Senate and proceeded to the House of Commons. It apparently received first and second reading in the House of Commons and was referred to Committee. When Parliament was prorogued on November 17, 2003, Bill S-13 “died on the Order Paper”. It was not reintroduced in the following Session of Parliament which terminated when the election scheduled for June 28, 2004 was announced.

[18] Statistics Canada and the National Archives of Canada signed a memorandum of understanding on March 21, and 24, 2003, respectively, to permit the National Archives to physically restore and to make two duplicate copies of the microfilmed census records for the period 1911 to 1941 and to transfer the information contained on those microfilms to a digitized format. The restoration and duplication work was funded by Statistics Canada, was undertaken by a limited number of

transférés, de façon que les Archives nationales du Canada plutôt que Statistique Canada en aient la garde et le contrôle. Le 22 décembre 1999, le statisticien en chef a répondu à la demande, en refusant de transférer la garde et le contrôle des documents compte tenu des conseils juridiques qui avaient alors été donnés au sujet de l’interprétation du contexte juridique applicable.

[16] Au mois de mai 2002, le statisticien en chef et l’archiviste national du Canada en sont arrivés à une entente au sujet d’une solution législative proposée à l’égard du transfert des documents relatifs au recensement aux Archives nationales du Canada. La législation mettant l’entente en œuvre a fait l’objet d’une première lecture devant le Sénat du Canada le 5 février 2003 (le projet de loi S-13) [*Loi modifiant la Loi sur la statistique*].⁸ Le «Sommaire» qui faisait partie du projet de loi S-13 est ainsi libellé:

Le texte dissipe une ambiguïté juridique relative à l’examen des relevés des recensements faits au cours des années 1910 à 2003. Il permet aux généalogistes et aux spécialistes de la recherche historique de consulter les relevés des recensements, sous certaines conditions, pour une période de vingt ans débutant quatre-vingt-douze ans après le recensement. Toutes les restrictions concernant l’examen des relevés sont levées cent douze ans après le recensement.

[17] Le projet de loi S-13 a été adopté par le Sénat et a été présenté à la Chambre des communes. Apparemment, il a fait l’objet d’une première et d’une deuxième lecture devant la Chambre des communes et il a été renvoyé au comité. Lors de la prorogation du Parlement le 17 novembre 2003, le projet de loi S-13 «a expiré au Feuilleton». Il n’a pas été réintroduit lors de la session suivante du Parlement, qui a pris fin lorsque les élections qui devaient avoir lieu le 28 juin 2004 ont été annoncées.

[18] Statistique Canada et les Archives nationales du Canada ont signé un protocole d’entente les 21 et 24 mars 2003 respectivement afin de permettre aux Archives nationales de restaurer physiquement les documents microfilmés relatifs aux recensements pour la période allant de 1911 à 1941 et de faire deux doubles ainsi que de transférer les renseignements contenus dans ces microfilms sous une forme numérisée. Les travaux de restauration et de reproduction ont été financés par

designated staff at the National Archives of Canada and those staff members were made “deemed employees” of Statistics Canada pursuant to subsection 5(2) of the *Statistics Act*.

[19] On June 2, 2003, the applicant made a request to Statistics Canada pursuant to the *Access to Information Act*⁹ for access to the 1911 census records. That request was denied on June 27, 2003, after this application for judicial review had been commenced.

RELEVANT STATUTORY AND RELATED PROVISIONS

[20] Relevant statutory and related provisions are reproduced and attached to these reasons as Schedule “A”. Section 6 of the *National Archives of Canada Act* is pivotal to these reasons and to the related order. For ease of reference, that section is set out here.

6. (1) The records of government institutions and ministerial records that, in the opinion of the Archivist, are of historic or archival importance shall be transferred to the care and control of the Archivist in accordance with such schedules or other agreements for the transfer of records as may be agreed on between the Archivist and the government institution or person responsible for the records.

(2) The Governor in Council may, by regulation, prescribe terms and conditions governing the transfer of records under subsection (1).

(3) Except as otherwise directed by the Governor in Council, the Archivist shall have the care and control of all records of any government institution the functions of which have ceased. [Emphasis added.]

While there would appear to be a discrepancy in interpretation between the English version of subsection 6(3) which speaks to cessation of function and the French version which speaks only to cessation of activities of federal institutions, only the interpretation of the English version was argued before me and I will rely on that version.

Statistique Canada; ils ont été effectués par un certain nombre de membres du personnel désigné des Archives nationales du Canada; ces membres du personnel étaient «réputés être des personnes employées» par Statistique Canada conformément au paragraphe 5(2) de la *Loi sur la statistique*.

[19] Le 2 juin 2003, la demanderesse a présenté une demande à Statistique Canada conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*⁹ en vue d'avoir accès aux documents relatifs au recensement de 1911. Cette demande a été refusée le 27 juin 2003, après le dépôt de la présente demande de contrôle judiciaire.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET DISPOSITIONS CONNEXES PERTINENTES

[20] Les dispositions législatives et les dispositions connexes pertinentes sont reproduites et jointes à l'annexe A de ces motifs. L'article 6 de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* est crucial dans les présents motifs et dans l'ordonnance connexe. Pour plus de commodité, cette disposition est ici reproduite:

6. (1) Le transfert, sous la garde et le contrôle de l'archiviste, des documents des institutions fédérales et des documents ministériels qu'il estime avoir une importance historique ou archivistique s'effectue selon les calendriers ou accords convenus à cet effet entre l'archiviste et le responsable des documents.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, fixer les modalités du transfert des documents.

(3) Sauf instruction contraire du gouverneur en conseil, l'archiviste est préposé à la garde et au contrôle des documents des institutions fédérales qui ont cessé leurs activités. [Je souligne.]

Il semblerait y avoir une incohérence dans l'interprétation des versions française et anglaise du paragraphe 6(3), la version anglaise faisant mention de la cessation des fonctions alors que la version française fait uniquement mention de la cessation des activités des institutions fédérales, mais seule l'interprétation de la version anglaise a été débattue devant moi et je me fonderai sur cette version.

THE ISSUES ON THIS APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW

[21] While framed differently by the parties, I am satisfied that the issues may be summarily described in the following terms:

(1) which of the Chief Statistician and the National Archivist currently has the care and control of the 1911 census records;

(2) if the 1911 census records are in the care and control of the Chief Statistician, does he have a legal obligation to transfer those records to the care and the control of the National Archivist; and,

(3) what relief, if any, is available to the applicant given the Court's conclusions with regard to issues 1 and 2.

It was not in dispute before me that the failure to provide the applicant the access that she sought is a matter reviewable in this Court.

POSITIONS OF THE PARTIES AND ANALYSIS

(1) Care and Control

[22] My colleague Justice Layden-Stevenson summarized, quite accurately I am satisfied based on the hearing of this application for judicial review before me, the applicant's submissions on this issue in the following terms, at paragraphs 12-14:

The applicant argues that the chief statistician is without legal authority and is in breach of federal law in purporting to retain custody and control of the nominal returns and schedules for the 1911 census and in refusing to transfer custody of them to the national archivist upon the demand of the latter. Reliance on subsection 6(1) of NACA [*National Archives of Canada Act*] is cited in partial support of this position. However, the applicant also submits that section 3 of the 1906 Act (pursuant to which the 1911 census was conducted) provided for the creation of a permanent office under the Minister of Agriculture and that section 3 of the 1918 Act created a new government department under the Minister of Trade and Commerce, the "Dominion Bureau of Statistics". "Statistics Canada" was not the government institution that

POINTS LITIGIEUX SOULEVÉS DANS LA DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[21] Les points litigieux ont été libellés différemment par les parties, mais je suis convaincu qu'ils peuvent sommairement être décrits comme suit:

1) À l'heure actuelle, est-ce le statisticien en chef ou l'archiviste national qui a la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911?

2) Si les documents relatifs au recensement de 1911 sont sous la garde et le contrôle du statisticien en chef, ce dernier est-il légalement tenu d'en transférer la garde et le contrôle à l'archiviste national?

3) Quelle est la réparation que la demanderesse peut obtenir, le cas échéant, compte tenu des conclusions tirées par la Cour au sujet de la première et de la deuxième question?

Il n'a pas été contesté devant moi que l'omission de permettre à la demanderesse l'accès sollicité est une question qui peut être examinée par la présente Cour.

POSITIONS DES PARTIES ET ANALYSE

1) Garde et contrôle

[22] Ma collègue la juge Layden-Stevenson a résumé les prétentions de la demanderesse sur ce point, aux paragraphes 12 à 14, d'une façon tout à fait exacte selon moi, compte tenu de l'audition de la demande de contrôle judiciaire dont je suis ici saisi:

La demanderesse soutient que le statisticien en chef ne possède aucun pouvoir légal et qu'il contrevient à la législation fédérale en tentant de conserver la garde et le contrôle des déclarations nominatives et des tableaux relatifs au recensement de 1911 et en refusant de les placer sous le contrôle de l'archiviste national à la demande de ce dernier. À l'appui de cette position, on cite notamment le paragraphe 6(1) de la LANC [*Loi sur les archives nationales du Canada*]. Toutefois, la demanderesse soutient également que l'article 3 de la Loi de 1906 (en vertu duquel le recensement de 1911 a eu lieu) prévoyait la création d'un bureau permanent relevant du ministre de l'Agriculture et que l'article 3 de la Loi de 1918 créait un nouveau service gouvernemental relevant du ministre du Commerce, le «Bureau fédéral de la statistique». Ce n'est

collected the 1911 census information. Rather, it was a now-defunct office under the Minister of Agriculture known as the "Census and Statistics Office". By virtue of having ceased its functions, the applicant contends that the records of the "Census and Statistics Office" revert to the care and control of the national archivist pursuant to subsection 6(3) of NACA.

The applicant also refers to and relies upon the recommendation contained in the Order of the Privy Council dated November 30, 1903, creating the position of "Dominion Archivist", wherein it specifically states that "... everything in the archives branch of the Department of Agriculture" is to be "put into the custody" of the Dominion Archivist. At all relevant times, says the applicant, the "Census and Statistics Office" was part of the Department of Agriculture and there exists no legal authority, of which the applicant is aware, for "Statistics Canada" to have care and control of records from the 1911 census.

Moreover, contends the applicant, it must have been Parliament's intention, at the time of the 1911 census, that the federal archives would be the permanent storehouse for the census returns when regard is had to the 1911 Instructions to Commissioners and Enumerators, prescribed under section 6 of the 1906 Act, which specifically refer to the census as having value as a record for historical use (section 16) and as a permanent record with its schedules stored in the archives of the Dominion (section 36). There is no reference to "Statistics Canada", the chief statistician, or their predecessors holding the 1911 census records. It is NACA that delineates the objects and functions of the National Archives and conservation of the records with the National Archives as the repository. The applicant reiterates that the current secrecy provisions do not apply to the 1906 Act. The only reference to confidentiality in relation to the 1911 census is found in section 23 of the 1911 Instructions which, it is submitted, refers to concerns such as taxation, immigration status or business data. Perpetual confidentiality was neither assumed nor intended.¹⁰

[23] Justice Layden-Stevenson concluded [at paragraph 17] that, on the basis of the applicant's submissions as summarized above, it was not possible for her to conclude that "the applicant is, at this stage, 'dead in the water'" on this issue.

pas «Statistique Canada» qui était l'institution fédérale qui a rassemblé les renseignements relatifs au recensement de 1911. C'était plutôt un bureau, maintenant aboli, qui relevait du ministre de l'Agriculture, lequel était connu sous le nom de «Bureau du recensement et des statistiques». La demanderesse soutient qu'étant donné que ce bureau a cessé ses activités, les documents sont maintenant sous la garde et sous le contrôle de l'archiviste national conformément au paragraphe 6(3) de la LANC.

La demanderesse cite également la recommandation figurant dans le décret du Conseil privé du 30 novembre 1903, sur laquelle elle se fonde; le poste d'«Archiviste fédéral» est créé, et il est expressément déclaré que [TRADUCTION] «[...] tous les documents qui se trouvent au service des archives du ministère de l'Agriculture» doivent être [TRADUCTION] «placés sous la garde» de l'Archiviste fédéral. Or, la demanderesse affirme que, pendant la période pertinente, le «Bureau du recensement et des statistiques» faisait partie du ministère de l'Agriculture et qu'à sa connaissance, «Statistique Canada» n'est pas légalement autorisée à avoir la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911.

La demanderesse soutient en outre que le législateur doit avoir voulu, lors du recensement de 1911, que les archives fédérales soient le dépositaire permanent des déclarations relatives au recensement s'il est tenu compte des Instructions à l'usage des commissaires et recenseurs de 1911 prescrites à l'article 6 de la Loi de 1906, dans lesquelles il est expressément mentionné que le recensement a une valeur à des fins historiques (article 16) et en tant que document permanent dont les tableaux sont déposés aux archives fédérales (article 36). Il n'est pas fait mention de «Statistique Canada», du statisticien en chef, ou de leurs prédécesseurs, en tant que dépositaires des documents relatifs au recensement de 1911. C'est la LANC qui définit les objectifs et fonctions des Archives nationales et qui prévoit la conservation des documents aux Archives nationales en sa qualité de dépositaire. La demanderesse réitère que les dispositions actuelles relatives au secret ne s'appliquent pas à la loi de 1906. La seule mention de la confidentialité relative au recensement de 1911 figure à l'article 23 des Instructions de 1911 qui, est-il soutenu, se rapporte à des questions telles que l'imposition, le statut d'immigrant ou les données commerciales. La confidentialité perpétuelle n'était pas présumée ou envisagée¹⁰.

[23] La juge Layden-Stevenson a conclu [au paragraphe 17] que, compte tenu des prétentions de la demanderesse, telles qu'elles sont ci-dessus résumées, il ne lui était pas possible de conclure qu'«à ce stade, la demanderesse a[vait] épuisé tous les procédés» sur ce point.

[24] By contrast, counsel for the respondents urged that, despite reorganizations of government, redefinition of statutory mandates and changes to the responsible Minister, the functions of conducting of censuses, analysing the data collected, publication of statistical reports based on the data collected and preservation of the data collected have existed and continued without interruption since well before 1911. In the result, counsel urged, subsection 6(3) of the *National Archives of Canada Act* simply does not apply since, while successive “government institutions” may have ceased to exist, the functions of those institutions that underlie this application for judicial review have never ceased.

[25] Counsel for the respondents urged that it is worthy of note that the Chief Statistician and the National Archivist are not at odds on the question of care and control of the 1911 census records. They agree that the Chief Statistician has always had, since the creation of that office, and currently retains, care and control of those records. That agreement is borne out by the formal request on November 16, 1999 by the National Archivist of Canada to the Chief Statistician, pursuant to subsection 6(1) of the *National Archives of Canada Act*, for transfer of the care and control of the 1906 and 1911 census records from Statistics Canada to the National Archives of Canada. As noted earlier, that request was eventually denied since the Chief Statistician and the National Archivist of Canada could not reach agreement on the terms for any such transfer. Also as earlier noted, a legislated solution to the impasse between the Chief Statistician and the National Archivist of Canada was initiated but never came to fruition. The fact that such a legislated solution was initiated would, it is urged, support the view that, at all levels within government, there was consensus that care and control of the 1906 and 1911 census records rested and continues to rest with the Chief Statistician.

[26] Strangely, or at least strangely within the view of this Judge, while a legislated solution to the impasse was

[24] Par contre, l’avocat des défendeurs a soutenu que, malgré les réorganisations gouvernementales, la nouvelle définition des mandats législatifs et les changements de ministre responsable, les fonctions relatives aux recensements, l’analyse des données recueillies, la publication de rapports statistiques fondés sur les données recueillies et la conservation des données recueillies existaient bien avant 1911 et ont continué à exister sans interruption depuis lors. Selon l’avocat, le paragraphe 6(3) de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* ne s’applique donc tout simplement pas; en effet, bien que les «institutions fédérales» successives aient peut-être cessé d’exister, les fonctions des institutions qui sont à l’origine de la présente demande de contrôle judiciaire n’ont jamais cessé.

[25] Selon l’avocat des défendeurs, il vaut la peine de noter que le statisticien en chef et l’archiviste national ne sont pas en désaccord au sujet de la question de la garde et du contrôle des documents relatifs au recensement de 1911. Ils conviennent que le statisticien en chef a toujours eu depuis la création de ce bureau, et qu’il a encore, la garde et le contrôle de ces documents, ce que confirme la demande formelle que l’archiviste national du Canada a faite au statisticien en chef le 16 novembre 1999 conformément au paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* en vue de faire transférer la garde et le contrôle des documents relatifs aux recensements de 1906 et de 1911 de Statistique Canada aux Archives nationales du Canada. Comme il en a déjà été fait mention, cette demande a en fin de compte été refusée, le statisticien en chef et l’archiviste national du Canada ne pouvant pas arriver à s’entendre sur les modalités du transfert. Comme il en a déjà été fait mention, on a cherché à sortir de l’impasse à laquelle faisaient face le statisticien en chef et l’archiviste national du Canada en adoptant une solution législative, mais la chose n’a jamais porté fruit. Il est soutenu que le fait que l’on a cherché à remédier à la situation par voie législative étayerait l’avis selon lequel, à tous les paliers du gouvernement, il existait un consensus voulant que la garde et le contrôle des documents relatifs aux recensements de 1906 et de 1911 relèvent et continuent à relever du statisticien en chef.

[26] Cependant, il est étrange, du moins aux yeux du présent juge, que même si l’on a cherché en vain à sortir

sought without success, it would appear that no resort to a solution by regulation prescribed by the Governor in Council, as contemplated in subsection 6(2) of the *National Archives of Canada Act*, was ever turned to, notwithstanding the inference that might be drawn from the proposed legislative solution that there was general agreement within government that care and control of the relevant census information should now vest in the National Archives of Canada or the National Archivist.

[27] I conclude that the position urged on behalf of the respondents must prevail. Notwithstanding the broadly stated objectives and functions of the National Archives of Canada as set out in subsection 4(1) of the *National Archives of Canada Act*, that Act, on its face in section 6, clearly contemplates that there will be “public records of national significance”, and I am satisfied that census records fit within that description, that will not be within the care and control of the National Archives of Canada. It provides a mechanism to effect transfer of such records by agreement between those who have care and control and the National Archivist. It provides a mechanism to resolve differences between those having care and control and the National Archivist where agreement cannot be reached. As a last resort where agreement cannot be reached and resolution of the impasse either cannot or should not be achieved by regulation prescribing terms and conditions governing the transfer, as clearly demonstrated by the inconclusive efforts to legislate a solution to the impasse arising on the facts underlying this matter, any impasse such as that here demonstrated can be overcome.

[28] In *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*,¹¹ Justice Rothstein, for the majority, wrote at paragraph 110 of his reasons:

There was considerable fanfare in this appeal that significant policy questions are at stake. The evidence is that the oncomouse has been patented in the United States and Europe. It is arguable on policy grounds that there is merit to uniformity and that Canada should follow suit. On the other

de l'impasse en adoptant une solution de nature législative, on n'ait jamais eu recours, semble-t-il, à un règlement du gouverneur en conseil, comme le prévoit le paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, et ce, malgré l'inférence qui peut être tirée de la solution législative proposée, à savoir qu'il était généralement convenu au sein du gouvernement que la garde et le contrôle des renseignements pertinents relatifs aux recensements devraient maintenant être confiés aux Archives nationales du Canada ou à l'archiviste national.

[27] Je conclus que la position préconisée pour le compte des défendeurs doit l'emporter. Même si la mission des Archives nationales du Canada est énoncée en termes généraux au paragraphe 4(1) de la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, il ressort de la lecture de l'article 6 que la Loi prévoit clairement que certains «documents [. . .] publics d'importance nationale», et je suis convaincu que les documents relatifs aux recensements sont visés par cette description, ne seront pas sous la garde et le contrôle des Archives nationales du Canada. Un mécanisme de transfert de ces documents au moyen d'un accord entre ceux qui en ont la garde et le contrôle et l'archiviste national est prévu. Un mécanisme permettant de résoudre les différends opposant ceux qui ont la garde et le contrôle de ces documents et l'archiviste national est prévu s'il est impossible d'arriver à une entente. En dernier ressort, lorsqu'aucun accord ne peut être conclu et que l'on ne peut pas ou que l'on ne devrait pas sortir de l'impasse au moyen d'un règlement prescrivant les modalités du transfert, comme le démontrent clairement les efforts infructueux qui ont été faits lorsqu'il s'est agi de sortir de l'impasse découlant des faits sous-tendant la présente affaire en adoptant une solution de nature législative, il est possible de sortir d'une impasse telle que celle qui existe ici.

[28] Dans l'arrêt *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*¹¹, le juge Rothstein, au nom de la majorité, a dit ce qui suit au paragraphe 110 de ses motifs:

On a fortement insisté dans le présent appel sur le fait que d'importantes questions de principe sont en jeu. Suivant la preuve, l'oncosouris a été brevetée aux États-Unis et en Europe. On peut soutenir, pour des raisons de principe, que l'uniformité est souhaitable et que le Canada devrait lui aussi

side, there were arguments made against patenting the oncomouse based on human health, environmental and other concerns. However, all that is at issue in this appeal is the interpretation of the *Patent Act* and the determination of whether, on the basis of the evidence, the appellant's product is patentable in accordance with that interpretation. It is the duty of the Court to take the statute as it finds it, neither expanding its interpretation beyond Parliament's intention as expressed by the language in the statute, nor limiting that interpretation by reading words of limitation into the statute not placed there by Parliament. To the extent the appeal gives rise to policy questions, they are to be addressed by Parliament and not the Court.

[29] The decision of the Federal Court of Appeal in *Harvard College* was reversed on appeal to the Supreme Court of Canada.¹² While the foregoing paragraph from the reasons of Justice Rothstein was not specifically cited in either the majority or minority reasons of the Supreme Court, it might be said to have been qualified by the following extract from paragraph 11 of the dissenting reasons of Justice Binnie which were concurred in by the Chief Justice and two other justices:

I accept, as does my colleague [writing for the majority], that the proper approach to interpretation of this statute [the *Patent Act*] is to read the words "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament."¹³

The quoted words cited by Mr. Justice Binnie are drawn from *Construction of Statutes*.¹³

[30] I am satisfied that the essence of the issue here before the Court, that is, the tension between protection of privacy and access to information held by the Government of Canada for the purposes of research, is a policy question and that Parliament clearly indicated its intention to reserve to the Governor in Council and, eventually to itself, the resolution of issues arising out of that tension. That intention is, I am satisfied, clear on the face of section 6 of the *National Archives of Canada Act* and is further supported by the legislative action in the form of Bill S-13 earlier referred to. Given this evidence of intention, by analogy to the words of Justice Rothstein quoted earlier, which I am satisfied are not qualified in

breveter l'oncosouris. En revanche, des arguments reposant notamment sur la santé humaine et des préoccupations d'ordre écologique ont été avancés contre la délivrance d'un brevet pour l'oncosouris. Pourtant, dans le présent appel, le débat tourne uniquement autour de l'interprétation de la *Loi sur les brevets* et de la question de savoir si, vu l'ensemble de la preuve, le produit de l'appelant est brevetable selon cette interprétation. La Cour est tenue d'interpréter la loi telle qu'elle est, sans en élargir la portée au-delà de ce que le législateur fédéral souhaitait exprimer par le libellé de la loi et sans non plus en restreindre la portée en intercalant dans la loi des mots limitatifs que le législateur n'y a pas insérés. S'il est vrai que le présent appel soulève des questions de principe, c'est au législateur fédéral, et non aux tribunaux, qu'il appartient de les examiner.

[29] La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Harvard College* a été annulée en appel devant la Cour suprême du Canada¹². Le paragraphe suivant tiré des motifs du juge Rothstein n'a pas été expressément cité dans les motifs des juges majoritaires ou des juges minoritaires de la Cour suprême, mais il est possible de dire que des réserves y ont été apportées dans l'extrait suivant du paragraphe 11 des motifs prononcés en dissidence par le juge Binnie, auxquels le juge en chef et deux autres juges souscrivaient:

À l'instar de mon collègue [qui a rédigé les motifs au nom de la majorité], je reconnais que l'interprétation juste de cette loi [la *Loi sur les brevets*] consiste à lire les termes [TRADUCTION] «dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur».

Les remarques citées par le juge Binnie sont tirées de l'ouvrage *Construction of Statutes*¹³.

[30] Je suis convaincu que l'essence de la question dont la Cour est ici saisie, à savoir le conflit qui existe entre la protection des renseignements personnels et l'accès à l'information relevant de l'administration fédérale pour les travaux de recherche, est une question de politique et que le législateur a clairement indiqué son intention de réserver au gouverneur en conseil et, en fin de compte à lui-même, la résolution des points litigieux découlant de ce conflit. Je suis convaincu que cette intention ressort clairement de la lecture de l'article 6 de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* et est en outre étayée par la mesure législative qui a été prise sous la forme du projet de loi S-13 susmentionné. Étant donné

this regard, I conclude that the issue here before the Court is of such a nature that the Court should be very cautious in intervening.

[31] In the exercise of such caution, I will decline to intervene on the facts of this matter. Care and control of the 1911 census records rests with the Chief Statistician and will remain there following this proceeding.

(2) Is there a legal obligation on the Chief Statistician to achieve transfer of care and control to the National Archives of Canada?

[32] As just indicated, I am satisfied that the answer to this issue question is in the negative. To reiterate, section 6 of the *National Archives of Canada Act* clearly contemplates transfer of care and control by agreement and, further, contemplates the possibility that, as on the facts of this matter, agreement might not be capable of achievement. It provides a way out of any such impasse and legislation is clearly an alternative way out of an impasse such as that reached here. I simply cannot conclude that an official such as the Chief Statistician faces an obligation to reach an agreement in the nature contemplated by subsection 6(1) of the *National Archives of Canada Act* where in his or her considered opinion, such an agreement cannot be achieved on terms that respect his or her mandate in the performance of his or her statutory functions. On the facts of this matter, it can be presumed that the Chief Statistician is concerned that transfer of care and control of census information to the National Archives of Canada will result in disclosure of such information in a manner that might well compromise the efficacy of future censuses and perhaps other data gathering activities of Statistics Canada. That this would appear to be a legitimate concern is demonstrated by the stringent terms of section 6 of the regulations enacted under the *Privacy Act*,¹⁴ as reproduced in Schedule “A” to these reasons.

[33] In summary, I conclude that no legal obligation exists that would compel the Chief Statistician to transfer

cette preuve d'intention, par analogie avec les remarques précitées du juge Rothstein, auxquelles, j'en suis convaincu, aucune réserve n'a été apportée sur ce point, je conclus que le point litigieux dont la Cour est ici saisie est de nature telle que la Cour doit se montrer fort prudente avant d'intervenir.

[31] Je ferai preuve d'une telle prudence et je refuserai d'intervenir eu égard aux faits de l'affaire. La garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911 relèvent du statisticien en chef et continueront à relever de celui-ci à la fin de la présente instance.

2) Le statisticien en chef est-il légalement tenu de transférer la garde et le contrôle aux Archives nationales du Canada?

[32] Comme je viens d'en faire mention, je suis convaincu qu'il faut répondre à cette question par la négative. Encore une fois, l'article 6 de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* prévoit clairement le transfert de la garde et du contrôle à la suite d'un accord et, en outre, prévoit qu'il peut être impossible d'arriver à une entente, comme c'est ici le cas. La chose permet de sortir de l'impasse et la législation est clairement une solution de rechange permettant de sortir d'une impasse telle que celle qui existe ici. Je ne puis tout simplement pas conclure qu'un fonctionnaire tel que le statisticien en chef fait face à l'obligation d'arriver à une entente de la nature de celle qui est envisagée au paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, lorsque, à son avis, une telle entente ne peut pas être conclue à des conditions qui respectent le mandat qui lui est conféré par la loi. En égard aux faits de l'affaire, il peut être présumé que le statisticien en chef craint que le transfert de la garde et du contrôle des renseignements relatifs au recensement aux Archives nationales du Canada entraîne la divulgation de ces renseignements d'une façon qui pourrait bien compromettre l'efficacité des recensements futurs et peut-être d'autres activités de collecte de données de Statistique Canada. Cette préoccupation semble légitime compte tenu des termes stricts de l'article 6 du règlement pris en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*¹⁴, reproduit à l'annexe A des présents motifs.

[33] En résumé, je conclus que le statisticien en chef n'est pas légalement tenu de transférer aux Archives

care and control of the 1911 census records to the National Archives of Canada.

(3) What relief, if any, is available to the applicant on this application for judicial review?

[34] Given my conclusions to this point of these reasons that care and control of the 1911 census records rests with the Chief Statistician and that he is under no legal obligation to reach an agreement to transfer such care and control to the National Archives of Canada, none of the reliefs by way of *mandamus* and declaration that are sought by the applicant are appropriate. That being said, if I were found to be in error with regard to my foregoing conclusions, I am satisfied that the applicant, as a genealogist and amateur family historian, has standing to bring this application and would be entitled to relief, at least of a declaratory nature, and more particularly in the nature of the third form of declaratory relief set out in paragraph 3 of these reasons given the terms of paragraph 6(d) of the *Privacy Regulations* reproduced in Schedule A to these reasons.

CONCLUSION AND COSTS

[35] Based upon the foregoing brief analysis, this application for judicial review will be dismissed.

[36] Both the applicant and the respondents, in the case of the applicant in her application for judicial review and in the case of the respondents in their memorandum of fact and law, seek costs. Costs would normally go in favour of the successful party, that is to say on the facts of this matter, the respondents. That being said, I am not satisfied that, on the totality of the facts before the Court, the respondents should be entitled to costs. It is clear that at least one Government was sympathetic, at a level of principle, to an outcome favourable to the applicant. After due consideration, the Senate of Canada also favoured an outcome equivalent to that advocated by the applicant. Perhaps unfortunately, time ran out on the legislative process that

nationales du Canada la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911.

3) Quelle réparation, le cas échéant, la demanderesse peut-elle solliciter dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire?

[34] Étant donné les conclusions qui ont jusqu'ici été tirées dans ces motifs, à savoir que la garde et le contrôle des documents relatifs au recensement de 1911 relèvent du statisticien en chef et que ce dernier n'est pas légalement tenu de conclure une entente en vue du transfert de la garde et de contrôle aux Archives nationales du Canada, aucune des réparations sollicitées par la demanderesse par voie d'ordonnance de *mandamus* et d'ordonnance déclaratoire n'est appropriée. Ceci dit, s'il est conclu que les conclusions tirées sont erronées, je suis convaincu que la demanderesse, en sa qualité de généalogiste s'intéressant à l'histoire familiale, a qualité pour présenter la demande ici en cause et qu'elle aurait droit à une réparation, du moins de la nature d'une ordonnance déclaratoire, et plus particulièrement qu'elle aurait droit au troisième type d'ordonnance déclaratoire énoncé au paragraphe 3 de ces motifs, compte tenu des termes de l'alinéa 6d) du *Règlement sur la protection des renseignements personnels* reproduit à l'annexe A des présents motifs.

CONCLUSION ET DÉPENS

[35] Compte tenu de la brève analyse qui précède, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

[36] La demanderesse et les défendeurs, que ce soit dans la demande de contrôle judiciaire dans le cas de la demanderesse ou dans l'exposé des faits et du droit dans le cas des défendeurs, sollicitent l'adjudication des dépens en leur faveur. Or, les dépens sont habituellement accordés à la partie qui a gain de cause, c'est-à-dire eu égard aux faits de la présente affaire, aux défendeurs. Ceci dit, je ne suis pas convaincu, compte tenu des faits portés à la connaissance de la Cour dans leur ensemble, que les défendeurs doivent obtenir les dépens. Il est clair qu'au moins un gouvernement appuyait en principe un résultat favorable à la demanderesse. Après mûre réflexion, le Sénat du Canada a également favorisé un résultat tel que celui qui est préconisé par la

the Government of the day chose to pursue to provide relief to the applicant. In the foregoing circumstances, in the exercise of my discretion, I determine not to grant costs in favour of the respondents. There will be no order as to costs.

demanderesse. Malheureusement, le processus législatif que le gouvernement de l'époque avait décidé de suivre pour accorder une réparation à la demanderesse est maintenant prescrit. Dans ces conditions, j'exercerai mon pouvoir discrétionnaire et je refuserai d'accorder les dépens aux défendeurs. Aucuns dépens ne seront adjugés.

SCHEDULE "A"

to the
Reasons for Order dated June 25, 2004
in
MERTIE ANNE BEATTY

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA,
THE CHIEF STATISTICIAN and
THE NATIONAL ARCHIVIST
T-930-03

Census and Statistics Act, R.S.C. 1906, c. 68

2. In this Act, unless the context otherwise requires,—

(a) 'Minister' means the Minister of Agriculture;

(b) 'Office' means the Census and Statistics Office.

3. There shall be a permanent office under the Minister of Agriculture, to be called the Census and Statistics Office, and the Governor in Council may appoint thereto a chief officer, a secretary, and such other officers, clerks and employees as are necessary for the proper conduct of the office, whose duties under the direction of the Minister shall be to carry out the provisions of this Act, and such other duties as are assigned to them by the Governor in Council.

4. The Governor in Council may also appoint such census officers, census commissioners and other employees as are necessary for the taking of each census, with such relative powers and duties and such emoluments as are laid down for each census by order in council.

...

6. The Minister may also employ from time to time such agents or persons as are necessary to collect for the Office statistics and information relating to such industries and affairs of the country as he deems useful and in the public interest, and the duties of such agents or persons shall be such as the Minister determines.

...

10. The details of information, and procedure to be followed for the obtaining thereof, the forms to be used, and the period at which, and the dates with reference to which, the census shall be taken or statistics and information collected,

ANNEXE «A»

des motifs d'ordonnance rendus le
25 juin 2004
dans l'affaire
MERTIE ANNE BEATTY

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
LE STATISTICIEN EN CHEF et
L'ARCHIVISTE NATIONAL
T-930-03

Loi du recensement et des statistiques, S.R.C. 1906, ch. 68

2. En la présente loi, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente,—

(a) "Ministre" signifie le ministre de l'Agriculture;

(b) "bureau" signifie le bureau du recensement et des statistiques.

3. Est établi, sous l'autorité du ministre de l'Agriculture, un bureau permanent appelé le bureau de recensement et des statistiques, et le gouverneur en conseil peut y nommer, pour le bon fonctionnement du service, un chef, un secrétaire et les autres fonctionnaires, commis et employés nécessaires, lesquels, sous la direction du Ministre, sont chargés de mettre à exécution les dispositions de la présente loi et les autres fonctions à eux assignés par le gouverneur en conseil.

4. Le gouverneur en conseil peut aussi nommer les officiers de recensement, commissaires de recensement et autres employés nécessaires pour chaque recensement, et leur sont respectivement attribués les pouvoirs, fonctions et émoluments déterminés à eux assignés par le gouverneur en conseil.

[. . .]

6. Le Ministre peut aussi employer à toute époque les agents ou personnes nécessaires pour recueillir pour le bureau, des statistiques et renseignements au sujet d'industries et d'affaires du pays qu'il juge être utiles et dans l'intérêt du public, et les attributions de ces agents sont à la détermination du Ministre.

[. . .]

10. Les détails des renseignements, les moyens à mettre en œuvre pour les obtenir, les formules à employer à l'époque à laquelle s'effectue le recensement, ainsi que les dates relativement auxquelles il se fait ou sont recueillis les

whether generally or for any specified localities requiring to be exceptionally dealt with in any of these respects, shall, subject to the provisions of this Act, be such as the Governor in Council by proclamation directs.

11. A census of Canada shall be taken by the Office, under the direction of the Minister, on a date in the month of June, in the year one thousand nine hundred and eleven, to be fixed by the Governor in Council, and every tenth year thereafter.

...

16. Every enumerator, by visiting every house and by careful personal inquiry, shall ascertain, in detail with the utmost possible accuracy, all the statistical information with which he is required to deal, and no other, and shall make an exact record thereof, and attest the same under oath, and shall see that such attested record is duly delivered to the census commissioner under whose superintendence he is placed.

2. The enumerator shall execute this section, in all respects, as required by the forms and instructions issued to him.

...

34. Every officer, census commissioner, enumerator, agent and other person employed in the execution of this Act, before entering on his duties, shall take and subscribe an oath binding him to the faithful and exact discharge of such duties and to the secrecy of statistics and information collected for the Office.

2. The oath shall be in such form, taken before such person and returned and recorded, in such manner, as the Governor in Council prescribes.

Fifth Census of Canada, 1911 Instructions to Officers, Commissioners and Enumerators

16. If an unincorporated village is included in the enumerator's district he should take the Census of it separately from the rural portion proper, but on the same schedule. A short line drawn across the left hand margin above the number of the first family and another below the number of the last family of the village as entered on the schedule, will be a sufficient mark of separation. But if the village have a distinct name it should be written along the left hand margin of the schedule, between the upper and lower lines, on each page until the enumeration of such village is completed. . . This separation will facilitate the tabulation of agricultural statistics,

statistiques et les renseignements, soit pour le pays en général soit pour quelques localités particulières, qui demandent à être traitées d'une manière spéciale sous l'un de ces rapports, sont, en conformité des dispositions de la présente loi, selon que déterminés par proclamation du gouverneur en conseil.

11. Le bureau doit faire un recensement du Canada, sous la direction du Ministre, à une date du mois de juin mil neuf cent onze, à être déterminée par le gouverneur en conseil, et tous les dix ans ensuite.

[. . .]

16. Le recenseur, par voie de visite à chaque maison et d'enquête personnelle conduite avec soin, doit se procurer en détail et avec la plus grande exactitude possible tous les renseignements statistiques dont il a à s'occuper, mais nul autre, et il doit en prendre note d'une manière fidèle et attester ses écritures sous serment, et avoir soin que ses écritures ainsi attestés soient remises au commissaire de recensement dont il relève.

2. L'énumérateur doit exécuter les prescriptions du présent article, sous tous les rapports, en conformité des formules à lui fournies et des instructions à lui données.

[. . .]

34. Tout fonctionnaire, commissaire de recensement, recenseur, agent ou autre personne employée à la mise à exécution de la présente loi, doit, avant d'entrer dans ses fonctions, prêter et souscrire un serment qui le lie à la bonne et fidèle exécution de ces fonctions et au secret des statistiques et renseignements recueillis par le bureau.

2. Ce serment est dressé selon la formule, prête devant la personne et enregistré de la manière que prescrit le gouverneur en conseil.

Cinquième Recensement du Canada, 1911 Instructions à l'usage des fonctionnaires, commissaires et recenseurs

16. Si un village qui n'est pas constitué en municipalité est compris dans le district du recenseur, ce dernier doit en faire le recensement séparément, en dehors de la partie rurale proprement dite, mais sur le même tableau. Une ligne courte tracée en travers de la marge de gauche au-dessus du numéro de la première famille et une autre au-dessous du numéro de la dernière famille du village inscrit sur le tableau suffira pour indiquer la séparation. Mais si le village a un nom distinct ce nom doit être inscrit le long de la marge de gauche du tableau, entre la première et la dernière ligne de chaque feuille, jusqu'à ce que le recensement du village ait été complété [. . .] Cette

and it will have value as a record for historical use in tracing the origin and rise of future towns in the country. The Census of unincorporated villages however will be included as heretofore with the statistics of rural sections.

...

23. Every officer or other person employed in any capacity on Census work is required to keep inviolate the secrecy of the information gathered by the enumerators and entered on the schedules or forms. An enumerator is not permitted to show his schedules to any other person, nor to make or keep a copy of them, nor to answer any questions respecting their contents, directly or indirectly; and the same obligation of secrecy is imposed upon commissioners and other officers or employees of the outside service, as well as upon every officer, clerk, or other employee of the Census Office at Ottawa. The facts and statistics of the Census may not be used except for statistical compilations, and positive assurance should be given on this point if a fear is entertained by any person that they may be used for taxation or any other object.

...

36. The enumerator is required to make all entries on the schedules in ink of good quality, and every name, word, figure or mark should be clear and legible. If a schedule cannot be read, or if the entries are made with a poor quality of ink, or in pencil, or if they are blurred or blotted, the work of the enumerator may be wholly wasted. The Census is intended to be a permanent record, and its schedules will be stored in the Archives of the Dominion.

National Archives of Canada Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1 [s. 4(3) (as am. by S.C. 1995, c. 29, s. 48)]

4. (1) The objects and functions of the National Archives of Canada are to conserve private and public records of national significance and facilitate access thereto, to be the permanent repository of records of government institutions and of ministerial records, to facilitate the management of records of government institutions and of ministerial records, and to encourage archival activities and the archival community.

(2) The Archivist may do such things as are incidental or conducive to the attainment of the objects and functions of the National Archives of Canada and, without limiting the generality of the foregoing, may

séparation facilitera la compilation des statistiques agricoles et sera utile au point de vue historique pour retracer l'origine et le développement des villes de l'avenir. Toutefois, le recensement des villages qui ne sont pas constitués en municipalités sera inclus, comme il l'a été jusqu'ici, dans la statistique des districts ruraux.

[. . .]

23. Toute fonctionnaire ou toute personne employée au recensement est tenu au secret absolu sur les renseignements recueillis par les recenseurs et inscrits sur les tableaux ou feuilles. Il est défendu au recenseur de montrer ses tableaux à qui que ce soit, ou d'en faire ou d'en garder une copie, ou de répondre à des questions sur leur contenu, soit directement soit indirectement; la même obligation du secret est imposée aux commissaires et autres fonctionnaires ou employés du service extérieur, de même qu'à tout fonctionnaire, commis ou autre employé du bureau du recensement à Ottawa. Les faits et statistiques du recensement ne doivent servir qu'aux compilations statistiques, et on devra donner l'assurance positive de ce fait à toute personne qui craint que ces renseignements ne puissent servir de guide pour l'imposition de taxes ou pour toute autre fin.

[. . .]

36. Le recenseur est tenu de faire toutes les entrées dans les tableaux avec une encre de bonne qualité, et chaque nom, mot, chiffre ou marque devra être clair et lisible. Si le tableau n'est pas lisible, ou si les entrées sont faites avec de la mauvaise encre, ou au crayon de plomb, ou si elles sont brouillées ou effacées, le travail du recenseur peut avoir été fait en pure perte. Le but du recensement est d'obtenir des statistiques permanentes, et les tableaux seront conservés aux Archives du Canada.

Loi sur les Archives nationales du Canada, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), c. 1 [art. 4(3) (mod. par L.C. 1995, ch. 29, art. 48)]

4. (1) Les Archives nationales du Canada conservent les documents privés et publics d'importance nationale et en favorisent l'accès. Elles sont le dépositaire permanent des documents des institutions fédérales et des documents ministériels. Elles facilitent la gestion des documents des institutions fédérales et des documents ministériels et appuient les milieux des archives.

(2) L'archiviste peut prendre toute mesure qui concourt à la réalisation de la mission des Archives nationales du Canada et, notamment:

- (a) acquire records or obtain the care, custody or control of records;
- (b) take such measures as are necessary to classify, identify, preserve and restore records;
- (c) subject to any lawful restriction that applies, provide access to records;
- (d) provide information, consultation, research and other services related to archives;
- (e) make known information concerning archives by means such as publications, exhibitions and the lending of records;
- (f) advise government institutions concerning standards and procedures pertaining to the management of records;
- (g) provide reproduction and other services to government institutions pertaining to the management of records;
- (h) provide a central service for the care and control of records pertaining to former personnel of any government institution;
- (i) provide record storage facilities to government institutions;
- (j) provide training in archival techniques and the management of records;
- (k) cooperate with and undertake activities in concert with organizations interested in archival matters or the management of records by means such as exchanges and joint projects;
- (l) provide professional, technical and financial support in aid of archival activities and the archival community; and
- (m) carry out such other functions as the Governor in Council may specify.
- (3) Subject to the terms and conditions under which records have been acquired or obtained, the Archivist may destroy or dispose of any record under the control of the Archivist where the retention of the record is no longer deemed necessary.
- (4) The Archivist shall not provide access to any record to which subsection 69(1) of the *Access to Information Act* applies without the consent of the Clerk of the Privy Council.
- a) acquérir des documents ou en obtenir la possession, la garde ou le contrôle;
- b) prendre toute mesure utile au classement, à la description, à la protection et à la restauration des documents;
- c) permettre l'accès aux documents, sous réserve des restrictions juridiques applicables;
- d) fournir des services d'information, de consultation et de recherche, ainsi que des services connexes, concernant les archives;
- e) faire connaître les archives, notamment par des publications, des expositions et des prêts;
- f) conseiller les institutions fédérales quant aux normes et méthodes de gestion de documents;
- g) fournir aux institutions fédérales des services de reproduction et autres services liés à la gestion de documents;
- h) fournir un service central de garde et de contrôle des documents des anciens membres du personnel des institutions fédérales;
- i) fournir aux institutions fédérales des installations d'entreposage de documents;
- j) fournir des services de formation aux techniques de l'archivage et à la gestion des documents;
- k) collaborer avec les organismes concernés par les archives et la gestion des documents, notamment par des échanges et des activités communes;
- l) apporter son appui professionnel, technique et financier aux milieux des archives;
- m) s'acquitter de toute autre fonction que lui confie le gouverneur en conseil.
- (3) L'archiviste peut, sous réserve des modalités afférentes à leur acquisition ou à leur obtention, aliéner ou éliminer des documents dont il a le contrôle s'il estime que leur conservation n'est plus nécessaire.
- (4) L'archiviste ne peut donner accès aux documents auxquels le paragraphe 69(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique qu'avec l'autorisation du greffier du Conseil privé.

6. (1) The records of government institutions and ministerial records that, in the opinion of the Archivist, are of historic importance shall be transferred to the care and control of the Archivist in accordance with such schedules or other agreements for the transfer of records as may be agreed on between the Archivist and the government institution or person responsible for the records.

(2) The Governor in Council may, by regulation, prescribe terms and conditions governing the transfer of records under subsection (1).

(3) Except as otherwise directed by the Governor in Council, the Archivist shall have the care and control of all records of any government institution the functions of which have ceased.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21 [s. 8(2)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 12)]

7. Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be used by the institution except

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use inconsistent with that purpose; or

(b) for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under subsection 8(2).

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure;

...

(i) to the National Archives of Canada for archival purposes.

6. (1) Le transfert, sous la garde et le contrôle de l'archiviste, des documents des institutions fédérales et des documents ministériels qu'il estime avoir une importance historique ou archivistique s'effectue selon les calendriers ou accords convenus à cet effet entre l'archiviste et le responsable des documents.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, fixer les modalités du transfert des documents.

(3) Sauf instruction contraire du gouverneur en conseil, l'archiviste est préposé à la garde et au contrôle des documents des institutions fédérales qui ont cessé leurs activités.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), c. P-21 [art. 8(2)i) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 12)]

7. À défaut du consentement de l'individu concerné, les renseignements personnels relevant d'une institution fédérale ne peuvent servir à celle-ci:

a) qu'aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

b) qu'aux fins auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu du paragraphe 8(2).

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

b) communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication;

[. . .]

i) communication aux Archives nationales du Canada pour dépôt;

Privacy Regulations, SOR/83-508

6. Personal information that has been transferred to the control of the National Archives of Canada by a government institution for archival or historical purposes may be disclosed to any person or body for research or statistical purposes where

- (a) the information is of such a nature that disclosure would not constitute an unwarranted invasion of the privacy of the individual to whom the information relates;
- (b) the disclosure is in accordance with paragraph 8(2)(f) or (k) of the Act;
- (c) 110 years have elapsed following the birth of the individual to whom the information relates; or
- (d) in cases where the information was obtained through the taking of a census or survey, 92 years have elapsed following the census or survey containing the information.

¹ See s. 6 of the *Privacy Regulations*, SOR/83-508 reproduced in Schedule A to these reasons.

² Respondents' application record, Tab 2.

³ R.S.C., 1985, c. S-19.

⁴ R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1.

⁵ R.S.C., 1985, c. P-21.

⁶ S.C. 1905, c. 5 [R.S.C. 1906, c. 68].

⁷ Order of the Governor in Council made March 31, 1911, and published on April 22, of the same year in a Supplement to the *Canada Gazette*, exhibit "D" to the affidavit of Pamela White, pp. 0033 and 0036-0053 of the respondent's application record.

⁸ Respondents' application record, Tab 2, exhibit "P" to the affidavit of Pamela White, pp. 0107-0111.

⁹ R.S.C., 1985, c. A-1.

¹⁰ *Beatty v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 1029; [2003] F.C.J. No. 1303 (F.C.) (QL), September 5, 2003.

¹¹ [2000] 4 F.C. 528 (C.A.) (not cited before me).

¹² *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45 (not cited before me).

¹³ Driedger, Elmer A., 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983).

¹⁴ R.S.C., 1985, c. P-21

Règlement sur la protection des renseignements personnels, DORS/83-508

6. Les renseignements personnels qui ont été placés sous le contrôle des Archives nationales du Canada par une institution fédérale, pour dépôt ou à des fins historiques, peuvent être communiqués à toute personne ou à tout organisme pour des travaux de recherche ou de statistique, si

- a) ces renseignements sont d'une nature telle que leur communication ne constituerait pas une intrusion injustifiée dans la vie privée de l'individu qu'ils concernent;
- b) leur communication est conforme aux alinéas 8(2)f) ou k) de la Loi;
- c) il s'est écoulé 110 ans depuis la naissance de l'individu qu'ils concernent; ou
- d) il s'agit de renseignements qui ont été obtenus au moyen d'une enquête ou d'un recensement tenu il y a au moins 92 ans.

¹ Voir l'art. 6 du *Règlement sur la protection des renseignements personnels*, DORS/83-508, reproduit à l'annexe A des présents motifs.

² Dossier de demande des défendeurs, onglet 2.

³ L.R.C. (1985), ch. S-19.

⁴ L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1.

⁵ L.R.C. (1985), ch. P-21.

⁶ S.C. 1905, ch. 5 [S.R.C. 1906, ch. 68].

⁷ Décret du gouverneur en conseil en date du 31 mars 1911, publié le 22 avril de la même année dans un supplément de la *Gazette du Canada*, pièce «D» jointe à l'affidavit de Pamela White, aux p. 0033 et 0036 à 0053 du dossier de demande des défendeurs.

⁸ Dossier de demande des défendeurs, onglet 2, pièce «P» jointe à l'affidavit de Pamela White, p. 0107 à 0111.

⁹ L.R.C. (1985), ch. A-1.

¹⁰ *Beatty c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 1029; [2003] A.C.F. n° 1303 (C.F.) (QL), 5 septembre 2003.

¹¹ [2000] 4 C.F. 528 (C.A.) (non cité devant moi).

¹² *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45 (non cité devant moi).

¹³ Driedger, Elmer A., 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1983).

¹⁴ L.R.C. (1985), ch. P-21.

T-217-02
2004 FC 710

T-217-02
2004 CF 710

Brooks Aviation, Inc. (Plaintiff)

Brooks Aviation, Inc. (demanderesse)

v.

c.

The Wrecked and Abandoned Boeing SB-17G Aircraft, Serial No. 44-83790, its Apparel and Cargo and the Owners, Charterers and all Others Interested in the Wrecked and Abandoned Boeing SB-17G Aircraft, its Apparel and Cargo (Defendants)

L'épave abandonnée de l'aéronef Boeing SB-17G, n° de série 44-83790, son matériel et sa cargaison, et les propriétaires, les affréteurs et toutes les autres personnes ayant un droit sur l'épave abandonnée de l'aéronef Boeing SB-17G, son matériel et sa cargaison (défendeurs)

INDEXED AS: BROOKS AVIATION, INC. v. BOEING SB-17G (F.C.)

RÉPERTORIÉ: BROOKS AVIATION, INC. c. BOEING SB-17G (C.F.)

Federal Court, MacKay J.—St. John's (Newfoundland and Labrador), June 24, 2003; Ottawa, May 17, 2004.

Cour fédérale, juge MacKay—St. John's (Terre-Neuve et Labrador), 24 juin 2003; Ottawa, 17 mai 2004.

Maritime Law—Salvage — In rem action against wrecked, abandoned aircraft, apparel and cargo (res) — Definition of "wreck" in Canada Shipping Act, s. 2(d) including wrecked aircraft — Under traditional maritime law, valid salvage claim giving rise to right in rem against saved res — Res must be in peril at time salvage efforts made by volunteer — Plaintiff having no obligation to seek recovery of res — Res in peril — Plaintiff not in possession of res at present stage, not having valid salvage claim until recovery — Not salvor with maritime lien, statutory lien under Act — Plaintiff's actions not continuing at site of wreck — Plaintiff having no greater claim to possession than Province, third party, but interests as first finder may be sufficient to permit recovery of res.

Droit maritime—Sauvetage—Action réelle engagée contre une épave abandonnée d'un aéronef, son matériel et sa cargaison (l'épave) — La définition du mot «épaves» à l'art. 2d) de la Loi sur la marine marchande du Canada comprend les aéronefs naufragés — Selon le droit maritime traditionnel, une créance valide pour services de sauvetage donne naissance à un droit réel sur l'épave recouvrée — L'épave doit être en péril au moment où le sauvetage est effectué par un volontaire — La demanderesse n'avait aucune obligation de récupérer l'épave — L'épave était en péril — La demanderesse n'a pas à ce stade la possession de l'épave et elle n'aura aucune créance valide pour services de sauvetage jusqu'au recouvrement — Elle n'est pas un sauveteur titulaire d'un privilège maritime ou d'un privilège légal — La demanderesse n'a pas effectué des opérations continues à l'emplacement de l'épave — La demanderesse ne peut pas davantage revendiquer la possession de l'épave que ne le peut la province ou un tiers, mais ses droits de premier découvreur pourraient être suffisants pour l'autoriser à récupérer l'épave.

Federal Court Jurisdiction — Wrecked aircraft (res) found by plaintiff at bottom of lake in Labrador — Plaintiff bringing action against res, owners, others interested in res — Latter declared arrested — Whether matter within jurisdiction of Court — Court having maritime jurisdiction under Federal Courts Act, s. 22 in relation to navigation, shipping over all claims under Canadian maritime law, including claim for salvage of life, cargo, equipment, other property of aircraft as if aircraft ship — Jurisdiction conferred by s. 22 may be exercised in rem against ship, aircraft, other property subject of action — Responsibility, rights of salvor not adversely

Compétence de la Cour fédérale — L'aéronef naufragé (l'épave) a été découvert par la demanderesse au fond d'un lac au Labrador — La demanderesse a engagé une action contre l'épave, les propriétaires et les autres personnes ayant un droit sur l'épave — Cette dernière a été déclarée saisie — La question était de savoir si l'affaire relève de la compétence de la Cour — La Cour exerce une compétence maritime, en vertu de l'art. 22 de la Loi sur les Cours fédérales, en matière de navigation et de marine marchande, dans les cas où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien, notamment des demandes

affected by Canada Shipping Act, s. 449 (extending law of salvage to aircraft on or over sea tidal waters, Great Lakes) — Court having jurisdiction under s. 22 over plaintiff's claim as salvor of defendant res, to protect res, plaintiff's priority rights as finder of wrecked aircraft.

Practice — Summary Judgment — Plaintiff seeking summary judgment in an in rem action against wrecked, abandoned aircraft — Case appropriate for summary judgment as material issues matters of law — Issues of fact essential for determination of legal issues determinable on evidence before Court by affidavit — Determination of legal issues on summary judgment serving interest of justice, avoiding further costs involved if trial to proceed.

This was a motion for summary judgment in an *in rem* action brought against the wrecked and abandoned Boeing SB-17G Aircraft, its apparel and cargo (the *res*), and against the owner and all others interested in the *res*. In December 1947, the defendant aircraft, then operated by the United States Air Force made a forced landing on the frozen surface of Lake Dyke, Labrador. During the spring breakup, the *res* travelled with the ice and ultimately came to rest at the bottom of an adjacent lake. On August 1, 1998, following a search for the *res*, the plaintiff located it under approximately 25 feet of water at the bottom of the lake. It commenced this action against the *res* and the owners and others interested in the *res*, and applied to this Court for its arrest. In April 2002, the Court declared the *res* to have been arrested. The issues were: (1) whether this matter was appropriate for summary judgment; (2) whether this matter was within the jurisdiction of the Court; (3) what was the significance of the ownership of the *res*? (4) whether the plaintiff had a valid salvage claim; and (5) what are the appropriate remedies?

Held, the motion should be allowed in part.

(1) This case, here opposed only by the Province of Newfoundland and Labrador, was appropriate for summary judgment since the material issues were matters of law, and any issues of fact essential for determination of those legal

d'indemnisation pour le sauvetage des personnes, de la cargaison, de l'équipement ou des autres biens d'un aéronef assimilé en l'occurrence à un navire — La compétence conférée par l'art. 22 peut être exercée en matière réelle dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d'autres biens — La responsabilité et les droits du sauveteur ne sont pas contrariés par l'art. 449 de la Loi sur la marine marchande du Canada (étendant les règles régissant les sauvetages aux aéronefs sur la mer ou les eaux à marée, ou au-dessus, et sur les Grands Lacs) — La Cour a compétence, en application de l'art. 22, concernant la réclamation de la demanderesse en tant que sauveteur de l'épave défenderesse et pour protéger l'épave, ainsi que les droits prioritaires de la demanderesse en tant que découvreur de l'épave.

Pratique — Jugement sommaire — La demanderesse cherchait à obtenir un jugement sommaire dans une action réelle engagée contre l'épave abandonnée d'un aéronef — L'affaire se prête à un jugement sommaire étant donné que les questions de fond à décider sont des points de droit — Les points de fait essentiels pour décider des points de droit peuvent être résolus d'après les preuves qui sont devant la Cour sous forme d'affidavit — Il est dans l'intérêt de la justice que les points de droit soient décidés par jugement sommaire, cela évitant les coûts supplémentaires que nécessiterait un procès.

Il s'agissait d'une requête visant à obtenir un jugement sommaire dans une action réelle engagée contre l'épave abandonnée de l'aéronef Boeing SB-17G, son matériel et sa cargaison (l'épave), et contre le propriétaire et toutes les autres personnes ayant un droit sur elle. En décembre 1947, l'aéronef défendeur, exploité alors par l'Armée de l'air des États-Unis, avait dû faire un atterrissage forcé sur la surface gelée du lac Dyke, au Labrador. Durant la débâcle de printemps, l'épave s'était déplacée avec la glace et avait fini par se poser au fond d'un lac adjacent. Le 1^{er} août 1998, après une recherche de l'épave, la demanderesse repérait celle-ci par environ 25 pieds de profondeur, au fond du lac. Elle a engagé la présente action contre l'épave et contre les propriétaires et autres personnes ayant un droit sur elle, et elle a demandé à la Cour d'ordonner sa saisie. En avril 2002, la Cour a déclaré que l'épave était saisie. Les points soulevés étaient les suivants: 1) la présente affaire se prêtait-elle à un jugement sommaire? 2) la présente affaire relevait-elle de la compétence de la Cour? 3) laquelle est l'importance de la propriété de l'épave? 4) la demanderesse avait-elle une créance valide pour services de sauvetage? 5) quel est le redressement adéquat?

Jugement: la requête est accueillie en partie.

1) Cette affaire, à laquelle ne s'oppose ici que la province de Terre-Neuve et Labrador, se prêtait à un jugement sommaire, étant donné que les questions de fond à décider étaient des points de droit, et que les points de fait essentiels

issues were determinable on the evidence before the Court by affidavit. Determination of legal issues on summary judgment served the interest of justice, and avoided further costs involved if a trial were to proceed.

(2) The issue before the Court was the applicability of federal Canadian law concerning salvage of ships or aircraft. Under section 22 of the *Federal Courts Act*, the Federal Court has maritime jurisdiction in relation to navigation and shipping over all claims under Canadian maritime law or any other law of Canada (subsection 22(1)), including “any claim for salvage . . . of life, cargo, equipment or other property of, from or by an aircraft to the same extent and in the same manner as if the aircraft were a ship” (paragraph 22(2)(f)). Under subsection 43(2) of that Act, the jurisdiction conferred by section 22 may be exercised *in rem* against the ship, aircraft or other property that is the subject of the action. The law of salvage is an aspect of traditional maritime law, a matter within the exclusive jurisdiction of Parliament in relation to navigation and shipping. In addition to the traditional law of salvage, Parliament has enacted legislation in relation to salvage within Part VI of the *Canada Shipping Act* (CSA). CSA defines “wreck” as including any wrecked aircraft. Under subsection 436(1) of the CSA, a wrecked aircraft “within the limits of Canada”, when possessed, shall be delivered to the receiver of wrecks, unless the Minister dispenses with delivery. That responsibility and the rights of a salvor are not adversely affected by section 449 of the CSA. The Province urged that subsection 449(1) excludes the aircraft wreck in this case from the application of the law relating to salvage because the aircraft was not “on or over the sea or tidal waters . . . [or] the Great Lakes.” Subsection 449(1) of the CSA does not limit the traditional maritime salvage law as that has been extended to recovery of wrecked aircraft. Had that been intended, Parliament would have amended the *Federal Courts Act*, and would have omitted provisions of the CSA, in particular subsection 436(1). Subsection 449(1) concerns the law of salvage, and the duty to render assistance in relation to vessels in distress, not those which have sunk, and extends that aspect of salvage law to aircraft on or over the sea or the Great Lakes. Such was not the case herein.

(3) The owner of the *res* at the time of the forced landing of the B-17 aircraft was the United States, operating through the U.S. Air Force. The latter indicated that it neither maintained

pour décider ces points de droit pouvaient être résolus d’après les preuves qui étaient devant la Cour sous forme d’affidavit. Il était dans l’intérêt de la justice que les points de droit soient décidés par jugement sommaire, car l’on éviterait ainsi les coûts supplémentaires que nécessiterait un procès.

2) Le point que devait décider la Cour concernait l’applicabilité du droit fédéral canadien relatif au sauvetage de navires ou d’aéronefs. Selon l’article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale exerce une compétence maritime en matière de navigation et de marine marchande, dans les cas où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale (paragraphe 22(1)). Elle connaît notamment des demandes «d’indemnisation [. . .] pour le sauvetage des personnes, de la cargaison, de l’équipement ou des autres biens d’un aéronef, ou au moyen d’un aéronef, assimilé en l’occurrence à un navire» (alinéa 22(2)(f)). Selon le paragraphe 43(2) de cette Loi, la Cour fédérale exerce, en vertu de l’article 22, une compétence en matière réelle dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d’autres biens. Les règles relatives au sauvetage constituent un aspect du droit maritime traditionnel, lequel relève de la compétence exclusive du Parlement en matière de navigation et de marine marchande. Outre les règles traditionnelles applicables aux sauvetages, le législateur fédéral a promulgué des dispositions sur le sauvetage, dans la partie VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (LMMC). La définition du mot «épaves», dans la LMMC, comprend les aéronefs naufragés. Selon le paragraphe 436(1) de la LMMC, une épave d’aéronef qui se trouve «dans les limites du Canada» devra être remise au receveur d’épaves par son possesseur, sauf dispense accordée par le ministre. Cette obligation, et les droits du sauveteur, ne sont pas contrariés par l’article 449 de la LMMC. La province a dit avec insistance que le paragraphe 449(1) exclut l’épave d’aéronef dont il s’agit ici de l’application des règles relatives aux sauvetages parce que l’aéronef ne se trouvait pas «sur la mer ou les eaux à marée [ou] sur les Grands Lacs». Le paragraphe 449(1) de la LMMC ne restreint pas l’application des règles traditionnelles régissant les sauvetages maritimes telles que ces règles ont été étendues au recouvrement d’épaves d’aéronefs. Si c’est là ce que le législateur avait voulu, il aurait modifié la *Loi sur les Cours fédérales* et aurait omis certaines dispositions de la LMMC, en particulier le paragraphe 436(1). Le paragraphe 449(1) établit les règles relatives aux sauvetages et l’obligation de prêter assistance aux navires en détresse, non à ceux qui ont sombré, et il étend cet aspect des règles aux aéronefs se trouvant sur la mer ou sur les Grands Lacs. Tel n’était pas le cas en l’espèce.

3) Le propriétaire de l’aéronef B-17 lors de son atterrissage forcé était le gouvernement des États-Unis, plus exactement l’Armée de l’air des États-Unis. Cette dernière a précisé qu’elle

title to, nor had property interest in, the aircraft. For purposes of these proceedings concerning possible salvage rights, the original owner abandoned the *res* and any claim to title in it. The *res* was derelict and subject to salvage claims. The Province claimed ownership and title to the *res* located and abandoned on Crown land and submitted that, as an archaeological object under provincial statutory law, property in the aircraft was vested in the provincial Crown, whether or not it was in its possession. It was unnecessary to resolve the matter of ownership at this stage, for whoever the owner may ultimately be determined to be, the owner cannot ordinarily preclude salvage of the *res* if that is considered derelict.

(4) Under traditional maritime law a valid salvage claim gives rise to a right *in rem* against the *res* that is saved. The *res* must be in peril at the time the salvage efforts are made by a party with no obligation by contract or employment, or because of ownership, to recover the *res*. The salvage effort must be successful in the sense that the *res* or part thereof is saved; otherwise the salvor may recover nothing. The plaintiff had no obligation or liability to seek recovery of the *res*. The *res* was in peril. Its continuing deterioration, at some unpredictable time in future, will preclude possibilities of recovery and salvage. While peril was not imminent, it was inevitable. The *res* was subject to efforts for its recovery and ultimately a claim for salvage if it is recovered in whole or in part. Nevertheless the plaintiff was not in possession of the *res* at this stage, though it claimed to be a salvor in possession of the latter. It would not have a valid salvage claim until the whole or any portion of the *res* is recovered. It was not a salvor with a maritime lien or a statutory lien under the CSA. There was no actual possession, and constructive possession upon which the plaintiff relied rested only upon preliminary efforts, admittedly somewhat extensive, to find, examine and document the *res*, but all prior to continuing action at the site to recover it. The plaintiff's actions have not been continuing at the site of the wreck. Until its efforts at the site are initiated and continuing, it could not be said that its use and occupation was as reasonably practicable as possible of the derelict in its location. The plaintiff had no greater claim to possession than the Province or any third party. Nevertheless its interests as first finder, if challenged, may be found sufficient, for a reasonable time, to permit recovery of the *res*.

n'était plus propriétaire de l'aéronef et qu'elle n'avait aucun intérêt sur cet aéronef. Aux fins de cette procédure relative à d'éventuels droits de sauvetage, le propriétaire original a abandonné l'épave, ainsi que tout droit de propriété sur elle. L'épave a été délaissée et était sujette à des réclamations pour services de sauvetage. La province a revendiqué la propriété de l'épave abandonnée qui se trouvait sur des terres domaniales et elle a soutenu que, en tant qu'objet archéologique relevant des lois provinciales, la propriété de l'aéronef était dévolue à la Couronne provinciale, qu'il ait été ou non en sa possession. Il était inutile de régler à ce stade la question de la propriété, car, quelle que soit la décision à ce sujet, le propriétaire ne peut en général faire obstacle au sauvetage de l'épave si celle-ci est considérée comme une chose abandonnée.

4) Selon le droit maritime traditionnel, une créance valide pour services de sauvetage donne naissance à un droit réel sur l'épave qui est recouvrée. L'épave doit être en péril au moment où le sauvetage est effectué par une personne qui n'est pas tenue, que ce soit en raison d'un contrat, de son emploi, ou de sa qualité de propriétaire, de récupérer l'épave. Les activités de sauvetage doivent donner des résultats, c'est-à-dire que l'épave doit, en totalité ou en partie, être recouvrée; sinon le sauveteur ne pourra rien réclamer. La demanderesse n'avait aucune obligation de récupérer l'épave. L'épave était en péril. Sa dégradation continue empêchera, à une date future imprévisible, toute possibilité de recouvrement et de sauvetage. Le péril n'était peut-être pas imminent, mais il était inévitable. L'épave était l'objet d'activités visant à son recouvrement et elle donnera lieu éventuellement à une réclamation pour services de sauvetage si elle est recouvrée, en totalité ou en partie. Néanmoins, la demanderesse n'avait pas à ce stade la possession de l'épave bien qu'elle ait prétendu être un sauveteur qui en avait la possession. Elle n'aurait aucune créance valide pour services de sauvetage tant que la totalité ou une partie de l'épave n'aurait pas été recouvrée. Elle n'était pas un sauveteur titulaire d'un privilège maritime ou d'un privilège conféré par la LMMC. Il n'y avait aucune possession réelle, et la possession présumée qu'invoquait la demanderesse reposait uniquement sur les efforts préliminaires, certes assez considérables, entrepris par elle pour repérer, examiner et documenter l'épave, mais tout cela avant que des moyens n'aient été pris sur l'emplacement pour la récupérer. La demanderesse n'a pas effectué des opérations continues à l'emplacement de l'épave en vue de son recouvrement. Tant que ses efforts à l'emplacement de l'épave n'auront pas débuté et ne se poursuivront pas, on ne saurait dire, que sa prise de possession de la chose abandonnée, à l'endroit où elle se trouvait, était aussi raisonnablement praticable que cela était possible. La demanderesse ne pouvait pas davantage revendiquer la possession de l'épave que ne le pouvait la province ou un tiers. Néanmoins, ses droits de premier

(5) The plaintiff's motion for summary judgment raised genuine issues on which the evidence supported findings of fact and law raised by its motion for some forms of relief. It was declared that the Court has jurisdiction in accord with section 22 of the *Federal Courts Act* over the plaintiff's claim as salvor of the defendant *res*, and to protect the *res* and the plaintiff's priority rights as finder of the wrecked aircraft. However, the Court was not prepared to grant declarations that the plaintiff has a maritime lien as salvor, that it is entitled to entire and absolute possession and as a result others are enjoined from interfering with its salvage rights. The plaintiff was not entitled to a full and liberal salvage award from the receiver of wrecks, for that officer is not liable to pay a salvage claim except from funds recovered from the owner of salvaged *res*, or from sale of the *res* if it is not claimed. If the *res* is rescued by the plaintiff and in its actual possession as salvor, the latter would be expected to transfer possession to or as the receiver of wrecks directly, subject to the plaintiff's claim *in rem*. Recognizing that the issues are novel in Canadian law and that success on the motion was divided, each party was ordered to bear its own costs of the summary judgment motion.

découvreur, s'ils étaient contestés, pourraient être jugés suffisants, pendant une période raisonnable, pour l'autoriser à récupérer l'épave.

5) La requête en jugement sommaire déposée par la demanderesse soulevait de véritables questions litigieuses pour lesquelles la preuve autorisait des conclusions de fait et de droit évoquées dans sa requête en vue d'obtenir un redressement. Il a été déclaré que la Cour avait compétence, en application de l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, concernant la réclamation de la demanderesse en tant que sauveteur de l'épave défenderesse et pour protéger l'épave, ainsi que les droits prioritaires de la demanderesse en tant que découvreur de l'épave. Toutefois, la Cour n'était pas disposée à accorder un jugement déclarant que la demanderesse détenait un privilège maritime en tant que sauveteur et qu'elle avait droit à la possession entière et absolue de l'épave, ce qui aurait empêché toute tierce partie de porter atteinte à ses droits de sauvetage. La demanderesse n'avait pas le droit de réclamer du receveur d'épaves une indemnité intégrale et généreuse pour services de sauvetage, car celui-ci n'est pas tenu de payer une rétribution du genre, sauf sur les sommes recouvrées du propriétaire de la chose récupérée, ou sur la vente de la chose si nul ne la réclame. Si la demanderesse récupère l'épave et si elle en a la possession effective à titre de sauveteur, elle devra alors en transférer la possession au receveur d'épaves, ou se conformer à ses directives, sous réserve du droit réel de la demanderesse. Puisque les points soulevés sont inédits en droit canadien et que le succès de la requête était partagé, il a été ordonné à chacune des parties de supporter sa part des dépens entraînés par la requête en jugement sommaire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 2 "wreck" (as am. by S.C. 1998, c. 16, s. 1), 436, 449.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 10(1.1) (as am. *idem*, s. 19), 22(1) (as am. *idem*, s. 31), (2)(f) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), 43(2) (as am. *idem*, s. 40), 45(1) (as am. *idem*, s. 42).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 216(3).
- Historic Resources Act*, R.S.N.L. 1990, c. H-4, ss. 2(b) "archaeological object", 11.
- International Convention on Salvage, 1989*, being Schedule V of *An Act to amend the Canada Shipping Act and to amend another Act in consequence thereof*, S.C. 1993, c. 36.
- Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention internationale de 1989 sur l'assistance*, qui constitue l'annexe V de la *Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada et une autre loi en conséquence*, L.C. 1993, ch. 36.
- Historic Resources Act*, R.S.N.L. 1990, ch. H-4, art. 2(b) «archaeological object», 11.
- Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 2 «épaves» (mod. par L.C. 1998, ch. 16, art. 1), 436, 449.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 10(1.1) (mod., *idem*, art. 19), 22(1) (mod., *idem*, art. 31), (2)f) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), 43(2) (mod., *idem*, art. 40), 45(1) (mod., *idem*, art. 42).
- Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1.
- Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 216(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Tubantia, The (1924), 18 Ll. L. Rep. 158 (Adm.); *Morris v. Lyonesse Salvage Company Ltd.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 59 (Adm.).

CONSIDERED:

Smith v. Smith (1979), 101 D.L.R. (3d) 189; [1979] 4 W.W.R. 665; 12 B.C.L.R. 195 (B.C.S.C.); *Ontario v. Mar-Dive Corp.* (1996), 141 D.L.R. (4th) 577; 20 O.T.C. 81 (Ont. Gen. Div.).

REFERRED TO:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 F.C. 626; (2002), 216 F.T.R. 317 (T.D.); affd [2003] 3 F.C. 447; (2003), 300 N.R. 130 (C.A.).

MOTION for summary judgment in an *in rem* action brought against the wrecked and abandoned Boeing SB-17G, its apparel and cargo (the *res*), and against the owner and all others interested in the *res*. Motion allowed in part.

APPEARANCES:

Cecily Y. Strickland for plaintiff.
Rolf Pritchard for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's, Newfoundland and Labrador, for plaintiff.
Government of Newfoundland and Labrador, Department of Justice for defendants.

The following are the reasons for order, order and judgment rendered in English by

[1] MACKAY J.: The plaintiff, Brooks Aviation, Inc., seeks summary judgment under the Court's Rules [Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106] in respect of the relief it claims in this *in rem* action against the wrecked and abandoned Boeing SB-17G Aircraft, Serial No. 44-83790, its apparel and cargo (the *res*), and

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS DISTINCTES:

Tubantia, The (1924), 18 Ll. L. Rep. 158 (Adm.); *Morris v. Lyonesse Salvage Company Ltd.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 59 (Adm.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Smith v. Smith (1979), 101 D.L.R. (3d) 189; [1979] 4 W.W.R. 665; 12 B.C.L.R. 195 (C.S.C.-B.); *Ontario v. Mar-Dive Corp.* (1996), 141 D.L.R. (4th) 577; 20 O.T.C. 81 (Div. gén. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 C.F. 626; (2002), 216 F.T.R. 317 (1^{re} inst.); conf. par [2003] 3 C.F. 447; (2003), 300 N.R. 130 (C.A.).

REQUÊTE en jugement sommaire dans une action réelle engagée contre l'épave abandonnée du Boeing SB-17G, son matériel et sa cargaison (l'épave), et contre le propriétaire et toutes les autres personnes ayant un droit sur l'épave. Requête accueillie en partie.

ONT COMPARU:

Cecily Y. Strickland pour la demanderesse.
Rolf Pritchard pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's (Terre-Neuve et Labrador), pour la demanderesse.
Gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador, Ministère de la Justice pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE MACKAY: La demanderesse, Brooks Aviation Inc., cherche à obtenir un jugement sommaire, en application des *Règles de la Cour fédérale* (1998) [DORS/98-106], lui accordant le redressement qu'elle réclame dans cette action réelle engagée contre l'épave abandonnée de l'aéronef Boeing SB-17G, n° de série

against the owner and all others interested in the *res*.

[2] On December 24, 1947, the defendant aircraft, a “flying fortress” well known for service through World War II, then operated by the United States Air Force, while flying from Greenland to certain bases in northern Canada and in Newfoundland, ran low on fuel and made a forced landing on the frozen surface of Lake Dyke, Labrador. Two days later the crew and passengers, who had survived the landing and had camped with their belongings and some parts of the aircraft on the shore of the lake, were rescued from the site. During the spring breakup of the ice on the lake, the *res* travelled with the ice and ultimately it came to rest at the bottom of Lobstick Lake, into which Lake Dyke apparently flows.

[3] On August 1, 1998, the plaintiff, a company incorporated in the United States, having undertaken a search for the *res*, located it under approximately 25 feet of water at the bottom of Lobstick Lake. It also recovered parts of the aircraft that had been left on the shore of Dyke Lake when the crew and passengers had been rescued in the 1947. While the approximate location of the *res* was known to officials of the Province of Newfoundland and Labrador, the evidence is that the exact location was determined by the plaintiff in 1998 when it found the wrecked aircraft.

[4] After discussions with provincial officials concerning possible recovery of the *res*, the plaintiff commenced this action, against the *res* and the owners and others interested in the *res*, and it applied to this Court for arrest of the *res*. The statement of claim, affidavit to lead warrant and the warrant of arrest, filed in the Court, were provided to the Province of Newfoundland and Labrador (the Province) and to the receiver of wrecks, Canada Department of Fisheries and Oceans, and statements of defence were filed by the Province and by the Attorney General of Canada.

[5] On April 2002, on the plaintiff’s motion, this Court granted an order dispensing with service on the *res* of the

44-83790, son matériel et sa cargaison (l’épave), et contre le propriétaire et toutes les autres personnes ayant un droit sur elle.

[2] Le 24 décembre 1947, l’aéronef défendeur, une «forteresse volante» bien connue pour ses missions durant la Deuxième Guerre mondiale, et exploitée alors par l’Armée de l’air des États-Unis, avait manqué de carburant sur sa route depuis le Groenland jusqu’à certaines bases situées au nord du Canada ainsi qu’à Terre-Neuve, et avait dû faire un atterrissage forcé sur la surface gelée du lac Dyke, au Labrador. Deux jours plus tard, l’équipage et les passagers, qui avaient survécu à l’atterrissage et avaient bivouaqué, avec leurs effets et certaines parties de l’aéronef, sur les rives du lac, avaient été secourus. Durant la débâcle de printemps sur le lac, l’épave s’était déplacée avec la glace et avait fini par se poser au fond du lac Lobstick, dans lequel se jette semble-t-il le lac Dyke.

[3] Le 1^{er} août 1998, la demanderesse, une société constituée aux États-Unis, qui avait entrepris la recherche de l’épave, repérait finalement celle-ci par environ 25 pieds de profondeur, au fond du lac Lobstick. Elle a aussi récupéré certaines parties de l’aéronef qui avaient été laissées sur le rivage du lac Dyke lorsque l’équipage et les passagers avaient été secourus en 1947. L’emplacement approximatif de l’épave était connu des fonctionnaires de la province de Terre-Neuve et du Labrador, mais, selon la preuve, l’emplacement exact a été déterminé par la demanderesse en 1998, lorsqu’elle découvrit l’épave de l’avion.

[4] Après des pourparlers avec les fonctionnaires provinciaux sur un possible recouvrement de l’épave, la demanderesse a engagé la présente action contre l’épave et contre les propriétaires et autres personnes ayant un droit sur elle, et elle a demandé à la Cour d’ordonner la saisie de l’épave. La déclaration, l’affidavit produit en vue d’un mandat ainsi que le mandat de saisie, déposés à la Cour, ont été remis à la province de Terre-Neuve et du Labrador (la province) ainsi qu’au receveur d’épaves, du ministère fédéral des Pêches et des Océans, et des défenses ont été déposées par la province et par le procureur général du Canada.

[5] En avril 2002, à la requête de la demanderesse, la Cour a accordé une ordonnance dispensant la

statement of claim, the affidavit to lead warrant and warrant and the order dispensed with further service and declared the *res* to have been arrested.

[6] By its motion for summary judgment the plaintiff seeks an order with regard to certain relief sought by its statement of claim, as follows:

- (A) a declaration or finding that this Honourable Court has exclusive jurisdiction over the salvage of the B-17 Aircraft;
- (B) a declaration or finding that the Plaintiff salvors have a maritime lien for salvage services as against the wrecked B-17 Aircraft, its apparel and cargo;
- (C) a declaration or finding that the Plaintiff salvors have entire and absolute possession and control of the B-17 Aircraft for the purpose of the salvage effort and that all other parties are enjoined from interfering with the Plaintiff's exclusive salvage rights;
- (D) a declaration or finding that the Plaintiff salvors are entitled to and shall be awarded a full and liberal salvage award from the Receiver of Wrecks, if title to the B-17 Aircraft be unclaimed, or from any party determined to be the true owner of the *res*;
- (E) alternatively, if no salvage award is paid or if title to the B-17 Aircraft is unclaimed by the true owner of the *res*, then that the Plaintiff salvor be declared the sole and unencumbered owner of the B-17 Aircraft.

[7] In response to this motion both the Attorney General of Canada (Canada) and the Province filed written submissions and the Province appeared by counsel when the matter came on for hearing. The issues raised are these:

1. Is this a matter appropriate for summary judgment?
2. Is this matter within the jurisdiction of the Court?

demanderesse de signifier à l'épave la déclaration, l'affidavit produit en vue d'un mandat et le mandat de saisie, et l'ordonnance dispensait la demanderesse de toute autre signification et déclarait que l'épave était saisie.

[6] Par sa requête en jugement sommaire, la demanderesse sollicite une ordonnance lui accordant le redressement demandé dans sa déclaration, comme il suit:

- (A) un jugement déclaratif ou une conclusion affirmant que la Cour a compétence exclusive sur le sauvetage de l'aéronef B-17;
- (B) un jugement déclaratif ou une conclusion affirmant que les sauveteurs de la demanderesse bénéficient, pour leurs services de sauvetage, d'un privilège maritime sur l'épave de l'aéronef B-17, son matériel et sa cargaison;
- (C) un jugement déclaratif ou une conclusion affirmant que les sauveteurs de la demanderesse ont la possession et la direction, intégralement et absolument, de l'aéronef B-17 aux fins des opérations de sauvetage, et que toutes autres parties doivent s'abstenir de faire obstacle aux droits exclusifs de sauvetage de la demanderesse;
- (D) un jugement déclaratif ou une conclusion affirmant que les sauveteurs de la demanderesse ont le droit d'obtenir du receveur d'épaves, si la propriété de l'aéronef B-17 n'est pas revendiquée, ou de toute partie qui serait déclarée le propriétaire véritable de l'épave, une indemnité de sauvetage intégrale et généreuse;
- (E) subsidiairement, si aucune indemnité de sauvetage n'est payée, ou si l'aéronef B-17 n'est pas revendiqué par son véritable propriétaire, alors un jugement déclarant que les sauveteurs de la demanderesse sont les seuls propriétaires de l'aéronef B-17, sans être astreints à aucune charge.

[7] En réponse à cette requête, le procureur général du Canada (Canada) et la province ont déposé des conclusions écrites, et la province a comparu par l'intermédiaire d'un avocat lorsque l'affaire fut mise au rôle. Les points soulevés sont les suivants:

1. La présente affaire se prête-t-elle à un jugement sommaire?
2. La présente affaire relève-t-elle de la compétence de la Cour?

- | | |
|--|--|
| 3. What is the significance of the ownership of the <i>res</i> ? | 3. Quelle est l'importance de la propriété de l'épave? |
| 4. Does the plaintiff have a valid salvage claim? | 4. La demanderesse a-t-elle une créance valide pour services de sauvetage? |
| 5. What are the appropriate remedies in this case? | 5. Quel est ici le redressement adéquat? |
| [8] I deal with these issues in turn. | [8] J'examinerai successivement chacun de ces points. |

Is this matter appropriate for summary judgment?

[9] This case is appropriate for summary judgment, here opposed only by the Province, since the material issues are matters of law, and any issues of fact essential for determination of those legal issues are determinable on the evidence now before the Court by affidavit. Other issues on which the parties may disagree, e.g. the historic significance of the *res* to the Province, are not relevant to the legal issues now determinable, or they are unlikely to be better determined with further evidence, e.g. the imminence of the peril likely to effect the *res*. In all the circumstances of this case, determination of legal issues on summary judgment serves the interest of justice, and avoids further costs involved if a trial were to proceed.

Is this matter within the jurisdiction of the Court?

[10] The issue before the Court is the applicability of federal Canadian law concerning salvage of ships or aircraft, in this case in regard to recovery of a wrecked, derelict aircraft, located by the plaintiff under water on the bed of a lake in Labrador, which lies in Crown lands claimed by the Province. The Province claims title to the *res* as an "archaeological object" found on land within the Province, pursuant to the *Historic Resources Act*, R.S.N.L. 1990, c. H-4, sections 2, 11.

[11] Under section 22 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985 c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8,

La présente affaire se prête-t-elle à un jugement sommaire?

[9] Cette affaire se prête à un jugement sommaire, auquel ne s'oppose ici que la province, étant donné que les questions de fond à décider sont des points de droit, et que les points de fait essentiels pour décider ces points de droit peuvent être résolus d'après les preuves qui sont maintenant devant la Cour sous forme d'affidavit. Les autres points sur lesquels les parties peuvent diverger, par exemple la valeur historique de l'épave pour la province, n'intéressent pas les points de droit qui doivent être maintenant décidés, ou bien il est improbable qu'ils puissent être mieux décidés à l'aide de preuves complémentaires, par exemple celle qui concerne l'imminence du péril susceptible de nuire à l'épave. Au vu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire, il est dans l'intérêt de la justice que les points de droit soient décidés par jugement sommaire, car l'on évitera ainsi les coûts supplémentaires que nécessiterait un procès.

Cette affaire relève-t-elle de la compétence de la Cour?

[10] Le point que doit décider la Cour concerne l'applicabilité du droit fédéral canadien relatif au sauvetage de navires ou d'aéronefs, en l'occurrence le recouvrement d'une épave d'aéronef que la demanderesse a trouvée au fond d'un lac du Labrador et qui gît sur une terre domaniale revendiquée par la province. La province revendique la propriété de l'épave en tant qu'objet archéologique trouvé sur le territoire de la province, et elle invoque la loi appelée *Historic Resources Act*, R.S.N.L. 1990, ch. H-4, articles 2 et 11.

[11] Selon l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C.

s. 14)], this Court has jurisdiction known as maritime jurisdiction in relation to navigation and shipping over all claims under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada (subsection 22(1) [as am. *idem*, s. 31]), including “any claim for salvage . . . of life, cargo, equipment or other property of, from or by an aircraft to the same extent and in the same manner as if the aircraft were a ship” (paragraph 22(2)(j) [as am. *idem*]). For greater certainty that jurisdiction is declared to be applicable “in relation to all aircraft where the cause of action arises out of paragraphs (2)(f) to (l), whether those aircraft are Canadian or not and wherever the residence or domicile of the owners may be” (subsection 22(3) [as am. *idem*]). Finally, under subsection 43(2) [as am. *idem*, s. 40] of that Act the jurisdiction conferred by section 22 may be exercised *in rem* against the ship, aircraft or other property that is the subject of the action.

[12] The law of salvage is an aspect of traditional maritime law, a matter within the exclusive jurisdiction of Parliament in relation to navigation and shipping. It also includes statutorily enacted law dealing with claims in maritime and admiralty matters limited only by federal legislative competence (see *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752). That includes federal legislation in relation to wrecked aircraft, pursuant to Parliament’s exclusive authority in relation to navigation and shipping and to aeronautics.

[13] So it is that in addition to the traditional law of salvage, i.e., within maritime law recognized by the common law and the Constitution, Parliament has enacted legislation in relation to salvage within Part VI of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 as amended (CSA). I note that Parliament by its legislative sanction has also included the *International Convention on Salvage, 1989* within Canadian maritime law, now as Schedule V to CSA. Its significance for federal jurisdiction in relation to salvage is dealt with by Mr. Justice Hugessen in *Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 F.C. 626 (T.D.), upheld in

2002, ch. 8, art. 14)], la Cour exerce une compétence, appelée compétence maritime en matière de navigation et de marine marchande, dans les cas où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale (paragraphe 22(1) [mod., *idem*, art. 31]). Elle connaît notamment des demandes «d’indemnisation [. . .] pour le sauvetage des personnes, de la cargaison, de l’équipement ou des autres biens d’un aéronef, ou au moyen d’un aéronef, assimilé en l’occurrence à un navire» (alinéa 22(2)j) [mod., *idem*]). Il est précisé que la compétence conférée ainsi à la Cour fédérale s’étend «à tous les aéronefs, canadiens ou non, quel que soit le lieu de résidence ou le domicile des propriétaires, lorsque le droit d’action découle des alinéas (2)j) à l)» (paragraphe 22(3) [mod., *idem*]). Finalement, selon le paragraphe 43(2) [mod., *idem*, art. 40] de cette Loi, la Cour fédérale exerce, en vertu de l’article 22, une compétence en matière réelle dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d’autres biens.

[12] Les règles relatives au sauvetage constituent un aspect du droit maritime traditionnel, lequel relève de la compétence exclusive du Parlement en matière de navigation et de marine marchande. Le droit maritime traditionnel comprend aussi les lois écrites qui traitent des réclamations relevant du droit maritime, dans la seule limite de la compétence législative fédérale (voir l’arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752). Il s’agit notamment des lois fédérales se rapportant aux épaves d’aéronefs, édictées conformément à la compétence exclusive du Parlement en matière de navigation, de marine marchande et d’aéronautique.

[13] Il se trouve donc que, outre les règles traditionnelles applicables aux sauvetages, à l’intérieur du droit maritime reconnu par la common law et la Constitution, le législateur fédéral a promulgué des dispositions sur le sauvetage, dans la partie VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, et modifications (LMMC). Je note que le législateur fédéral a également inclus dans le droit maritime canadien la *Convention internationale de 1989 sur l’assistance*, qui est aujourd’hui l’annexe V de la LMMC. Son importance pour la compétence fédérale en matière de sauvetage est examinée par le juge Hugessen

result, [2003] 3 F.C. 447 (C.A.).

[14] CSA defines “wreck” [as am. by S.C. 1998, c. 16, s. 1] as including, *inter alia*,

2. . . .

(d) any wrecked aircraft, any part or cargo of any wrecked aircraft and any property in the possession of persons on board any aircraft that is wrecked, stranded or in distress;

[15] The CSA provides for the appointment of a receiver of wrecks in various regions of Canada and that officer has responsibilities in regard to wrecks and their salvage. That Act provides:

436. (1) Whenever any person takes possession of a wreck within the limits of Canada, including Canadian waters, he shall, as soon as possible, deliver it to the receiver of wrecks, but the Minister may dispense with that delivery in the case of any wreck, on such conditions as he thinks fit.

(2) This section applies to any aircraft or any part thereof or cargo thereof found derelict at sea outside Canadian waters and brought within the territorial limits of Canada.

[16] Clearly, a wrecked aircraft “within the limits of Canada”, when possessed, shall be delivered to the receiver of wrecks, unless the Minister dispenses with delivery.

[17] That responsibility and the rights of a salvor, in my view, are not adversely affected by reason of section 449 of the CSA which relates to aircraft in the following terms:

449. (1) The law, statutory and other, including the provisions of this Part, relating to wrecks, to the salvage of life or property and to the duty or obligation to render assistance to ships or vessels in distress applies to aircraft on or over the sea or tidal waters and on and over the Great Lakes, as it applies to ships or vessels.

dans la décision *Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 C.F. 626 (1^{re} inst.), jugement confirmé dans son dispositif, [2003] 3 C.F. 447 (C.A.).

[14] La définition du mot «épaves» [mod. par L.C. 1998, ch. 16, art. 1], dans la LMMC, comprend notamment ce qui suit:

2. [. . .]

d) les aéronefs naufragés et toute partie de ceux-ci et de leur chargement ainsi que tous les biens qui sont en la possession des passagers et de l'équipage d'un aéronef naufragé, échoué ou en détresse.

[15] La LMMC prévoit la nomination d'un receveur d'épaves dans diverses régions du Canada, et ce receveur d'épaves assume des responsabilités au regard des épaves et de leur sauvetage. L'article 436 est ainsi rédigé:

436. (1) Quiconque prend possession d'une épave dans les limites du Canada, y compris les eaux canadiennes, doit la remettre au receveur d'épaves le plus tôt possible, mais le ministre peut, relativement à toute épave, dispenser de cette remise aux conditions qu'il juge convenables.

(2) Le présent article s'applique à tout aéronef, partie d'aéronef ou chargement d'aéronef trouvé abandonné en mer en dehors des eaux canadiennes et amené dans les limites territoriales du Canada.

[16] Donc, une épave d'aéronef qui se trouve «dans les limites du Canada» devra être remise au receveur d'épaves par son possesseur, sauf dispense accordée par le ministre.

[17] Cette obligation, et les droits du sauveteur, ne sont pas à mon avis contrariés par l'article 449 de la LMMC, qui traite des aéronefs dans les termes suivants:

449. (1) Toutes les règles de droit, y compris les dispositions de la présente partie, qui se rapportent aux épaves et au sauvetage de la vie humaine ou des biens ainsi qu'au devoir ou à l'obligation de prêter assistance aux navires ou aux bâtiments en détresse, s'appliquent aux aéronefs sur la mer ou les eaux à marée, ou au-dessus, et sur les Grands Lacs, ou au-dessus, tout comme elles s'appliquent aux navires ou aux bâtiments.

(2) The owner of an aircraft is entitled to a reasonable reward for salvage services rendered by the aircraft to any property or persons in any case where the owner of the aircraft would be so entitled had it been a ship or vessel.

(3) The Governor in Council may make modifications of and exemptions from the provisions of the law, statutory and other, in its application to aircraft, to such extent and in such manner as appears necessary or expedient.

[18] The Province urges that subsection 449(1) excludes the aircraft wreck in this case from the application of the law relating to salvage because the aircraft is not on or over the sea or tidal waters or on or over the Great Lakes. I note that in *Smith v. Smith* (1979), 101 D.L.R. (3d) 189 (B.C.S.C.), Meredith J. dismissed a claim for salvage by the plaintiff who had towed an overturned aircraft for several miles on an inland lake, ultimately reaching a camp on the shore whence the aircraft was saved. His Lordship, referring to then section 514 [R.S.C. 1970, c. S-9] (the forerunner of the current section 449 of CSA) precluded the salvage claim since the aircraft was not on the sea, on tidal waters or on the Great Lakes.

[19] With respect, I am not persuaded that suggested limitation on the law of salvage is apt. There is no indication that Parliament intended as the Province urges, and I do not read subsection 449(1) of the CSA as limiting the traditional maritime salvage law as that has been extended to recovery of wrecked aircraft. Had that been intended Parliament would have amended the *Federal Courts Act*, and would have omitted provisions of the CSA, in particular subsection 436(1). As I read subsection 449(1) it concerns the law of salvage, and the duty to render assistance in relation to vessels in distress, not those which have sunk, and extends that aspect of salvage law to aircraft on or over the sea or the Great Lakes. Those are not the circumstances here.

The significance of the ownership of the *res*

[20] All parties acknowledge that the owner of the *res* at the time of the forced landing of the B-17 aircraft was

(2) Le propriétaire d'un aéronef a droit à une rétribution raisonnable pour services de sauvetage rendus, par l'aéronef, à l'égard de biens ou de personnes dans tous les cas où il y aurait eu droit si l'aéronef avait été un navire ou un bâtiment.

(3) Le gouverneur en conseil peut apporter des modifications à ces règles de droit, dans leur application aux aéronefs, et accorder des exemptions à ce sujet, dans la mesure et de la manière qui paraissent nécessaires ou opportunes.

[18] La province insiste pour dire que le paragraphe 449(1) exclut l'épave d'aéronef dont il s'agit ici de l'application des règles relatives aux sauvetages parce que l'aéronef ne se trouve pas sur la mer ou sur des eaux à marée, ni sur les Grands Lacs. Je relève que, dans la décision *Smith v. Smith* (1979), 101 D.L.R. (3d) 189 (C.S. C.-B.), le juge Meredith avait rejeté la réclamation pour services de sauvetage déposée par le demandeur, qui avait remorqué sur une distance de plusieurs milles, sur un lac intérieur, un aéronef retourné, pour finalement atteindre un camp situé sur la rive, d'où l'aéronef avait été récupéré. Se référant à l'article 514 [S.R.C. 1970, ch. S-9] (l'actuel article 449 de la LMMC), le juge Meredith avait rejeté la réclamation du demandeur, parce que l'aéronef ne se trouvait pas sur la mer ou sur des eaux à marée, ni sur les Grands Lacs.

[19] Je ne suis pas persuadé que cette supposée limite aux règles régissant les sauvetages soit juste. Rien ne prouve que le législateur avait à l'esprit ce que prétend la province, et je ne crois pas que le paragraphe 449(1) de la LMMC restreigne l'application des règles traditionnelles régissant les sauvetages maritimes telles que ces règles ont été étendues au recouvrement d'épaves d'aéronefs. Si c'est là ce que le législateur voulait, il aurait modifié la *Loi sur les Cours fédérales* et aurait omis certaines dispositions de la LMMC, en particulier le paragraphe 436(1). Selon ma lecture du paragraphe 449(1), cette disposition établit les règles relatives aux sauvetages et l'obligation de prêter assistance aux navires en détresse, non à ceux qui ont sombré, et elle étend cet aspect des règles aux aéronefs se trouvant sur la mer ou sur les Grands Lacs. Telles ne sont pas les circonstances de la présente affaire.

L'importance de la propriété de l'épave

[20] Toutes les parties reconnaissent que le propriétaire de l'aéronef B-17 lors de son atterrissage forcé était

the United States, operating through the U.S. Air Force. All parties also acknowledge correspondence to the plaintiff from the U.S. Department of the Air Force which advises that the Air Force “is no longer interested in this aircraft and the official policy . . . provides that aircraft that crashed before November 19, 1961 and remain partially or wholly unrecovered are considered formally abandoned.” The Air Force indicates that it neither maintains title to, nor has property interest in, the aircraft.

[21] The plaintiff urges that the letter, while helpful, may not be an official statement of abandonment under U.S. law, but I am satisfied for purposes of these proceedings concerning possible salvage rights, that the original owner has abandoned the *res* and any claim to title in it. The *res* is derelict and subject to salvage claims. Whether the claim of the original owner may be revived if there is successful salvage of the *res* need not be determined here.

[22] The Province claims ownership and title to the *res* now located and abandoned on Crown land, and further, that as an archaeological object under provincial statutory law, property in the aircraft is vested in the provincial Crown, whether or not it is in possession of the Crown. The plaintiff urges the *res* does not constitute an archaeological object, and it disputes the historic significance for the Province of this *res* which had no known ties to Newfoundland, apart from any possible refueling stops until, by accident it was forced to land on the ice at Lake Dyke whence it has not previously been recovered but has lain derelict.

[23] The Province’s claim to ownership of the *res* may or not ultimately be accepted or affirmed. It is unnecessary to resolve the matter of ownership at this stage, for whoever the owner may ultimately be determined to be, the owner cannot ordinarily preclude

le gouvernement des États-Unis, plus exactement l’Armée de l’air des États-Unis. Toutes les parties prennent acte aussi de la correspondance adressée à la demanderesse par le Département de l’aviation militaire des États-Unis, où l’on peut lire que l’Armée de l’air [TRADUCTION] «n’a plus d’intérêt pour cet aéronef», et aussi que [TRADUCTION] «selon la politique officielle, les aéronefs qui se sont écrasés avant le 19 novembre 1961 et qui restent partiellement ou totalement non récupérés sont officiellement considérés comme des aéronefs abandonnés». L’Armée de l’air précise qu’elle n’est plus propriétaire de l’aéronef et qu’elle n’a aucun intérêt sur cet aéronef.

[21] La demanderesse fait valoir que la lettre, bien qu’utile, n’est peut-être pas une déclaration officielle d’abandon en droit américain, mais je suis d’avis, aux fins de cette procédure relative à d’éventuels droits de sauvetage, que le propriétaire original a abandonné l’épave, ainsi que tout droit de propriété sur elle. L’épave est délaissée et sujette à des réclamations pour services de sauvetage. Il n’est pas nécessaire ici de se demander si la revendication du propriétaire original risque de renaître en cas de succès du sauvetage de l’épave.

[22] La province revendique la propriété de l’épave aujourd’hui abandonnée qui se trouve sur des terres domaniales, et elle ajoute que, en tant qu’objet archéologique relevant des lois provinciales, la propriété de l’aéronef est dévolue à la Couronne provinciale, qu’il soit ou non en la possession de la Couronne. La demanderesse affirme que l’épave ne constitue pas un objet archéologique, et elle conteste l’importance historique pour la province de cette épave, qui ne présente aucun lien attesté avec Terre-Neuve, si ce n’est de possibles escales techniques, jusqu’à ce que, par accident, l’aéronef fût contraint d’atterrir sur les glaces du lac Dyke, d’où il n’a pas jusque-là été récupéré, devenant ainsi une épave.

[23] Il n’est pas impossible que la revendication de propriété de la province sur la chose soit éventuellement acceptée ou confirmée. Il est inutile de régler à ce stade la question de la propriété, car, quelle que soit la décision à ce sujet, le propriétaire ne peut en général

salvage of the *res* if that is considered derelict.

[24] In *Ontario v. Mar-Dive Corp.* (1996), 141 D.L.R. (4th) 577 (Ont. Gen. Div.), the Province of Ontario, claiming title to an abandoned derelict vessel lost in Lake Erie in 1852 and found embedded in silt at the bottom of the lake within Canadian waters, was upheld in its claim against parties claiming to be salvors under a judgment of the Court of California. That judgment was not recognized or given effect by the Ontario Court. While the Court found that the party claiming did not establish that they qualified as salvors, the decision turned primarily on the refusal to recognize the judgment of the California Court.

The plaintiff's salvage claim

[25] Under traditional maritime law a valid salvage claim gives rise to a right *in rem* against the *res* that is saved. The *res* must be in peril at the time the salvage efforts are made by a volunteer, i.e., a party with no obligation by contract or employment, or because of ownership, to recover the *res*. Generally, apart from salvage efforts under contract which may provide otherwise, the salvage effort must be successful in the sense that the *res* or part thereof is saved; otherwise the salvor may recover nothing. The adage "no cure, no pay" applies to any claim by a salvor, traditionally and under the international convention.

[26] Under maritime law and the CSA a salvor in possession of a wrecked aircraft is responsible to deliver possession to the receiver of wrecks, unless the Minister dispenses with that step. The receiver, if necessary under direction of this Court, is to transfer the property to the owner, upon payment by the latter of a reasonable salvage claim and any fees or costs incurred by the receiver. If the owner does not claim the *res* or does not

faire obstacle au sauvetage de l'épave si celle-ci est considérée comme une chose abandonnée.

[24] Dans la décision *Ontario v. Mar-Dive Corp.* (1996), 141 D.L.R. (4th) 577 (Div. gén. Ont.), la province de l'Ontario revendiquait la propriété d'un navire abandonné qui avait sombré dans le lac Érié en 1852 et qui avait été trouvé englouti dans la vase au fond du lac, à l'intérieur des eaux canadiennes. La réclamation de la province fut admise à l'encontre de parties qui, invoquant un jugement rendu par un tribunal de Californie, prétendaient être les sauveteurs du navire. Le jugement californien n'a pas été reconnu ni homologué par la Cour de l'Ontario. Celle-ci a estimé que la demanderesse n'avait pas établi qu'elle remplissait les conditions d'un sauveteur, mais sa décision procédait surtout de son refus de reconnaître le jugement du tribunal californien.

La créance de la demanderesse pour services de sauvetage

[25] Selon le droit maritime traditionnel, une créance valide pour services de sauvetage donne naissance à un droit réel sur l'épave qui est recouvrée. L'épave doit être en péril au moment où le sauvetage est effectué par un volontaire, c'est-à-dire par une personne qui n'est pas tenue, que ce soit en raison d'un contrat, de son emploi, ou de sa qualité de propriétaire, de récupérer l'épave. En général, abstraction faite des activités de sauvetage menées en vertu d'un contrat pouvant renfermer des dispositions contraires, les activités de sauvetage doivent donner des résultats, c'est-à-dire que l'épave doit, en totalité ou en partie, être recouvrée; sinon le sauveteur ne pourra rien réclamer. L'adage «pas de résultat, pas de récompense» s'applique à toute réclamation faite par un sauveteur, selon les règles traditionnelles ou selon la convention internationale.

[26] Selon le droit maritime et la LMMC, le sauveteur qui a la possession d'une épave d'aéronef est tenu de la remettre au receveur d'épaves, à moins que le ministre ne l'en dispense. Le receveur doit, au besoin selon les directives de la Cour, transférer le bien au propriétaire, moyennant paiement par celui-ci d'une rétribution raisonnable pour services de sauvetage, ainsi que des honoraires ou frais supportés par le receveur. Si le

pay the salvage claim and fees, the receiver may sell the *res* and the proceeds go first toward satisfaction of the fees and any salvage claim (see generally Part VI, CSA). Thus, the ultimate limit of a salvage claim is, in essence, about the value of the *res* at a sale.

[27] In my opinion the evidence supports the conclusion that the plaintiff is a volunteer, with no obligation or liability to seek recovery of the *res*. Further, it is my opinion that the *res* is in peril. The Province urges the evidence does not support that conclusion, primarily as I understand it, because the wreck has not yet deteriorated beyond the state where there would be any interest in its recovery. Yet its continuing deterioration, at some unpredictable time in future, will preclude possibilities of recovery and salvage of the *res*. In sum, while peril may not be imminent, it is inevitable. In my opinion, the *res* at this time is subject to efforts for its recovery and ultimately a claim for salvage if it is recovered in whole or in part.

[28] Nevertheless, I am not satisfied that the plaintiff is in possession of the *res* at this stage, though it claims to be a salvor in possession of the *res*. It will be, in relation to the whole or any portion of the *res* that is recovered, but until recovery it cannot be the salvor and it does not have any claim *in rem*, the basic claim of a salvor, upon the *res*. Until then the plaintiff does not have a valid salvage claim.

[29] The plaintiff's claim to possession of the *res* is based on the circumstances of the wreck and the substantial efforts of the plaintiff to identify, locate, and examine the aircraft, underwater, and, except for its exact location, to make publicly known its success in finding the *res* and its plans to recover it. It is urged that in the circumstances this constitutes constructive possession, the plaintiff having done all that it could prior to mounting the substantial effort necessary to recover the *res*. It is urged that even if the plaintiff's

propriétaire ne revendique pas l'épave ou ne paie pas la rétribution et les frais, le receveur peut vendre l'épave, et le produit de la vente servira d'abord à payer les frais ainsi que la rétribution pour services de sauvetage (voir en général la partie VI de la LMMC). La limite ultime d'une rétribution pour services de sauvetage est donc essentiellement la valeur marchande approximative de l'épave.

[27] À mon avis, la preuve permet d'affirmer que la demanderesse est un volontaire, qui n'avait aucune obligation de récupérer l'épave. Je suis également d'avis que l'épave est en péril. La province dit que la preuve n'autorise pas cette conclusion, surtout, selon ce que je crois comprendre, parce que l'épave n'a pas encore atteint l'état de dégradation où son sauvetage puisse présenter un quelconque intérêt. Il reste qu'une dégradation continue empêchera, à une date future imprévisible, toute possibilité de recouvrement et de sauvetage de l'épave. En somme, le péril n'est peut-être pas imminent, mais il est inévitable. Selon moi, l'épave est pour l'heure l'objet d'activités visant à son recouvrement et elle donnera lieu éventuellement à une réclamation pour services de sauvetage si elle est recouvrée, en totalité ou en partie.

[28] Néanmoins, je ne suis pas persuadé que la demanderesse ait à ce stade la possession de l'épave, bien qu'elle prétende être un sauveteur qui en a la possession. Elle sera en possession pour la totalité ou la partie de l'épave qui sera recouvrée, mais, jusqu'au recouvrement, elle ne peut avoir qualité de sauveteur et elle n'a sur l'épave aucun droit réel, cet attribut essentiel d'un sauveteur. Tant que l'épave ne sera pas recouvrée, la demanderesse n'aura aucune créance valide pour services de sauvetage.

[29] La demanderesse fonde sa possession de l'épave en invoquant les circonstances de l'épave et les efforts substantiels qu'elle a déployés pour repérer, situer et explorer l'aéronef, au fond de l'eau, et, tout en se gardant de révéler l'endroit exact de l'épave, pour faire connaître au public sa découverte de l'épave et son intention de la renflouer. La demanderesse dit que, dans un tel cas, il y a possession présumée, puisqu'elle a fait tout ce qu'il y avait à faire jusqu'à ce que soient organisés les importants moyens requis pour recouvrer l'épave. Elle

efforts are not found to give rise to a possessory lien, physical possession is not required for enforcement of a maritime lien or a statutory lien of the plaintiff as salvor. I am not persuaded that the plaintiff is a salvor with a maritime lien, or a statutory lien under the CSA, in this case. Here there is no actual possession, and constructive possession upon which the plaintiff relies rests only upon preliminary efforts, admittedly somewhat extensive, to find, examine and document the *res*, but all prior to continuing action at the site to recover it.

[30] In *Tubantia, The* (1924), 18 Ll. L. Rep. 158, the Admiralty Division of the U.K. High Court upheld the plaintiff's right to a limited declaration that, without prejudice to the rights, if any, of the Crown or of third parties other than the defendants, plaintiffs were entitled to possession, and to an injunction to preclude interference with the plaintiff's efforts to salvage a derelict vessel lying under water. In *Morris v. Lyonesse Salvage Company Ltd.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 59, the Admiralty Division of the U.K. High Court declined to extend an interlocutory injunction originally granted, for a brief time, to enjoin interference in the operations of a party actively engaged in seeking to recover wrecks of vessels lying underwater, because any jeopardy to the plaintiff's salvage operations could be adequately compensated in damages. In that case Justice Dunn said (at page 61):

In order to establish that they are in possession of a derelict salvors must show, firstly, that they have *animus possidendi*, and, secondly, that they have exercised such use and occupation as is reasonably practicable having regard to the subject-matter of the derelict, its location, and the practice of salvors.

[31] In those cases, here relied upon by the plaintiff, the party claiming as salvor had commenced and was continuing action to recover a wreck or portions of a wreck at the time its claim to possession was recognized expressly or implicitly, in priority to the claim of a

fait valoir que, quand bien même les efforts qu'elle a déployés ne lui confèreraient aucun privilège possessoire, il ne lui est pas nécessaire, en tant que sauveteur, d'avoir la possession matérielle de la chose pour faire exécuter son privilège maritime ou son privilège légal. Je ne suis pas persuadé que la demanderesse soit un sauveteur titulaire d'un privilège maritime ou d'un privilège conféré par la LMMC. Il n'y a ici aucune possession réelle, et la possession présumée qu'invoque la demanderesse repose uniquement sur les efforts préliminaires, certes assez considérables, entrepris par elle pour repérer, examiner et documenter l'épave, mais tout cela avant que des moyens ne soient pris sur l'emplacement pour la récupérer.

[30] Dans l'affaire *Tubantia, The* (1924), 18 Ll. L. Rep. 158, la Chambre maritime de la Haute Cour du Royaume-Uni avait confirmé le droit des demandeurs à un jugement déclaratif restreint selon lequel, sans préjudice des droits que pouvaient avoir la Couronne ou des tierces parties autres que les défendeurs, les demandeurs avaient droit à la possession d'un navire abandonné qui gisait sous les eaux, ainsi qu'à une injonction interdisant que soient entravés leurs efforts de sauvetage de ce navire. Dans l'affaire *Morris v. Lyonesse Salvage Company Ltd.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 59, la Chambre maritime de Haute Cour du Royaume-Uni avait refusé de proroger une injonction interlocutoire accordée à l'origine pour une brève période, en vue d'interdire toute entrave aux activités d'une partie activement occupée à récupérer des épaves de navires gisant sous les eaux, et cela parce que toute perturbation des opérations de sauvetage menées par le demandeur pouvait être l'objet d'une réparation adéquate. Dans cette affaire, le juge Dunn écrivait (à la page 61):

[TRADUCTION] Pour prouver qu'ils ont la possession d'une chose abandonnée, les sauveteurs doivent montrer d'abord qu'ils ont l'*animus possidendi* et ensuite qu'ils ont exercé la prise de possession qui est raisonnablement praticable, eu égard à la chose abandonnée, à son emplacement et à la pratique des sauveteurs.

[31] Dans les précédents invoqués par la demanderesse, la partie qui réclamait des droits à titre de sauveteur avait commencé et continuait des activités en vue de recouvrer une épave ou des portions d'une épave, et cela alors que son droit à la possession de l'épave était

second party whose efforts followed upon those of the recognized party in possession. In this case the plaintiff's actions have not been continuing at the site of the wreck. Until its efforts at the site are initiated and continuing it cannot be said, in my opinion, that its use and occupation is as reasonably practicable as is possible of the derelict in its location. Currently, the plaintiff has no greater claim to possession than the Province or any third party.

[32] Nevertheless its interests as first finder, if challenged, may be found sufficient, for a reasonable time, to permit recovery of the *res*. Those interests may be found to warrant protection by injunction or damages against any third party who would seek to interfere with its efforts, or to initiate a second effort to salvage the wreck.

Conclusions - the appropriate remedies in this case

[33] Under subsection 216(3) of the *Federal Court Rules, 1998* where the Court decides that there is a genuine issue with respect to a claim or defence, the Court may nevertheless grant summary judgment either on an issue or generally if it is able on the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law.

[34] The plaintiff's motion for summary judgment does raise genuine issues on which, in my opinion, the evidence supports findings of fact and law raised by the plaintiff's motion for some forms of relief.

[35] I declare that the Court has jurisdiction in accord with section 22 of the *Federal Courts Act* over the plaintiff's claim as salvor of the defendant *res*. I am prepared also to declare the Court's jurisdiction to protect the *res* and the plaintiff's priority rights as finder

reconnu expressément ou tacitement, avant celui d'une autre partie dont les activités de sauvetage étaient postérieures aux siennes. Dans la présente affaire, la demanderesse n'a pas mené des activités continues à l'emplacement de l'épave en vue de son recouvrement. Tant que ses efforts à l'emplacement de l'épave n'auront pas débuté et ne se poursuivront pas, on ne saurait dire, à mon avis, que sa prise de possession de la chose abandonnée, à l'endroit où elle se trouve, est aussi raisonnablement praticable que cela est possible. Pour l'heure, la demanderesse ne peut pas davantage revendiquer la possession de l'épave que ne le peut la province ou n'importe qui.

[32] Néanmoins, ses droits de premier découvreur, s'ils étaient contestés, pourraient être jugés suffisants, pendant une période raisonnable, pour l'autoriser à récupérer l'épave. Les droits en question pourraient justifier une protection, par injonction ou dommages-intérêts, à l'encontre de quiconque tenterait d'entraver ses efforts ou déploierait lui-même des efforts pour récupérer l'épave.

Conclusions - la solution qui s'impose en l'espèce

[33] Selon le paragraphe 216(3) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, lorsque la Cour conclut qu'il existe une véritable question litigieuse à l'égard d'une déclaration ou d'une défense, elle peut néanmoins rendre un jugement sommaire, soit sur une question particulière, soit de façon générale, si elle parvient, au vu de l'ensemble de la preuve, à dégager les faits nécessaires pour décider les points de fait et de droit.

[34] La requête en jugement sommaire déposée par la demanderesse soulève effectivement de véritables questions litigieuses pour lesquelles, à mon avis, la preuve autorise des conclusions de fait et de droit évoquées dans la requête de la demanderesse en vue d'obtenir un redressement.

[35] Je déclare que la Cour a compétence, en application de l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, concernant la réclamation de la demanderesse en tant que sauveteur de l'épave défenderesse. Je suis disposé aussi à déclarer que la Cour a compétence pour

of the wrecked aircraft.

[36] On the other hand, I am not prepared to grant the other specific forms of relief sought by the plaintiff, that is, declarations that the plaintiff now has a maritime lien as salvor, that the plaintiff is entitled to entire and absolute possession and as a result others are enjoined from interfering with its salvage rights. Relief of those sorts requested would be considered only after some salvage effort is successful in recovery of all or part of the *res*. Finally, I agree with submissions of the Attorney General of Canada that the plaintiff is not entitled to a full and liberal salvage award from the receiver of wrecks, for that officer is not liable to pay a salvage claim except from funds recovered from the owner of salvaged *res*, or from sale of the *res* if it is not claimed.

[37] I indicate also my sense of the ultimate position of the plaintiff if it does recover the *res*. If the *res* is rescued by the plaintiff and in its actual possession as salvor, the plaintiff would be expected to transfer possession to or as the receiver of wrecks directs, subject to the plaintiff's claim *in rem*. Upon the owner of the *res* paying a reasonable salvage claim of the plaintiff to the receiver and the latter's payment of the claim to the plaintiff, the *in rem* claim of the plaintiff as salvor would be discharged. If no party claims as owner of the recovered *res* from the receiver of wrecks, or if the owner claims the *res* but does not pay a reasonable salvage claim of the plaintiff, the receiver may sell the *res* as provided under the CSA and pay a reasonable salvage claim from proceeds of the sale so far as those are sufficient. It may be that the receiver may transfer possession and title of the *res* to the plaintiff as salvor, in satisfaction of its claim *in rem*.

protéger l'épave, ainsi que les droits prioritaires de la demanderesse en tant que découvreur de l'épave.

[36] En revanche, je ne suis pas disposé à accorder les autres formes de redressement sollicitées par la demanderesse, à savoir un jugement déclarant que la demanderesse détient maintenant un privilège maritime en tant que sauveteur et qu'elle a droit à la possession entière et absolue de l'épave, ce qui empêcherait toute tierce partie de porter atteinte à ses droits de sauvetage. Des redressements de cette nature ne pourront être envisagés qu'après que des activités de sauvetage auront permis à la demanderesse de récupérer la totalité ou une partie de l'épave. Finalement, je souscris aux conclusions du procureur général du Canada pour qui la demanderesse n'a pas le droit de réclamer du receveur d'épaves une rétribution intégrale et généreuse pour services de sauvetage, car celui-ci n'est pas tenu de payer une rétribution du genre, sur les sommes recouvrées du propriétaire de la chose récupérée, ou sur la vente de la chose si nul ne la réclame.

[37] Je voudrais également dire quelques mots sur la position ultime de la demanderesse si elle récupère effectivement l'épave. Si la demanderesse récupère l'épave et si elle en a la possession effective à titre de sauveteur, elle devra alors en transférer la possession au receveur d'épaves, ou se conformer aux directives du receveur d'épaves, sous réserve du droit réel de la demanderesse. Lorsque le propriétaire de l'épave aura versé au receveur une rétribution raisonnable pour les services de sauvetage fournis par la demanderesse, et lorsque le receveur aura versé la rétribution à la demanderesse, alors la réclamation *in rem* de la demanderesse en tant que sauveteur sera éteinte. Si nul ne revendique auprès du receveur d'épaves la propriété de l'épave récupérée, ou si le propriétaire revendique la propriété de l'épave mais ne verse pas une rétribution raisonnable pour les services de sauvetage de la demanderesse, le receveur pourra vendre l'épave ainsi que le prévoit la LMMC, et verser à la demanderesse, sur le produit de la vente, pour autant qu'il soit suffisant, une rétribution raisonnable pour services de sauvetage. Le receveur pourrait transférer la possession et la propriété de l'épave à la demanderesse en sa qualité de sauveteur, entraînant ainsi l'extinction de sa réclamation *in rem*.

[38] While the matter was not raised in these proceedings, the Court urges that if salvage plans are to be carried out by the plaintiff, it should consult with the Province on appropriate arrangements to permit salvage of the aircraft and recognition of their respective interests in its recovery.

[39] Both the plaintiff and the Province requested costs on this motion. In my opinion, recognizing that the issues are novel in Canadian law and that success on the motion is divided so that the plaintiff does not have judgment for all of the relief it sought, the interests of justice are best served if each party bears its own costs of the summary judgment motion.

[40] For the record I note that some months after this matter was heard by me, on March 20, 2004 I ceased to hold office in accord with the *Judges Act* [R.S.C., 1985, c. J-1. Pursuant to subsection 45(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 42] of the *Federal Courts Act*, I was requested by the Chief Justice to give judgment in this matter. I was also named by the Chief Justice to be a Deputy Judge of the Court in accord with subsection 10 (1.1) [as am. *idem*, s. 19] of the *Federal Courts Act*, in which capacity I have the powers of a judge of the Court. I exercise my authority by signing these reasons and judgment, as Deputy Judge.

ORDER AND JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES THAT:

[41] The plaintiff's motion for summary judgment is allowed in part, and the Court adjudges that:

1. This Court has jurisdiction in accord with section 22 of the *Federal Courts Act* over a claim for salvage of the defendant *res*, the wrecked and abandoned Boeing SB-17G Aircraft, Serial No. 44-83790, its apparel and cargo.

2. The Court has jurisdiction to protect the *res*, now arrested under the Court's process and, in the interests of

[38] Le point n'a pas été soulevé dans cette procédure, mais la Cour dit que, si des plans de sauvetage sont exécutés par la demanderesse, celle-ci devra consulter la province sur les dispositions qui présideront au sauvetage de l'aéronef et à la reconnaissance de leurs droits respectifs sur l'épave une fois récupérée.

[39] La demanderesse et la province voudraient toutes deux obtenir les dépens de cette requête. À mon avis, puisque les points soulevés sont inédits en droit canadien et que le succès de la requête est partagé, en ce sens que la demanderesse n'obtient pas totalement gain de cause, les intérêts de la justice seront mieux servis si chacune des parties supporte sa part des dépens entraînés par la requête en jugement sommaire.

[40] Pour mémoire, je ferais observer que, quelques mois après avoir instruit la présente affaire, j'ai cessé le 20 mars 2004 d'occuper ma charge, en application de la *Loi sur les juges* [L.R.C. (1985), ch. J-1]. Comme le prévoit le paragraphe 45(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 42] de la *Loi sur les Cours fédérales*, j'ai été prié par le juge en chef de rendre jugement dans cette affaire. Le juge en chef m'a également nommé juge suppléant de la Cour, en application du paragraphe 10(1.1) [mod., *idem*, art. 19] de la *Loi sur les Cours fédérales*, et en cette qualité j'ai les pouvoirs d'un juge de la Cour. J'exerce mes attributions en signant, à titre de juge suppléant, les présents motifs et le jugement qui les accompagne.

ORDONNANCE ET JUGEMENT

LA COUR ORDONNE:

[41] La requête en jugement sommaire présentée par la demanderesse est accueillie en partie, et la Cour rend le jugement suivant:

1. La Cour a compétence, en application de l'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour statuer sur une réclamation pour services de sauvetage de l'épave défenderesse, à savoir l'épave abandonnée de l'aéronef Boeing SB-17G, n° de série 44-83790, son matériel et sa cargaison.

2. La Cour a compétence pour protéger l'épave, maintenant saisie par décision de la Cour, et, afin de

facilitating salvage of the *res*, it may protect the plaintiff's priority rights as finder of the *res* to seek to recover and to take into its possession the whole or parts of the *res*. That relief, upon application by the plaintiff, might be directed against any named party or against a nominal defendant, John Doe, and any others who may be served or may have notice of an order prohibiting others from seeking to salvage part or all of the *res*, assuming that the plaintiff's interests in salvage of the *res* would be irreparably harmed without such relief.

3. The plaintiff's claims for declaratory relief, i.e., to recognize that it now is a salvor with a maritime lien, that as salvor it has entire and absolute possession of the wrecked aircraft for purposes of its salvage effort and that all others are enjoined from interfering with the plaintiff's exclusive salvage rights, are hereby dismissed. Also dismissed is a claim to a declaration that the plaintiff salvor is entitled to a full and liberal salvage award from the receiver of wrecks if title to the *res* be unclaimed by its owners who is not prepared to pay a reasonable salvage award.

[42] Each party shall bear its own costs of the motion.

faciliter le sauvetage de l'épave, elle peut protéger le droit prioritaire de la demanderesse, en tant que découvreur, de récupérer l'épave, en totalité ou en partie, et d'en prendre possession. Sur requête de la demanderesse, ce redressement vaudra à l'encontre de toute partie nommément désignée ou à l'encontre d'un défendeur symbolique, M. Untel, et de toutes autres personnes qui pourraient recevoir signification, ou avoir connaissance, d'une ordonnance interdisant à quiconque de tenter de recouvrer une partie ou la totalité de l'épave, étant entendu que les intérêts de la demanderesse dans le sauvetage de la chose seraient irréparablement lésés sans un tel redressement.

3. Est rejetée la requête de la demanderesse en vue d'obtenir un jugement déclaratif lui reconnaissant le statut de sauveteur titulaire d'un privilège maritime, lui accordant à ce titre la possession entière et absolue de l'épave aux fins de ses activités de sauvetage, et interdisant à quiconque d'entraver l'exercice de ses droits exclusifs de sauvetage. Est également rejetée la requête de la demanderesse en vue d'obtenir un jugement déclaratif lui accordant le droit de recevoir du receveur d'épaves une rétribution intégrale et généreuse pour services de sauvetage si le propriétaire ne demande pas la restitution de l'épave ou s'il n'est pas disposé à verser une rétribution raisonnable pour services de sauvetage.

[42] Chacune des parties supportera ses propres dépens entraînés par la requête.

A-528-02
A-549-02
2004 FCA 218

A-528-02
A-549-02
2004 CAF 218

Atomic Energy Control Board and Cogema Resources Inc. (*Appellants*) (*Respondents*)

Commission de contrôle de l'énergie atomique et Cogema Resources Inc. (*appelantes*) (*défenderesses*)

v.

c.

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (*Respondent*) (*Applicant*)

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (*intimée*) (*demanderesse*)

and

et

Attorney General of Saskatchewan, Lac La Ronge Indian Band, Kitsaki Development Limited Partnership and Northern Resource Trucking Limited Partnership (*Interveners*)

Procureur général de la Saskatchewan, Bande indienne de Lac La Ronge, Kitsaki Development Limited Partnership et Northern Resource Trucking Limited Partnership (*intervenants*)

INDEXED AS: INTER-CHURCH URANIUM COMMITTEE EDUCATIONAL CO-OPERATIVE v. CANADA (ATOMIC ENERGY CONTROL BOARD) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: INTER-CHURCH URANIUM COMMITTEE EDUCATIONAL CO-OPERATIVE c. CANADA (COMMISSION DE CONTRÔLE DE L'ÉNERGIE ATOMIQUE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Rothstein and Sharlow J.J.A.—Calgary, May 3, 4; Ottawa, June 4, 2004.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Rothstein et Sharlow, J.C.A.—Calgary, 3 et 4 mai; Ottawa, 4 juin 2004.

Environment — Licence issued by Atomic Energy Control Board authorizing operation of "tailings management facility" for uranium mine project — Quashed by Federal Court as issuance not preceded by environmental assessment under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 5 — Environmental assessment already done under Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order — Project permitted to proceed under Board's staged licensing process — CEAA, s. 74(1) engaged as Panel established for Project pursuant to Guidelines before CEAA came into force — Under s. 74(1), Guidelines "shall continue to apply" in respect of any proposal for which panel established — To interpret s. 74(1) as requiring second environmental assessment under CEAA not consistent with objective of provision as transitional rule — Statutory scheme of CEAA not requiring second review.

Environnement — Licence délivrée par la Commission de contrôle de l'énergie atomique en vue d'autoriser l'exploitation d'une « installation de gestion des résidus » pour un projet de mine d'uranium — La licence a été déclarée invalide par la Cour fédérale parce que sa délivrance n'avait pas été précédée d'une évaluation environnementale fondée sur l'art. 5 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE) — Une évaluation environnementale avait déjà eu lieu en vertu du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement — La mise à exécution du projet a été autorisée dans le cadre du processus d'octroi de licences de la Commission de contrôle — L'art. 74(1) de la LCEE entrainé en jeu, parce qu'une commission d'évaluation a été mise sur pied à l'égard du Projet conformément au Décret, avant l'entrée en vigueur de la LCEE — L'art. 74(1) énonce que le Décret «continue de s'appliquer» à l'égard de toute proposition pour laquelle une commission d'évaluation a été mise sur pied — Interpréter l'art. 74(1) comme une disposition exigeant une deuxième évaluation environnementale en vertu de la LCEE n'est pas compatible avec l'objectif cette disposition en tant que règle transitoire — Le régime législatif de la LCEE n'exige pas un second examen.

Construction of Statutes — Operating licence issued by Atomic Energy Control Board ruled invalid by Federal Court as issuance not preceded by environmental assessment under CEEA, s. 5 — Whether F.C. Judge erred in concluding CEEA, s. 74(1) did not relieve Board from requiring environmental assessment under CEEA prior to issuance of licence — Question of statutory interpretation for which standard of review correctness — S. 74(1) stating Guidelines “shall continue to apply” in respect of any proposal for which panel established — No limit placed on continued application — No useful purpose to require another environmental assessment under CEEA — S. 74(1) transitional provision, intended to ensure orderly transition from one legislative scheme to another — Principles underlying transitional law considered — To interpret s. 74(1) as requiring second environmental assessment not consistent with objectives of CEEA.

These were appeals from a Federal Court order granting the application of the respondent, Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (the ICUCEC), to quash operating licence AECB-MFOL-170-0.5 (0.5 licence) issued in 2001 by the Atomic Energy Control Board to Cogema Resources Inc. The ICUCEC was formed in 1980 and incorporated in 1991 in order, among other things, to work toward phasing out uranium mining in Saskatchewan. The Board was established as an agency of the federal government by section 3 of the *Atomic Energy Control Act*. One of its responsibilities was to regulate uranium mining in Canada through a licensing regime set out in the *Uranium and Thorium Mining Regulations*. The most important feature of those Regulations is the “staged licensing”, which requires a separate licence for each stage in the development and operation of a uranium production facility.

The 0.5 licence authorized the operation of a “tailings management facility” for the McClean Lake Project, a uranium mine in northern Saskatchewan. It was ruled invalid because its issuance was not preceded by an environmental assessment under section 5 of the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA). There had already been an environmental assessment under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (the Guidelines) which were in effect when the Project was first proposed. In 1991, a single joint federal-provincial panel was established under the

Interprétation des lois — La licence d’exploitation délivrée par la Commission de contrôle de l’énergie atomique a été déclarée invalide par la Cour fédérale parce que sa délivrance n’avait pas été précédée d’une évaluation environnementale fondée sur l’art. 5 de la LCEE — La question était de savoir si le juge a commis une erreur lorsqu’il a conclu que l’art. 74(1) de la LCEE ne libérait pas la Commission de contrôle de l’obligation d’exiger une évaluation environnementale en application de la LCEE avant de délivrer la licence — Il s’agit d’une question d’interprétation législative à laquelle s’applique la norme de la décision correcte — L’art. 74(1) énonce que le Décret «continue de s’appliquer» à l’égard de toute proposition pour laquelle une commission d’évaluation a été mise sur pied — Aucune restriction n’est prévue quant à cette application — Il ne serait pas utile d’exiger une autre évaluation environnementale en vertu de la LCEE — L’art. 74(1) est une disposition transitoire et vise à assurer la transition en bonne et due forme d’un régime législatif à un autre — Examen des principes qui sous-tendent les dispositions législatives transitoires — Interpréter l’art. 74(1) comme une disposition exigeant une deuxième évaluation environnementale n’est pas compatible avec les objectifs de la LCEE.

Il s’agit d’appels d’une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a fait droit à la demande de l’intimée, Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (ICUCEC), en vue d’annuler la licence d’exploitation AECB-MFOL-170-0.5 (licence 0.5) que la Commission de contrôle de l’énergie atomique avait délivrée à Cogema Resources Inc. en 2001. L’ICUCEC a été formée en 1980 et constituée en personne morale en 1991, notamment pour favoriser la fermeture progressive des mines d’uranium en Saskatchewan. La Commission de contrôle a été constituée à titre d’organisme fédéral par l’article 3 de la *Loi sur le contrôle de l’énergie atomique*. Une de ses responsabilités consistait à réglementer les mines d’uranium du Canada au moyen d’un régime de licences et de permis établi dans le *Règlement sur les mines d’uranium et de thorium*. La caractéristique la plus importante de ce Règlement est le fait qu’il prévoit la délivrance de licences à l’égard des différentes étapes d’un projet, c’est-à-dire l’obligation d’obtenir une licence distincte pour chaque étape de mise en valeur et d’exploitation d’une installation de production d’uranium.

La licence 0.5 autorisait l’exploitation d’une «installation de gestion des résidus» pour le Projet du lac McClean, une mine d’uranium située dans le nord de la Saskatchewan. Elle a été déclarée invalide parce que sa délivrance n’avait pas été précédée d’une évaluation environnementale fondée sur l’article 5 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (LCEE). Une évaluation environnementale avait déjà eu lieu en vertu du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement* (le Décret), qui était en vigueur lorsque le projet a été

Guidelines for a number of uranium mining proposals for northern Saskatchewan, including the McClean Lake Project. The Panel received numerous submissions, notably from the ICUCEC. It recommended that the McClean Lake Project be delayed for at least five years but, the Minister of Natural Resources did not accept the Panel's recommendation. The Project was permitted to proceed under the Board's staged licensing process. The CEAA was enacted in 1992 to replace the Guidelines with a different regime for environmental assessments. Included in the CEAA is a transitional provision, subsection 74(1), which provides that the Guidelines shall continue to apply in respect of any proposal that prior to the coming into force of this section was referred to the Minister for public review and for which an Environmental Assessment Panel was established by the Minister pursuant to that Order. The ICUCEC commenced an application for judicial review to challenge the Board's decision to issue the 0.5 licence on the ground that it was not preceded by an environmental assessment under the CEAA. The Trial Judge found the challenge to be well founded. Subsection 74(1) of the CEAA is clearly engaged because a Panel was established for the McClean Lake Project pursuant to the Guidelines before the CEAA came into force. The issue was whether the Trial Judge erred in concluding that subsection 74(1) did not relieve the Board from requiring an environmental screening or assessment under the CEAA prior to the issuance of the 0.5 licence.

Held, the appeals should be allowed.

The standard of review of this question of statutory interpretation is correctness.

The appellants had argued in the Federal Court that subsection 74(1) is a complete answer to the allegation that the Board was required to carry out an additional screening or assessment pursuant to the CEAA before issuing the 0.5 licence. The interpretation of subsection 74(1) propounded by the appellants should be accepted because it is consistent with both the statutory language and the object of subsection 74(1). This provision states that the Guidelines "shall continue to apply" in respect of any proposal for which a panel has been established. There is no limit placed on this continued application. It would serve no useful purpose to require another environmental assessment under the CEAA at that stage. As the words of subsection 74(1) do not compel that

proposé pour la première fois. En 1991, une Commission conjointe fédérale-provinciale mixte a été mise sur pied en application du Décret relativement à un certain nombre de propositions portant sur des mines d'uranium situées dans le nord de la Saskatchewan, y compris le Projet du lac McClean. La Commission conjointe a reçu de nombreux mémoires, notamment de l'ICUCEC. Elle a recommandé que le Projet du lac McClean soit reporté d'au moins cinq ans, mais le ministre des Ressources naturelles n'a pas accepté cette recommandation. La mise à exécution du projet a été autorisée suivant le processus d'octroi de licences de la Commission de contrôle. La LCEE a été édictée en 1992 en vue de remplacer le Décret par un régime différent en matière d'évaluation environnementale. La LCEE comporte une disposition transitoire, le paragraphe 74(1), qui prévoit que le Décret visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement continue de s'appliquer aux examens publics qui y sont visés et pour lesquels les membres de la commission d'évaluation environnementale ont été nommés sous son régime avant l'entrée en vigueur de cet article. L'ICUCEC a engagé une demande de contrôle judiciaire afin de contester la décision par laquelle la Commission de contrôle a délivré la licence 0.5, soutenant que cette décision n'avait pas été précédée d'une évaluation environnementale en vertu de la LCEE. Le juge de première instance a conclu que la contestation était bien fondée. Il est évident que le paragraphe 74(1) entre en jeu, parce qu'une commission d'évaluation a été mise sur pied à l'égard du Projet du lac McClean conformément au Décret, avant l'entrée en vigueur de la LCEE. La question à trancher était de savoir si le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le paragraphe 74(1) de la LCEE ne libérait pas la Commission de contrôle de l'obligation d'exiger un examen préalable ou une évaluation environnementale en application de la LCEE avant de délivrer la licence 0.5.

Jugement: les appels sont accueillis.

La norme de contrôle de cette question d'interprétation législative est celle de la décision correcte.

Les appelantes ont soutenu devant la Cour fédérale que le paragraphe 74(1) de la LCEE constitue un moyen de défense complet à l'égard de l'allégation selon laquelle la Commission de contrôle devait procéder à un examen préalable ou à une évaluation supplémentaire conformément à la LCEE avant de délivrer la licence 0.5. Cette interprétation du paragraphe 74(1) proposée par les appelantes doit être acceptée, parce qu'elle est compatible tant avec le texte de cette disposition qu'avec l'objet qu'elle vise. Cette disposition énonce que le Décret «continue de s'appliquer» à l'égard de toute proposition pour laquelle une commission d'évaluation a été mise sur pied. Aucune restriction n'est prévue quant à cette application. Il ne serait pas utile d'exiger une autre évaluation environnementale

conclusion, they should not be so interpreted. Subsection 74(1) is a transitional provision, and as such, is intended to ensure the orderly transition from one legislative scheme to another. Author of *Driedger and Sullivan on the Construction of Statutes*, professor Ruth Sullivan, listed the principles underlying transitional law as “certainty, predictability, stability, rationality and formal equality”. To interpret subsection 74(1) as requiring a second environmental assessment under the CEAA would render the process under the Guidelines meaningless, and would require the work of the Panel to be repeated after the planning process is complete. Such interpretation is consistent neither with the objective of subsection 74(1) as a transitional rule, nor with important objectives of the CEAA as a whole. However, the end of the work of the Panel does not mean an end to all environmental review for the McClean Lake Project. Environmental issues must be considered for each licence issued under the *Uranium and Thorium Mining Regulations* and their successor, the *Uranium Mines and Mills Regulations*. The respondent pointed to several changes in the Project since 1993. However, none of these changes transformed the McClean Lake Project into a new proposal. The Panel recognized that changes in science and technology would occur over the life of the Project and acknowledged that it would be the Board’s responsibility to evaluate the effects of these developments in the context of its licensing responsibilities. The respondent was seeking a fresh environmental assessment of a project that has already undergone scrutiny under the Guidelines. The statutory scheme of the CEAA does not require such a second review.

en vertu de la LCEE à ce stade. Étant donné que le libellé du paragraphe 74(1) n’exige pas cette conclusion, il ne devrait pas être interprété de cette façon. Le paragraphe 74(1) est une disposition transitoire et vise donc à assurer la transition en bonne et due forme d’un régime législatif à un autre. Auteure de l’ouvrage *Driedger and Sullivan on the Construction of Statutes*, la professeure Ruth Sullivan a énuméré les principes qui sous-tendent les dispositions législatives transitoires, soit «la certitude, la prévisibilité, la stabilité, la rationalité et l’égalité formelle». Interpréter le paragraphe 74(1) comme une disposition exigeant une deuxième évaluation environnementale en vertu de la LCEE aurait pour effet de rendre inutile le processus découlant du Décret et d’exiger que les travaux de la Commission conjointe soient refaits une fois la planification terminée. Cette interprétation n’est compatible ni avec l’objectif du paragraphe 74(1) en tant que disposition législative transitoire ni avec les grands objectifs de la LCEE. Cependant, la fin des travaux de la Commission conjointe ne signifie pas la fin de l’ensemble des activités d’examen environnemental pour le Projet du lac McClean. Les questions environnementales doivent être examinées relativement à chaque licence délivrée en application du Règlement sur les mines d’uranium et de thorium et du règlement qui le remplace, soit le *Règlement sur les mines et les usines de concentration d’uranium*. L’intimée a souligné plusieurs modifications apportées au Projet depuis 1993. Cependant, aucun de ces changements n’a eu pour effet de transformer le Projet du lac McClean en nouvelle proposition. La Commission conjointe a reconnu que des changements scientifiques et technologiques surviendraient pendant la durée du Projet et qu’il appartiendrait à la Commission de contrôle d’évaluer les effets de ces changements dans le contexte de ses responsabilités en matière d’octroi de licences. L’intimée sollicitait une nouvelle évaluation environnementale à l’égard d’un projet qui a déjà fait l’objet d’un examen minutieux en vertu du Décret. Le régime législatif de la LCEE n’exige pas un second examen de cette nature.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16, s. 3.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 4 (as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 1), 5, 11(1), 20(1)(a), 29, 74.
Canadian Environmental Protection Act, 1999, S.C. 1999, c. 33, Sch. 1.
Co-operatives Act, 1989 (The), S.S. 1989-90, c. C-37.2.
Co-operatives Act, 1996 (The), S.S. 1996, c. C-37.3.
Environmental Assessment Act (The), S.S. 1979-80, c. E-10.1.
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2 “proposal”, 3, 10(1), 11(b),

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Co-operatives Act, 1989 (The)*, S.S. 1989-90, ch. C-37.2.
Loi sur le contrôle de l’énergie atomique, L.R.C. (1985), ch. A-16, art. 3.
Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement, DORS/84-467, art. 2 «proposition», 3, 10(1), 11(b), 12(b),(d),(e), 13, 21, 22, 26(1), 27(1), 29, 31, 33, 35(c).
Environmental Assessment Act (The), S.S. 1979-80, ch. E-10.1.
Loi canadienne sur l’évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 4 (mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 1), 5, 11(1), 20(1)a, 29, 74.

12(b),(d),(e), 13, 21, 22, 26(1), 27(1), 29, 31, 33, 35(c).
Government Organization Act, 1979, S.C. 1978-79, c. 13,
 s. 14.
Nuclear Safety and Control Act, S.C. 1997, c. 9.
Uranium and Thorium Mining Regulations, SOR/88-243,
 ss. 7(2)(b), 8(2)(b), 11, 12, 13, 14, 15.
Uranium Mines and Mills Regulations, SOR/2000-206.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999,
 L.C. 1999, ch. 33, Ann. 1.
Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement, S.C.
 1978-79, ch. 13, art. 14.
Loi de 1996 sur les coopératives, L.S. 1996, ch. C-37.3.
Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires, L.C.
 1997, ch. 9.
Règlement sur les mines d'uranium et de thorium,
 DORS/88-243, art. 7(2)(b), 8(2)(b), 11, 12, 13, 14, 15.
*Règlement sur les mines et les usines de concentration
 d'uranium*, DORS/2000-206.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Inter-Church Uranium Committee Educational
 Co-operative v. Canada (Atomic Energy Council Board)*
 (2002), 300 N.R. 139 (F.C.A.); *Canadian Wildlife
 Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*,
 [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37
 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245
 (T.D.); affd [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R.
 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 99 N.R. 72 (F.C.A.); *Friends of
 the Oldman River Society v. Canada (Minister of
 Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1;
 [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin.
 L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

AUTHORS CITED

Joint Federal-Provincial Panel on Uranium Mining
 Developments in Northern Saskatchewan (Canada).
*Uranium Mining Developments in Northern
 Saskatchewan: Dominique-Janine Extension, McClean
 Lake Project and Midwest Joint Venture: Report of the
 Joint Federal-Provincial Panel on Uranium Mining
 Developments in Northern Saskatchewan*. Ottawa:
 Environment Canada, 1993.

Joint Federal-Provincial Panel on Uranium Mining
 Developments in Northern Saskatchewan (Canada).
*Midwest Uranium Mine Project: Cigar Lake Uranium
 Mine Project: Cumulative Observations: Report of the
 Joint Federal-Provincial Panel on Uranium Mining
 Developments in Northern Saskatchewan*. Ottawa:
 Canadian Environmental Assessment Agency, 1997.

Sullivan, Ruth. *Driedger and Sullivan on the
 Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths,
 2002.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

*Inter-Church Uranium Committee Educational
 Co-operative c. Canada (Commission de contrôle de
 l'énergie atomique)* (2002), 300 N.R. 139 (C.A.F.) ;
*Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada
 (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309; [1989]
 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R.
 (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (1^{re} inst.) conf. par [1990] 2
 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R.
 (N.S.) 1; 99 N.R. 72 (C.A.F.); *Friends of the Oldman
 River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992]
 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R.
 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7
 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321.

DOCTRINE

Commission conjointe fédérale-provinciale d'examen des
 projets d'exploitation de mines d'uranium dans le nord
 de la Saskatchewan (Canada). *Projets d'exploitation de
 mines d'uranium dans le nord de la Saskatchewan :
 Dominique-Janine Extension, McClean Lake Project et
 Midwest Joint Venture: Rapport de la Commission
 conjointe fédérale-provinciale d'examen des projets
 d'exploitation de mines d'uranium dans le nord de la
 Saskatchewan*. Ottawa: Environnement Canada, 1993.
 Commission conjointe fédérale-provinciale d'examen des
 projets d'exploitation de mines d'uranium dans le nord
 de la Saskatchewan (Canada). *Midwest Uranium Mine
 Project: Cigar Lake Uranium Mine Project:
 Observations sommaires: Rapport de la Commission
 conjointe fédérale-provinciale d'examen des projets
 d'exploitation de mines d'uranium dans le nord de la
 Saskatchewan*. Ottawa: Agence canadienne
 d'évaluation environnementale, 1997.
 Sullivan, Ruth. *Driedger and Sullivan on the Construction
 of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEALS from a Federal Court order ([2003] 2 F.C. 288; (2002), 49 C.E.L.R. (N.S.) 251; 224 F.T.R. 1) granting the respondent's application to quash operating licence AECB-MFOL-170-0.5 issued by the Atomic Energy Control Board to Cogema Resources Inc. Appeals allowed.

APPEARANCES:

Robert G. Richards, Q.C., for appellant (respondent) Cogema Resources Inc.
Kirk N. Lambrecht, Q.C., for appellant (respondent) Atomic Energy Control Board.

Stefania A. Fortugno and Theresa A. McClenaghan for respondent (applicant).

Barry J. Hornsberger, Q.C., for intervener Attorney General of Saskatchewan.

Brian J. Scherman, Q.C., for interveners Lac La Ronge Indian Band, Kitsaki Development Limited Partnership and Northern Resource Trucking Limited Partnership.

SOLICITORS OF RECORD:

MacPherson Leslie & Tyerman LLP, Regina, Saskatchewan, for appellant (respondent) Cogema Resources Inc.

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent) Atomic Energy Control Board.

Fortugno Law Office, Saskatoon, Saskatchewan, for respondent (applicant).

Saskatchewan Department of Justice, Regina, Saskatchewan, for intervener Attorney General of Saskatchewan.

Balfour Moss, Saskatoon, Saskatchewan, for interveners Lac La Ronge Indian Band, Kitsaki Development Limited Partnership and Northern Resource Trucking Limited Partnership.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: These are appeals of an order of the Federal Court [then the Trial Division] dated

APPELS d'une ordonnance de la Cour Fédérale ([2003] 2 C.F. 288; (2002), 49 C.E.L.R. (N.S.) 251; 224 F.T.R. 1) faisant droit à la demande de l'intimée en vue d'annuler la licence d'exploitation AECB-MFOL-170-0.5 que la Commission de contrôle de l'énergie atomique avait délivrée à Cogema Resources Inc. Appels accueillis.

ONT COMPARU:

Robert G. Richards, c.r., pour Cogema Resources Inc., appelante (défenderesse).

Kirk N. Lambrecht, c.r., pour Commission de contrôle de l'énergie atomique pour l'appelante (défenderesse).

Stefania A. Fortugno et Theresa A. McClenaghan pour l'intimée (demanderesse).

Barry J. Hornsberger, c.r., pour le procureur général de la Saskatchewan, intervenant.

Brian J. Scherman, c.r., pour la Bande indienne de Lac La Ronge, Kitsaki Development Limited Partnership et Northern Resource Trucking Limited Partnership, intervenantes.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

MacPherson Leslie & Tyerman LLP, Regina (Saskatchewan), pour Cogema Resources Inc., appelante (défenderesse).

Le sous-procureur général du Canada pour la Commission de contrôle de l'énergie atomique, appelante (défenderesse).

Fortugno Law Office, Saskatoon (Saskatchewan), pour l'intimée (demanderesse).

Ministère de la Justice de la Saskatchewan, Regina (Saskatchewan), pour le procureur général de la Saskatchewan, intervenant.

Balfour Moss, Saskatoon (Saskatchewan), pour la Bande indienne de Lac La Ronge, Kitsaki Development Limited Partnership et Northern Resource Trucking Limited Partnership, intervenantes.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A.: Il s'agit d'appels d'une ordonnance datée du 23 septembre 2002 ([2003] 2 C.F.

September 23, 2002 ([2003] 2 F.C. 288), which granted the application of the respondent, Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (the ICUCEC), to quash operating licence AECB-MFOL-170-0.5 (the 0.5 licence) issued by the Atomic Energy Control Board to Cogema Resources Inc. on June 21, 1999. The 0.5 licence authorized, among other things, the operation of a "tailings management facility" for the McClean Lake Project, a uranium mine in northern Saskatchewan approximately 350 kilometres north of the town of La Ronge. On November 7, 2002, the order under appeal was stayed by Noël J.A. pending the disposition of these appeals [(2002), 300 N.R. 139 (F.C.A.)].

[2] The basis of the order is that the 0.5 licence was invalid because its issuance was not preceded by an environmental assessment under section 5 of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (the CEAA). There had already been an environmental assessment under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 (the Guidelines) enacted under the *Government Organization Act*, 1979, S.C. 1978-79, c. 13, s. 14.

[3] Separate appeals of the order were commenced by Cogema and the Board. The appeals were heard together. It was not noticed until late in the proceedings that Cogema is the only proper appellant. The Board, as the maker of the impugned decision, should have been permitted intervenor status at most. However, as none of the parties raised a timely objection on the question of status, the Board's appeal was permitted to proceed.

Facts

[4] The ICUCEC was formed in 1980 and incorporated in 1991 under *The Co-operatives Act*, 1989, S.S. 1989-90, c. C-37.2 (repealed and replaced by *The Co-operatives Act*, 1996, S.S. 1996, c. C-37.3). Its members represent a number of different churches, First

288) par laquelle la Cour fédérale [à l'époque de la Section de première instance] a fait droit à la demande de l'intimée, l'Inter-Church Uranium Committee Educational Co-operative (l'ICUCEC), en vue d'annuler la licence d'exploitation AECB-MFOL-170-0.5 (la licence 0.5) que la Commission de contrôle de l'énergie atomique (Commission de contrôle) avait délivrée à Cogema Resources Inc. le 21 juin 1999. La licence 0.5 autorisait, notamment, l'exploitation d'une «installation de gestion des résidus» pour le Projet du lac McClean, une mine d'uranium située dans le nord de la Saskatchewan, à environ 350 kilomètres de la ville de La Ronge. Le 7 novembre 2002, le juge Noël, J.C.A., a suspendu l'exécution de l'ordonnance visée par les appels jusqu'à ce que ceux-ci soient tranchés [(2002), 300 N.R. 139 (C.A.F.)].

[2] La licence 0.5 avait été déclarée invalide dans l'ordonnance en question parce que sa délivrance n'avait pas été précédée d'une évaluation environnementale fondée sur l'article 5 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCEE). Une évaluation environnementale avait déjà eu lieu en vertu du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467 (le Décret), qui avait été pris en application de l'article 14 de la *Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement*, S.C. 1978-79, ch. 13.

[3] Cogema et la Commission de contrôle ont interjeté des appels distincts qui ont cependant été entendus ensemble. Ce n'est que tard au cours de l'instance que l'on a constaté que Cogema était la seule partie qui pouvait interjeter appel. Ayant rendu la décision attaquée, la Commission de contrôle aurait dû obtenir le statut d'intervenante, au mieux. Cependant, étant donné qu'aucune des parties n'a soulevé d'objection à ce sujet en temps opportun, la poursuite de l'appel de la Commission de contrôle a été autorisée.

Faits

[4] L'ICUCEC a été formée en 1980 et constituée en personne morale en 1991 sous le régime de *The Co-operatives Act*, 1989, S.S. 1989-90, ch. C-37.2 (loi abrogée et remplacée par la *Loi de 1996 sur les coopératives*, L.S. 1996, ch. C-37.3). Ses membres

Nations and Métis communities. One of the reasons for its incorporation was to work toward phasing out uranium mining in Saskatchewan (affidavit of Linda Kathryn Murphy, A.B., Vol. I, page 64). Whether that remains one of the goals of the ICUCEC is not clear. This case demonstrates its interest in trying to ensure, at least, that government decision makers who address issues relating to uranium mining adhere to all applicable environmental laws.

[5] Cogema operates a uranium mine in northern Saskatchewan known as the “McClellan Lake Project”, which is owned up to 70% by Cogema, 22.5% by Denison Mines Ltd. and 7.5% by OURD (Canada) Co. Ltd. (affidavit of Robert W. Pollock, A.B., Vol. VIII, page 1680). Uranium was discovered in the McClellan Lake area in 1979.

[6] The Board was established as an agency of the federal government by section 3 of the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C., 1985, c. A-16. One of its responsibilities was to regulate uranium mining in Canada through a licensing regime set out in the *Uranium and Thorium Mining Regulations*, SOR/88-243.

[7] For the purposes of these appeals, the most important feature of the *Uranium and Thorium Mining Regulations* is that they contemplate “staged licensing”. That is, a separate licence is required for each stage in the development and operation of a uranium production facility, from the removal of uranium from the ground to the decommissioning of a uranium mine. Specifically, the *Uranium and Thorium Mining Regulations* require a licence to remove uranium from a removal site (section 11), to excavate uranium at an excavation site (section 12), to site or construct a mine or mill (section 13), to operate a mine or mill (section 14), and to suspend or cease a licensed activity at a mining facility or decommission a mining facility (section 15). The information required in an application for a licence for any of these stages, and the terms and conditions that may be imposed in a licence, are set out in the relevant

représentent un certain nombre d’églises ainsi que différentes collectivités de Métis et de Premières nations. Elle a été constituée, notamment, pour favoriser la fermeture progressive des mines d’uranium en Saskatchewan (affidavit de Linda Kathryn Murphy, D.A., vol. I, page 64). Il n’est pas certain que l’ICUCEC poursuive toujours cet objectif, mais la présente affaire démontre la volonté de la coopérative de s’assurer, à tout le moins, que les décideurs gouvernementaux qui examinent les questions concernant les mines d’uranium respectent toutes les règles applicables en matière d’environnement.

[5] Cogema exploite une mine d’uranium située dans le nord de la Saskatchewan et connue sous le nom de «Projet du lac McClellan»; cette mine appartient à raison de 70 p. 100 à Cogema, de 22,5 p. 100 à Denison Mines Ltd. et de 7,5 p. 100, à OURD (Canada) Co. Ltd. (affidavit de Robert W. Pollock, D.A., vol. VIII, page 1680). De l’uranium a été découvert dans la région du lac McClellan en 1979.

[6] La Commission de contrôle a été constituée à titre d’organisme fédéral par l’article 3 de la *Loi sur le contrôle de l’énergie atomique*, L.R.C. (1985), ch. A-16. Une de ses responsabilités consistait à réglementer les mines d’uranium du Canada au moyen d’un régime de licences et de permis établi dans le *Règlement sur les mines d’uranium et de thorium*, DORS/88-243.

[7] Aux fins des appels examinés en l’espèce, la caractéristique la plus importante du *Règlement sur les mines d’uranium et de thorium* est le fait qu’il prévoit la délivrance de licences à l’égard des différentes étapes d’un projet. En effet, une licence distincte doit être obtenue pour chaque étape de mise en valeur et d’exploitation d’une installation de production d’uranium, depuis l’extraction jusqu’au déclassement de l’installation minière. Plus précisément, le *Règlement sur les mines d’uranium et de thorium* exige l’obtention d’une licence pour extraire de l’uranium d’un site d’extraction (article 11), pour effectuer des travaux d’excavation d’uranium à un site d’excavation (article 12), pour choisir le site d’une mine ou d’un broyeur ou construire ceux-ci (article 13), pour exploiter une mine ou un broyeur (article 14) et pour suspendre ou cesser l’activité autorisée de l’installation minière ou déclasser

sections of the *Uranium and Thorium Mining Regulations*.

[8] For every licence issued under the *Uranium and Thorium Mining Regulations*, the licensing authority must be satisfied that the applicant has provided adequately for the protection of the environment (see paragraph 7(2)(b) for licences under section 11, 12 or 15, and paragraph 8(2)(b) for licences under section 13 or 14).

[9] On May 31, 2000, the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9, came into force. It established the Canadian Nuclear Safety Commission (the Commission) as a successor to the Board. At the same time, the *Uranium and Thorium Mining Regulations* were replaced by the *Uranium Mines and Mills Regulations*, SOR/2000-206. Nothing in these appeals turns on these changes in the regime for the regulation of uranium mining.

[10] During the period relevant to these appeals, it was the practice of the Board to issue licences with relatively short time frames. Each licence relating to a particular uranium production facility after the first one would supercede the preceding one. Activities covered by a prior licence would be included in the superceding licence if they were to be permitted to continue, so that only one licence would be in effect at any point in time.

[11] All proposals to mine uranium in Canada are affected by federal environmental legislation. As of June 22, 1984, the applicable law was set out in the Guidelines which, despite the title, imposed a mandatory requirement for environmental assessments of all proposals within its scope: *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.), affirmed [1990]

celle-ci (article 15). Les renseignements à fournir dans une demande visant à obtenir une licence à l'égard de l'une ou l'autre de ces étapes et les conditions pouvant être prescrites dans une licence sont énoncés dans les dispositions pertinentes du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium*.

[8] Avant de délivrer une licence en application du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium*, l'autorité responsable à cet égard doit être convaincue que le requérant a pris des mesures satisfaisantes pour assurer la protection de l'environnement (voir l'alinéa 7(2)(b) dans le cas des licences délivrées en vertu des articles 11, 12 ou 15 et l'alinéa 8(2)(b) dans le cas des licences délivrées en vertu des articles 13 ou 14).

[9] La *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, ch. 9, qui prévoyait la création de la Commission canadienne de sûreté nucléaire (la Commission de sûreté) comme successeur de la Commission de contrôle, est entrée en vigueur le 31 mai 2000. À la même date, le *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium* a été remplacé par le *Règlement sur les mines et les usines de concentration d'uranium*, DORS/2000-206. Les appels à examiner en l'espèce ne portent nullement sur ces modifications apportées au régime de réglementation des mines d'uranium.

[10] Au cours de la période visée par les appels, la Commission de contrôle délivrait habituellement des licences dont la durée était relativement courte. Chaque licence délivrée à l'égard d'une installation de production d'uranium après la première devait remplacer la licence précédente. La nouvelle licence couvrait les activités visées par la licence antérieure, si la poursuite desdites activités était autorisée, de sorte qu'une seule licence devait être en vigueur à la fois.

[11] Toutes les propositions relatives à l'exploitation d'uranium au Canada sont touchées par la législation fédérale sur l'environnement. Le 22 juin 1984, les règles applicables étaient énoncées dans le Décret qui, malgré son titre, exigeait une évaluation environnementale de toutes les propositions visées par sa portée: *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.), conf. par

2 W.W.R. 69 (F.C.A.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

[12] It is important to understand the Guidelines, as Cogema and the Board rely upon their compliance with the Guidelines as a foundation for the 0.5 licence and subsequent licences. The ICUCEC does not suggest that there has been a failure to comply with the Guidelines but argues that, for the 0.5 licence, there should have been compliance with both the CEEA and the Guidelines.

[13] The Guidelines were intended to ensure that every proposal within the decision-making authority of the federal government was “subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal” (subsection 10(1) of the Guidelines). The scheme of the Guidelines contemplated an environmental assessment early in the planning stages, prior to the making of “irrevocable decisions” (section 3 of the Guidelines). The term “proposal” was defined in section 2 of the Guidelines as follows:

2. . . .

“proposal” includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

[14] Initiating departments were required to refer proposals to the Minister of the Environment for public review by an environmental assessment panel if the potentially adverse environmental effects of the proposal were unknown or significant (paragraphs 12(d) and (e) of the Guidelines), if the proposal by its nature would have such significant adverse environmental effects that it would be referred automatically to the Minister for public review by a panel (subsections 11(b) and 12(b) of the Guidelines), or if public concern about the proposal was such that a public review was deemed to be desirable (section 13 of the Guidelines).

[15] The members of a panel were appointed by the Minister of the Environment pursuant to section 21 of

[1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

[12] Il est important de comprendre le Décret, parce que Cogema et la Commission de contrôle soutiennent que la licence 0.5 et les licences subséquentes sont fondées sur leur observation dudit Décret. L'ICUCEC n'allègue pas inobservation du Décret, mais fait valoir que, dans le cas de la licence 0.5, tant la LCEE que le Décret auraient dû être respectés.

[13] Le Décret visait à faire en sorte que chaque proposition à l'égard de laquelle le gouvernement fédéral exerçait un pouvoir de décision soit «soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement» (paragraphe 10(1) du Décret). Le Décret prévoyait une évaluation environnementale au début de l'étape de planification, avant la prise de «décisions irrévocables» (article 3 du Décret). Le mot «proposition» était défini comme suit à l'article 2 du Décret:

2. [. . .]

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

[14] Les ministères responsables devaient soumettre les propositions au ministre de l'Environnement en vue d'un examen public par une commission d'évaluation environnementale (commission d'évaluation) si les effets néfastes que la proposition pouvait avoir sur l'environnement étaient inconnus ou importants (alinéas 12(d) et e) du Décret), si la proposition était d'un type qui aurait des effets néfastes importants sur l'environnement et qui serait automatiquement soumise au ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission d'évaluation (alinéas 11(b) et 12(b) du Décret) ou si la préoccupation du public au sujet de la proposition rendait un tel examen souhaitable (article 13 du Décret).

[15] Les membres d'une commission d'évaluation étaient désignés par le ministre de l'Environnement

the Guidelines. According to section 22, the members of a panel were required to:

22. . . .

(a) be unbiased and free of any potential conflict of interest relative to the proposal under review;

(b) be free of any political influence; and

(c) have special knowledge and experience relevant to the anticipated technical, environmental and social effects of the proposal under review.

[16] The terms of reference of each panel were set by the Minister of the Environment after consultation with the Minister responsible for the initiating department (subsection 26(1) of the Guidelines). The proceedings of a panel were public and were conducted, according to subsection 27(1) of the Guidelines, in a “non-judicial and informal but structured manner” (*de manière informelle suivant des règles déterminées mais non judiciaires*).

[17] The rules governing the proceedings of a panel allowed for public access to information submitted to a panel, and an opportunity for public input (section 29 of the Guidelines). Provision was also made for the negotiation of provincial participation in a public review by a panel (section 35(c) of the Guidelines). Following the review of a proposal, the panel was required to report its conclusions and recommendations to the Minister of the Environment and the Minister responsible for the initiating department, who were required to make the report available to the public (section 31 of the Guidelines).

[18] The additional responsibilities of an initiating department upon receipt of a report from a panel are set out in section 33 of the Guidelines, which reads in part as follows:

33. (1) It is the responsibility of the initiating department in a public review to

...

conformément à l'article 21 du Décret et, selon l'article 22, devaient:

22. [. . .]

a) faire preuve d'objectivité et ne pas être dans une situation où il y a risque de conflit d'intérêts quant à la proposition à l'étude;

b) être à l'abri de l'ingérence politique; et

c) posséder des connaissances particulières et une expérience se rapportant aux effets prévus de la proposition sur les plans technique, environnemental et social.

[16] C'est le ministre de l'Environnement qui fixait le mandat de chaque commission d'évaluation, après avoir consulté le ministre chargé du ministère responsable (paragraphe 26(1) du Décret). Les audiences d'une commission d'évaluation étaient publiques et se déroulaient selon le paragraphe 27(1) du Décret, «de manière informelle suivant des règles déterminées mais non judiciaires» (*a non-judicial and informal but structured manner*).

[17] Les règles régissant les audiences d'une commission d'évaluation permettaient au public d'avoir accès aux renseignements présentés à ladite commission et de donner ses commentaires à ce sujet (article 29 du Décret). Il était également possible de négocier la participation provinciale à un examen public mené par une commission d'évaluation (alinéa 35c) du Décret). Une fois l'examen terminé, la commission d'évaluation devait remettre au ministre de l'Environnement et au ministre chargé du ministère responsable un rapport contenant ses conclusions et recommandations et les ministres en question devaient rendre ce rapport public (article 31 du Décret).

[18] Les autres responsabilités qui incombait au ministère responsable sur réception d'un rapport d'une commission d'évaluation sont énoncées à l'article 33 du Décret, dont voici un extrait:

33. (1) Lors d'un examen public, il incombe au ministère responsable:

[. . .]

(c) subject to subsection (2), decide, in cooperation with any other department, agency or board of the Government of Canada to whom the recommendations of a Panel are directed, the extent to which the recommendations should become a requirement of the Government of Canada prior to authorizing the commencement of a proposal;

(d) subject to subsection (2), ensure, in cooperation with other bodies concerned with the proposal, that any decisions made by the appropriate Ministers as a result of the conclusions and recommendations reached by a Panel from the public review of a proposal are incorporated into the design, construction and operation of that proposal and that suitable implementation, inspection and environmental monitoring programs are established.

...

2. Where the initiating department has a regulatory function in respect of the proposal under review, the responsibilities set out in paragraphs (1)(c), (d) . . . shall be amended to account for and not to interfere with the decision making responsibilities of that initiating department.

[19] The Guidelines were in force in 1991, when the McClean Lake Project was first proposed. Also in force in Saskatchewan was *The Environmental Assessment Act*, S.S. 1979-80, c. E-10.1. For the purposes of these appeals, it is not necessary to consider the Saskatchewan statute in detail. It is enough to note that the regulatory authorities for Saskatchewan and Canada have cooperated from the outset in the regulation of the activities in issue in this case. The Attorney General of Saskatchewan has intervened to support these appeals.

[20] In 1991, a single joint federal-provincial panel (the Panel) was established under the Guidelines for a number of uranium mining proposals for northern Saskatchewan, including the McClean Lake Project [*Uranium Mining Developments in Northern Saskatchewan: Dominique-Janine Extension, McClean Lake Project and Midwest Joint Venture: Report of the Joint Federal-Provincial Panel on Uranium Mining Developments in Northern Saskatchewan*]. Its terms of reference read as follows [at pages 52-53]:

c) sous réserve du paragraphe (2), de décider, en collaboration avec d'autres ministères, commissions or organismes fédéraux visés par les recommandations de la commission, de la mesure dans laquelle ces recommandations devraient devenir des exigences fédérales avant d'autoriser la mise en œuvre d'une proposition;

d) sous réserve du paragraphe (2), s'assurer, en collaboration avec d'autres organismes responsables, que les décisions prises par les ministres responsables à la lumière des conclusions et des recommandations qu'a formulées une commission à la suite de l'examen public d'une proposition, sont prises en considération dans la conception, la réalisation et l'exploitation de cette proposition et que des programmes appropriés de mise en œuvre, d'inspection et de surveillance environnementale sont établis.

[. . .]

(2) Lorsque le ministère responsable a un rôle de réglementation à l'égard de la proposition à l'étude, les responsabilités énoncées aux alinéas (1)c), d) [. . .] sont modifiées de façon à tenir compte des décisions de ce ministère et à ne pas y nuire.

[19] Le Décret était en vigueur en 1991, lorsque le Projet du lac McClean a été proposé pour la première fois. De plus, en Saskatchewan, la loi intitulée *The Environmental Assessment Act*, S.S. 1979-80, ch. E-10.1, était en vigueur. Il n'est pas nécessaire d'examiner de façon détaillée cette loi pour trancher les appels déposés en l'espèce. Il suffit de souligner que les autorités concernées de la Saskatchewan et du Canada ont collaboré dès le départ relativement à la réglementation des activités en litige. Le procureur général de la Saskatchewan est intervenu pour appuyer les appels.

[20] En 1991, une Commission conjointe fédérale-provinciale mixte (la Commission conjointe) a été mise sur pied en application du Décret relativement à un certain nombre de propositions portant sur des mines d'uranium situées dans le nord de la Saskatchewan, y compris le Projet du lac McClean [*Projets d'exploitation de mines d'uranium dans le nord de la Saskatchewan: Dominique Janine Extension, McClean Lake Project et Midwest Joint Venture: Rapport de la Commission conjointe fédérale-provinciale d'examen des projets d'exploitation de mines d'uranium dans le nord de la*

MANDATE

1. The panel shall review the environmental, health, safety and socio-economic impacts (hereinafter referred to as "impacts") of the proposed uranium mine developments (listed in Schedule A) in northern Saskatchewan and assess their acceptability.

In assessing the acceptability of the proposed developments, the panel will include in its review and consider:

- a) the historical experience with past and existing uranium mining operations in Saskatchewan;
- b) the cumulative impacts of existing operations and the proposed developments;
- c) the short and long term impacts of the proposed projects, spanning their construction phase, operating period, decommissioning phase and post-decommissioning phase;
- d) the impact of employment and socio-economic opportunities afforded northern residents by the proponents and the measures necessary for implementation of those opportunities;
- e) the adequacy of measures proposed by the project proponents to protect environmental quality and to safeguard worker health and safety, and whether the measures can be expected to meet the requirements of Canadian and Saskatchewan law, regulations and policies applicable to uranium mine developments;
- f) the adequacy of monitoring, enforcement and compliance systems to ensure that measures necessary for mitigating adverse impacts can be implemented; and
- g) the benefits afforded by the proposals.

2. The panel shall determine from its review whether a project is acceptable or unacceptable.

In concluding that a project is acceptable, the panel may recommend that specified minimum terms and conditions, including any mitigative measures or any other measures relating to the impacts under the panel's review, be implemented where it considers these necessary for the protection of health, safety and the environment or for dealing responsibly with socio-economic concerns. The panel may also suggest measures that it considers would enhance the acceptability of the proposals.

Saskatchewan]. Voici le texte du mandat de cette commission [aux pages 54 à 56]:

MANDAT

1. La commission doit examiner les impacts sur l'environnement, la santé, la sécurité et les activités socio-économiques (ci-après les «impacts») liés aux projets d'aménagement de mines d'uranium (énumérés dans l'appendice A) dans le nord de la Saskatchewan, et elle doit évaluer si ces incidences sont acceptables ou non.

En évaluant le degré d'acceptabilité des projets proposés, la commission doit tenir compte de ce qui suit:

- a) l'expérience historique des mines d'uranium actuelles et passées en Saskatchewan;
- b) les impacts cumulatifs des exploitations existantes et de projets proposés;
- c) les impacts à court et à long terme des projets proposés, comprenant toutes les étapes de la construction, de l'exploitation, de la désaffectation et des étapes ultérieures;
- d) l'impact des possibilités d'emploi et des débouchés socio-économiques offerts aux résidents du Nord par les promoteurs, et les mesures nécessaires à la mise en œuvre de ces possibilités;
- e) le bien-fondé des mesures proposées par les promoteurs afin de protéger la qualité de l'environnement, de même que la santé et la sécurité des travailleurs, et la question visant à déterminer si l'on peut s'attendre à ce que ces mesures respectent les exigences des lois, des règlements et des politiques en matière de mines d'uranium;
- f) la pertinence des systèmes de surveillance, d'application et de respect des lois afin de s'assurer que les mesures nécessaires pour atténuer les impacts néfastes puissent être mises en œuvre;
- g) les avantages que présentent les propositions.

2. La commission doit, à partir de son examen, déterminer si le projet est acceptable ou non.

En concluant qu'un projet est acceptable, la commission peut recommander que des modalités minimales précises, dont les mesures d'atténuation et les autres mesures liées aux impacts examinés par la commission, soient mises en œuvre là où elle le juge nécessaire à la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement, ou au règlement de préoccupations socio-économiques. La commission peut aussi proposer des mesures qui, d'après elle, rendraient le projet davantage acceptable.

If the panel concludes a project is unacceptable, it shall provide its reasons for this conclusion.

3. In fulfilling its mandate, the panel shall provide full opportunities for public consultation and review.

REVIEW PROCEDURES

Detailed written procedures for conducting the review shall be established by the panel and made available to the public.

TECHNICAL EXPERTS

The panel may secure the services of independent technical experts to assist and advise on complex technical and/or socio-economic issues related to its mandate. Such experts will also be available to respond to enquiries from review participants.

STAGES OF THE REVIEW

Schedule A lists the five proposals to be reviewed by the panel. The five proposals have been referred due to potentially significant or unknown adverse environmental effects and public concern.

While all of the proposals are in the planning stage, some are further advanced than others. Environmental Impact Statements (EIS) have been prepared for the first three proposals listed in Schedule A, one of which (Dominique-Janine Extension) is associated with the existing operating uranium mining facility and two of which are for new uranium mining facilities. EIS documents have yet to be prepared for the last two proposals listed in Schedule A. The panel will take the differing stages of these projects into consideration when scheduling its review.

The panel will seek public comment on the three available EIS's and determine their adequacy before proceeding to public hearings. When the panel is satisfied with the information provided, including that with respect to the cumulative impacts, it may report on one or more of these projects to the Ministers as described in the following stages of the review. The panel shall submit its final report(s) on these proposals within 18 months of its appointment.

In reviewing the remaining two proposals, the panel will conduct scoping sessions in appropriate communities to solicit

Si la commission conclut que le projet est inacceptable, elle doit fournir les raisons qui motivent sa décision.

3. En assumant son mandat, la commission doit fournir au public la possibilité de participer au processus et d'examiner le dossier.

PROCÉDURES D'EXAMEN

La commission doit consigner les procédures détaillées de l'examen et permettre au public de consulter ce document.

SPÉCIALISTES TECHNIQUES

La commission peut retenir les services de spécialistes techniques indépendants afin de l'aider et de la conseiller relativement aux questions techniques ou socio-économiques complexes, ou les deux, ayant trait à son mandat. Ces spécialistes pourront aussi répondre aux questions des participants au processus d'examen.

ÉTAPES DE L'EXAMEN

L'appendice A renferme la liste des cinq propositions que la commission doit examiner en raison des impacts importants ou inconnus qu'elles peuvent avoir sur l'environnement, ainsi que des préoccupations du public à leur égard.

Si toutes ces propositions en sont à l'étape de la planification, certaines sont plus avancées que d'autres. Des Études d'impact environnemental (EIE) ont été préparées pour les trois premières propositions énumérées dans l'appendice A; une de ces études (visant Dominique-Janine Extension) se rapporte à la mine d'uranium existante, et les deux autres touchent à de nouvelles installations minières pour l'extraction de l'uranium. Il reste préparer les documents d'EIE pour les deux dernières propositions énumérées dans l'appendice A. La commission tiendra compte du stade où en est la planification des différents projets afin de déterminer le moment où ils feront l'objet d'un examen.

La commission sollicitera les commentaires du public relativement aux trois EIE disponibles et déterminera le bien-fondé de ces commentaires avant d'entamer les audiences publiques. Une fois satisfaite de l'information recueillie, y compris celle visant les incidences cumulatives, elle pourra fournir un rapport sur un ou plusieurs des projets aux ministres, comme le prévoient les étapes ultérieures du processus d'examen. La commission doit soumettre ses rapports définitifs sur les projets examinés dans les 18 mois suivant sa nomination.

Durant l'examen des deux dernières propositions, la commission tiendra des réunions d'établissement de la portée

public comment and, based on these comments and its own consideration, prepare and issue Guidelines to the respective proponents for the preparation of EIS's. The cumulative impacts of these two proposals will be considered when the EIS documents have been submitted. The stages of the review following submission of these documents to the panel are outlined below. The panel shall submit its final report(s) on these two proposals within 18 months of receipt of the proponents' EIS's.

1. Review of Information

a) Review of the available information on the environmental, health, safety and socio-economic impacts of the uranium mining industry in Saskatchewan to date. The information and any related reports prepared will be made available to the public.

b) Review of the past performance of the uranium mining industry in providing employment and socio-economic opportunities to northern residents. The information and any related reports prepared will be made available to the public.

c) Review by the panel of Environmental Impact Statements (EISs) submitted by the proponents. The EISs will also be made available to the public for review and written comment.

d) The panel may draw on proponents, technical agencies from within federal or provincial governments, independent experts and the public for available information.

2. Should the panel, after reviewing the above information and considering public comments, deem an EIS deficient it may request additional information from the project proponent.

3. Once the panel is satisfied with the information provided, it will announce public hearings for the project in question. If appropriate, the hearings may be structured to address more than one project.

For the purposes of promoting public awareness and facilitating public comment, the panel will hold meetings and /or hearings in the appropriate northern communities, Regina, Saskatoon and in such other Saskatchewan communities as the panel may think necessary.

des incidences afin de susciter les commentaires du public dans les collectivités appropriées et, selon ces commentaires et les opinions de la commission même, elle rédigera des lignes directrices et les remettra aux promoteurs pertinents en vue de l'élaboration des EIE. Les impacts cumulatifs de ces deux propositions seront pris en considération lorsque les documents des EIE auront été soumis. Les étapes de l'examen après la soumission de ces documents à la commission sont décrites ci-dessous. La commission doit présenter ses rapports définitifs sur ces deux propositions dans les 18 mois suivant la réception des EIE des promoteurs.

1. Examen des renseignements recueillis

a) Examen de l'information qui existe actuellement relativement aux incidences de l'industrie des mines d'uranium sur l'environnement, la santé, la sécurité et les activités socio-économiques en Saskatchewan. L'information et les rapports connexes préparés seront mis à la disposition du public.

b) Examen du rendement passé de l'industrie des mines d'uranium pour ce qui est d'offrir des possibilités d'emploi et des débouchés socio-économiques aux habitants du Nord. L'information et les rapports connexes préparés seront mis à la disposition du public.

c) Examen, par la commission, des Études des impacts environnementaux (EIE) présentés par les promoteurs. Les EIE seront aussi mises à la disposition du public qui pourra les examiner et préparer des commentaires écrits à leur sujet.

d) La commission pourra faire appel aux promoteurs, aux organismes techniques des gouvernements fédéral et provincial, à des experts-conseils indépendants et au public pour obtenir de l'information.

2. Si, après avoir examiné l'information décrite ci-dessus et les commentaires du public, la commission estime qu'une EIE n'est pas satisfaisante, elle peut demander au promoteur de lui fournir plus de renseignements.

3. Une fois que la commission est satisfaite des renseignements obtenus, elle doit annoncer la tenue d'audiences publiques sur le projet en question. Si la situation s'y prête bien, les audiences peuvent être structurées de façon à permettre l'examen de plus d'un projet.

Pour favoriser la sensibilisation et la participation du public, la commission tiendra des réunions ou des audiences, ou les deux, dans les collectivités du Nord qui sont touchées par les projets, à Regina, à Saskatoon, ainsi que dans d'autres collectivités de la Saskatchewan où la commission le jugera nécessaire.

4. When the panel is in a position, following the completion of public hearings, to provide a report on its findings, conclusions and recommendations relevant to a specific project, it will submit the report to the federal Ministers of Environment and of Energy, Mines and Resources and to the Saskatchewan Minister of Environment and Public Safety.

The panel should, to the extent possible, ensure that the timely review of a specific project is not jeopardized by delays in the review of another project included in its mandate.

LINKAGE TO OTHER POLICY PROCESSES

The panel is not expected to interpret its mandate so as to duplicate the work of other public inquiries and policy processes or to focus on national or international issues which are not directly related to the impacts of the proposals.

However, concerns may be raised by the public which extend beyond the impacts of direct concern to the panel, and in such cases the panel will ensure that the public is provided a reasonable opportunity to express these concerns.

SCHEDULE A

EIS Submitted

1. Dominique-Janine Extension
Amok Ltd.
2. South McMahon Lake Project
Midwest Joint Venture (Denison Mines Ltd.)
3. McClean Lake Project
Minatco Ltd. [later replaced by Cogema]

EIS to be prepared

4. McArthur River Project
McArthur River Joint Venture (Cameco Corporation)
5. Cigar Lake Project
Cigar Lake Mining Corporation

[21] The uranium deposits relevant to this case are referred to as the Sue A, B and C deposits and the JEB deposit, which were proposed to be developed as an open pit mine. That aspect of the McClean Lake Project was considered by the Panel and is described as follows

4. Après la tenue des audiences publiques, lorsque la commission sera en mesure de présenter un rapport sur ses constatations, conclusions et recommandations visant un projet particulier, elle soumettra son rapport aux ministres fédéraux de l'Environnement et de l'Énergie, des Mines et des Ressources, ainsi qu'au ministre de l'Environnement et de la Sécurité publique de la Saskatchewan.

Dans la mesure du possible, la commission devrait veiller à ce que l'examen opportun d'un projet particulier ne soit pas compromis par des retards accusés dans l'examen d'un autre projet compris dans son mandat.

LIENS AVEC D'AUTRES PROCÉDURES D'ORIENTATION

La commission ne doit pas interpréter son mandat de manière à ce qu'il y ait dédoublement du travail effectué par d'autres enquêtes publiques et procédures d'orientation, ou que son attention se focalise sur des questions nationales ou internationales qui ne se rapportent pas directement aux incidences des projets proposés.

Cependant, il est possible que le public soulève des préoccupations qui vont au-delà des incidences examinées par la commission. En pareil cas, elle devra veiller à ce que le public ait une occasion raisonnable d'exprimer ces préoccupations.

APPENDICE A

EIE présentées

1. Dominique-Janine Extension
Amok Ltd.
2. South McMahon Lake Project
Midwest Joint Venture (Denison Mines Ltd.)
3. McClean Lake Project
Minatco Ltd. [remplacée plus tard par Cogema]

EIE en voie de préparation

4. McArthur River Project
McArthur River Joint Venture (Cameco Corporation)
5. Cigar Lake Project
Cigar Lake Mining Corporation

[21] Les gisements d'uranium pertinents en l'espèce sont appelés les gisements Sue A, B et C et le gisement JEB, qui devaient être mis en valeur à titre de mines à ciel ouvert. La Commission conjointe a examiné cet aspect du Projet du lac McClean et l'a décrit comme suit

in its first Report, issued in October 1993 [at page 41]:

The open pit mining operations for the JEB and Sue A, B and C deposits would involve overburden stripping and waste rock mining, followed by mining of the ore zones. A lined ore storage pad for the stockpiling of ore would be located close to the JEB pit. The pad would be used by mining operations at all six ore bodies. Waste rock and overburden would be placed in prepared areas close to the open pits, and might be used subsequently for construction activities if tests showed the material to be suitable.

The Sue A, B and C pits would have a waste rock disposal site, a water treatment plant, contaminated-water holding ponds, and treated-water monitoring ponds.

The McClean Lake proposal includes the building of a mill complex where the ore would be processed to produce yellow-cake. A water treatment facility would be built at the mill complex, located near the JEB pit. Water collected by the drainage systems for the ore storage pad would be processed here, as would JEB minewater, collected runoff, and tailings seepage water. It would also treat mill process waste streams and tailings decant water from the mill. Treated water would be pumped to Sink Lake for regulated discharge through Vulture Lake to McClean Lake . . .

Tailings from the milling process would be deposited in the mined-out JEB pit for disposal using the pervious surround concept. This would require that the ore from JEB be removed and stored while the pit is being prepared to receive the tailings.

Ancillary facilities would include a shop and change rooms at the Sue site; offices, warehouses, shops, change rooms, a power generator plant, contaminated water storage ponds and treated water monitoring ponds at the mill site; fans and air heaters, electric power generators, minewater sedimentation ponds, a waste rock disposal area and an ore transfer pad at the McClean Lake underground mine site; and a camp designed to accommodate construction and production crews for all sites, to be built 800 m from the mill.

All active areas would be linked by roads and power lines. Pipelines would be used to transport minewater from the McClean Lake underground mine to the Sue Water treatment

dans son premier Rapport, qu'elle a publié en octobre 1993 [à la page 43]:

L'exploitation des puits à ciel ouvert pour les gisements JEB et Sue A, B et C comporterait l'enlèvement des morts-terrains et l'extraction des déchets rocheux, suivi par l'exploitation des zones minéralisées. Une plate-forme de stockage revêtue pour le stockage du minerai se trouverait près du puits JEB. Cette plate-forme serait utilisée pour les opérations minières de tous les gisements. Les déchets rocheux et les morts-terrains seraient placés dans des zones préparées proches des mines à ciel ouvert et pourraient être utilisés plus tard pour les travaux de construction, si les essais indiquent que les matières sont appropriées.

Les puits Sue A, B et C disposeraient d'un site d'évacuation des déchets rocheux, d'une installation de traitement des eaux et de bassins de retenue de l'eau contaminée, ainsi que de bassins de surveillance des eaux traitées.

Le projet de McClean Lake comprend la construction d'une usine de raffinage où le minerai serait traité pour produire du concentré uranifère. Une installation de traitement des eaux serait construite à l'usine de raffinage, située près du puits JEB. Les eaux recueillies par le système de drainage pour la plate-forme de stockage du minerai seraient traitées ici, ainsi que l'eau de mine de JEB, l'eau de ruissellement recueillie, et l'eau d'infiltration des résidus. Elle servirait aussi à traiter les courants de déchets du processus de traitement ainsi que l'eau de décantation des résidus du raffinage. L'eau traitée serait alors pompée jusqu'au lac Sink, pour décharge réglée via le Vulture Lake dans le McClean Lake [. . .]

Les résidus du processus de raffinage seraient évacués dans le puits JEB épuisé, en utilisant le concept d'enceinte semblable. Ceci exigerait d'enlever et de stocker le minerai de JEB pendant que le puits est préparé pour recevoir les résidus.

Les installations auxiliaires comprendraient un magasin et un vestiaire au site Sue; des bureaux, des entrepôts, des magasins, des vestiaires, une centrale électrique, et au site de raffinage des bassins de stockage d'eaux contaminées et des bassins de surveillance de l'eau traitée; des ventilateurs et des radiateurs, des génératrices, des bassins de sédimentation de l'eau de mine, une zone d'évacuation des déchets rocheux et une plate-forme de transfert du minerai à la mine souterraine de McClean Lake; et un camp destiné à recevoir les équipes de construction et de production pour tous les sites, qui serait construit à 800 m de l'installation de raffinage.

Toutes les zones d'activité seront reliées par route et lignes électriques. Des pipelines seront utilisés pour transporter l'eau de la mine souterraine de McClean Lake à l'installation de

plant, and from the Sue and JEB treatment plants to Sink Lake.

It is proposed that the McClean Lake project and the Midwest Joint Venture be developed in a complementary way, with the McClean Lake site developed first, and the Midwest Joint Venture brought into production by 1999. Ore from the Midwest site would be milled at the JEB mill; tailings from the Midwest operation would also be disposed of in the mined-out JEB pit.

[22] The Panel received numerous submissions, including submissions from the ICUCEC. The list of submissions is set out in Appendix D to the Report [pages 55-60]. Details of the steps taken by the Panel, including a list of hearings, are set out in Appendix C to the Report [page 54]. The Panel's conclusion with respect to the McClean Lake Project was that it be delayed for at least five years, and that approval at that time be subject to a number of conditions.

[23] The Panel was particularly concerned with the problem of tailings management. Broadly speaking, tailings may be stored above ground or in the ground. For the McClean Lake Project, the proposal was to store them in the ground, in the pit left after the excavation of the JEB deposit. After decommissioning of the mine, in-ground facilities would be required to divert ground water around the tailings, either by relying on an envelope of porous rock and gravel constructed around the tailings (pervious surround), or by relying on the permeability of the natural rock surrounding the tailings (natural surround).

[24] The initial proposal for the JEB pit was to use a pervious surround method. The Panel discussed that aspect of the proposal at page 45 of the October 1993 Report (emphasis in original):

Tailings management can also have a substantial deleterious effect on the quality of surface water downstream from the mine site. For this project, it has been proposed that the mined-out JEB pit be used as a pervious surround disposal facility to contain mill tailings from both the McClean Lake project and the Midwest Joint Venture mine. The use of one

traitement des eaux Sue, et des usines de traitement Sue et JEB au Sink Lake.

Il est proposé que le projet de McClean Lake et de Midwest Joint Venture soient exploités de façon complémentaire, le site de McClean Lake étant développé le premier, et celui de Midwest Joint Venture entrant en production d'ici à 1999. Le minerai du site Midwest serait raffiné à l'installation de JEB; les résidus de l'exploitation Midwest seraient évacués dans le puits JEB épuisé.

[22] La Commission conjointe a reçu de nombreux mémoires, dont des mémoires de l'ICUCEC. La liste des mémoires apparaît à l'annexe D du Rapport [aux pages 58 à 63]. Les mesures que la Commission conjointe a prises, y compris une liste des audiences, figurent à l'annexe C du Rapport [page 57]. Dans le cas du Projet du lac McClean, la Commission conjointe a conclu que ce projet devrait être reporté d'au moins cinq ans et que l'approbation à cette date devrait alors être assujettie à un certain nombre de conditions.

[23] La Commission conjointe était particulièrement préoccupée par le problème de la gestion des résidus. En général, les résidus peuvent être emmagasinés dans des installations souterraines ou des installations au sol. Dans le cas du Projet du lac McClean, la proposition consistait à les enfouir sous terre, dans le puits qui resterait après les travaux d'excavation du gisement JEB. Après la désaffectation de la mine, des installations souterraines seraient nécessaires pour faire dévier la nappe d'eau souterraine autour des résidus, que ce soit par l'aménagement d'une enceinte perméable (rock poreux et gravier) autour des résidus (environnement perméable) ou par l'utilisation de la perméabilité du rock naturel entourant ceux-ci (environnement naturel).

[24] La proposition initiale relative au puits JEB visait l'utilisation de la méthode de l'environnement perméable. La Commission conjointe a commenté cet aspect de la proposition à la page 47 du rapport d'octobre 1993 (souligné dans l'original):

La gestion des résidus peut aussi avoir un impact nuisible important sur la qualité de l'eau de surface en aval du site de la mine. Pour ce projet, on a proposé que le puits JEB épuisé soit utilisé comme enceinte perméable d'évacuation des résidus du raffinage des projets de mines de McClean Lake Project et de Midwest Joint Venture. L'utilisation d'une seule installation

tailings facility for two projects should be environmentally beneficial because it would reduce the proliferation of such sites. Placement of the tailings in a pit would also decrease the likelihood of surface water contamination (but raises the spectre of possible ground water contamination).

Despite these theoretical advantages, we were reminded by the public that the pervious surround method for tailings containment has not yet been adequately tested. The only such pit in the Athabaska Basin, the nearby Rabbit Lake facility, has not been in operation long enough to demonstrate its viability. It is the panel's opinion that it would be prudent to observe the operation of that facility for a few more years before deciding on whether or not to license another. **This is one of the primary reasons why we are recommending a delay in the start-up of this project for at least five years. The time interval will provide the regulatory agencies with an opportunity to observe and evaluate the facility at Rabbit Lake; it will also undoubtedly provide the proponents with information that can be used to improve the design of the JEB facility.**

[25] On December 23, 1993, the Minister of Natural Resources published a response to the Panel's report. By that time, Cogema had taken over from the original proponent. The Minister did not accept the Panel's recommendation for a five-year delay of the McClean Lake Project. Rather, the Project was permitted to proceed under the Board's staged licensing process. It was anticipated that the Board's process would take several years, and would over time deal with all of the issues raised by the Panel relating to the tailings management problems.

[26] The final choice of the appropriate technique for the tailings management facility was the natural surround method. That choice followed further work by the Panel, culminating in its final Report in November 1997 (A.B., Vol. VIII, pages 1686.5-1686.131). The following comment appears at pages 1-2 of that Report [*Midwest Uranium Mine Project: Cigar Lake Uranium Mine Project: Cumulative Observations: Report of the Joint Federal-Provincial Panel on Uranium Mining Developments in Northern Saskatchewan*]:

pour les résidus des deux projets serait environnementalement avantageuse car elle réduirait la prolifération de tels sites. Le dépôt de résidus dans un puits pourrait réduire la probabilité de contamination de l'eau de surface (mais présente le spectre d'une contamination possible de la nappe phréatique).

Malgré ces avantages théoriques, le public nous a rappelé que la méthode en enceinte perméable pour le confinement des résidus n'a pas encore été testée adéquatement. Le seul autre puits dans le bassin de l'Athabasca, l'installation voisine de Rabbit Lake, n'est pas exploité depuis assez longtemps pour en démontrer la viabilité. La commission est d'avis qu'il serait prudent d'observer l'exploitation de cette installation pendant quelques années encore avant de décider si oui ou non on peut accorder un permis à une autre mine. **C'est là l'une des raisons principales pour lesquelles nous recommandons de reporter le démarrage de ce projet d'au moins cinq ans. L'intervalle permettra aux organismes de réglementation d'observer et d'évaluer l'installation de Rabbit Lake; cela fournira aussi indubitablement aux promoteurs de l'information qui pourra servir à améliorer la conception de l'installation JEB.**

[25] Le 23 décembre 1993, le ministre des Ressources naturelles a publié une réponse au rapport de la Commission conjointe. À cette date, Cogema avait remplacé le promoteur initial. Le ministre n'a pas accepté la recommandation de la Commission conjointe en ce qui concerne le report de cinq ans du Projet du lac McClean. Il a plutôt autorisé la mise à exécution du projet suivant le processus d'octroi de licences décrit plus haut de la Commission de contrôle. Il était prévu que le processus de la Commission de contrôle s'étalerait sur plusieurs années et permettrait avec le temps de régler toutes les questions que la Commission conjointe avait soulevées en ce qui a trait aux problèmes de gestion des résidus.

[26] La technique finalement retenue pour l'installation de gestion des résidus a été la méthode de l'environnement naturel. Ce choix a été fait par suite d'autres travaux de la Commission conjointe et après lesquels elle a fait paraître son rapport final en novembre 1997 (D.A., vol. VIII, pages 1686.5 à 1686.131). Les remarques suivantes figurent aux pages 1 et 2 de ce Rapport [*Midwest Uranium Mine Project: Cigar Lake Uranium Mine Project: Observations sommaires: Rapport de la Commission conjointe fédérale-provinciale d'examen des projets d'exploitation de mines d'uranium dans le nord de la Saskatchewan*]:

We recommend approval of the concept for tailings disposal represented by the JEB Tailings Management Facility (TMF) proposal, but with major site-specific reservations. The proposed JEB TMF, to be constructed using natural surround technology, is an attractive option for tailings disposal because it provides an opportunity to realize several environmental benefits relative to other methods for tailings disposal. Among these benefits are an increase in worker protection through the use of subaqueous deposition; reduction of the number of locations undergoing environmental disruption, as a result of combining deposition of tailings from many ore bodies at one site; the avoidance of engineered barriers; the minimization of weathering problems; and the protection of the contents of the pit from scarification by glaciers during the next ice age. Because of these potential advantages, the concept for tailings disposal represented by the JEB TMF proposal is recommended. However, there are critical site-specific technical and managerial concerns that must be resolved before application of the concept can be recommended for this particular tailings management facility. Chief among the technical concerns is the need for convincing evidence that operation of the TMF would not result in the contamination of Fox Lake in the long term. There is also concern about the managerial and scientific competence of the proponent and its attitude toward the regulators.

We are aware that resolution of these concerns, likely to cause a long delay in the licensing process, would have fiscal implications. The wish to maximize immediate economic benefits from the development of these resources does not, however, justify the approval of this facility until it has been demonstrated that all reasonable environmental safeguards are in place.

[27] The recommendations made by the Panel were subsequently addressed through the licensing process (see Board member document 99-53, A.B., Vol. II, page 1399).

[28] The Board has issued the following licences for the McClean Lake Project:

1994

Mining facility removal licence AECB-MFRL-148-2, for the preparation of the site by removal of surface vegetation and materials.

Nous recommandons l'approbation du concept envisagé pour l'élimination des résidus, soit l'enfouissement dans le puits JEB, avec toutefois quelques réserves importantes quant au site en cause. Les futures installations qui seraient aménagées moyennant une technologie respectueuse du milieu naturel représenteraient un moyen valable d'élimination des déchets parce qu'elles procureraient plusieurs avantages environnementaux par rapport aux autres méthodes. Parmi ces avantages, mentionnons une meilleure protection pour les travailleurs grâce à un enfouissement sous l'eau, une réduction du nombre d'endroits qui subissent une dégradation à cause de l'accumulation des dépôts résiduels provenant de plusieurs gîtes de minerai sur un site donné, l'absence de barrières de retenue artificielles, l'atténuation des problèmes d'érosion ainsi que la protection des résidus dans le puits de mine contre la scarification par les glaciers au cours de la prochaine époque glaciaire. À la lumière de ces avantages potentiels, nous recommandons l'adoption du concept de l'enfouissement des résidus dans le puits JEB. Toutefois, certains problèmes techniques et administratifs cruciaux reliés à l'emplacement de l'installation de gestion des résidus devront être réglés avant que notre recommandation soit pleine et entière. Au plan technique, mentionnons surtout la nécessité d'obtenir des preuves convaincantes que ce mode d'élimination n'entraînera pas à long terme la contamination du lac Fox. On s'interroge également sur la compétence administrative et scientifique du promoteur et sur son attitude envers les organismes de réglementation.

Nous sommes conscients des implications financières que suppose la résolution de ces problèmes puisque cela risque de retarder considérablement l'octroi d'un permis. Cependant, le désir de maximiser les retombées économiques immédiates résultant de la mise en valeur de cette ressource ne suffit pas à justifier une telle approbation, tant que l'entrepreneur n'aura pas prouvé qu'il a mis en place tous les moyens raisonnables de protection environnementale.

[27] Les recommandations de la Commission conjointe ont subséquemment été prises en compte dans le cadre du processus d'octroi de licences (voir le document 99-53 du membre de la Commission de contrôle, D.A., vol. II, page 1399).

[28] La Commission de contrôle a délivré les licences suivantes à l'égard du Projet du lac McClean:

1994

Licence d'extraction d'installation minière AECB-MFRL-148-2, en vue de la préparation de l'emplacement par l'extraction de la végétation et des matières de surface.

June 29, 1994

Mining facility construction licence AECB-MFCL-169-0, for the construction of all necessary surface support facilities, in preparation to mine four open pits, one underground mine and to operate a mill and a waste treatment system. (A.B., Vol. II, page 482).

December 19, 1994

Mining facility construction licence AECB-MFCL-169-0.1, to change the milling process from a strong acid to an ammonium sulphate stripping process in the solvent extraction circuit (A.B., Vol. II, page 557).

September 18, 1995

Mining facility construction licence AECB-MFCL-169-0.2, an amendment to 169-0.1, to permit surface stripping of the JEB pit and the operation of associated dewatering and water treatment facilities. (A.B., Vol. III, page 645).

March 12, 1996

Mining facility operating licence AECB-MFOL-170-0, to permit operation of the JEB open pit mine and associated surface facilities including a water treatment plant, JEB dewatering system, and the Sink/Vulture treated effluent management system for a two year period upon attainment of certain approvals. Expiry date: March 12, 1998 (A.B., Vol. III, page 762).

February 27, 1997

Mining facility operating licence AECB-MFOL-170-0.1, to permit preparation of the SUE C1 pit for uranium mining and to operate the associated surface facilities including a water treatment plant and the effluent discharge line to the Sink/Vulture treated effluent management system, for the period February 20, 1997 to March 12, 1998. Expiry date: March 12, 1998 (A.B., Vol. IV, page 894).

August 14, 1998

Mining facility operating licence AECB-MFOL-170-0.3, to proceed with the preparatory work to construct the dewatering drift, the raise system and the filter drain for the JEB pit tailings management facility (A.B., Vol. V, page 1193).

29 juin 1994

Licence de construction d'installation minière AECB-MFCL-169-0 en vue de la construction de toutes les installations auxiliaires de surface nécessaires pour la préparation relative à l'exploitation de quatre mines à ciel ouvert, d'une mine souterraine, d'un broyeur et d'un système de traitement des déchets (D.A., vol. II, page 482).

19 décembre 1994

Licence de construction d'installation minière AECB-MFCL-169-0.1 en vue de modifier le procédé de broyage par l'utilisation du sulfate d'ammonium en remplacement d'un acide fort au cours du processus d'extraction par solvant (D.A., vol. II, page 557).

18 septembre 1995

Licence de construction d'installation minière AECB-MFCL-169-0.2, soit une modification de la licence 169-0.1 afin de permettre le décapage de la mine JEB et l'exploitation des installations connexes d'assèchement et de filtration des eaux (D.A., vol. III, page 645).

12 mars 1996

Licence de construction d'installation minière AECB-MFOL-170-0 en vue de permettre l'exploitation de la mine à ciel ouvert JEB et des installations de surface connexes, y compris une usine de filtration des eaux, un système d'assèchement de la mine JEB et le système de gestion des effluents traités Sink/Vulture pour une période de deux ans dès l'obtention de certaines approbations. Date d'expiration: 12 mars 1998 (D.A., vol. III, page 762).

27 février 1997

Licence d'exploitation d'installation minière AECB-MFOL-170-0.1 en vue de permettre la préparation du puits SUE C1 à l'extraction d'uranium et d'exploiter les installations de surface connexes, y compris une usine de filtration des eaux et la canalisation de rejet d'effluents au système de gestion des effluents traités Sink/Vulture pour la période allant du 20 février 1997 au 12 mars 1998. Date d'expiration: 12 mars 1998 (D.A., vol. IV, page 894).

14 août 1998

Licence d'exploitation d'installation minière AECB-MFOL-170-0.3 en vue de permettre les travaux préparatoires à l'aménagement de la galerie d'épuisement des eaux et du système de drainage et de filtration pour l'installation de gestion des résidus au puits JEB (D.A., vol. V, page 1193).

March 26, 1999

Mining facility operating licence AECB-MFOL-170-0.4, to permit the construction of the JEB pit tailings management facility and associated tailings and water handling systems. Expiry date: September 30, 1999. (A.B., Vol., page 1383).

June 21, 1999*

The licence in issue in these appeals.

Mining facility operating licence AECB-MFOL-170-0.5, to permit the operation of the JEB mill and the JEB pit tailings management facility. Expiry date: June 30, 2001 (A.B., Vol. VII, page 1631).

November 9, 1999

Mining facility operating licence AECB-MFOL-170-0.6, to mine the Sue open pits and to process the ore from the SUE and the JEB pits at the McClean Lake mill, disposing of the tailings in the JEB pit tailings management facility.

May 29, 2000

Mining facility operating licence AECB-MFOL-170-0.7, to permit the operation of the JEB mill and the JEB pit tailings management facility, including storage of tailings in the tailings management facility, to mine the SUE pits and to operate the associated ore and waste management and effluent treatment systems. This licence was similar to the preceding one, but included certain conditions required to facilitate compliance with international agreements related to safeguards for nuclear materials. Expiry date: June 30, 2001 (A.B., Vol. XI, page 2027).

[29] In 2001, after the *Uranium Mines and Mills Regulations* came into force, the Commission issued two further licences to Cogema in respect of the McClean Lake Project. The first was Uranium Mine Operating Licence UMOL-MINEMILL-McCLEAN.08/2001, issued on June 25, 2001, which was in effect from July 1, 2001, to August 31, 2001. It essentially extended the term of the last licence issued by the Board (AECB-MFOL-170-0.7).

26 mars 1999

Licence d'exploitation d'installation minière AECB-MFOL-170-0.4 en vue de permettre la construction de l'installation de gestion des résidus au puits JEB et des systèmes connexes de traitement des eaux et des résidus. Date d'expiration: 30 septembre 1999 (D.A., vol. VI, page 1383).

21 juin 1999*

La licence en litige dans les présents appels

Licence d'exploitation d'installation minière AECB-MFOL-170-0.5 en vue de permettre l'exploitation du broyeur au puits JEB et de l'installation de gestion des résidus à ce puits. Date d'expiration: 30 juin 2001 (D.A., vol. VII, page 1631).

9 novembre 1999

Licence d'exploitation d'installation minière AECB-MFOL-170-0.6 en vue de permettre l'exploitation des mines à ciel ouvert SUE et le traitement du minerai extrait des puits SUE et JEB au broyeur du lac McClean ainsi que l'élimination des résidus à l'installation de gestion des résidus au puits JEB.

29 mai 2000

Licence d'exploitation d'installation minière AECB-MFOL-170-0.7 en vue de permettre l'exploitation du broyeur JEB et de l'installation de gestion des résidus au puits JEB, y compris l'emmagasinement des résidus à l'installation de gestion en question ainsi que l'exploitation des puits SUE et des systèmes connexes de gestion du minerai et des résidus et de traitement des effluents. Cette licence était semblable à la licence précédente, mais comportait certaines conditions visant à faciliter le respect des accords internationaux liés aux mesures de protection des substances nucléaires. Date d'expiration: 30 juin 2001 (D.A., vol. XI, page 2027).

[29] En 2001, après l'entrée en vigueur du *Règlement sur les mines et les usines de concentration d'uranium*, la Commission de sûreté a délivré deux autres licences à Cogema à l'égard du Projet du lac McClean. La première était la licence d'exploitation de mine d'uranium UMOL-MINEMILL-McCLEAN.08/2001, délivrée le 25 juin 2001, qui a été en vigueur du 1^{er} juillet 2001 au 31 août 2001. Cette licence avait essentiellement pour effet de prolonger la durée de la dernière licence délivrée par la Commission de contrôle (AECB-MFOL-170-0.7).

[30] On August 23, 2001, the Commission issued Uranium Mine Operating Licence UMOL-MINEMILL-McCLEAN.09/2005. It came into effect on September 1, 2001, and expires on August 31, 2005 (A.B., Vol. XI, pages 2042-2054 and pages 2078-2091). The McClean Lake Project, including the JEB tailings management facility, is currently being operated under that licence.

[31] The CEAA was enacted in 1992 to replace the Guidelines with a different regime for environmental assessments. The substantive provisions of the CEAA came into force on January 19, 1995 (SI/95-11), after the issuance of the second construction licence for the McClean Lake Project (AECB-MFCL-169-0.1) and before the issuance of the first operating licence (AECB-MFOL-170-0).

[32] The purposes of the CEAA are stated in section 4 [as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 1], which reads as follows:

4. The purposes of this Act are

- (a) to ensure that the environmental effects of projects receive careful consideration before responsible authorities take actions in connection with them;
- (b) to encourage responsible authorities to take actions that promote sustainable development and thereby achieve or maintain a healthy environment and a healthy economy;
- (b.1) to ensure that responsible authorities carry out their responsibilities in a coordinated manner with a view to eliminating unnecessary duplication in the environmental assessment process;
- (c) to ensure that projects that are to be carried out in Canada or on federal lands do not cause significant adverse environmental effects outside the jurisdictions in which the projects are carried out; and
- (d) to ensure that there be an opportunity for public participation in the environmental assessment process.

[33] It is not necessary for the purposes of these appeals to identify the differences between the environmental assessment and public review procedures mandated by the CEAA and those mandated by the Guidelines. It is not alleged that the Guidelines are

[30] Le 23 août 2001, la Commission de sûreté a délivré la licence d'exploitation de mine d'uranium UMOL-MINEMILL-McCLEAN.09/2005 qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2001 et doit expirer le 31 août 2005 (D.A., vol. XI, pages 2042 à 2054 et 2078 à 2091). Le Projet du lac McClean, y compris l'installation de gestion des résidus JEB, est actuellement exploité en vertu de cette licence.

[31] La LCEE a été édictée en 1992 en vue de remplacer le Décret par un régime différent en matière d'évaluation environnementale. Les dispositions de fond de la LCEE sont entrées en vigueur le 19 janvier 1995 (TR/95-11), après la délivrance de la deuxième licence de construction relative au Projet du lac McClean (AECB-MFCL-169-0.1) et avant la délivrance de la première licence d'exploitation (AECB-MFOL-170-0).

[32] L'objet de la LCEE est énoncé à l'article 4 [mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 1] en ces termes:

4. La présente loi a pour objet:

- a) de permettre aux autorités responsables de prendre des mesures à l'égard de tout projet susceptible d'avoir des effets environnementaux en se fondant sur un jugement éclairé quant à ces effets;
- b) d'inciter ces autorités à favoriser un développement durable propice à la salubrité de l'environnement et à la santé de l'économie;
- b.1) de faire en sorte que les autorités responsables s'acquittent de leurs obligations afin d'éviter tout double emploi dans le processus d'évaluation environnementale;
- c) de faire en sorte que les éventuels effets environnementaux négatifs importants des projets devant être réalisés dans les limites du Canada ou du territoire domanial ne débordent pas ces limites;
- d) de veiller à ce que le public ait la possibilité de participer au processus d'évaluation environnementale.

[33] Pour l'examen des appels déposés en l'espèce, il n'est pas nécessaire de relever les différences entre les procédures d'évaluation environnementale et d'examen public exigées par la LCEE et celles que prévoit le Décret. Il n'est pas allégué que le Décret comporte des

deficient in any substantial way, or that an environmental problem associated with the McClean Lake Project was missed or ignored because of the application of the Guidelines and not the CEEA.

[34] Included in the CEEA is a transitional provision which reads as follows:

74. (1) The *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, approved by Order in Council P.C. 1984-2132 of June 21, 1984 and registered as SOR/84-467, shall continue to apply in respect of any proposal that prior to the coming into force of this section was referred to the Minister for public review and for which an Environmental Assessment Panel was established by the Minister pursuant to that Order.

(2) The Order referred to in subsection (1) shall continue to apply in respect of any proposal for which an environmental screening or initial assessment under that Order was commenced before the coming into force of this section, but where any such proposal is referred to the Minister for public review pursuant to section 20 of that Order, this Act shall thereupon apply and the Minister may refer the project to a mediator or a review panel in accordance with section 29.

(3) Where a proponent proposes to carry out, in whole or in part, a project for which an environmental screening or an initial assessment was conducted in accordance with the Order referred to in subsection (1), and

(a) the project did not proceed after the assessment was completed,

(b) in the case of a project that is in relation to a physical work, the proponent proposes an undertaking in relation to that work different from that proposed when the assessment was conducted,

(c) the manner in which the project is to be carried out has subsequently changed, or

(d) the renewal of a licence, permit, approval or other action under a prescribed provision is sought,

the responsible authority may use or permit the use of the environmental screening or initial assessment and the

lacunes majeures ou qu'un problème environnemental associé au Projet McClean a été ignoré ou n'a pas été relevé en raison de l'application du Décret plutôt que la LCEE.

[34] La LCEE comporte une disposition transitoire dont voici le libellé:

74. (1) Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement approuvé par le décret C.P. 1984-2132 du 21 juin 1984 et enregistré sous le numéro DORS/84-467 continue de s'appliquer aux examens publics qui y sont visés et pour lesquels les membres de la commission d'évaluation environnementale ont été nommés sous son régime avant l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Le décret visé au paragraphe (1) continue de s'appliquer aux examens préalables ou aux évaluations initiales commencés sous son régime avant l'entrée en vigueur du présent article, jusqu'au moment où, le cas échéant, une proposition est soumise au ministre pour examen public aux termes de l'article 20 du décret, auquel cas la présente loi commence de s'appliquer et le ministre peut prendre une décision aux termes de l'article 29.

(3) Dans le cas où un promoteur propose la réalisation de tout ou partie d'un projet à l'égard duquel l'examen préalable ou l'évaluation initiale a été effectuée sous le régime du décret visé au paragraphe (1), l'autorité responsable peut utiliser le rapport de l'examen ou de l'évaluation, ou en permettre l'utilisation, dans la mesure appropriée pour l'observation des articles 18 ou 21 dans chacun des cas suivants:

a) le projet n'a pas été réalisé après l'achèvement de l'évaluation;

b) le promoteur d'un projet lié à un ouvrage en propose une réalisation différente de celle qui était proposée au moment de l'évaluation;

c) les modalités de réalisation du projet sont nouvelles;

d) la présentation d'une demande de renouvellement d'un permis, d'une licence, d'une autorisation ou d'une autre mesure en vertu d'une disposition désignée par règlement.

report thereon to whatever extent it is appropriate to do so for the purpose of complying with section 18 or 21.

(4) Where the construction or operation of a physical work or the carrying out of a physical activity was initiated before June 22, 1984, this Act shall not apply in respect of the issuance or renewal of a licence, permit, approval or other action under a prescribed provision in respect of the project unless the issuance or renewal entails a modification, decommissioning, abandonment or other alteration to the project, in whole or in part.

[35] The second licence issued by the Commission in 2001 under the *Uranium Mines and Mills Regulations*, UMOL-MINEMILL-McCLEAN.09/2005, was subject to an environmental screening report under the CEEA because Cogema wished to produce up to 8 million pounds of uranium concentrate per year. That was an increase of up to 2 million pounds per year beyond that considered by the Panel established under the Guidelines. As I understand it, the “project” that was the subject of that screening report was not the McClean Lake Project itself, but only the increase in production. The Commission determined, pursuant to paragraph 20(1)(a) of the CEEA, that “the project, taking into account the appropriate mitigation measures, is not likely to cause significant adverse environmental effects” (A.B., Vol. XI, page 2072). As a consequence, the proposal for increased production was not referred to the Minister for referral to a mediator or panel pursuant to section 29 of the CEEA. The decision to issue licence UMOL-MINEMILL-McCLEAN.09/2005 was made on August 9, 2001, and has not been challenged.

The application for judicial review

[36] On July 19, 1999, the ICUCEC commenced an application for judicial review to challenge the June 21, 1999, decision of the Board to issue the 0.5 licence. The application was heard on September 12, 2002, after the expiry date of the 0.5 licence, and during the term of the current operating licence, UMOL-MINEMILL-

(4) Dans les cas où la construction ou l'exploitation d'un ouvrage ou la réalisation d'une activité concrète a été entamée avant le 22 juin 1984, la présente loi ne s'applique à la délivrance ou au renouvellement d'une licence, d'un permis, d'une autorisation ou à la prise d'une autre mesure en vertu d'une disposition désignée par règlement à l'égard du projet que si telle mesure entraîne la modification, la désaffectation ou la fermeture d'un ouvrage en tout ou en partie.

[35] La deuxième licence qu'a délivrée la Commission de sûreté en 2001 en application du *Règlement sur les mines et les usines de concentration d'uranium*, UMOL-MINEMILL-McCLEAN.09/2005, a fait l'objet d'un rapport d'examen préalable en vertu de la LCEE, parce que Cogema souhaitait produire jusqu'à 8 000 000 de livres de concentré d'uranium par année, ce qui représentait une augmentation pouvant atteindre 2 000 000 de livres par année comparativement à la capacité qu'avait étudiée la Commission conjointe mise sur pied en vertu du Décret. Si j'ai bien compris, le «projet» visé par ce rapport n'était pas le Projet du lac McClean en soi, mais uniquement l'augmentation de la production. La Commission de sûreté a conclu, conformément à l'alinéa 20(1)a) de la LCEE, que «la réalisation du projet n'est pas susceptible, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation [...] d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants» (D.A., vol. XI, page 2072). En conséquence, la proposition relative à l'augmentation de la production n'a pas été renvoyée au ministre pour que celui-ci la soumette à un médiateur ou à une commission d'évaluation conformément à l'article 29 de la LCEE. La décision de délivrer la licence UMOL-MINEMILL-McCLEAN.09/2005 a été prise le 9 août 2001 et n'a pas été contestée.

La demande de contrôle judiciaire

[36] Le 19 juillet 1999, l'ICUCEC a engagé une demande de contrôle judiciaire afin de contester la décision datée du 21 juin 1999 par laquelle la Commission de contrôle a délivré la licence 0.5. La demande a été entendue le 12 septembre 2002, après la date d'expiration de cette licence et pendant la durée de

McCLEAN.09/2005.

[37] The challenge to the 0.5 licence is based on the fact that it was not preceded by an environmental screening report or an environmental assessment under the CEAA. The Judge found the challenge to be well founded. He concluded that the licence was invalid, for the reasons set out in paragraph 72 of his judgment:

The legal question to be answered in the present case is: Does CEAA apply to the McClean Lake Project? I find that the answer is: Yes. I recognize that a great deal of effort has been put into the supervision of the project by the AECB, and that the AECB is confident that, in applying its regulatory processes, all consideration has been given to health and safety, security, and protection of the environment. However, I find that the obligation to comply with the provisions of CEAA is mandatory, and, thus, its provisions must be followed.

[38] The appellants had argued in the Federal Court that subsection 74(1) of the CEAA is a complete answer to the allegation that the Board was required to carry out an additional screening or assessment pursuant to the CEAA before issuing the 0.5 licence. The Judge rejected that argument, although he recognized at paragraph 35 of his reasons that the operation of the JEB pit tailings management facility was considered by the Panel.

[39] It is clear that subsection 74(1) is engaged in this case because a Panel was established for the McClean Lake Project pursuant to the Guidelines before the CEAA came into force. However, the Judge reasoned as follows that compliance with the CEAA was also required (paragraph 42 of his reasons):

By subsection 74(1), where a proposal has been referred to the Minister and a panel has been appointed under [the Guidelines] prior to CEAA coming into force, the panel is to go ahead and complete its work under [the Guidelines] even though CEAA is in effect. It is important to note in this respect that there is no mention in the transition provision about what is to occur after the panel completes its work. In my opinion, since CEAA is in effect at that time, CEAA applies.

la licence d'exploitation actuellement en vigueur, soit la licence UMOL-MINEMILL-McCLEAN.09/2005.

[37] La licence 0.5 a été contestée au motif qu'elle n'a pas été précédée d'un rapport d'examen préalable ou d'une évaluation environnementale en vertu de la LCEE. Le juge a conclu que la contestation était bien fondée et que la licence était invalide, pour les motifs exposés au paragraphe 72 de sa décision:

Le point de droit à décider dans la présente affaire est le suivant: La LCEE est-elle applicable au Projet du lac McClean? Je dois répondre par l'affirmative. Je reconnais que la CCEA a consacré beaucoup d'efforts à la surveillance du projet et qu'elle a l'assurance que, dans l'application de ses processus réglementaires, toute l'attention voulue a été donnée aux questions de santé et de sécurité, ainsi qu'à la protection de l'environnement. Cependant, je crois que les dispositions de la LCEE sont impératives et qu'elles doivent donc être observées.

[38] Les appelantes avaient soutenu devant la Cour fédérale que le paragraphe 74(1) de la LCEE constitue un moyen de défense complet à l'égard de l'allégation selon laquelle la Commission de contrôle devait procéder à un examen préalable ou à une évaluation supplémentaire conformément à la LCEE avant de délivrer la licence 0.5. Le juge a rejeté cet argument, même s'il a reconnu au paragraphe 35 de ses motifs que la Commission conjointe a tenu compte de l'exploitation de l'installation de gestion des résidus au puits JEB.

[39] Il est évident que le paragraphe 74(1) entre en jeu en l'espèce, parce qu'une commission d'évaluation a été mise sur pied à l'égard du Projet du lac McClean conformément au Décret, avant l'entrée en vigueur de la LCEE. Toutefois, le juge a ajouté que la LCEE devait également être respectée (paragraphe 42 de ses motifs):

Selon le paragraphe 74(1), lorsqu'une proposition a été soumise au ministre et qu'une commission a été nommée en vertu du Décret sur les lignes directrices avant l'entrée en vigueur de la LCEE, la commission doit aller de l'avant et effectuer son travail selon le Décret, même si la LCEE est en vigueur. Il importe de noter à cet égard que les dispositions transitoires n'indiquent nulle part ce qui arrive après que la commission a rempli son mandat. À mon avis, puisque la LCEE est en vigueur à ce moment-là, c'est la LCEE qui est applicable.

Discussion

[40] The threshold issue in these appeals is whether, as the Board and Cogema argue, the Judge erred in concluding that subsection 74(1) of the CEAA did not relieve the Board from requiring an environmental screening or assessment under the CEAA prior to the issuance of the 0.5 licence. This is a question of statutory interpretation for which the standard of review is correctness.

[41] Section 74 of the CEAA maps the transition from the Guidelines regime to the CEAA regime. For ease of reference, subsection 74(1) is reproduced here:

74. (1) The *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, approved by Order in Council P.C. 1984-2132 of June 21, 1984 and registered as SOR/84-467, shall continue to apply in respect of any proposal that prior to the coming into force of this section was referred to the Minister for public review and for which an Environmental Assessment Panel was established by the Minister pursuant to that Order.

[42] I must respectfully disagree with the Judge that the absence in subsection 74(1) of any explanation as to what is to occur after a panel completes its work under the Guidelines indicates that the process mandated by the CEAA must be undertaken for the same project. In my view, the interpretation of subsection 74(1) propounded by the Board and Cogema should be accepted because it is consistent with both the statutory language and the object of subsection 74(1).

[43] Subsection 74(1) states that the Guidelines “shall continue to apply” (*continue de s’appliquer*) in respect of any proposal for which a panel has been established. There is no limit placed on this continued application. Subsection 74(2), in contrast, provides that the Guidelines continue to apply to an initial screening or assessment until it is referred to public review, and then states that, when a referral is made, “this Act [CEAA] shall thereupon apply”. Unlike subsection 74(2), subsection 74(1) does not need to deal with a track

Commentaires

[40] La question préliminaire à trancher en l’espèce est de savoir si, comme le soutiennent la Commission de contrôle et Cogema, le juge a commis une erreur lorsqu’il a conclu que le paragraphe 74(1) de la LCEE ne libérait pas la Commission de contrôle de l’obligation d’exiger un examen préalable ou une évaluation environnementale en application de la LCEE avant de délivrer la licence 0.5. Il s’agit d’une question d’interprétation législative à laquelle s’applique la norme de la décision correcte.

[41] L’article 74 de la LCEE décrit la transition du régime prévu au Décret à celui de la LCEE. Voici à nouveau le texte du paragraphe 74(1):

74. (1) Le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement* approuvé par le décret C.P. 1984-2132 du 21 juin 1984 et enregistré sous le numéro DORS/84-467 continue de s’appliquer aux examens publics qui y sont visés et pour lesquels les membres de la commission d’évaluation environnementale ont été nommés sous son régime avant l’entrée en vigueur du présent article.

[42] Je ne suis pas d’accord avec le juge lorsqu’il dit que l’absence, au paragraphe 74(1), de précisions au sujet de ce qui arrive après que la commission d’évaluation a rempli son mandat en vertu du Décret indique que la procédure exigée par la LCEE doit être suivie à l’égard du même projet. À mon avis, il y a lieu d’accepter l’interprétation qu’ont proposée la Commission de contrôle et Cogema au sujet du paragraphe 74(1), parce que cette interprétation est compatible tant avec le texte de cette disposition qu’avec l’objet qu’elle vise.

[43] Le paragraphe 74(1) énonce que le Décret «continue de s’appliquer» (*shall continue to apply*) à l’égard de toute proposition pour laquelle une commission d’évaluation a été mise sur pied. Aucune restriction n’est prévue quant à cette application. En revanche, le paragraphe 74(2) prévoit que le Décret continue de s’appliquer aux examens préalables ou aux évaluations initiales jusqu’à ce qu’une proposition soit soumise pour examen public, auquel cas «la présente loi [LCEE] commence de s’appliquer». Contrairement au

change from the Guidelines to the CEEA because the completion of the work of a panel under the Guidelines marks the end of the environmental review process for the proposal it is reviewing, and the commencement of the process for implementing the proposal, including the making of decisions required under applicable regulatory controls. It would serve no useful purpose to require another environmental assessment under the CEEA at that stage. As the words of subsection 74(1) do not compel that conclusion, they should not be so interpreted.

[44] The purpose of subsection 74(1), read in the context of the remainder of section 74 and other provisions of the CEEA, also supports the interpretation propounded by the Board and Cogema. Subsection 74(1) is a transitional provision, and as such is intended to ensure the orderly transition from one legislative scheme to another. Professor Ruth Sullivan lists the principles underlying transitional law as “certainty, predictability, stability, rationality, and formal equality” (*Driedger and Sullivan on the Construction of Statutes*, 4th ed., Toronto: Butterworths, 2002, at pages 544-545). She goes on to say:

. . . it is unfair to take people by surprise. It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences.

[45] To interpret subsection 74(1) as requiring a second environmental assessment under the CEEA renders that process under the Guidelines meaningless, and requires the work of the Panel to be repeated after the planning process is complete. That is not consistent with the objective of subsection 74(1) as a transitional rule.

[46] Nor is it consistent with two of the important objectives of the CEEA, namely, the avoidance of the

paragraphe 74(2), le paragraphe 74(1) ne doit pas tenir compte d'une modification du suivi engendrée par la transition du Décret à la LCEE, parce que l'achèvement des travaux d'une commission d'évaluation nommée en vertu du Décret marque la fin du processus d'examen environnemental relatif à la proposition que celle-ci examine et le début du processus relatif à la mise en œuvre de ladite proposition, y compris la prise des décisions nécessaires en vertu des contrôles réglementaires applicables. Il ne serait pas utile d'exiger une autre évaluation environnementale en vertu de la LCEE à ce stade. Étant donné que le libellé du paragraphe 74(1) n'exige pas cette conclusion, il ne devrait pas être interprété de cette façon.

[44] L'objet du paragraphe 74(1), lu dans le contexte du reste de l'article 74 et d'autres dispositions de la LCEE, appuie également l'interprétation qu'ont proposée la Commission de contrôle et Cogema. Le paragraphe 74(1) est une disposition transitoire et vise donc à assurer la transition en bonne et due forme d'un régime législatif à un autre. Selon la professeure Ruth Sullivan, les valeurs qui sous-tendent les dispositions législatives transitoires sont [TRADUCTION] «la certitude, la prévisibilité, la stabilité, la rationalité et l'égalité formelle» (*Driedger and Sullivan on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto: Butterworths, 2002, aux pages 544 et 545). Elle poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] [. . .] il n'est pas équitable de prendre les gens par surprise. Il est injuste de fixer des règles, d'inviter les personnes à se fier à ces règles et de modifier celles-ci en cours de route, surtout lorsque le changement se traduit par des conséquences négatives.

[45] Interpréter le paragraphe 74(1) comme une disposition exigeant une deuxième évaluation environnementale en vertu de la LCEE a pour effet de rendre inutile le processus découlant du Décret et d'exiger que les travaux de la Commission conjointe soient refaits une fois la planification terminée. Ce résultat n'est pas compatible avec l'objectif du paragraphe 74(1) en tant que disposition législative transitoire.

[46] Ce résultat n'est pas compatible non plus avec deux des grands objectifs de la LCEE, soit éviter le

unnecessary duplication of work (see paragraph 4(b.1) of the CEEA, quoted above), and the general understanding of environmental assessment as a planning tool to ensure that government decision makers consider environmental issues early in the planning process of projects: *Friends of the Oldman River* (cited above), at paragraph 71. Subsection 11(1) of the CEEA reads as follows:

11. (1) Where an environmental assessment of a project is required, the federal authority referred to in section 5 in relation to the project shall ensure that the environmental assessment is conducted as early as practicable in the planning stages of the project and before irrevocable decisions are made, and shall be referred to in this Act as the responsible authority in relation to the project.

[47] That does not mean that the end of the work of the Panel means an end to all environmental review for the McClean Lake Project. Environmental issues must be considered for each licence issued under the *Uranium and Thorium Mining Regulations* and their successor, the *Uranium Mines and Mills Regulations*. In addition, the CEEA environmental screening and assessment process may be triggered in future if subsection 74(3) of the CEEA applies. That would be the case if, for example, there is a proposal to undertake some activity relating to the McClean Lake Project that was not within the Panel's terms of reference (such as the increase in production proposed and permitted by the Commission in 2001, which had not been considered by the Panel established under the Guidelines).

[48] The ICUCEC is concerned that too narrow an interpretation of subsection 74(1) of the CEEA could mean that when the McClean Lake Project is finally decommissioned many years from now, there will be no new environmental assessment. Such concerns are speculative at this stage. The extent to which a new environmental assessment will be required for a decommissioning licence will depend on the circumstances at that time, and the precise proposal that is presented to the Commission in the application for a decommissioning licence.

double emploi (voir l'alinéa 4b.1 précité) et veiller à ce que les décideurs gouvernementaux examinent les questions environnementales tôt dans le cadre de la planification des projets, l'évaluation environnementale devant être perçue comme un outil de planification: arrêt *Friends of the Oldman River* (précité), au paragraphe 71. Le paragraphe 11(1) de la LCEE est ainsi libellé:

11. (1) Dans le cas où l'évaluation environnementale d'un projet est obligatoire, l'autorité fédérale visée à l'article 5 veille à ce que l'évaluation environnementale soit effectuée le plus tôt possible au stade de la planification du projet, avant la prise d'une décision irrévocable, et est appelée, dans la présente loi, l'autorité responsable de ce projet.

[47] Cela ne veut pas dire que la fin des travaux de la Commission conjointe signifie la fin de l'ensemble des activités d'examen environnemental pour le Projet du lac McClean. Les questions environnementales doivent être examinées relativement à chaque licence délivrée en application du *Règlement sur les mines d'uranium et de thorium* et du règlement qui le remplace, soit le *Règlement sur les mines et les usines de concentration d'uranium*. Qui plus est, le processus d'examen préalable et d'évaluation environnementale prévu par la LCEE pourra être déclenché plus tard si le paragraphe 74(3) de cette Loi s'applique. Tel serait le cas, notamment, si une proposition ayant pour but d'entreprendre une activité liée au Projet du lac McClean qui n'était pas visée par le mandat de la Commission conjointe était présentée (comme l'augmentation de la production proposée que la Commission de sûreté a autorisée en 2001, mais que la Commission conjointe mise sur pied en vertu du Décret n'avait pas examinée).

[48] L'ICUCEC craint qu'en raison d'une interprétation trop restrictive du paragraphe 74(1) de la LCEE, il n'y ait pas de nouvelle évaluation environnementale lorsque le Projet du lac McClean sera finalement déclassé dans plusieurs années. Cette crainte est purement hypothétique à ce stade-ci. La question de savoir si une nouvelle évaluation environnementale sera nécessaire aux fins de la délivrance d'une licence de déclassement dépendra des circonstances qui existeront à ce moment-là et de la proposition qui sera présentée à la Commission de sûreté dans la demande de licence de cette nature.

[49] The ICUCEC also argued that subsection 74(1) of the CEAA does not apply because the current McClean Lake Project is not the same “proposal” that was reviewed by the Panel under the Guidelines. The ICUCEC points to several changes in the Project since 1993, including a change in the proponent and majority owner, design changes, the discovery of new environmental threats from arsenic, a scientific study indicating radioactive contaminant can migrate over long distances in groundwater faster than originally thought, a new regulatory climate with regard to water quality guidelines for arsenic, and the addition of radionuclides from uranium mills to the List of Toxic Substances in Schedule I to the *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c.33. In my view, none of these changes transform the McClean Lake Project into a new proposal. The Panel recognized that changes in science and technology would occur over the life of the Project and acknowledged that it would be the Board’s responsibility to evaluate the effects of these developments in the context of its licensing responsibilities.

[50] The ICUCEC’s position is driven by the honestly held opinions of its members regarding the harmful effects of uranium mining. However, the ICUCEC is seeking a fresh environmental assessment of a project that has already undergone scrutiny under the Guidelines. The statutory scheme of the CEAA does not require such a second review.

[51] As subsection 74(1) of the CEAA is dispositive of these appeals and the application for judicial review, it is unnecessary to consider the remaining arguments made by the appellants.

[52] I would allow the appeals, set aside the order of the Federal Court dated September 23, 2002, and dismiss the application for judicial review. Cogema should be

[49] L’ICUCEC a également soutenu que le paragraphe 74(1) de la LCEE ne s’applique pas, parce que l’actuel Projet du lac McClean n’est pas la même «proposition» que celle que la Commission conjointe a étudiée en vertu du Décret. L’ICUCEC souligne plusieurs modifications apportées au Projet depuis 1993, dont une modification du promoteur et du propriétaire majoritaire, des changements touchant la conception, la découverte de nouvelles menaces pour l’environnement découlant de l’arsenic, l’existence d’une étude scientifique indiquant que des contaminants radioactifs peuvent migrer sur de longues distances dans la nappe d’eau souterraine plus rapidement que ce qui était cru à l’origine, l’adoption d’un nouveau régime de réglementation concernant les critères relatifs à la qualité de l’eau en ce qui a trait à l’arsenic et l’ajout des radionucléides provenant des usines de concentration d’uranium à la Liste des substances toxiques qui figure à l’annexe I de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33. À mon avis, aucun de ces changements n’a pour effet de transformer le Projet du lac McClean en nouvelle proposition. La Commission conjointe a reconnu que des changements scientifiques et technologiques surviendraient pendant la durée du Projet et qu’il appartiendrait à la Commission de contrôle d’évaluer les effets de ces changements dans le contexte de ses responsabilités en matière d’octroi de licences.

[50] L’ICUCEC se fonde sur l’avis honnête de ses membres en ce qui concerne les effets néfastes de l’extraction minière de l’uranium. Cependant, elle sollicite une nouvelle évaluation environnementale à l’égard d’un projet qui a déjà fait l’objet d’un examen minutieux en vertu du Décret. Le régime législatif de la LCEE n’exige pas un second examen de cette nature.

[51] Étant donné que le paragraphe 74(1) de la LCEE permet de trancher les appels déposés en l’espèce ainsi que la demande de contrôle judiciaire, il n’est pas nécessaire d’examiner les autres arguments que les appelantes ont invoqués.

[52] J’accueille les appels, j’infirmes l’ordonnance de la Cour fédérale en date du 23 septembre 2002 et je rejette la demande de contrôle judiciaire. Cogema obtient

awarded its costs in this Court and in the Federal Court. Counsel for the Board indicated that the Board is not seeking costs.

RICHARD C.J.: I agree.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

ses dépens devant la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale. Les avocats de la Commission de contrôle ont souligné que celle-ci ne sollicite pas de dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-233-03
2004 FCA 287

A-233-03
2004 CAF 287

Sheldon Blank (*Appellant*) (*Respondent in Cross-Appeal*)

Sheldon Blank (*appelant*) (*intimé dans l'appel incident*)

v.

c.

The Minister of Justice (*Respondent*) (*Appellant in Cross-Appeal*)

Le ministre de la Justice (*intimé*) (*appelant dans l'appel incident*)

INDEXED AS: BLANK v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: BLANK c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Pelletier JJ.A.—Winnipeg, May 31; Ottawa, September 8, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Winnipeg, 31 mai; Ottawa, 8 septembre 2004.

Practice — Privilege — Whether, under Access to Information Act, litigation privilege expires when litigation concludes — Appellant sought release of records of his prosecution for use in civil action claiming damages for abuse of prosecutorial powers — Scope of solicitor-client privilege at common law — “Lawyer’s work product” referred to as litigation privilege — Appellant’s argument: litigation privilege is of limited duration, governed by different rules than is legal advice privilege — Solicitor-client privilege evolved from evidentiary rule to substantive right — To be as close to absolute as possible: S.C.C. — Need not balance public interest in disclosure with administration of justice — S.C.C. not having ruled whether this extends to litigation privilege — Canadian criticism of American distinction between solicitor-client privilege, “lawyer’s work product” — Policy justification for litigation privilege — Preserves counsel privacy zone at time of move to full discovery — Law of privilege must meet current community priorities, not be bound by historical precedents — Whether s. 23 discretionary exemption incompatible with litigation privilege automatically ceasing upon end of litigation — Policy consideration: fact Federal government not ordinary litigant — Problems for government if litigants gaining insight into general strategic, tactical approach to litigation — Problems resulting from release of Crown brief information in criminal matters — Ontario C.A., Divisional Court decisions in “Big Canoe”, differences between relevant provisions of comparable Federal, Ontario legislation, explained — Unique role of Crown prosecutors who lack “clients” in traditional sense.

Pratique — Communications privilégiées — Il s’agissait de savoir si, en vertu de la Loi de l’accès à l’information, le privilège des communications liées à une instance expire lorsque le litige prend fin — L’appelant demandait la communication de documents relatifs aux poursuites intentées contre lui dans le but de les utiliser dans une action civile en dommages-intérêts pour abus de pouvoir en matière de poursuite — Portée du secret professionnel de l’avocat en common law — Le privilège relatif aux «préparatifs de l’avocat» est appelé privilège des communications liées à une instance — L’appelant prétend que le privilège des communications liées à une instance est un privilège distinct, de durée limitée, qui est régi par des règles qui sont foncièrement différentes de celles qui s’appliquent au privilège de la consultation juridique — Le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée en règle de fond — Il doit être aussi absolu que possible: C.S.C. — Il n’est pas nécessaire de tenir compte de l’intérêt public et en matière de communication des renseignements et en matière d’administration régulière de la justice — La C.S.C. ne s’est pas encore prononcée sur la question de l’application du principe au privilège des communications liées à l’instance — Les auteurs canadiens ont critiqué la distinction faite aux États-Unis entre le secret professionnel de l’avocat et «la documentation créée en vue d’une instance» — Il est justifié, sur le plan de la politique, d’appliquer le privilège des communications liées à une instance — Ce privilège accorde une zone de confidentialité à l’avocat au moment de la communication de l’ensemble de la preuve — Le droit, en matière de privilège, doit tenir compte des priorités actuelles de la collectivité qui ne sont pas rattachées aux principes du passé — L’exemption discrétionnaire visée à l’art. 23 de la Loi est-elle incompatible avec l’extinction automatique du secret professionnel à la fin d’un litige? — Question de politique: le gouvernement fédéral n’est pas une partie ordinaire — Le gouvernement aurait des

Access to Information—Appeal, cross-appeal from decision of Motions Judge on s. 41 review application — Whether Judge had jurisdiction under s. 46 to order production of documents not in evidence at review — Whether litigation privilege expires when litigation ends so that records must be released — Appellant seeking records of his prosecution in civil action claiming damages for abuse of prosecutorial powers — Question of severance under s. 25 referred back to Federal Court — S. 23 incorporates common law of solicitor-client privilege — Solicitor-client privilege in s. 23 includes litigation privilege — S. 23 does not create privilege but gives government institution heads protection afforded by it — Why word “may” used in s. 23 explained — Whether s. 23 rules out time limit on protection by affording discretionary exemption — Federal government not ordinary litigant, suffering great harm if numerous litigants could gain insight into its general strategic, tactical approach — Necessity for prudent approach to release of Crown brief information in criminal matters — Fear criminals learning police, prosecution tactics — On record, Court unable to determine whether discretion to refuse disclosure properly exercised — Could not determine whether mandatory requirements of s. 25 severance provision complied with — S. 13(1)(c) exemption properly claimed as Winnipeg Police refused consent to release information it provided — S. 21 exemption, intended to promote flow of inter-departmental communications, correctly applied — Under s. 46, Court lacking power to order reconstitution of records where no evidence records’ integrity violated — S. 23 recognizes right conferred by law of privilege, no right to recognize once privilege lost — Documents at issue lost privileged status when prosecution concluded — Ontario (Attorney General) v. Ontario Information and Privacy Commission, Inquiry Officer), in which Ontario C.A. held otherwise, distinguished as wording of Ontario statute different from that of Act — For s. 23 purposes, if privilege lost, must resort to some other approach (broad definition of litigation) to justify disclosure refusal.

difficultés si les parties avaient accès à ses tactiques et stratégies générales en matière de litige — Les problèmes qui résulteraient de la communication du mémoire de la Couronne en matières pénales — Décisions de la Cour divisionnaire et de la Cour d’appel de l’Ontario dans «Big Canoe», explication des différences entre les dispositions pertinentes des lois fédérales et ontariennes comparables — Rôle particulier des procureurs de la Couronne qui n’ont pas de «clients» au sens traditionnel du terme.

Accès à l’information — Appel et appel incident d’une décision du juge des requêtes relative à une demande de révision en vertu de l’art. 41 — La question était de savoir si le juge avait compétence, en vertu de l’art. 46, pour ordonner la communication de documents qui n’avaient pas été déposés en preuve — La question était de savoir si le privilège prend fin lorsque le litige s’éteint de manière à ce que les dossiers doivent être communiqués — L’appellant demande les dossiers de sa poursuite dans une action civile en dommages-intérêts pour abus de pouvoir en matière de poursuite — Question de la divisibilité en vertu de l’art. 25 renvoyée devant la Cour fédérale — L’art. 23 incorpore le secret professionnel de l’avocat en common law — Le secret professionnel visé à l’art. 23 englobe le privilège des communications liées à l’instance — L’art. 23 ne crée pas le privilège, mais il confère aux responsables des institutions fédérales la protection contre la communication qu’offre le privilège — Explication du terme «peut» à l’art. 23 — Il s’agissait de savoir si l’art. 23 exclut la durée limitée de la protection contre la communication au moyen d’une exemption discrétionnaire — Le gouvernement fédéral n’est pas une partie ordinaire; il subirait un préjudice grave si un nombre important de parties adverses avaient accès à son approche stratégique et tactique — Il faut être très prudent pour ce qui touche la communication des renseignements contenus dans le mémoire de la Couronne en matières pénales — Crainte que les criminels connaissent les tactiques de la police et de la poursuite — Compte tenu du dossier, la Cour n’est pas en mesure de décider si le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication a été régulièrement exercé — La Cour ne peut savoir si les exigences obligatoires de l’art. 25 ont été respectées — L’exemption de l’art. 13(1)(c) a été régulièrement revendiquée puisque la police de Winnipeg a refusé de communiquer les renseignements qu’elle avait fournis — L’exemption en vertu de l’art. 21 qui a pour objet de favoriser les communications entre les ministères a été correctement appliquée — En vertu de l’art. 46, la Cour n’a pas le pouvoir d’ordonner la reconstitution de documents lorsqu’il n’y a aucune preuve que l’intégrité des documents a été altérée — L’art. 23 reconnaît le droit que confère le privilège, mais lorsque le privilège s’est éteint, il n’y a plus de droit — Les documents en cause n’étaient plus protégés à la fin du litige — Ontario (Attorney General) c. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer), jugement dans lequel la Cour d’appel de l’Ontario a rendu une décision contraire qui se distingue de la présente affaire puisque les termes de la loi ontarienne sont

This was an appeal and cross-appeal from the decision of a Motions Judge upon an application for review under *Access to Information Act*, section 41. Appellant submitted that the Judge erred in concluding that he lacked jurisdiction, under Act, section 46, to order production of documents not in evidence at the review proceedings. The Justice Minister's cross-appeal raised the issue: does the litigation privilege, if it can be claimed to exclude a record from release, expire when the litigation concludes, so that the records must then be released?

The appellant had made a request to the Department of Justice for all of the records related to his prosecution as well as that of Gateway Industries Ltd. for regulatory offences under the *Fisheries Act* and the *Pulp and Paper Effluent Regulations*. Appellant was a director of Gateway, which operated a Winnipeg paper mill. He and the company were charged with polluting the Red River and breaching the *Fisheries Act* reporting requirements. The latter were quashed by Manitoba Provincial Court, the former by the Manitoba Court of Queen's Bench. The Crown, however, laid fresh charges by way of indictment but these proceedings were later stayed. Gateway and the appellant then launched an action claiming damages for alleged fraud, conspiracy and abuse of prosecutorial powers. Access to government records was sought in the context of both the penal and civil proceedings. Since some material was withheld, appellant filed a second request but exemptions for certain of the information having been maintained, appellant complained to the Information Commissioner. Further disclosures were made following consultations involving the Commissioner and other government agencies.

Held, the appeal should be dismissed, save for the question of severance under Act, section 25, which should be referred back to the Federal Court to determine whether that section's mandatory requirements had been complied with; cross-appeal (as to effect of Act, section 23) dismissed (Létourneau J.A.

différents des termes de la loi fédérale — Pour les fins de l'art. 23, si le privilège est perdu, il faut trouver une autre approche (définition large du litige) pour justifier le refus de communiquer les documents.

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident interjetés contre la décision d'un juge des requêtes rendue par suite d'un recours en révision en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'appelant a prétendu que le juge des requêtes avait commis une erreur en disant qu'il n'avait pas compétence pour ordonner, en vertu de l'article 46 de la Loi, la production de documents qui n'avaient pas été déposés en preuve devant lui pendant l'instance révisionnelle. L'appel incident interjeté par le ministre de la Justice soulevait la question suivante: le privilège des communications liées à une instance, s'il peut être invoqué dans le but d'empêcher la divulgation d'un document, expire-t-il lorsque le litige prend fin de manière à ce que les documents qui contiennent des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat doivent être communiqués?

L'appelant avait présenté une demande au ministère de la Justice afin d'obtenir tous les documents relatifs aux poursuites intentées contre lui et contre la société Gateway Industries Ltd. pour des infractions réglementaires perpétrées contrairement à la *Loi sur les pêches* et au *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*. L'appelant était un dirigeant de Gateway, une société qui exploitait une papeterie à Winnipeg. L'appelant et l'entreprise ont été accusés d'avoir pollué la rivière Rouge et d'avoir contrevenu aux exigences en matière de rapport de la *Loi sur les pêches*. La Cour provinciale du Manitoba a annulé les accusations relatives au rapport et la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a annulé les accusations relatives à la pollution de la rivière Rouge. Toutefois, la Couronne a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation, mais plus tard la Cour a suspendu la procédure. L'appelant et la société Gateway ont intenté une poursuite en dommages-intérêts en alléguant la fraude, le complot et l'abus de pouvoir en matière de poursuite. L'appelant a demandé l'accès aux documents du gouvernement, tant dans le contexte de la poursuite pénale que de l'action civile. Certains documents ne lui ayant pas été communiqués, l'appelant a déposé une deuxième demande, mais les exemptions concernant certains renseignements ayant été maintenues, l'appelant s'en est plaint au Commissaire à l'information. D'autres communications ont été effectuées par suite d'une consultation auprès du Commissaire et d'autres organismes gouvernementaux.

Arrêt: l'appel doit être rejeté, sauf pour ce qui concerne la question de la divisibilité en vertu de l'article 25 de la Loi qui doit être renvoyée devant la Cour fédérale pour qu'elle prenne une décision sur la question de savoir si les exigences obligatoires de l'article 25 ont été respectées; l'appel incident

dissenting).

Per Létourneau J.A. (Décary and Pelletier JJ.A. concurring except as to effect of Act, section 23):

In *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, this Court rejected the submission that the section 23 solicitor-client privilege ought to be applied narrowly in that the statute was intended to encourage disclosure. According to Linden J.A., that section incorporates the common law of solicitor-client privilege. But the disclosure of a record found to be privileged is governed by and made pursuant to the Act and is unaffected by laws requiring disclosure in other types of legal proceeding.

At common law, the solicitor-client privilege extends beyond confidential solicitor-client communications to a “lawyer’s work product”—material assembled by a lawyer to advise on or prepare for anticipated litigation. The latter is commonly referred to as the litigation privilege. The appellant submitted that the litigation privilege is of limited duration and is governed by rules different from those applicable to the legal advice privilege.

The solicitor-client privilege has evolved from an evidentiary rule to a substantive one and is now recognized as a right and not just a privilege. The substantive protection applies long before the evidentiary rule can be asserted. The Supreme Court of Canada has recently reiterated that solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. At least so far as legal advice privilege is concerned, there is no necessity for a balancing of the public interest in disclosure with that in the proper administration of justice. The Supreme Court has yet to rule on whether this applies as well to the litigation privilege.

In Canada, the distinction drawn in the United States between solicitor-client privilege and “lawyer’s work product” has been judicially criticized as unhelpful and said to have “resulted in a quagmire of litigation and an undesirable atmosphere of incomplete disclosure by clients to counsel”. It is explained in a Canadian legal text that the policy justification for the litigation privilege differed markedly from that for the traditional solicitor-client privilege. It was founded upon our adversary system in which counsel control fact-presentation to the courts and determine what evidence

(sur la portée de l’article 23 de la Loi) est rejeté (le juge Létourneau, J.C.A. motifs dissidents).

Le juge Létourneau, J.C.A. (les juges Décary et Pelletier, J.C.A. ont souscrit aux motifs sauf pour ce qui concerne la portée de l’article 23 de la Loi):

Dans *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, la Cour a rejeté l’argument selon lequel le secret professionnel des avocats visé à l’article 23 de la Loi devait recevoir une interprétation étroite puisque la Loi avait pour objet de favoriser la communication de renseignements. Selon le juge Linden, J.C.A. la disposition incorpore la doctrine du secret professionnel en common law. Cependant, la communication d’un dossier privilégié est régie et appliquée conformément à la Loi et n’est pas assujettie aux dispositions qui exigent la communication dans d’autres types de procédure.

En common law, le secret professionnel de l’avocat ne protège pas que les communications de nature confidentielle entre un avocat et son client, mais aussi les «préparatifs de l’avocat»—c’est-à-dire les documents obtenus par un avocat pour conseiller son client à l’occasion ou en prévision d’une instance. Le deuxième volet est appelé communément le privilège des communications liées à une instance. L’appelant a prétendu que le privilège des communications liées à une instance était un privilège de durée limitée qui était assujéti à des règles différentes de celles qui s’appliquaient au privilège de la consultation juridique.

Le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée en règle de fond et qui, aujourd’hui, est un droit et non seulement un privilège. La règle de fond entre en jeu bien avant que la règle de preuve ne puisse être invoquée. La Cour suprême du Canada a récemment réaffirmé que le secret professionnel doit être aussi absolu que possible afin d’assurer la confiance du public et de demeurer pertinente. Par conséquent, du moins pour ce qui touche les communications privilégiées, il n’est pas nécessaire de tenir compte de l’intérêt public et en matière de communication et en matière d’administration régulière de la justice. La Cour suprême ne s’est pas encore prononcée sur la question de savoir si cette règle s’applique également aux communications liées à l’instance.

Au Canada, la distinction entre le secret professionnel de l’avocat et les «préparatifs de l’avocat» que font les tribunaux américains a été critiquée par les juges qui l’ont qualifiée d’inutile et qui ont dit que l’approche avait «entraîné un bourbier de litiges et créé un climat à ce point malsain que les clients n’étaient plus tout à fait francs avec leurs avocats». Il est expliqué, dans un ouvrage juridique canadien, que la politique qui justifiait le privilège était bien différente de celle qui justifiait le secret professionnel de l’avocat au sens traditionnel de l’expression. La justification était fondée sur

they will adduce. It has been said to preserve counsel a zone of privacy at a time of a move towards full discovery in litigation. Canadian courts have recognized the necessity for distinguishing between the two types of privilege and their rationales. But the solicitor-client privilege in Act, section 23 does include the litigation privilege.

In a factual situation similar to that at bar, the Ontario Court of Appeal held that, at common law, the litigation privilege ends when the litigation is concluded but it was otherwise under the provincial *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. But while it is true that legal advice and litigation privilege were, at common law, one all-encompassing privilege offering the same protection in terms of duration when the Act came into force, judicial decisions should be driven more by modern realities of the conduct of litigation than by historic precedents. The law of privilege should be permitted to meet evolving community interests and priorities. Even so, there are valid policy and public interest reasons which, even in civil litigation, could justify protection beyond conclusion of the litigation. The litigation privilege had to be interpreted in a manner consonant with the objectives of the Act as well as with the obligations imposed upon and the rights given to governments and their officials. Act, section 23 does not create the privilege but it gives to government institution heads the protection against disclosure afforded by the privilege. But the use of the word "may" makes the provision permissive, not mandatory, so it is open to a head to disclose a record containing information subject to solicitor-client privilege. While the legislator's use of "may" seems somewhat strange, the explanation could be that, in 1982 when this provision was enacted, solicitor-client privilege was still considered to be a mere rule of evidence. The concept that the privilege was a substantive right was then quite new.

The Judge below erred in failing to recognize that section 23 rules out any notion of a time limit on the protection afforded by it. The discretionary exemption is incompatible with the litigation privilege automatically ceasing upon termination of the litigation.

So far as policy and public interest considerations are concerned, the federal government is not an ordinary litigant, since it is composed of a great many boards and agencies

notre système contradictoire dans lequel les avocats sont maîtres de la présentation des faits à la Cour et choisissent eux-mêmes les éléments de preuve qui seront produits. Il s'agit d'une zone de confidentialité dont bénéficie l'avocat à une époque où l'on tend de plus en plus à demander la communication compétente de la preuve dans un litige. Les cours canadiennes ont reconnu la nécessité de distinguer entre les deux types de privilèges et leur fondement. Cependant, le secret professionnel des avocats visé à l'article 23 de la Loi englobe le privilège des communications liées à un litige.

Dans une décision dont les faits étaient semblables aux faits en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que le privilège des communications liées à un litige en common law prenait fin lorsque le litige était réglé mais qu'il en était autrement en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario. Mais s'il est vrai qu'en common law, le privilège de la consultation juridique et celui des communications liées à un litige n'en faisaient qu'un seul et que ce privilège offrait la même protection en termes de durée lorsque la Loi était entrée en vigueur, les décisions judiciaires devaient être davantage fondées sur les circonstances actuelles en matière de litige que sur les principes du passé. Il faut que le droit, en matière de privilège, tienne compte des intérêts et priorités changeants de la collectivité. Il existe toutefois des motifs valables de politique et d'intérêt public qui, même dans un procès civil, pourraient justifier la protection des renseignements même après la fin du litige. Il faut interpréter le privilège en conformité avec les objectifs de la Loi, ainsi qu'avec les obligations et droits des gouvernements et de leurs représentants. L'article 23 de la Loi ne crée pas le privilège, mais il confère aux responsables des institutions fédérales la protection contre la communication qu'offre le privilège. Cependant, l'utilisation du terme «peut» permet de dire qu'il s'agit d'une exemption facultative plutôt qu'obligatoire, de sorte que le responsable de l'institution fédérale peut divulguer un document qui contient des renseignements assujettis au secret professionnel de l'avocat. Il est vrai que l'utilisation du terme «peut» semble quelque peu étonnante, mais il faut peut-être comprendre que quand la disposition a été édictée en 1982, le secret professionnel de l'avocat n'était encore qu'une règle en matière d'admissibilité de la preuve. La notion de droit fondamental était alors toute nouvelle.

Le juge de première instance a commis une erreur en ne reconnaissant pas que l'article 23 excluait toute limite de temps. L'exemption discrétionnaire est tout simplement incompatible avec la conclusion selon laquelle le privilège des communications liées à l'instance cesse automatiquement d'exister à la fin du litige.

Quant aux questions de politique et d'intérêt public, le gouvernement fédéral n'est pas une partie ordinaire puisqu'il regroupe plusieurs commissions et organismes qui peuvent

which may be subject to recurrent lawsuits. Operating on a national and even international basis, the avenues for litigation are indeed many. A cause of action against one agency might be reasserted by other litigants against the same or another agency. Uncontrolled access to briefs of government counsel, once a case was concluded, would afford opponents access to the agency's legal strategy—the very thing that the litigation privilege is directed at preventing. The United States Supreme Court has held that this “invasion of [an] attorney's thoughts, heretofore inviolate” would have a “demoralizing effect on the profession”. It would also permit litigants to “gain insight into the agency's general strategic and tactical approach to deciding when suits are brought, how they are conducted, and on what terms they may be settled”.

The public interest demands a prudent approach to the release of information found in the Crown brief for a criminal prosecution. There is a necessity for protecting the identity of certain witnesses and the privacy concerns of information sources (such as child care agencies and medical professionals). It could contain a statement inadmissible due to a violation of Charter rights. In *Big Canoe*, the Ontario Court of Appeal expressed the fear that opening prosecution files could allow criminals to learn police and prosecution tactics and have a chilling effect on police officers' frankness in their dealings with Crown prosecutors. The release or withholding of the record must depend upon the facts and circumstances of each case.

Before the Motions Judge, there was neither any evidence nor analysis of an exercise of discretion to refuse disclosure on the part of the Office. The Court could not know the policy or public interest considerations the Office took into account. On the record before this Court, it could not be determined whether or not the discretion had been properly exercised.

The evidence failed to support the allegations of fraud and criminal activity by the Government, its officials and lawyers.

Act, section 25 provides for disclosure of any part of a record which can reasonably be severed from the material exempt from disclosure. This Court has previously rejected the proposition that a record subject to solicitor-client privilege is not subject to the section 25 severance provision. The Court had no way of knowing whether severance had been effected and, if so, whether properly. The matter should be sent back to

faire l'objet de poursuites susceptibles de se répéter. Son champ d'action est national, voire international et sa situation multiplie les occasions de litige. Une cause d'action contre un organisme peut par la suite être invoquée par plusieurs autres parties contre le même organisme ou contre d'autres organismes du gouvernement. L'accès libre et automatique aux mémoires des procureurs du gouvernement, une fois le litige terminé, pourrait permettre aux autres parties de connaître la stratégie de l'organisme en matière juridique: cela même que le privilège veut éviter. La Cour suprême des États-Unis a dit que cette violation de la «pensée, jusqu'alors inviolable de l'avocat», aurait un «effet démoralisateur sur la profession». Elle permettrait également aux parties d'«avoir un aperçu de la stratégie générale de l'organisme et de l'approche qu'il applique quand il choisit les actions à intenter, la procédure à suivre et les conditions de règlement».

Il faut, dans l'intérêt public, faire preuve de prudence dans la communication de renseignements tirés du mémoire de la Couronne dans une poursuite pénale. Il faut protéger l'identité de certains témoins et les préoccupations des sources d'information en matière de protection de la vie privée (notamment les organismes d'aide à l'enfance et les professions médicales). Il pourrait également y avoir des déclarations inadmissibles à cause d'une violation des droits garantis par la Charte. Dans l'affaire *Big Canoe*, la Cour d'appel de l'Ontario craignait que si les dossiers de la poursuite étaient accessibles, les criminels pourraient se renseigner sur les tactiques policières et celles des poursuivants et que les agents de police pourraient parler moins ouvertement aux poursuivants. Décider de communiquer ou de ne pas communiquer un dossier dépend des faits et des circonstances de chaque affaire.

Dans l'affaire entendue par le juge des requêtes, il n'y avait ni preuve ni analyse concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la communication au nom du Bureau. La Cour ne savait pas quels étaient les facteurs, questions de politique ou d'intérêt public dont le Bureau avait tenu compte. Compte tenu du dossier, la Cour n'était pas en mesure de décider si le pouvoir discrétionnaire avait ou non été exercé régulièrement.

La preuve n'était pas les allégations de fraude et d'activités criminelles de la part du gouvernement, de ses fonctionnaires ou procureurs.

L'article 25 de la Loi prévoit la communication d'une partie d'un document qui peut être prélevée des parties du dossier qui contiennent des renseignements de documents exemptés de la divulgation. La Cour a déjà rejeté l'argument selon lequel un dossier assujéti au privilège de l'avocat n'est pas assujéti à la disposition sur la divisibilité de l'article 25. Il était impossible pour la Cour de savoir si certaines parties avaient été prélevées,

Federal Court to ascertain whether the section 25 mandatory requirements had been complied with.

The Court had also to consider appellant's submissions regarding other exemptions claimed by the Minister. The paragraph 13(1)(c) in-confidence information mandatory exemption was properly claimed in respect of the information received from Winnipeg Police Services as it had refused its consent to release. The section 19 personal information exemption, also mandatory, was justified and correctly applied. Section 21 provides for a discretionary exemption which has been held to have been intended to promote the flow of communications between government departments so as to enable government to discharge its essential functions. The exemption was here correctly applied.

The final issue upon this appeal was the Court's review power under Act, section 46. While the Court is empowered to review documents in evidence before it, appellant was asking the Court to order the reconstitution of records. The Court would not do this absent reasonable grounds to believe that the integrity of the records had been violated.

Per Pelletier J.A. (Décary J.A. concurring): The disposition of the cross-appeal proposed by Létourneau J.A. could not be agreed with. The ultimate issue upon the cross-appeal was whether, at common law, litigation privilege is extinguished when the litigation concludes.

Since section 23 merely recognizes a right conferred by the law of privilege, once privilege is lost, there remains no right which section 23 can recognize. So the question was whether the privilege existed when the access request was made. There is substantial case law and law text authority which support the proposition that the litigation privilege is time limited. On the facts herein, it should be concluded that section 23 had no application, since the documents in respect of which privilege was asserted had lost their privileged status when the criminal prosecution concluded. While the Ontario Court of Appeal reached the opposite conclusion in *Big Canoe*, a similar case to that at bar, that case could be distinguished in view of the difference in wording between section 19 of the Ontario legislation and Act, section 23. It was clear that the reference to "Crown counsel" in section 19 of the Ontario statute meant Crown attorneys in criminal prosecutions and did not contemplate all government lawyers. Crown attorneys occupy

et le cas échéant, si le prélèvement avait été fait correctement. La question devait être renvoyée devant la Cour fédérale pour un examen des documents afin de déterminer si les exigences obligatoires de l'article 25 de la Loi avaient été respectées.

La Cour devait examiner également les observations de l'appelant concernant les autres exemptions invoquées par le ministre. L'alinéa 13(1)c) crée une exemption obligatoire lorsque les renseignements ont été reçus à titre confidentiel. Cette exemption a été régulièrement demandée en l'espèce pour ce qui concerne les renseignements reçus à titre confidentiel des services de la police de Winnipeg car ces derniers n'ont pas consenti à ce que ces renseignements soient communiqués. L'exemption visée à l'article 19, également obligatoire, était justifiée et régulièrement appliquée. L'article 21 est une exemption discrétionnaire qui, selon la Cour, avait pour objet de favoriser la communication libre et franche entre les ministères fédéraux de manière à ce que le gouvernement puisse s'acquitter de ses fonctions essentielles. L'exemption a donc été régulièrement appliquée.

La dernière question était celle de la portée du pouvoir de révision de la Cour en vertu de l'article 46 de la Loi. La Cour a le pouvoir de réviser les documents déposés en preuve en vertu de l'article 46 de la Loi. Toutefois, l'appelant demandait à la Cour d'ordonner la reconstitution des documents. La Cour ne pouvait accéder à sa demande en l'absence de motifs raisonnables de croire que l'intégrité des documents avait été altérée.

Le juge Pelletier, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A. a souscrit aux motifs): le juge ne souscrit pas à la décision rendue par le juge Létourneau, J.C.A. relativement à l'appel incident. La question soulevée dans l'appel incident était de savoir si, en common law, le privilège des communications liées à une instance prenait fin en même temps que le litige.

L'article 23 ne fait que reconnaître un droit que confère le droit en matière de privilège; lorsque le privilège n'existe plus, l'article 23 ne peut reconnaître aucun droit. La question est donc de savoir si le privilège existait au moment où la demande de communication a été présentée. De nombreux ouvrages de doctrine et une jurisprudence abondante confirment que le privilège des communications liées à un litige a une durée limitée. Compte tenu des faits en l'espèce, il faudrait conclure que l'article 23 de la Loi ne s'appliquait pas aux documents puisque les documents pour lesquels le privilège avait été revendiqué avaient perdu leur statut de privilégiés quand la poursuite pénale avait pris fin. La Cour d'appel de l'Ontario a tiré une conclusion contraire dans *Big Canoe*, une affaire semblable, mais cette affaire se distingue de la présente affaire à cause des termes différents de l'article 19 de la loi ontarienne et de l'article 23 de la Loi. Il était clair que l'«avocat-conseil» dont il était fait mention à l'article 19 de la

a unique position as agents for the Attorney General. They act in the public interest and do not have clients in the traditional sense. But, government lawyers other than prosecutors do have a solicitor-client relationship with those they advise. This Court was prepared to assume that Parliament took for granted that which the Ontario legislature made explicit: that the work of Crown attorneys can give rise to claims of solicitor-client privilege. Furthermore, there was an even more important critical difference between the federal and provincial statutes: the latter does not require, in the case of Crown counsel, a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusing disclosure, while the federal statute requires, in all cases, a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusal to disclose. For Act, section 23 purposes, if the privilege has been lost, some other approach must be taken—such as a broad definition of the litigation—to avoid disclosure in situations in which refusal would be justified.

loi ontarienne visait le procureur de la Couronne dans une poursuite criminelle et non tous les avocats à l'emploi du gouvernement. Les procureurs de la Couronne occupent un poste particulier au sein du système judiciaire en ce sens qu'ils sont les mandataires du procureur général qui agit dans l'intérêt public. Ils n'ont pas de clients au sens traditionnel du terme. Cependant, les avocats du gouvernement qui ne sont pas des poursuivants ont, avec les personnes à qui ils donnent des conseils, une relation avocat-client. La Cour était disposée à croire que le législateur avait pris pour acquis ce que la législature de l'Ontario avait tenté d'exploiter, à savoir que le travail des procureurs de la Couronne était visé par le secret professionnel de l'avocat. En outre, il y avait une différence encore plus importante entre les dispositions des deux lois: la loi provinciale n'exige pas, dans le cas de l'avocat-conseil de la Couronne, l'existence du secret professionnel de l'avocat pour refuser la divulgation alors que la loi fédérale exige, dans tous les cas, l'existence du secret professionnel pour refuser de communiquer. Selon l'article 23 de la Loi, une fois le privilège perdu, il faut appliquer une approche différente, notamment une définition plus large du litige, pour éviter la communication de documents lorsque le refus de communiquer ne serait pas justifié.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 19, 20(1), 21(1), 23, 25, 41, 46, 69.
- 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].
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.
- Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982).
- Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 19.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 "personal information".
- Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.); *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*

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), annexe II, n° 44].
- Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 19, 20(1), 21(1), 23, 25, 41, 46, 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3).
- Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 19.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3, «renseignements personnels».
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.
- Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.); *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*

(2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (F.C.A.); *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. S.C.); *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421; (2001), 45 Admin. L.R. (3d) 182; 14 C.P.R. (4th) 449; 282 N.R. 284 (C.A.); *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 3 W.W.R. 399; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 182 B.C.A.C. 234; 25 C.P.R. (4th) 5 (C.A.); *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.).

DISTINGUISHED (BY MAJORITY ON CROSS-APPEAL):

Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167; 220 D.L.R. (4th) 467; 48 Admin. L.R. (3d) 279; 22 C.P.R. (4th) 169; 167 O.A.C. 125 (C.A.).

CONSIDERED:

Hodgkinson v. Simms (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; 36 C.P.C. (2d) 24 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327; 41 Admin. L.R. (3d) 117; 16 C.P.R. (4th) 1; 152 O.A.C. 145 (Ont. Div. Ct.); *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; 61 Alta. L.R. (2d) 319; 22 C.P.R. (3d) 290 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68

(2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (C.A.F.); *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et autres c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.S. Ont.); *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809; (2004), 238 D.L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 171; 33 C.C.E.L. (3d) 1; 19 C.R. (6th) 203; 47 C.P.C. (5th) 203; 319 N.R. 322; 187 O.A.C. 1; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421; (2001), 45 Admin. L.R. (3d) 182; 14 C.P.R. (4th) 449; 282 N.R. 284 (C.A.); *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20; [2003] 3 W.W.R. 399; 14 B.C.L.R. (4th) 67; 182 B.C.A.C. 234; 25 C.P.R. (4th) 5 (C.A.); *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; 133 C.C.C. (3d) 257; 24 C.R. (5th) 365; 237 N.R. 86; 119 O.A.C. 201; *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.).

DÉCISION DISTINCTE (PAR LA MAJORITÉ DES JUGES DANS L'APPEL INCIDENT):

Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167; 220 D.L.R. (4th) 467; 48 Admin. L.R. (3d) 279; 22 C.P.R. (4th) 169; 167 O.A.C. 125 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hodgkinson v. Simms (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; 36 C.P.C. (2d) 24 (C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327; 41 Admin. L.R. (3d) 117; 16 C.P.R. (4th) 1; 152 O.A.C. 145 (C. div. Ont.); *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; 61 Alta. L.R. (2d) 319; 22 C.P.R. (3d) 290 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68

C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; *Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; *Dupont Canada Inc. v. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] F.C.J. No. 1429 (T.D.) (QL); affd (2000), 266 N.R. 366 (F.C.A.); *Belgravia Investments Ltd. v. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482; 2002 DTC 7133; 220 F.T.R. 246 (F.C.T.D.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8; 113 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (F.C.T.D.); *Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36 (abridged); (1992), 55 F.T.R. 1 (T.D.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20; 196 D.L.R. (4th) 716; [2001] 4 W.W.R. 622; 7 C.C.E.L. (3d) 1; 2 C.P.C. (5th) 197 (C.A.); *Chmara v. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227; (1993), 104 D.L.R. (4th) 244; [1993] 6 W.W.R. 286; 18 C.C.L.I. (2d) 147; 16 C.P.C. (3d) 177 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; 71 Alta. L.R. (2d) 28 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326; 172 D.L.R. (4th) 689 (C.A.); *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 C.T.C. 45; 99 DTC 5408 (F.C.T.D.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (T.D.); *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983); *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746; 222 D.L.R. (4th) 97; 26 C.P.C. (5th) 377; 97 C.R.R. (2d) 324; 165 O.A.C. 209 (Div. Ct.); *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245; [1999] 3 C.T.C. 123; (1999), 99 DTC 5337; 168 F.T.R. 49 (T.D.); *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671; (2002), 169 Man. R. (2d) 300 (Q.B.); *Blank v. Canada (Minister of the Environment)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (F.C.A.); *College of Physicians of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279; (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1; 176 B.C.A.C. 161; 23 C.P.R. (4th) 185 (C.A.); *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of*

C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193; (2003), 232 D.L.R. (4th) 14; 178 C.C.C. (3d) 321; 15 C.R. (6th) 1; 113 C.R.R. (2d) 76; 311 N.R. 357; *Dupont Canada Inc. c. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] A.C.F. n° 1429 (1^{re} inst.) (QL); confirmé (2000), 266 N.R. 366 (C.A.F.); *Belgravia Investments Ltd. c. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482; 2002 DTC 7133; 220 F.T.R. 246 (C.F. 1^{re} inst.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8; 113 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (C.F. 1^{re} inst.); *Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36 (abrégee); (1992), 55 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20; 196 D.L.R. (4th) 716; [2001] 4 W.W.R. 622; 7 C.C.E.L. (3d) 1; 2 C.P.C. (5th) 197 (C.A.); *Chmara v. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227; (1993), 104 D.L.R. (4th) 244; [1993] 6 W.W.R. 286; 18 C.C.L.I. (2d) 147; 16 C.P.C. (3d) 177 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58; 71 Alta. L.R. (2d) 28 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326; 172 D.L.R. (4th) 689 (C.A.); *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.T.C. 45; 99 DTC 5408 (C.F. 1^{re} inst.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (1^{re} inst.); *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983); *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746; 222 D.L.R. (4th) 97; 26 C.P.C. (5th) 377; 97 C.R.R. (2d) 324; 165 O.A.C. 209 (C. div.); *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245; [1999] 3 C.T.C. 123; (1999), 99 DTC 5337; 168 F.T.R. 49 (1^{re} inst.); *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671; (2002), 169 Man. R. (2d) 300 (B.R.); *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59; 281 N.R. 388 (C.A.F.); *College of Physicians of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279; (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1; 176 B.C.A.C. 161; 23 C.P.R. (4th) 185 (C.A.); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logements)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada (Commissaire*

Environment (2000), 187 D.L.R. 127 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused (2000), 266 N.R. 198; *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; (1977), 2 C.P.C. 340 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720; (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 79 (Q.B.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (Q.B.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326; 33 C.P.C. (4th) 162 (Q.B.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (S.C.); *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (Man. Q.B.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. No. 4316 (Gen. Div.) (QL); *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305; (1994), 92 Man. R. (2d) 276; 89 C.C.C. (3d) 474; 24 C.P.C. (3d) 311 (C.A.); affd [1995] 1 S.C.R. 758; [1995] 4 W.W.R. 457; (1995), 95 C.C.C. (3d) 287; 35 C.P.C. (3d) 236; 179 N.R. 72.

à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement) (2000), 187 D.L.R. 127 (C.A.F.); autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. refusée (2000), 266 N.R. 198; *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; (1977), 2 C.P.C. 340 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720; (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 79 (B.R.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (B.R.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326; 33 C.P.C. (4th) 162 (B.R.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (C.S.); *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (B.R. Man.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; 180 D.L.R. (4th) 241; 38 C.P.C. (4th) 203; 124 O.A.C. 356 (C.A.); *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. n° 4316 (Div. gén.) (QL); *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305; (1994), 92 Man. R. (2d) 276; 89 C.C.C. (3d) 474; 24 C.P.C. (3d) 311 (C.A.); conf. [1995] 1 R.C.S. 758; [1995] 4 W.W.R. 457; (1995), 95 C.C.C. (3d) 287; 35 C.P.C. (3d) 236; 179 N.R. 72.

AUTHORS CITED

Drapeau, Michel W. and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004*. Toronto: Carswell, 2003.

Ontario. Ministry of the Attorney General. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*. Toronto: Ontario Queen's Printer, 1993.

Paciocco, David and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

Sharpe, R. J. "Claiming Privilege in the Discovery Process" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984: Law in Transition: Evidence*. Toronto: De Boo, 1984.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Watson, G.D. and F. Au. "Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315.

Wilson, J. D. "Privilege in Experts' Working Papers" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346.

APPEAL and CROSS-APPEAL from the decision of a Motions Judge ([2000] F.C.J. No. 1620 (F.C.T.D.) (QL)) upon an application for review under *Access to Information Act*, section 41 concerning, amongst other issues, the Act, section 23 solicitor-client privilege. Appeal dismissed; cross-appeal dismissed.

DOCTRINE

Drapeau, Michel W. et Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004*. Toronto: Carswell, 2003.

Ontario. Ministère du Procureur général. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*. Toronto: Ontario Queen's Printer, 1993.

Paciocco, David et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

Sharpe, R. J. «Claiming Privilege in the Discovery Process» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984: Law in Transition: Evidence*. Toronto: De Boo, 1984.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Sopinka J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Watson, G.D. et F. Au. «Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation» (1998), 77 *R. du B. can.* 315.

Wilson, J. D. «Privilege in Experts' Working Papers» (1997), 76 *R. du B. can.* 346.

APPEL et APPEL INCIDENT de la décision d'un juge des requêtes ([2000] A.C.F. n° 1620 (C.F. 1^{re} inst.) (QL)) par suite d'une demande de révision en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, concernant notamment la Loi et le secret professionnel des avocats en vertu de l'article 23. Appel rejeté; appel incident rejeté.

APPEARANCES:

Sheldon Blank on his own behalf.
Christopher M. Rupar for respondent (appellant in cross-appeal).

SOLICITOR OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for respondent (appellant in cross-appeal).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A. (writing for the Court on the appeal and dissenting on the cross-appeal):

[1] These proceedings involve an appeal and a cross-appeal against a decision of a Motions Judge of the Federal Court Trial Division [[2000] F.C.J. No. 1620 (QL)] [as it was then constituted] rendered on an application for review pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act).

[2] The appeal questions the Motions Judge's decision regarding the scope of the disclosure of information allegedly obtained in confidence (section 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21] of the Act), personal information (section 19), records containing advice (section 21), information subject to solicitor-client privilege (section 23), and the severability of information contained in a record protected from disclosure (section 25). It also puts in issue the extent, under section 46, of the powers of the reviewing court seized with an application under section 41 of the Act. More precisely, the appellant submits that the Motions Judge erred when he ruled that he did not have jurisdiction to order, pursuant to section 46 of the Act, the production of documents that were not in evidence before him on the review proceedings.

[3] The cross-appeal by the Minister of Justice addresses a thorny issue regarding the solicitor-client

ONT COMPARU:

Sheldon Blank, pour son propre compte.
Christopher M. Rupar, pour l'intimé (appellant dans l'appel incident).

AVOCAT INSCRIT AU DOSSIERS:

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé (appellant dans l'appel incident).

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. (s'exprimant au nom de la Cour relativement à l'appel et juge dissident relativement à l'appel incident):

[1] Il s'agit d'un appel et d'un appel incident interjetés contre la décision du juge des requêtes de la Section de première instance de la Cour fédérale [[2000] A.C.F. n° 1620 (QL)] [telle qu'elle était alors constituée] qui a été rendue par suite d'un recours en révision en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[2] L'appel soulève le bien-fondé de la décision du juge des requêtes concernant la communication de renseignements qui auraient été obtenus à titre confidentiel (article 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21] de la Loi), de renseignements personnels (article 19), de documents contenant des avis (article 21), de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client (article 23) et la communication partielle de documents privilégiés (article 25). Il soulève également la portée, en vertu de l'article 46, des pouvoirs de l'instance révisionnelle saisie d'un recours en vertu de l'article 41 de la Loi. Plus précisément, l'appellant prétend que le juge des requêtes a commis une erreur quand il a dit qu'il n'avait pas compétence pour ordonner, en vertu de l'article 46 de la Loi, la production de documents qui n'avaient pas été déposés en preuve devant lui pendant l'instance révisionnelle.

[3] L'appel incident interjeté par le ministre de la Justice soulève une question épineuse concernant le

privilege found in section 23 of the Act. The question is of significant importance for the administration of justice and the public interest: was the Judge wrong when he decided that the litigation privilege, if it could be claimed to exclude a record from release, expires when the litigation ends and, therefore, the records containing information subject to privilege must be released? The issue has been somewhat made more difficult by the fact that the respondent, who is self-represented, is not a lawyer and is not familiar with the intricacies of this complex area of the law. Adventuring in this field, as we shall see, is a perilous exercise in itself. To do so without the benefit of enlightened advice from both parties is tantamount to walking through an uncharted minefield with the hope that the one-sided guidance received will bring you to safety.

[4] I will begin with the issue of privilege which is common to both the appeal and the cross-appeal. Before I do, a short summary of the relevant facts is in order.

The facts and the procedure

[5] On October 17, 1997, the appellant made a first request to the Access to Information and Privacy Office (Office) of the Department of Justice to obtain all records pertaining to his prosecution and the prosecution of Gateway Industries Ltd. (Gateway) for regulatory offences under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 and the *Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269.

[6] The appellant was a director of Gateway which operated a paper mill in the city of Winnipeg. Thirteen charges were laid against him and Gateway in July 1995: five counts alleged pollution of the Red River and eight pertained to breaches of the reporting requirements of the *Fisheries Act*. A judicial saga regarding the prosecution of these charges ensued thereafter. Suffice it to say that the eight charges relating to the reporting

secret professionnel des avocats visé à l'article 23 de la Loi. La question est particulièrement importante pour ce qui concerne l'administration de la justice et l'intérêt public: le juge a-t-il commis une erreur quand il a décidé que le privilège des communications liées à une instance, s'il peut être invoqué dans le but d'empêcher la divulgation d'un document, expire lorsque le litige prend fin et, par conséquent, que les documents qui contiennent des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat doivent être communiqués? La question est encore plus difficile à trancher puisque l'intimé, qui se représente lui-même, n'est pas juriste et comprend mal les subtilités de ce domaine complexe du droit. S'aventurer dans ce domaine, nous le verrons, est en soi un exercice périlleux. S'y aventurer sans pouvoir bénéficier des conseils éclairés des deux parties équivaut presque à une ballade en terrain miné inconnu en espérant que les conseils partisans qui sont dispensés permettront de le traverser en toute sécurité.

[4] Je commencerai par la question du secret professionnel de l'avocat qui est soulevée tant dans l'appel que dans l'appel incident. Toutefois, il convient, en premier lieu, de présenter un bref résumé des faits pertinents.

Les faits et la procédure

[5] Le 17 octobre 1997, l'appellant a présenté une première demande au Bureau de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (Bureau) du ministère de la Justice afin d'obtenir tous les documents relatifs aux poursuites intentées contre lui et contre la société Gateway Industries Ltd. (Gateway) pour des infractions réglementaires perpétrées contrairement à la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 et au *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269.

[6] L'appellant était un dirigeant de Gateway, une société qui exploitait une papeterie à Winnipeg. Treize accusations ont été portées contre lui et contre Gateway en juillet 1995: cinq accusations reliées à la pollution alléguée de la rivière Rouge et huit accusations pour contravention aux exigences en matière de rapport, conformément à la *Loi sur les pêches*. Il s'en est suivi une saga judiciaire concernant la poursuite de ces

requirements were quashed in April 1997 by the Manitoba Provincial Court. The prosecution continued on the five summary conviction offences of pollution only to see the charges quashed by the Manitoba Queen's Bench on April 10, 2001. The Crown laid, in July 2002, new charges by way of indictment. The trial had been set for April 19, 2004 to June 25, 2004, but in February 2004 the Crown stayed the proceedings and informed the appellant that the prosecution would not be reinstated.

[7] The appellant and Gateway sued the federal government in damages for alleged fraud, conspiracy, perjury and abuse of its prosecutorial powers. It is both in the context of the penal prosecution and the civil lawsuit that the appellant sought to access government records pursuant to the Act.

[8] Following the first request in October 1997, some 2297 pages of material were released to the appellant. Over a thousand pages (1226) were withheld in whole. Thirty six additional pages were also withheld, but in part only.

[9] In May 1999, the appellant filed a second request for information with the Office. He sought all the records that had been exempted pursuant to the first request. The exemptions were maintained but for 353 pages that were released. As a result, the appellant lodged a complaint with the Information Commissioner (Commissioner) about the exemptions claimed by the Office. There ensued a series of meetings, consultations and discussions between the Office, the Director of Investigation for the Commissioner and other governmental agencies such as the Royal Canadian Mounted Police. An additional 81 and 131 pages were then released in two sequences. While agreeing that the vast majority of the over 1500 pages was properly exempted under the solicitor-client privilege, the Director of Investigation expressed concerns in respect of over approximately 277 pages for which the solicitor-client privilege was invoked. Further discussions ensued and, in the end, 190 of these pages

accusations. Résumons en disant que la Cour provinciale du Manitoba a annulé les huit accusations relatives aux exigences en matière de rapport en avril 1997. La poursuite relative aux infractions de pollution punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'est poursuivie, mais la Cour du Banc de la Reine du Manitoba les a annulées le 10 avril 2001. En juillet 2002, la Couronne a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation. Le procès devait avoir lieu du 19 avril 2004 au 25 juin 2004, mais en février 2004, la Couronne a suspendu la procédure et elle a avisé l'appelant que la poursuite ne serait pas rétablie.

[7] L'appelant et la société Gateway ont intenté une poursuite en dommages-intérêts contre le gouvernement fédéral en alléguant la fraude, le complot, le parjure et l'abus de pouvoir en matière de poursuite. L'appelant a tenté d'obtenir des documents du gouvernement en conformité avec la Loi tant dans le contexte de la poursuite pénale que de l'action civile.

[8] Suivant la première demande présentée en octobre 1997, quelque 2 297 pages de documents ont été communiquées à l'appelant. La divulgation de plus de mille pages (1 226) a été refusée. La communication de 36 pages supplémentaires a également été refusée, mais en partie seulement.

[9] En mai 1999, l'appelant a présenté une deuxième demande de renseignements au Bureau. Il voulait obtenir tous les documents exemptés par suite de la première demande. Les exemptions ont été maintenues, sauf pour ce qui concerne 353 pages qui ont été communiquées. L'appelant a donc déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information (Commissaire) concernant les exemptions invoquées par le Bureau. S'en sont suivies une série de rencontres, de consultations et de discussions entre le Bureau, le directeur des enquêtes du Commissaire et d'autres organismes gouvernementaux, notamment la Gendarmerie royale du Canada. Puis, d'autres pages, savoir 81 pages et 131 pages lui ont été communiquées en deux fois. Le directeur des enquêtes a reconnu que la grande majorité des 1 500 pages avaient été régulièrement exemptées en vertu du secret professionnel de l'avocat, mais il s'est dit préoccupé à l'égard de plus d'environ 277 pages à l'égard desquelles le secret professionnel de l'avocat avait été invoqué. Il y

were released and the remaining 87 pages were exempted from disclosure pursuant to subsections 13(1), 19(1), 20(1), 21(1) and section 23 of the Act. On December 28, 2000, an additional 167 pages were disclosed in whole or in part.

[10] I have described in some detail, though not completely, the sequence of the documents released as well as the number of said documents released to show the broadness of the initial claim to exemptions under the Act made by the Office. It also highlights the value and importance of the crucial role played by the Commissioner in enforcing the objectives and spirit of the Act.

[11] The Motions Judge ordered an additional but limited release of documents either by reason of disclosure obligations in the criminal and civil proceedings or because they were already in possession of the appellant. Such material was released save for the pages affected by the cross-appeal.

The scope of the solicitor-client privilege contained in section 23 of the Act and its relationship with disclosure

[12] I need to reproduce section 23 of the Act for a better understanding of the analysis which follows:

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

[13] This Court in *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89 rejected a submission by the appellant that the solicitor-client privilege in section 23 of the Act should be applied narrowly since the Act was designed to promote disclosure. In addition, at paragraph 23, Linden J.A. found that section 23 incorporates the common law of solicitor-client privilege, that the privileged nature of the material is to be determined according to the common law and, if the material is found to be subject to privilege, the discretion to disclose

a eu d'autres discussions et, en fin de compte, 190 de ces pages ont été communiquées et les 87 pages restantes ont été exemptées conformément aux paragraphes 13(1), 19(1), 20(1), 21(1) et à l'article 23 de la Loi. Le 28 décembre 2000, 167 autres pages ont été communiquées en tout ou en partie.

[10] Je viens de décrire, en partie, la chronologie de la communication de documents, ainsi que le nombre desdits documents qui ont été divulgués afin de démontrer l'importance des exemptions réclamées initialement par le Bureau, en conformité avec la Loi. La description des événements met également en lumière la valeur et l'importance du rôle essentiel qu'a joué le Commissaire en appliquant les objectifs et l'esprit de la Loi.

[11] Le juge des requêtes a ordonné la communication supplémentaire, quoique limitée, de nouveaux documents soit à cause des obligations de communication de la preuve dans la procédure pénale ou civile soit parce que l'appelant avait déjà en sa possession ces documents. Les documents ont été communiqués à l'exception des pages visées par l'appel incident.

La portée du secret professionnel de l'avocat visé à l'article 23 de la Loi et son importance en matière de communication de la preuve

[12] L'article 23 de la Loi permettra de mieux comprendre l'analyse qui suit:

23. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

[13] Dans *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89, la Cour a rejeté l'argument de l'appelant qui prétendait que le secret professionnel des avocats visé à l'article 23 de la Loi devait recevoir une interprétation étroite puisque la Loi doit favoriser la communication de renseignements. En outre, au paragraphe 23, le juge Linden, J.C.A. a conclu que l'article 23 incorporait la doctrine du secret professionnel en common law, que la nature confidentielle des documents devait être déterminée selon la common law et que, s'il

must be exercised according to the principles governing the Act:

The effect of the provisions of the Act on the content of the privilege is nil. It was correctly determined by Rothstein J. that section 23 of the Act incorporates holus-bolus the common law of solicitor-client privilege. That term is not defined elsewhere in the Act. Hence, it can only be presumed that what is covered by the words "solicitor-client privilege" is the common law doctrine of solicitor-client privilege. That being the case, it is necessary for the government head to determine, before considering the operation of the Act, whether a document is subject to the privilege. If it is, then he or she may refuse disclosure. But the preliminary question is determined not in the context of the Act, but in the context of the common law. If the material is subject to the privilege, then the discretionary decision under section 23, whether to disclose it or not, is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions. [Emphasis added.]

[14] Subsequently, in a case involving the appellant, *Blank v. Canada (Minister of the Environment)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (F.C.A.), Sharlow J.A. rejected a contention by the appellant that the material that should have been disclosed in his criminal trial pursuant to the *Stinchcombe* principles (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326) should now be disclosed under the Act. She reasserted for the Court, at paragraph 12, that in considering whether appropriate disclosure had been made under the Act, the Court should consider only the Act and the jurisprudence guiding its interpretation and application. "Laws requiring disclosure in other legal proceedings cannot narrow or broaden the scope of disclosure required by the *Access to Information Act*".

[15] In other words, both decisions (*Stevens* and *Blank*) stand for the sound principle that, while determination of the privileged nature of a record is governed and determined by the common law, disclosure of that record that has been found to be privileged is governed by and made pursuant to the Act.

s'avérait que les documents étaient assujettis au privilège, la décision discrétionnaire de divulguer devait être prise selon les principes de la Loi:

L'effet des dispositions de la Loi sur le contenu de la protection est nul. Le juge Rothstein a décidé à bon droit que l'article 23 de la Loi comprend le principe du secret des communications entre client et avocat en common law. Ce terme n'est pas défini ailleurs dans la Loi. Aussi, on ne peut que présumer que ce que visent les mots «secret des communications entre client et avocat» est la doctrine du secret des communications entre client et avocat en common law. Cela étant, il est nécessaire pour l'autorité responsable de déterminer, avant d'examiner l'effet de la Loi, si un document est assujéti au privilège. Le cas échéant, elle peut alors en refuser la divulgation. Mais la question préliminaire est déterminée non pas dans le contexte de la Loi, mais dans le contexte de la common law. Si le document bénéficie de la protection, la décision discrétionnaire de divulguer ou non fondée sur l'article 23 est alors prise dans le contexte de la Loi accompagnée de ses presuppositions philosophiques. [Non souligné dans l'original.]

[14] Par la suite, dans une affaire concernant l'appelant, *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (C.A.F.), la juge Sharlow, J.C.A. a rejeté l'argument de l'appelant qui prétendait que les documents qui auraient dû être divulgués dans le cadre de la poursuite criminelle en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326) devaient maintenant l'être en vertu de la Loi. Au paragraphe 12 de la décision, la juge a réaffirmé, au nom de la Cour, que pour déterminer si les documents avaient été communiqués en conformité avec la Loi, la Cour ne devait examiner que la Loi et la jurisprudence qui en guide l'interprétation et l'application. «Les lois exigeant la communication de documents dans d'autres procédures juridiques ne peuvent restreindre ni élargir la portée de la communication exigée par la *Loi sur l'accès à l'information*.»

[15] En d'autres termes, les deux décisions (*Stevens* et *Blank*) étayent l'excellent principe selon lequel, même si la détermination de la nature confidentielle d'un dossier est régie par la common law et assujétié à celle-ci, la communication d'un dossier privilégié est régie et appliquée conformément à la Loi.

[16] This brings me to a review of the scope of the privilege at common law in order to ascertain the extent and meaning of the privilege in the Act.

The scope and contents of the solicitor-client privilege at common law

[17] The parties do not dispute that, at common law, the solicitor-client privilege covers confidential communications between solicitor and client which entails the seeking or giving of legal advice, whether contentious or not, as well as, pursuant to what the American courts call the “work product doctrine”, a “lawyer’s work product”, i.e. the material assembled by a lawyer exercising legal knowledge, skill and industry for the purpose of advising on or conducting anticipated or pending litigation: see *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), at page 142. Words to the same effect can be found in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, at page 33, where President Jackett of the Exchequer Court of Canada enunciated the following principles followed in numerous subsequent decisions:

As it seems to me, there are really two quite different principles usually referred to as solicitor and client privilege, viz:

- (a) all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal adviser directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal adviser’s working papers, directly related thereto) are privileged; and
- (b) all papers and materials created or obtained specially for the lawyer’s “brief” for litigation, whether existing or contemplated, are privileged.

[18] While the first branch has been termed by this Court “the legal advice” privilege (see the decision of MacGuigan and Décary J.J.A. in *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at page 769), the second aspect or branch of the privilege is

[16] Cela m’amène à examiner la portée du privilège en vertu de la common law afin de définir l’étendue et le sens du privilège selon la Loi.

La portée et le contenu du secret professionnel de l’avocat en common law

[17] Les parties reconnaissent que, en common law, le secret professionnel de l’avocat protège les communications de nature confidentielle entre un avocat et son client, communications qui comprennent la consultation de l’avocat et les conseils juridiques que ce dernier donne, qu’il s’agisse ou non de questions litigieuses et, en outre, conformément à ce que les tribunaux américains qualifient de doctrine relative aux préparatifs d’une instance, les préparatifs de l’avocat, c’est-à-dire les documents obtenus par un avocat dont les connaissances, les capacités et le travail juridiques lui permettent de conseiller son client à l’occasion ou en prévision d’une instance: voir *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), à la page 142. Les juges se sont exprimés à peu près en ces termes dans *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27, à la page 33, dans lequel le président Jackett de la Cour canadienne de l’Échiquier a énoncé les principes suivants qui ont été repris dans plusieurs décisions subséquentes:

[TRADUCTION] À mon sens, on parle en réalité de deux principes tout à fait distincts lorsqu’on parle du secret professionnel de l’avocat, à savoir:

- a) toutes les communications, verbales ou écrites, de nature confidentielle, qui sont échangées entre l’avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l’avocat ou aux conseils ou services juridiques que l’avocat donne (y compris les documents de travail de l’avocat qui s’y rapportent directement) sont protégées;
- b) tous les documents existants ou à venir, qui sont créés ou obtenus spécialement pour le dossier constitué par l’avocat en vue du procès sont protégés.

[18] Alors que la Cour a qualifié le premier volet de privilège «de la consultation juridique» (se rapporter à la décision des juges MacGuigan et Décary, J.C.A. dans *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), à la page 769), le deuxième volet ou

often commonly referred to as the litigation privilege. It is with respect to the nature, status and duration of this second branch of the privilege that the parties take different and, at times, opposing views as we shall see in detail later. Suffice it to say that the appellant contends that the litigation privilege which, he says, is contained in the solicitor-client privilege referred to in section 23 of the Act is, in fact, a distinct and separate privilege of limited duration, whose scope and contents are governed by rules that are fundamentally different from the “legal advice privilege”. The respondent, while acknowledging limits to it, takes the view, relying upon *Hodgkinson*, that the litigation privilege is merely part of one all-encompassing solicitor-client privilege of unlimited duration unless waived, and, therefore, the material subject to it is indefinitely exempt from disclosure.

[19] It is also settled law that the solicitor-client privilege evolved from an evidentiary rule to a substantive rule which can be asserted at an early stage of a process. Indeed, the privilege, although still referred to in this fashion, refers to a person’s right, as opposed to a privilege, to have communications with his lawyer kept confidential.

[20] In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 839, Dickson J., as he then was, wrote, under the heading “the right to confidentiality”:

One may depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that . . . the right to communicate in confidence with one’s legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client. . . .

This principle was reasserted and expanded by Lamer J., as he then was, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. Referring to the right as established in *Solosky*, Lamer J. wrote at pages 871, 893:

It is a personal and extra-patrimonial right which follows a citizen throughout his dealings with others. Like other

aspect du privilège est appelé communément le privilège des communications liées à une instance. C’est à l’égard de la nature, du statut et de la durée de ce deuxième volet du privilège que les parties ont des points de vue différents et à l’occasion contraires, comme nous le verrons plus tard en détail. Il suffit de dire que l’appelant prétend que le privilège des communications liées à une instance qui, selon lui, fait partie du secret professionnel des avocats dont il est fait mention à l’article 23 de la Loi, est en fait un privilège distinct de durée limitée dont la portée et le contenu sont régis par des règles qui sont foncièrement différentes de celles qui s’appliquent au privilège «de la consultation juridique». Tout en reconnaissant les limites du privilège des communications liées à une instance, l’intimé prétend, en se fondant sur *Hodgkinson*, que ce privilège n’est qu’un volet du privilège global qu’est le secret professionnel de l’avocat qui a une durée illimitée sauf renonciation et que, par conséquent, les documents visés sont exemptés indéfiniment de la communication.

[19] Il est également établi en droit que le secret professionnel de l’avocat a d’abord été une règle de preuve qui s’est transformée en règle de fond qui peut être soulevée dès le début d’une instance. D’ailleurs, le privilège, même s’il porte toujours ce nom, fait référence au droit d’une personne par opposition à un privilège, à ce que les communications avec son avocat demeurent confidentielles.

[20] Dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 839, le juge Dickson, tel était alors son titre, a écrit, en parlant «du droit à la confidentialité»:

On peut s’écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l’affaire dans une optique plus large, savoir, [. . .] le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l’avocat avec son client. [. . .]

Le juge Lamer, tel était alors son titre a réaffirmé ce principe en l’élargissant dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. En parlant du droit au sens de l’arrêt *Solosky*, le juge Lamer a écrit, aux pages 871 et 893:

C’est un droit personnel et extra-patrimonial qui accompagne le citoyen dans ses rapports avec les autres. Il donne ouverture

personal, extra-patrimonial rights, it gives rise to preventive or curative remedies provided for by law, depending on the nature of the aggression threatening it or of which it was the object.

...

The fundamental right to communicate with one's legal adviser in confidence has given rise to a rule of evidence and a substantive rule. [Emphasis added.]

He went on to say, at page 893, that the right would have an effect when a search warrant is issued and executed:

Thus the justice of the peace has no jurisdiction to order the seizure of documents that would not be admissible in evidence in court on the ground that they are privileged. . . .

In other words, the substantive rule comes into play to prevent disclosure long before the evidentiary rule can be asserted. Lamer J. quoted [at page 887], with approval, Southey J. in *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. S.C.), at page 343, where he wrote:

If the privilege could not be invoked to prevent the seizure and examination of documents under a search warrant, the Crown would be free in any case to seize and examine the files and brief of defence counsel in a criminal prosecution. It would be small comfort indeed to the accused and to his counsel to discover that to his only protection in such a case was to prevent the introduction into evidence of the documents that had been seized and examined. Such a result, in my view, would be absurd. [Emphasis added.]

In the latest pronouncement on the scope of the privilege in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraph 18, Major J. for a unanimous Court reiterated what had been stated in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209 and *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445:

. . . solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances

tout comme les autres droits personnels extra-patrimoniaux, aux recours préventifs ou curatifs que le droit prévoit selon la nature de l'agression qui le menace ou dont il a été l'objet.

[. . .]

Le droit fondamental que constitue le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique a donné naissance à une règle de preuve de même qu'à une règle de fond. [Non souligné dans l'original.]

Il a ajouté, à la page 893, que le droit a des répercussions lorsqu'un mandat de perquisition est décerné et exécuté:

Ainsi, le juge de paix n'a pas compétence pour ordonner la saisie de documents qui ne seraient pas recevables en preuve devant un tribunal parce que couverts par le privilège de confidentialité (la règle de preuve).

En d'autres termes, la règle de fond entre en jeu pour empêcher la divulgation bien avant que la règle de preuve ne puisse être invoquée. Le juge Lamer a cité [à la page 887], en les approuvant, les propos du juge Southey, qui a dit, dans l'affaire *Re Borden & Elliott and the Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.S. Ont.), à la page 343:

Si l'on ne pouvait invoquer le privilège pour empêcher la saisie et l'examen de documents en vertu d'un mandat de perquisition, la poursuite aurait toujours le loisir de saisir et d'examiner les dossiers et le mémoire de l'avocat de la défense dans une poursuite criminelle. Ce serait vraiment une piètre consolation pour l'accusé et son avocat de savoir que la seule protection dont ils jouiraient en l'instance serait que les pièces saisies et examinées ne peuvent être produites en preuve. Selon moi, un tel résultat serait absurde. [Non souligné dans l'original.]

Dans la dernière décision sur la portée du privilège, *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, au paragraphe 18, le juge Major a fait siens, au nom de tous les juges de la Cour, les propos de la Cour dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209 et *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445:

[. . .] le secret professionnel de l'avocat [le privilège avocat-client] doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il

and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis in original.]

This approach is consistent with the fact that solicitor-client privilege is, in effect, a warranted exemption from disclosure and, save exceptions, there is no need to engage in a balancing exercise of the public interest in disclosure and the public interest in the proper administration of justice once it has been determined that the material in issue is privileged. This latest development regarding the scope of the solicitor-client privilege, however, occurred in relation to the first branch of the privilege. The Supreme Court has yet to rule on the nature, status and duration of the litigation privilege. As we shall see later, different considerations apply to this privilege.

[21] In conclusion, the solicitor-client privilege evolved from a privilege to a right and from an evidentiary rule to a substantive rule. The protection first attached to communications made in confidence between a lawyer and a client for the purpose of obtaining a legal advice. It has now been extended to facts that arise out of or are connected to the solicitor-client relationship since the contents of the privilege and the protection it affords cannot be based on the distinction between facts and communications: see *Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193, at paragraphs 27-32. It was also extended to include communications exchanged during other litigation and consultations for legal advice, whether litigious or not: see *Solosky v. The Queen*, at page 834.

[22] Finally, the privilege, under the heading "litigation privilege", came to protect materials brought into existence for the dominant purpose of pending or anticipated litigation. However, with the developing rules and principles of disclosure in search of the truth in the public interest, this aspect of the privilege, in the litigation field, came to be widely, although not unanimously, regarded by members of the legal profession as a relative privilege, distinct from the more absolute privilege consisting in the protection of

ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Souligné dans l'original.]

L'approche reconnaît que le secret professionnel de l'avocat est, en fait, une exemption justifiée de la communication et, sauf exception, qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte à la fois de l'intérêt public en matière de communication des renseignements et l'intérêt public en matière d'administration régulière de la justice quand il est établi que les documents en cause sont privilégiés. Cette dernière interprétation de la portée du secret professionnel de l'avocat vise toutefois le premier volet du privilège. La Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur la nature, le statut et la durée du privilège des communications liées à l'instance. Comme nous le verrons plus tard, ce privilège soulève des questions différentes.

[21] Somme toute, le secret professionnel de l'avocat, jadis un privilège, est devenu un droit et jadis une règle de preuve, est devenu une règle de fond. La protection visait tout d'abord les communications de nature confidentielle entre un avocat et son client qui se rapportaient à l'obtention de conseils juridiques. Aujourd'hui, le privilège s'applique également aux faits qui entourent la relation entre l'avocat et son client ou qui en découlent puisque le contenu du privilège et la protection qu'il confère ne peuvent être fondés sur la distinction entre un fait et une communication: *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193, aux paragraphes 27 à 32. Le privilège a également été élargi de manière à englober les communications entre l'avocat et son client dans le cadre d'autres litiges et consultations sur des questions litigieuses ou non: voir *Solosky c. La Reine*, à la page 834.

[22] Enfin, le volet «communications liées à une instance» du privilège a été élargi de manière à s'appliquer aux documents qui ont été préparés principalement à l'occasion ou en prévision d'une instance. Toutefois, à cause des nouvelles règles et des nouveaux principes en matière d'accès à l'information dans l'intérêt public, certains membres de la communauté juridique ont conclu que ce volet, dans le cadre d'un litige, était un privilège relatif, distinct du privilège absolu qui s'appliquait aux communications

confidential communications between client and lawyer for the purpose of obtaining legal advice. In a well-documented article entitled “Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation” and published in (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315, at pages 332-333, the authors, G. D. Watson and F. Au, also discuss the recognition of the litigation privilege in Britain and Australia. They mention in footnote 68, at page 330, that a search in Canada on the CJ database of Quicklaw in June 1998 generated 187 cases where the words “litigation privilege” appeared. A search as of August 23, 2004 brings this number to 569.

[23] I now turn to the nature, status and duration of the litigation privilege at common law.

The nature, status and duration of the litigation privilege at common law

[24] Initially, as previously alluded to, the litigation privilege was subsumed in or conflated into the solicitor-client privilege and, it seems, entailed the same effect as the legal advice privilege: the material was permanently exempt from disclosure unless waived by the client. This was the state of the law within the federal sphere as it appears from *Susan Hosiery*. That position was best expressed by McEachern C.J.B.C., writing for the majority in *Hodgkinson v. Simms*, where at page 136 he wrote:

Thus it appears to me that, while this privilege is usually subdivided for the purpose of explanation into two species, namely, (a) confidential communications with a client, and (b) the contents of the solicitor’s brief, it is really one all-embracing privilege that permits the client to speak in confidence to the solicitor, for the solicitor to undertake such enquiries and collect such material as he may require properly to advise the client, and for the solicitor to furnish legal services, all free from any prying or dipping into this most confidential relationship by opposing interests or anyone. [Emphasis added.]

confidentielles entre un client et son avocat dans le cadre d’une consultation juridique. Dans un article bien documenté intitulé: «Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation» publié dans (1998), 77 *R. du B. can.* 315, aux pages 332 et 333, les auteurs, G. D. Watson et F. Au, examinent également le privilège des communications liées au litige tel qu’il existe en Grande-Bretagne et en Australie. Ils mentionnent à la note 68, page 330, qu’une recherche effectuée en juin 1998 au Canada, dans la base de données CJ de Quicklaw, a généré 187 affaires dans lesquelles apparaissaient les termes «*litigation privilege*» (privilège des communications liées à une instance). Une recherche effectuée le 23 août 2004 a généré 569 affaires.

[23] Passons maintenant à la nature, au statut et à la durée du privilège des communications liées à un litige en common law.

La nature, le statut et la durée du privilège des communications liées à un litige en common law

[24] À l’origine, comme je l’ai mentionné plus haut, le privilège des communications liées au litige faisait partie du secret professionnel de l’avocat et il aurait eu, semble-t-il, le même effet que le privilège des consultations juridiques: les documents étaient exemptés en permanence de la divulgation, sauf si le client renonçait au privilège. Tel était l’état du droit applicable dans le contexte du gouvernement fédéral conformément à l’arrêt *Susan Hosiery Ltd*. Le principe a été décrit en termes clairs par le juge en chef de la Colombie-Britannique McEachern qui a dit, au nom de la majorité des juges, dans l’affaire *Hodgkinson v. Simms*, à la page 136:

[TRADUCTION] Il me semble donc que, même si, à des fins de clarté, le privilège comporte habituellement deux volets, à savoir a) les communications de nature confidentielle avec un client; b) le contenu du mémoire de l’avocat; en fait, il s’agit d’un privilège global qui permet au client de parler en toute confiance avec son avocat, à l’avocat d’effectuer les recherches et de réunir les documents nécessaires afin d’être en mesure de conseiller correctement son client et de lui offrir les services juridiques nécessaires sans que quiconque, notamment une partie adverse, puisse s’ingérer dans cette relation extrêmement confidentielle. [Non souligné dans l’original.]

[25] Earlier, at pages 133-134, he discarded as unhelpful any attempt to draw, as the American courts did, a distinction between solicitor-client privilege and the “lawyer’s work product”. Nor did he see the need to recognize a separate category of immunity against production. Indeed, in an article entitled “Privilege in Experts’ Working Papers” published at (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346, J. D. Wilson concludes at page 373 that the “United States’ approach to litigation privilege has resulted in a quagmire of litigation and an undesirable atmosphere of incomplete disclosure by clients to counsel in litigation that ought not to be contemplated in Canada”.

[26] This is not to say, however, that, in terms of substance and contents, there were not some recognized differences between the two branches of the same privilege. The exemption from disclosure of the lawyer’s brief or work product, as previously mentioned, was governed by the dominant purpose rule of pending or anticipated litigation. Contrary to the legal advice privilege where the protection offered to communications by a third party with a lawyer is limited, it applied to communications of a non-confidential nature between the solicitor and a third party, photocopies of unprivileged original documents as well as to documents which are not a conventional communication such as cheques, invoices, payments, etc.: see *Hodgkinson v. Simms*; R. J. Sharpe, “Claiming Privilege in the Discovery Process” published in *Law in Transition: Evidence, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984*, Toronto: DeBoo, 1984, page 163, at 164-165.

[27] Over time, no doubt under American influence, the rationale of the litigation privilege changed and that privilege asserted itself as a distinct and separate, but truncated, privilege. Speaking of the extension of that privilege, Sopinka, Lederman and Bryant, in *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992, at page 653, wrote:

[25] Plus tôt, aux pages 133 et 134, le juge a rejeté, en la qualifiant d’inutile, toute tentative de distinguer, à l’instar des tribunaux américains, entre le secret professionnel de l’avocat et la «documentation créée en vue d’une instance». Il n’a pas non plus jugé utile de reconnaître une catégorie distincte d’immunité contre la communication. D’ailleurs, dans un article intitulé «Privilege in Experts’ Working Papers» publié dans (1997), 76 *R. du B. can.* 346, J. D. Wilson a conclu, à la page 373, que l’approche [TRADUCTION] «américaine, pour ce qui concerne le privilège des communications liées à l’instance, a fini par entraîner un borbier de litiges et créer un climat à ce point malsain que les clients ne sont plus tout à fait francs avec leur avocat, situation dont on ne voudrait pas au Canada».

[26] Cela ne veut toutefois pas dire, pour ce qui concerne le fond et le contenu, qu’on ne reconnaissait aucune différence entre les deux volets du privilège. L’exemption du mémoire de l’avocat ou de la documentation créée en vue d’une l’instance, tel que susmentionné, était régie par le principe du «dominant purpose» [documents préparés principalement à l’occasion] du litige en cours ou prévu. Contrairement au privilège de la consultation en vertu duquel les communications entre une tierce partie et un avocat ne bénéficient que d’une protection limitée, l’exemption s’appliquait aux communications de nature non confidentielle entre l’avocat et une tierce partie, aux photocopies de documents originaux non privilégiés, ainsi qu’aux documents qui ne sont pas des communications au sens conventionnel du terme, notamment les chèques, factures et paiements: voir *Hodgkinson v. Simms*; R. J. Sharpe, «Claiming Privilege in the Discovery Process» publié dans *Law in Transition: Evidence, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984*, Toronto: DeBoo, 1984, page 163, aux pages 164 et 165.

[27] Au fil du temps, sans doute sous l’influence américaine, la justification du privilège des communications liées à un litige a changé: le privilège est devenu un privilège distinct, quoique diminué. En parlant de l’expansion du privilège, Sopinka, Lederman et Bryant ont dit, dans *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992, à la page 653:

Although this extension was spawned out of the traditional solicitor-client privilege, the policy justification for it differed markedly from its progenitor. It had nothing to do with client's freedom to consult privately and openly with their solicitor; rather it was founded upon our adversary system of litigation by which counsel control fact-presentation before the Court and decide for themselves which evidence and by what manner of proof they will adduce facts to establish their claim or defence, without any obligation to make prior disclosure of the material acquired in preparation of the case. Accordingly, it is somewhat of a misnomer to characterize this aspect of privilege under the rubric, (solicitor-client privilege), which has peculiar reference to the professional relationship between the two individuals. [Emphasis added.]

[28] In *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, at paragraphs 23-24, the Ontario Court of Appeal defined the litigation privilege as a practical means of assuring counsel a zone of privacy. In view of the modern trend towards complete discovery in litigation, the Court saw it as the area of privacy left after the current demands of discovery have been met. The privilege, Carthy J.A. said, is not sacrosanct and is not rooted, as is solicitor-client privilege, in the necessity of confidentiality in a relationship. Disagreeing with the majority reasons in *Hodgkinson*, he took a more restrictive view of the privilege in favour of discovery. At paragraph 41, he wrote: "the zone of privacy is thus restricted in aid of the pursuit of early exchange of relevant facts and the fair resolution of disputes". At paragraph 43, he concluded that "[w]hile solicitor-client privilege stands against the world, litigation privilege is a protection only against the adversary, and only until termination of the litigation". Therefore, in a litigation context, he saw no purpose in withholding information covered by the litigation privilege when the litigation had come to an end and the information was relevant in other proceedings.

[TRADUCTION] Même si l'expansion est née du privilège traditionnel qu'est le secret professionnel de l'avocat, la politique qui justifiait cette expansion était bien différente de celle de son précurseur. Elle n'avait rien à voir avec la liberté d'un client de consulter franchement et en privé son avocat; au contraire, elle était fondée sur notre système contradictoire dans lequel les avocats sont maîtres de la présentation des faits à la Cour et choisissent eux-mêmes les éléments de preuve qui seront produits, ainsi que leur mode de présentation dans le but d'établir leurs arguments ou moyens de défense, sans qu'ils soient obligés de communiquer, avant le procès, la preuve recueillie pendant la préparation de la cause. Par conséquent, c'est une erreur de qualifier cet aspect du privilège de secret professionnel de l'avocat qui vise principalement la relation professionnelle entre les deux personnes. [Non souligné dans l'original.]

[28] Dans *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, aux paragraphes 23 et 24, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que le privilège des communications liées à un litige était un moyen pratique d'assurer aux avocats une certaine zone de confidentialité. Aujourd'hui, on tend de plus en plus à demander la communication complète de la preuve dans un litige et, à cet égard, la Cour a conclu qu'il s'agissait d'une zone de confidentialité qui perdurait lorsque les exigences actuelles en matière de communication préalable avaient été respectées. Le privilège, selon le juge Carthy, J.C.A., n'est pas sacro-saint et ne repose pas, comme le secret professionnel de l'avocat, sur la nécessité de préserver le caractère confidentiel d'une relation. Le juge, en affirmant qu'il rejetait les motifs exprimés par la majorité des juges dans l'arrêt *Hodgkinson*, a adopté un point de vue plus restreint du privilège dans le but de favoriser la communication de la preuve. Il a écrit, au paragraphe 41: [TRADUCTION] «la zone de confidentialité est donc restreinte dans le but de favoriser la communication rapide des faits et le règlement équitable du conflit». Au paragraphe 43, il a conclu: [TRADUCTION] «alors que le privilège du secret professionnel de l'avocat est inattaquable, le privilège des communications liées à un litige n'est qu'une protection contre la partie adverse qui s'éteint à la fin du litige». Ainsi, dans un contexte litigieux, il était inutile, selon lui, de ne pas communiquer les renseignements visés par le privilège des communications liées à un litige alors que le litige était réglé et que les renseignements s'avéraient pertinents dans une autre instance.

[29] Doherty J.A. showed a willingness to go even further. He saw the litigation privilege “as a qualified one which can be overridden where the harm to other societal interests in recognizing the privilege clearly outweighs any benefit to the interest fostered by applying the privilege in the particular circumstances”: *Hodgkinson*, at paragraph 142. Rosenberg J.A. refused to endorse this kind of cost-benefit analysis in assessing the competing interests of privacy and disclosure because the balancing required by this approach would lead to unnecessary uncertainty and a proliferation of pre-trial motions in civil litigation: *Hodgkinson*, at paragraph 168.

[30] The need to distinguish between the two types of privilege and their rationales have also been recognized by the other courts in Canada and this Court in *Samson Indian Nation and Band*: see, for example, *Dupont Canada Inc. v. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] F.C.J. No. 1429 (T.D.) (QL), *per* Hugessen J.; *affd* (2000), 266 N.R. 366 (F.C.A.); *Belgravia Investments Ltd. v. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482 (F.C.T.D.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8 (F.C.T.D.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (F.C.T.D.); *Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36 (T.D.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20 (C.A.); *Chmara v. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326 (C.A.).

[31] I am satisfied that the solicitor-client privilege in section 23 of the Act includes the litigation privilege. It is not necessary for the purpose of this appeal to rule on the issue of the duration of the litigation privilege at the federal level generally or under the federal common law. The issue raised in the cross-appeal relates to the duration of the litigation privilege contained in section 23 of the Act. I now turn to this question.

[29] Le juge Doherty, J.C.A. s’est montré disposé à aller encore plus loin. Il a dit que le privilège des communications liées à un litige [TRADUCTION] «est un privilège relatif auquel on peut déroger si les effets négatifs du privilège sur les autres intérêts de la société l’emportent clairement sur l’effet positif de la reconnaissance du privilège dans les circonstances en cause»: *Hodgkinson*, au paragraphe 142. Le juge Rosenberg, J.C.A. a refusé d’approuver ce type d’analyse fondée sur les avantages et les inconvénients dans l’appréciation des intérêts contradictoires que sont la confidentialité et la divulgation. Il a dit que soupeser ces intérêts entraînerait une incertitude inutile et une pléthore de motions préalables au procès en matière civile: *Hodgkinson*, au paragraphe 168.

[30] La Cour, à l’instar d’autres tribunaux canadiens, a reconnu qu’il fallait distinguer entre les deux types de privilège et leur justification, notamment dans l’affaire *Nation et Bande des Indiens Samson*: voir, par exemple, *Dupont Canada Inc. c. Emballage St-Jean Ltée*, [1999] A.C.F. n° 1429 (1^{re} inst.) (QL), le juge Hugessen; confirmé à (2000), 266 N.R. 366 (C.A.F.); *Belgravia Investments Ltd. c. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 482 (C.F. 1^{re} inst.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 8 (C.F. 1^{re} inst.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 172 (C.F. 1^{re} inst.); *Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36 (1^{re} inst.); *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 153 Man. R. (2d) 20 (C.A.); *Chmara c. Nguyen* (1993), 85 Man. R. (2d) 227 (C.A.); *Opron Construction Co. v. Alberta* (1989), 100 A.R. 58 (C.A.); *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326 (C.A.).

[31] Je suis convaincu que le secret professionnel des avocats visé à l’article 23 de la Loi englobe le privilège des communications liées à un litige. Il n’est pas nécessaire, pour les fins du présent appel, de trancher la question de la durée du privilège des communications liées à un litige à l’échelon fédéral d’une manière générale ou en vertu de la common law fédérale. La question soulevée dans l’appel incident est celle de la durée du privilège des communications liées à un litige que prévoit l’article 23 de la Loi. Nous allons maintenant examiner cette question.

The duration of the litigation privilege under the Act

[32] In a recent decision, *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 (C.A.), at paragraph 8 [*Big Canoe*], leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed on May 15, 2003 [[2003] S.C.C.A. No. 31 (QL)], the Ontario Court of Appeal first reasserted its views that, at common law, the protection offered by the litigation privilege ends when the litigation is completed. This case is interesting for two reasons. It deals with a factual situation analogous, if not identical, to ours and it relates to a head of government's refusal to disclose a record subject to a litigation privilege. Like Mr. Blank, the requester was seeking access, but under the Ontario *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, to working papers and documents in a Crown's prosecutor file regarding an incident that had given rise to a prosecution, but that was thereafter the subject of private litigation.

[33] However, the Court then came to the conclusion that there was no temporal limit to the litigation privilege found in section 19 of the Ontario legislation. Section 19 reads:

19. A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

In other words, the statute did not incorporate the limit found at common law.

[34] Counsel for the respondent in the case at bar submits that the litigation privilege in section 23 of the Act is not subject to a temporal limit because the common law, at the time of coming into force in July 1983 of the Act enacted in 1982, included both the litigation and the legal advice privilege under

La durée du privilège des communications liées à un litige en vertu de la Loi

[32] Dans une récente décision, *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 (C.A.), au paragraphe 8 [ci-après *Big Canoe*], autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada rejetée le 15 mai 2003 [[2003] S.C.C.A. n° 31 (QL)], la Cour d'appel de l'Ontario a commencé par affirmer encore une fois que la protection que confère le privilège des communications liées à un litige en common law prend fin lorsque le litige est réglé. Cette affaire est intéressante pour deux raisons. Il s'agit de faits analogues, sinon identiques, aux faits qui nous occupent et d'une situation dans laquelle un responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer un dossier assujéti au privilège des communications liées à une instance. À l'instar de M. Blank, le demandeur sollicitait la communication, quoique en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, de documents, notamment de travail qui se trouvaient dans le dossier du procureur de la Couronne concernant un incident qui avait donné lieu à une poursuite pénale, mais qui, par la suite, avait entraîné une poursuite civile.

[33] Toutefois, la Cour a conclu que le privilège des communications liées à un litige visé à l'article 19 de la loi ontarienne n'était pas limité dans le temps. L'article 19 est ainsi libellé:

19. La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

Autrement dit, la loi ne reprenait pas la limite prévue par la common law.

[34] En l'espèce, l'avocat de l'intimé prétend que le privilège des communications liées à un litige visé à l'article 23 de la Loi n'est pas assujéti à une limite de temps au motif que, lors de l'entrée en vigueur, en juillet 1983, de la Loi édictée en 1982, la common law englobait tant le privilège du secret professionnel de

solicitor-client privilege and the exemption from disclosure was indefinite.

[35] I agree with counsel for the respondent that legal advice and litigation privilege were, at common law, one all-encompassing privilege offering the same protection in terms of duration when the Act came into force. That being said, I share the views, however, of both Carthy and Doherty J.J.A. in *Chrusz*, at paragraphs 28 and 145, that judicial decisions should be driven more by the modern realities of the conduct of litigation and discovery than by historic precedents born in a very different context, and that the law of privilege should be permitted to meet the evolving interests and priorities of the community. It may be that, in the context of civil litigation where disclosure is done in a better search for the truth, the litigation privilege has evolved to a stage where the privilege is quite relative and has a determined life span, although I am far from being convinced that death of the litigation privilege is automatic on the day the litigation comes to an end. As it will become evident when I discuss the status of the litigation privilege under section 23 of the Act, there are valid policy and public interest reasons which, even in civil litigation, could justify protection beyond the conclusion of the litigation. That question is not before us. What is before us is, in a general context not necessarily involving litigation, the disclosure of information that was prepared for or in contemplation of litigation. It is the benefit of the litigation privilege as understood in, and governed by, the Act. The Act pursues objectives that are different from litigation and, in my respectful view, the litigation privilege must be interpreted in a manner consonant with these objectives as well as with the obligations imposed upon and the rights given to governments and governments' officials.

[36] Whether it is for a matter of national security, efficiency, transparency, institutional memory or accountability, the government is required to keep records in the public interest. The Act grants a citizen a right of access to these records, subject to a number of exemptions.

l'avocat que celui de la consultation et que l'exemption avait une durée indéfinie.

[35] L'avocat de l'intimé a raison de dire qu'en common law, le privilège de la consultation juridique et celui des communications liées à un litige n'en faisaient qu'un et que ce privilège offrait la même protection pour ce qui concerne la durée au moment où la Loi est entrée en vigueur. Cela étant, je conviens toutefois, à l'instar des juges Carthy et Doherty, J.C.A. dans l'arrêt *Chrusz*, aux paragraphes 28 et 145, que les décisions judiciaires doivent être fondées sur les principes qui s'appliquent aujourd'hui en matière de litige et de divulgation préalable plutôt que sur les principes du passé qui sont nés dans un contexte fort différent et que le droit, en matière de privilège, devrait tenir compte des intérêts et priorités changeants de la collectivité. Il est possible que, dans le contexte d'un litige civil dans lequel la communication de la preuve a pour objet la recherche de la vérité, le privilège des communications liées à un litige soit devenu un privilège tout à fait relatif qui a une durée déterminée, mais je ne suis pas du tout convaincu que ce privilège prend automatiquement fin le jour où le litige est réglé devant les tribunaux. Comme cela apparaîtra clairement lors de l'examen de la question du statut du privilège des communications liées à un litige en vertu de l'article 23 de la Loi, il existe des motifs valables de politique et d'intérêt public qui, même dans un procès civil, pourraient justifier la protection des renseignements même après la conclusion du litige. La Cour n'est pas saisie de cette question. La question dont la Cour est saisie c'est, dans un contexte général qui ne comporte pas nécessairement un litige, la communication de renseignements qui ont été préparés à l'occasion ou en prévision d'une instance. Il s'agit du bénéfice du privilège des communications liées à un litige au sens de la Loi et selon la Loi. La Loi vise des objectifs qui se distinguent de ceux d'un litige et, avec égards, ce privilège doit être interprété en conformité avec ces objectifs, ainsi qu'avec les obligations et droits des gouvernements et de leurs représentants.

[36] Que ce soit pour des motifs de sécurité nationale, d'efficacité, de transparence, de mémoire ou de responsabilité institutionnelle, le gouvernement est tenu de conserver des dossiers dans l'intérêt public. La Loi confère au citoyen le droit d'avoir accès à ces dossiers, sous réserve de certaines exemptions.

[37] When it comes to disclosure of a record subject to solicitor-client privilege, section 23 of the Act statutorily provides the government with the benefit of that privilege. The section does not create the privilege, but, by statute, gives to heads of government institutions the protection against disclosure afforded by the privilege by giving them, in an Act which promotes and favours disclosure of information, the discretionary power to refuse disclosure of such record. The use of the word “may” instead of “shall” makes the provision a permissive rather than a mandatory exemption. It means, *a contrario*, that the head of a government institution can disclose a record which contains information subject to solicitor-client privilege. I confess that the wording of section 23 now appears to me somewhat strange in view of the actual status of solicitor-client privilege, especially the “legal advice” privilege, which has become a substantive right to non-disclosure “as close to absolute as possible”: see *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*. However, at the time of enacting the provision in 1982, solicitor-client privilege was still more a rule of evidence relating to admissibility than a substantive right against disclosure. The concept of substantive right was still in its period of infancy and the privilege was far from enjoying the absolutism that it does nowadays. In any event, we are concerned here with a challenge to a refusal to disclose pursuant to section 23, not a challenge to a willingness to disclose.

[38] The Motions Judge failed to recognize that section 23 grants a statutory protection which, as drafted in the Act, not only contains no temporal limit, but rules out any notion of an automatic time limit as applied by the judge. As previously mentioned, section 23 statutorily confers upon the head of a government institution what is, and has been termed, a discretionary or permissive exemption: see *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 C.T.C. 45 (F.C.T.D.), *per* Evans J.; *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268 (T.D.), *per* Heald J.; M. Drapeau and M.-A. Racicot, *Federal Access to*

[37] En ce qui concerne la communication d'un dossier assujéti au secret professionnel des avocats, l'article 23 de la Loi confère au gouvernement le bénéfice de ce privilège. L'article ne crée pas le privilège, mais la Loi confère aux responsables des institutions fédérales la protection contre la communication qu'offre le privilège en leur donnant, dans une Loi qui favorise et qui promeut la communication de renseignements, le pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer un tel document. Aux termes de la disposition, le responsable «peut», il ne «doit» pas; il s'agit donc d'une exemption facultative plutôt qu'obligatoire. Cela veut dire, *a contrario*, que le responsable d'une institution fédérale peut divulguer un document qui contient des renseignements assujétis au secret professionnel de l'avocat. Je reconnais que les termes de l'article 23 me semblent maintenant quelque peu étonnants compte tenu de l'état actuel du secret professionnel de l'avocat, surtout le privilège de la consultation juridique qui est devenu un droit fondamental «quasi absolu» à la non-communication: voir *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*. Toutefois, quand la disposition a été édictée en 1982, le secret professionnel de l'avocat était davantage une règle en matière d'admissibilité de la preuve qu'un droit fondamental à la non-communication. La notion de droit fondamental était toute nouvelle et le privilège était loin d'être aussi absolu qu'aujourd'hui. Quoi qu'il en soit, la question qui nous concerne en l'espèce est celle de la contestation du refus de communiquer des renseignements en vertu de l'article 23, plutôt qu'une contestation de la volonté de communiquer.

[38] Le juge des requêtes n'a pas reconnu que l'article 23 confère une protection législative qui, selon les termes de la Loi, est non seulement illimitée dans le temps mais exclut toute limite de temps automatique tel qu'appliquée par le juge. Tel que mentionné plus haut, l'article 23 confère au responsable d'une institution fédérale un droit appelé exemption discrétionnaire ou facultative: voir *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.T.C. 45 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Evans; *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268 (1^{re} inst.), le juge Heald; M. Drapeau et M.-A. Racicot, *Federal Access to*

Information and Privacy Legislation Annotated 2004, Toronto: Carswell, 2003, at pages 637, 642. “The head of a government institution may refuse to disclose”, the provision says. This discretionary exemption is simply incompatible with a conclusion that the litigation privilege automatically ceases to exist with the end of the litigation and, therefore, that the material has to be released. To conclude, as the Motions Judge did, that the material must be released under section 23 because the litigation has ended is to nullify the protection accorded by the discretionary exemption.

[39] For all practical purposes, it either negates the very discretion granted by the provision or it severely restricts it through a rewriting of the provision whereby the discretion lasts only the time of the litigation. I can neither read such words in the existing provision nor find a legislative intent to that effect.

[40] With respect, the Motions Judge failed to properly construe and interpret the Act and section 23 in particular. He ignored the teachings of this Court in *Stevens v. Canada* and *Blank v. Canada*, to the effect that the discretionary decision to disclose is not done according to the common law, but rather “is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions”: see also *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.

[41] There are also policy and public interest considerations which indicate to me that Parliament intended the exemption from disclosure contained in section 23 to be an effective one and one which is governed by the exercise of a legally reviewable discretion rather than sheer automatism. These policy considerations actually guide the exercise of discretion by heads of government institutions.

[42] First, the federal government, although not alone in such a position since large-scale companies and employers may also face the same problem, is not an ordinary litigant. It is composed of numerous boards and agencies which may be the subject of recurrent lawsuits.

Information and Privacy Legislation Annotated 2004, Toronto: Carswell, 2003, aux pages 637 et 642. La disposition précise: «Le responsable d'une institution fédérale peut refuser de communiquer». Cette exemption discrétionnaire est tout simplement incompatible avec la conclusion selon laquelle le privilège des communications liées à un litige cesse automatiquement d'exister à la fin de l'instance et, par conséquent, que les documents doivent être divulgués. Conclure, comme l'a fait le juge des requêtes, que les documents doivent être communiqués en vertu de l'article 23 au motif que le litige a pris fin, a pour effet d'annuler la protection conférée par l'exemption discrétionnaire.

[39] À toutes fins pratiques, la décision nie le pouvoir discrétionnaire conféré par la disposition ou limite considérablement ce pouvoir en réécrivant la disposition de manière à ce que le pouvoir discrétionnaire ne dure que le temps de l'instance. Je ne saurais interpréter de la sorte la disposition existante ni conclure à une quelconque intention semblable de la part du législateur.

[40] Avec égards, le juge des requêtes a mal interprété la Loi, et l'article 23 en particulier. Il n'a pas tenu compte des principes énoncés par la Cour dans les arrêts *Stevens c. Canada* et *Blank c. Canada*, à savoir que la décision discrétionnaire de communiquer n'est pas prise selon la common law mais plutôt «dans le contexte de la Loi accompagnée de ses présuppositions philosophiques»: voir également *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.

[41] En outre, des questions de politique et d'intérêt public me portent à croire que le législateur voulait que l'exemption de la communication prévue par l'article 23 soit efficace, qu'elle soit assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire susceptible de révision et qu'elle ne soit pas qu'un simple automatisme. En fait, ces questions de politique guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les responsables des institutions fédérales.

[42] Tout d'abord, le gouvernement fédéral, s'il n'est pas seul à faire face à cette situation puisque les sociétés importantes et leurs employés peuvent également se trouver aux prises avec le même problème, n'est néanmoins pas une partie ordinaire. Le gouvernement

Its field of action and intervention is widespread, both nationally and internationally, thereby multiplying the avenues for litigation. This means that a cause of action against one agency can be later reasserted by numerous other litigants against the same agency or other agencies or boards of the government. The government is entitled to develop, in the public interest which, contrary to private companies, it must defend, a legal policy and strategy towards the conduct of these litigations. Automatic and uncontrolled access to the government lawyer's brief, once the first litigation is over, may impede the possibility of effectively adopting and implementing such policy or strategy. It would give opponents or adversaries access to the government agency's mind and legal strategy, the very thing that the litigation privilege is directed at preventing. It would defeat, in subsequent litigation involving the same or substantially the same cause of action, the objective pursued by the litigation privilege.

[43] Indeed, the U.S. Supreme Court in *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983) raised this spectre when it concluded, under the *American Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982), that whether the litigation privilege is absolute or qualified, a protected document cannot be said to be subject to routine disclosure.

[44] In a concurring opinion, supported by Blackmun J., at paragraph 30, Brennan J. wrote:

The Court of Appeals is doubtless correct in its view that the need to protect attorney work product is at its greatest when the litigation with regard to which the work product was prepared is still in progress; but it does not follow that the need for protection disappears once that litigation (and any "related" litigation) is over. The invasion of "[an] attorney's thoughts, heretofore inviolate," and the resulting demoralizing effect on the profession, are as great when the invasion takes place later rather than sooner. More concretely, disclosure of work product connected to prior litigation can cause real harm to the interests of the attorney and his client even after the controversy in the prior litigation is resolved. Many

regroupe plusieurs commissions et organismes qui peuvent faire l'objet de poursuites susceptibles de se répéter. Son champ d'action et d'intervention est très large, tant sur le plan national que sur le plan international, et sa situation multiplie les occasions de litiges. Ainsi, une cause d'action contre un organisme peut par la suite être invoquée par plusieurs autres parties contre le même organisme ou contre d'autres organismes ou commissions du gouvernement. Le gouvernement a le droit d'élaborer, dans l'intérêt public qu'il doit, contrairement aux sociétés privées, défendre, une politique et une stratégie juridiques en matière de litige. L'accès libre et automatique au mémoire de l'avocat du gouvernement, une fois le litige terminé, pourrait entraver l'adoption et la mise en œuvre efficace d'une telle politique ou stratégie. Cela permettrait aux opposants et aux adversaires d'avoir accès à la pensée et à la stratégie juridiques de l'organisme, situation que le privilège des communications liées à un litige a pour objet d'éviter. Cela ferait échec, dans les litiges subséquents concernant la même cause d'action ou une cause d'action très semblable, à l'objet visé par le privilège des communications liées à un litige.

[43] D'ailleurs, la Cour suprême des États-Unis, dans *Federal Trade Commission et al. v. Grolier Inc.*, 462 U.S. 19 (1983), a soulevé cette possibilité inquiétante quand elle a conclu que, en vertu de la *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C.S. § 552 (1982), peu importe que le privilège des communications liées à un litige soit absolu ou relatif, un document privilégié ne peut faire l'objet d'une communication systématique.

[44] Dans une opinion concordante, à laquelle le juge Blackmun a adhéré, le juge Brennan a écrit, au paragraphe 30:

[TRADUCTION] Certes, la Cour d'appel a raison de dire que la nécessité de protéger la documentation créée en vue d'une instance par l'avocat s'impose davantage pendant que l'instance se déroule; cela ne veut pas dire toutefois que le privilège n'est plus utile une fois le litige (ou un litige «lié») terminé. La violation de [TRADUCTION] «la pensée, jusqu'alors inviolable de l'avocat», ainsi que son effet démoralisateur sur la profession sont tout aussi importants, que la violation ait lieu à la fin du processus plutôt qu'au début. Plus concrètement, la communication de la documentation créée en vue d'une instance antérieure peut nuire énormément aux intérêts de l'avocat et de son client même lorsque le différend

Government agencies, for example, deal with hundreds or thousands of essentially similar cases in which they must decide whether and how to conduct enforcement litigation. Few of these cases will be “related” to each other in the sense of involving the same private parties or arising out of the same set of historical facts; yet large classes of them may present recurring, parallel factual settings and identical legal and policy considerations. It would be of substantial benefit to an opposing party (and of corresponding detriment to an agency) if the party could obtain work product generated by the agency in connection with earlier, similar litigation against other persons. He would get the benefit of the agency’s legal and factual research and reasoning, enabling him to litigate “on wits borrowed from the adversary.” Worse yet, he could gain insight into the agency’s general strategic and tactical approach to deciding when suits are brought, how they are conducted, and on what terms they may be settled. Nor is the problem limited to Government agencies. Any litigants who face litigation of a commonly recurring type—liability insurers, manufacturers of consumer products or machinery, large-scale employers, securities brokers, regulated industries, civil rights or civil liberties organizations, and so on—have an acute interest in keeping private the manner in which they conduct and settle their recurring legal disputes. Counsel for such a client would naturally feel some inhibition in creating and retaining written work product that could later be used by an “unrelated” opponent against him and his client. Counsel for less litigious clients as well might have cause for concern in particular cases; fear of even one future “unrelated” but similar suit might instill an undesirable caution, and neither client nor counsel can always be entirely sure what might lie over the horizon. This is precisely the danger of “[inefficiency,] unfairness[,] . . . sharp practices” and demoralization that *Hickman* warned against. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[45] Furthermore, in a case like ours where, for the purpose of a related civil action, access is sought to the Crown brief and file in a criminal prosecution, public interest dictates a measured, prudent and responsible approach to the release of any information from that file or brief. A Crown brief or file may contain a wide variety of documents or information. In *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746 (Div. Ct.), the plaintiff D.P. sued in damages Wagg who had been charged with an alleged sexual assault. The charges were later stayed. In the course of her civil action, she sought production of

qui faisait l’objet du litige est réglé. Par exemple, plusieurs organismes gouvernementaux participent à des centaines, voire à des milliers d’affaires semblables dans lesquelles ils doivent décider s’il y a lieu d’intenter une poursuite pour faire respecter la loi et la manière dont la poursuite sera menée. Un très petit nombre de ces poursuites sont «liées» à d’autres en ce sens qu’il s’agirait des mêmes parties privées ou des mêmes faits historiques; néanmoins, un grand nombre de catégories d’affaires peuvent présenter des situations de fait semblables et répétitives et soulever des questions juridiques et politiques identiques. Il serait fort utile pour une partie adverse (et fort préjudiciable pour l’organisme) d’obtenir les documents préparés par l’organisme en rapport avec une poursuite antérieure semblable contre d’autres personnes. La partie bénéficierait de la recherche factuelle et juridique de l’organisme ce qui lui permettrait de mener l’instance en se servant [TRADUCTION] «des capacités intellectuelles de l’adversaire». Pire encore, elle pourrait avoir un aperçu de la stratégie générale de l’organisme et de l’approche qu’il applique quand il choisit les actions à intenter, la procédure à suivre et les conditions de règlement. En outre, le problème n’est pas limité aux organismes gouvernementaux. Toute partie à un litige de type répétitif, assureurs en responsabilité civile, fabricants de produits de consommation ou de machinerie, grands employeurs, courtiers en valeurs mobilières, industries réglementées, organismes des droits civils ou des libertés civiles notamment ont tout intérêt à cacher la manière dont ils mènent et règlent les litiges qui reviennent fréquemment. L’avocat d’un tel client hésiterait naturellement à créer et à conserver des documents susceptibles d’être utilisés par la suite par une partie adverse étrangère contre lui et contre son client. L’avocat d’un client moins enclin à avoir recours aux litiges pourrait également s’inquiéter dans certaines situations; la crainte d’une seule poursuite future semblable quoique «non liée» pourrait lui inspirer une certaine prudence et il est impossible de prédire l’avenir. Voilà précisément le danger de [TRADUCTION] «[l’inefficacité,] l’injustice[,] . . . de la tromperie» et de la démoralisation contre lesquelles l’arrêt *Hickman* nous prévient. [Non souligné dans l’original; notes omises.]

[45] En outre, dans une affaire comme celle qui nous occupe où, pour les fins d’un procès civil apparenté, on demande la communication du mémoire et du dossier de la Couronne dans une poursuite pénale, il faut, dans l’intérêt public, faire preuve de prudence, de responsabilité et de mesure dans la communication de renseignements tirés de ce dossier ou de ce mémoire. Un mémoire ou un dossier de la Couronne peut contenir une grande variété de documents ou d’information. Dans *P. (D.) v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746 (C. div.), la plaignante, D.P., avait intenté une poursuite en

the Crown disclosure brief to the accused. The Ontario Divisional Court rejected both an absolute standard prohibiting disclosure and production, and a blanket rule requiring production of a Crown brief on the simple ground of relevance because such rule fails to take into account other public interest considerations. On the issue of the content of a Crown brief, Blair R.S.J. wrote, at paragraph 23:

The Crown Brief may be comprised of a myriad of documents as varied as the fact situations underlying criminal prosecutions. Just to list some examples, the Brief may contain such documents and information as “will say” summaries of potential witnesses’ testimony, actual statements of witnesses and others, statements of the accused and the complainant, sensitive information about police informants and witnesses, incident reports, statements of police officers, police officers’ notes, photographs, videos, expert reports, wiretap evidence, surveillance reports, DNA orders and records and many other kinds of information. Given the infinitely varied contents of Crown Briefs, the nature of those contents, the requirement to protect the identities of certain witnesses and police informants, the need to guard the privacy and protection concerns of third party sources of information (such as child care agencies, support organizations, medical doctors, psychiatrists, psychologists, etc.), the production and possibly broadened dissemination of Crown Brief materials raises an infinite variety of potential and in many ways unforeseeable problems and considerations that need to be weighed.

[46] Statements found in the Crown file may have been given to the police by witnesses under an understanding of confidentiality. Or a statement may have been obtained in violation of 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 and may be inadmissible in the criminal trial: see *Wagg*, at paragraph 67 and ff. where the statement was obtained in violation of the accused’s right to counsel.

dommages-intérêts contre Wagg dont il était allégué qu’il était coupable d’agression sexuelle. Les accusations portées contre ce dernier avaient, par la suite, été suspendues. Pendant la poursuite civile, D.P. a demandé que le mémoire de divulgation de la preuve préparé par le procureur de la Couronne à l’intention de l’accusé lui soit communiqué. La Cour divisionnaire de l’Ontario a rejeté tant une norme absolue interdisant la communication et la production qu’une règle générale exigeant la production d’un mémoire de la Couronne au motif tout simplement de sa pertinence puisque cette règle ne tiendrait pas compte d’autres questions d’intérêt public. Sur la question du contenu d’un mémoire de la Couronne, le juge Blair, J.P.R., a écrit, au paragraphe 23:

[TRADUCTION] Le mémoire de la Couronne peut contenir une myriade de documents tout aussi diversifiés que les situations de fait qui se présentent en matière pénale. Le mémoire peut contenir, par exemple, divers documents et renseignements tels que des résumés de témoignages anticipés, des exposés de fait, notamment des témoins potentiels, des déclarations de l’accusé et du plaignant, des renseignements confidentiels concernant les informateurs de police et les témoins, des rapport d’incidents, des déclarations et les notes d’agents de police, des photographies, vidéos, rapports d’experts, des preuves d’écoute électronique, rapports de surveillance, ordonnances en vue de l’obtention de l’ADN, ordonnances et dossiers ainsi que bien d’autres types de renseignements. À cause du contenu très divers des mémoires de la Couronne, de sa nature, de la nécessité de protéger l’identité de certains témoins et informateurs de police, de l’obligation de tenir compte des préoccupations en matière de protection de la vie privée et des renseignements provenant de tierces parties (notamment les organismes d’aide à l’enfance, organismes d’aide, médecins, psychiatres, psychologues), la communication et la dissémination possible des documents provenant de mémoires de la Couronne soulèvent nombre de problèmes et de questions éventuels et imprévisibles qu’il faut prendre en compte.

[46] Les témoins qui ont fait les déclarations qui se trouvent dans le dossier de la Couronne ont peut-être exigé qu’elles demeurent confidentielles. Ou encore, une déclaration a peut-être été obtenue en violation 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]] ce qui la rendrait inadmissible dans un procès pénal: voir *Wagg*, aux paragraphes 67 et suivants dans lequel la déclaration

[47] Public safety, the privacy interests of victims or witnesses, protection of sources and police informants, protection of Charter rights and freedoms, protection of the integrity of the administration of the criminal justice system are all values to be assessed in determining whether documents in the Crown file could be released for collateral use in other proceedings: see the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*, Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1993, at pages 180-181 where the Committee refers to examples where disclosure of the Crown brief in a case of alleged sexual assault resulted in the statement of a child complainant being circulated at the complainant's school, and disclosure of statements of potential Crown witnesses in penitentiary investigations ended up posted on bulletin boards to be perused by the general inmate population.

[48] In *Big Canoe*, which, it bears repeating, involved an access to information request, the Ontario Court of Appeal recognized that there are situations where the interests of public knowledge and access to information are overbalanced by other concerns. In that case, it expressed its fear that opening prosecution files could potentially enable criminals to educate themselves on police and prosecution tactics as well as have a chilling effect on the witnesses' willingness to cooperate or on the police's frankness with prosecutors: see paragraph 14 of the decision.

[49] In *Wagg*, the Divisional Court, at paragraph 36, advocated the "need for a screening mechanism to ensure that the public interest in maintaining the integrity of the criminal investigatory and prosecutorial system is protected before production of the contents of the Crown Brief is effected". The discretion conferred, in section 23 of the Act, upon the head of a government institution can be easily understood when one bears in mind all these

avait été obtenue en violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat.

[47] La sécurité publique, les intérêts des victimes et des témoins en matière de protection de la vie privée, la protection des sources et des informateurs de la police, des droits et libertés garantis par la Charte et de l'intégrité de l'administration du système de justice pénale sont autant de valeurs qu'il faut évaluer en décidant si les documents qui se trouvent dans le dossier de la Couronne doivent être communiqués à d'autres fins, dans une autre instance: voir le *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charges, Screening, Disclosure and Resolution Discussions*, Toronto: Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1993, aux pages 180 et 181, rapport dans lequel le Comité mentionne des exemples de communication du mémoire de la Couronne: dans une affaire d'allégation d'agression sexuelle, la déclaration de l'enfant plaignant qui avait été communiquée a été distribuée dans son établissement scolaire; les déclarations de témoins potentiels de la Couronne dans des enquêtes pénitentiaires qui avaient été divulguées ont été affichées au babillard de l'établissement pénitentiaire de sorte que toute la population carcérale pouvait les lire.

[48] Dans l'affaire *Big Canoe*, qui, rappelons-le, portait sur une demande d'accès à l'information, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que, dans certaines situations, d'autres préoccupations l'emportent sur des questions de connaissance du public et d'accès à l'information. Dans cette affaire, la Cour a dit qu'elle craignait que si les dossiers de la poursuite étaient accessibles, les criminels pourraient se renseigner sur les tactiques policières et des poursuivants, les témoins pourraient hésiter à collaborer et les agents de police pourraient parler moins ouvertement aux poursuivants: voir le paragraphe 14 de la décision.

[49] Dans *Wagg*, la Cour divisionnaire, au paragraphe 36, a défendu la [TRADUCTION] «nécessité d'un mécanisme d'examen pour assurer que l'intérêt public, qui consiste à maintenir l'intégrité du système d'enquête criminelle et de poursuite, est protégé avant que soit communiqué le contenu du mémoire de la Couronne». Le pouvoir discrétionnaire que confère l'article 23 de la Loi au responsable d'une institution fédérale se comprend

policy considerations and competing values that the government has to take into account, in the public interest, when assessing whether the information in a Crown brief can be released. The exercise of that discretion operates under the Act as a necessary screening mechanism subject to judicial review.

[50] In conclusion, I am of the view that the protection given by the litigation privilege, in section 23 of the Act, is neither necessarily perpetual nor necessarily non-existent once the litigation in respect of which the privilege has been invoked has come to an end. There will be some instances where the protection will be perpetual and there will be others where the release of the information sought will be necessary to achieve justice in a subsequent proceeding. There is no routine disclosure under section 23 of the Act. Disclosure is discretionary. The release or withholding of the record or information will depend on the facts and circumstances of each case. The head of a government institution must exercise his or her discretion properly and according to law. The exercise of that discretion, as is often the case, will involve a balancing of the competing interests in issue and a screening of the information or record accordingly. The role of this Court in reviewing the exercise of discretion by heads of government institutions is not to second guess them and to substitute its views for theirs. It is “merely to review on administrative law grounds the legality of the exercise of that discretion by the Minister, in light of the overall purpose of the statute and the particular exemption”: see *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245 (T.D.), at paragraph 19.

[51] Since writing my reasons, I have had the benefit of reading those of my colleague Pelletier J.A. I would like to make a short comment on two issues that they contain: his distinguishing the decision of the Ontario Court of Appeal in the *Big Canoe* case and his argument based on the difference in the wording of section 23 of

bien si on songe à toutes ces questions de politique et de valeurs contradictoires dont le gouvernement doit tenir compte, dans l'intérêt public, en décidant si les renseignements contenus dans un mémoire de la Couronne peuvent être communiqués. Ce pouvoir discrétionnaire s'exerce en vertu de la Loi comme mécanisme d'examen nécessaire qui est susceptible de révision judiciaire.

[50] En conclusion, je suis d'avis que la protection que confère le privilège des communications liées à un litige, à l'article 23 de la Loi, n'est ni nécessairement perpétuelle ni nécessairement inexistante lorsque l'instance à l'égard de laquelle le privilège a été invoqué, prend fin. Dans certaines instances, la protection sera perpétuelle et dans d'autres, la communication des renseignements demandés sera nécessaire pour les fins de la justice dans une instance subséquente. L'article 23 ne permet aucune divulgation automatique. Il s'agit d'une décision discrétionnaire. La communication du dossier ou des renseignements aura lieu selon les faits et les circonstances propres à chaque affaire. Le responsable d'une institution fédérale doit exercer correctement son pouvoir discrétionnaire, en conformité avec la loi. Dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, comme c'est souvent le cas, il faut tenir compte des intérêts contradictoires en cause et effectuer l'examen des renseignements ou du dossier en conséquence. Le rôle de la Cour en matière de révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les responsables d'institutions fédérales n'est pas de deviner leurs intentions ni de remplacer leurs opinions par les siennes. Le rôle de la Cour consiste uniquement à «déterminer en fonction des principes de droit administratif la légalité de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire par le ministre, à la lumière de l'objet général de la loi et de l'exception particulière»: voir *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1^{re} inst.), au paragraphe 19.

[51] Depuis la rédaction des présents motifs, j'ai eu l'occasion de lire l'opinion de mon collègue, le juge Pelletier, J.C.A. J'aimerais m'exprimer brièvement sur deux questions soulevées: le juge Pelletier, J.C.A. fait une distinction entre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Big Canoe* et la présente affaire et son

the Act and section 19 of the Ontario access to information legislation.

[52] In coming to his conclusion on the application of section 23 of the Act, my colleague draws comfort from the different wording of section 19 of the Ontario access legislation and on that basis, erroneously in my view, distinguishes the position taken by the Ontario Court of Appeal in *Big Canoe*, where, it should be recalled, that Court found that there was no temporal limit in section 19 of the Ontario legislation. Perhaps the easiest and clearest answer to my colleague's conclusion based on the different wording of the two provisions can be found in this simple reality.

[53] Section 23 of the Act intends to protect from disclosure some records. It has to identify what these records are. There are at least two ways of doing it. One, and this is the approach taken by section 23 in 1982, is to refer generally to information subject to solicitor-client privilege without giving any specifics as to the content of the generic words (solicitor-client) used. The other, which is the approach taken by section 19 of the Ontario access to information legislation, proceeds to describe the very content of the privilege. These two approaches are merely two different ways of describing the same reality, to wit, the two legislations protect information subject to litigation privilege. What is information subject to litigation privilege? It is information that was prepared for or in contemplation of a litigation. Thus, in applying section 23 of the Act, the question to be asked is: was the information prepared for or in contemplation of a litigation? If the answer is yes, that information is subject to the litigation privilege subsumed in the words "solicitor-client privilege" and the head of a government institution may refuse to disclose it.

[54] My colleague seems to believe that the records protected by section 19 of the Ontario legislation, which

argument est fondé sur la différence entre les termes de l'article 23 de la Loi et ceux de l'article 19 de la loi ontarienne sur l'accès à l'information.

[52] En tirant sa conclusion sur l'application de l'article 23 de la Loi, mon collègue s'appuie sur le fait que l'article 19 de la loi ontarienne sur l'accès de l'information contient des termes différents et c'est pour cette raison, à tort selon moi, qu'il fait une distinction avec la position prise par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Big Canoe*, affaire dans laquelle, il faut le rappeler, la Cour a conclu que l'article 19 de la loi ontarienne ne prévoyait aucune limite de temps. Il se peut que la réponse la plus facile et la plus claire à la conclusion de mon collègue, laquelle est fondée sur les termes différents des deux dispositions, se trouve tout simplement dans les faits.

[53] L'article 23 de la Loi a pour objet de protéger certains documents contre leur divulgation. La Loi doit préciser ces documents. Cette précision peut se faire de deux manières. Premièrement, et c'est l'approche adoptée par l'article 23 en 1982, il s'agit de tous les documents qui contiennent des renseignements assujettis au secret professionnel entre l'avocat et son client sans que soit précisé le sens des termes (avocat-client). L'autre approche, qui est celle adoptée par l'article 19 de la loi de l'Ontario sur l'accès à l'information, consiste à décrire le contenu même du privilège. Ces deux approches ne sont que deux manières différentes de décrire une même réalité. C'est-à-dire que les deux lois protègent les renseignements assujettis au privilège des communications liées à une instance. Quels sont les renseignements assujettis au privilège des communications liées à une instance? Ce sont les renseignements préparés à l'occasion ou en prévision d'une instance. Ainsi, en appliquant l'article 23 de la Loi, il faut se demander si les renseignements avaient été préparés en prévision ou à l'occasion d'une instance. Le cas échéant, ces renseignements sont assujettis au privilège des communications liées à une instance qui fait partie du «secret professionnel de l'avocat» et le responsable d'une institution fédérale peut refuser de les communiquer.

[54] Mon collègue semble croire que les documents protégés par l'article 19 de la loi ontarienne qui, en fait,

in fact correspond to records subject to litigation privilege, are not privileged records, but records that were prepared in circumstances which would give rise to a claim of privilege. That is why, in his view, there is no temporal limitation in section 19 of the Ontario legislation.

[55] With due respect, I think this is a distinction without a foundation because, in order to determine whether a record falls into the category of privileged records, one must look at the nature of the information contained in these records and the circumstances under which it was obtained or prepared: was it a communication? was it a communication in confidence to lawyer? was the material related to an existing litigation? was it prepared in contemplation of that litigation? etc.

[56] Finally, and I do not want to repeat myself, but the position taken by my colleague leads to disturbing results not only that Parliament did not wish, but that Parliament precisely wanted to avoid by enacting section 23 of the Act. The Ontario Court of Appeal has already expressed its concerns in the *Big Canoe* case about criminals accessing the Crown's file and refused such access. The same concern certainly exists with federal prosecutions relating to serious crimes such as the international trafficking in drugs and conspiracy to import such drugs. If release is automatic upon termination of the prosecution, anybody can access the Crown's file and the information therein that is subject to litigation privilege, that is to say, information that was prepared for or in contemplation of that prosecution.

[57] Furthermore, the access to information route will become the way to circumvent in civil litigation any restriction on disclosure imposed by civil rules of procedure which are not uniform across Canada. A would-be litigant simply needs to delay his lawsuit until he has obtained, through access to information, the lawyer's brief and the litigation strategy developed by the federal government or authorities in the public or

sont les documents assujettis au privilège des communications liées à une instance, ne sont pas des documents privilégiés, mais des documents qui ont été préparés dans des circonstances susceptibles de donner lieu à un privilège. C'est pourquoi, à son avis, l'article 19 de la loi ontarienne ne prévoit aucune limite temporelle.

[55] Avec égards, j'estime que cette distinction n'est pas fondée puisque, pour déterminer si un document est privilégié, il faut examiner la nature des renseignements qui s'y trouvent et les circonstances dans lesquelles ils ont été obtenus ou préparés. Il faut se demander notamment s'il s'agissait d'une communication, si cette communication avait été faite en confidence à l'avocat, si les documents étaient liés à une instance en cours ou avaient été préparés en prévision d'une instance.

[56] Enfin, et je ne veux pas me répéter, mais la position adoptée par mon collègue entraîne des résultats inquiétants non seulement que le législateur n'a pas souhaités mais encore que le législateur voulait éviter en adoptant l'article 23 de la Loi. La Cour d'appel de l'Ontario a déjà exprimé ses préoccupations dans l'affaire *Big Canoe* concernant l'accès, par les délinquants, au dossier de la Couronne et le refus de leur accorder cet accès. La même préoccupation existe très certainement dans les poursuites fédérales concernant des crimes graves, notamment le trafic international de stupéfiants et le complot en vue de l'importation de ces stupéfiants. Si la communication est automatique à la fin de la poursuite, tout un chacun pourra obtenir le dossier de la Couronne et les renseignements qui s'y trouvent qui sont assujettis au privilège des communications liées à une instance, c'est-à-dire des renseignements qui ont été préparés pour les fins de la poursuite.

[57] En outre, la voie de l'accès à l'information sera celle qui permettra de se soustraire, dans une poursuite civile, à tout empêchement à la communication qu'imposent les règles de la procédure civile et qui ne sont pas les mêmes partout au Canada. Une partie à un litige éventuel n'aurait qu'à repousser sa poursuite jusqu'à l'obtention, par le truchement de l'accès à l'information, du mémoire de l'avocat, ainsi que la

national interest.

[58] In the end, section 23 of the Act is severely undermined and amputated by the approach taken by my colleague with respect to information subject to litigation privilege, all of this without due regard to the true spirit, intent and meaning of the provision and of the Act. It also entails a misapprehension of the findings of this Court in *Stevens* and *Blank*. At the time of enacting section 23, the legislative intent was to exempt from disclosure records containing information subject to solicitor-client privilege. As I have already mentioned, litigation privilege was subsumed into solicitor-client privilege. I am leaving aside the issue of the legal advice privilege, except to say that the legislative intent was to protect from disclosure information which acquired the status of privilege. The legislative intent under the Act was to leave the initial determination of the privilege nature of the information to the common law, but, once the determination is made that the information is privileged, to leave the issue of its release to the terms of the Act as contained in section 23. The release under the Act was not to be governed by the common law as my colleague, in fact, does here.

Whether the cross-appeal should be allowed and the refusal to disclose the Crown brief and file maintained

[59] For the reasons that I have given, I would allow the cross-appeal and rule that the Motions Judge erred when he concluded that the protection afforded by the litigation privilege in section 23 of the Act automatically ceased to exist when the litigation to which the record relates expired. I would also rule that he erred when he ordered that, as a consequence of the litigation coming to an end, the records be released. Therefore, I would set aside the part of his decision which so orders.

stratégie en matière de litige adoptée par le gouvernement ou les autorités fédérales dans l'intérêt du public ou dans l'intérêt national.

[58] En fin de compte, l'article 23 de la Loi est grandement affaibli et amputé par l'approche adoptée par mon collègue pour ce qui concerne les renseignements assujettis au privilège des communications liées à une instance. Son approche ne tient pas dûment compte de l'esprit, de l'intention et du sens véritables de la disposition et de la Loi. Il s'agit également d'une appréciation erronée des conclusions de la Cour dans *Stevens et Blank*. Lors de la promulgation de l'article 23, le législateur avait l'intention d'exempter de la communication les documents contenant des renseignements assujettis au secret professionnel de l'avocat. Comme je l'ai déjà mentionné, le privilège des communications liées à une instance faisait partie du secret professionnel de l'avocat. Je ne mentionnerai pas la question du privilège des consultations juridiques sauf pour dire que le législateur voulait protéger contre leur divulgation, les renseignements privilégiés. Le législateur voulait, au moyen de la Loi, que la common law s'applique pour décider si un renseignement était privilégié, mais qu'une fois la décision prise, que la communication du renseignement soit décidée conformément à l'article 23 de la Loi. La communication de renseignements en vertu de la Loi ne devait pas être régie par la common law comme le voudrait mon collègue dans ses motifs.

L'opportunité d'accueillir l'appel incident et de maintenir le refus de communiquer le mémoire et le dossier de la Couronne

[59] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel incident et je déciderais que le juge des requêtes a commis une erreur quand il a conclu que la protection que confère le privilège des communications liées à une instance selon l'article 23 de la Loi cesse automatiquement d'exister quand le litige auquel le dossier se rapporte prend fin. Je déciderais également qu'il a commis une erreur quand il a ordonné que, parce que le litige avait pris fin, les documents devaient être communiqués. Par conséquent, j'annulerais la partie de la décision qui contient l'ordonnance.

[60] This conclusion leaves open three related issues that I now have to address:

(a) whether the Office properly exercised its discretion to refuse disclosure;

(b) whether the Motions Judge erred in not setting aside the privilege on account of criminal behaviour by the Crown; and

(c) whether the records subject to the privilege can be severed pursuant to section 25 of the Act.

(a) Whether the Office properly exercised its discretion to refuse disclosure

[61] As previously mentioned, Mr. Blank took the position throughout these proceedings that access to the privileged records existed as of right when the litigation expired. Counsel for the respondent took a diametrically opposite view: an absolute and indefinite prohibition against disclosure of these records. The parties engaged the debate on disclosure on an all-or-nothing basis. I can find in the Motions Judge's decision, who espoused Mr. Blank's position, no discussion or analysis about an exercise of discretion by the Office, let alone a proper or an improper one. No evidence was adduced on that issue, except that we know that the Commissioner reviewed the records and the claim for exemption and, as a result of his intervention, additional disclosure occurred.

[62] The Office claimed the discretionary exemption provided by section 23 and evidently exercised its discretion not to disclose. However, we do not know, although we can suspect, what factors, policy or public interest considerations it took into consideration in coming to its decision to refuse disclosure. In the actual state of the record before us as a result of the stand taken by the parties and the Motions Judge, I am simply not in a position to determine whether the discretion was properly exercised or not. I cannot and will not go beyond what the parties have asked us to decide on the

[60] Cette conclusion laisse en suspens trois questions afférentes qu'il faut maintenant trancher; il s'agit de savoir:

a) si le Bureau a exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire pour refuser la communication;

b) si le juge des requêtes a commis une erreur en n'annulant pas le privilège à cause du comportement criminel de la Couronne;

c) si une partie des documents privilégiés peut être divulguée en vertu de l'article 25 de la Loi.

a) L'exercice régulier, par le Bureau, de son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication

[61] Comme je l'ai déjà mentionné, M. Blank a affirmé, pendant toute la procédure, que l'accès aux documents privilégiés était un droit lorsque le litige prenait fin. L'avocat de l'intimé a adopté un point de vue tout à fait contraire: la communication de ces documents est interdite d'une manière absolue et indéfinie. Les parties se sont engagées dans un débat sur la divulgation en termes de tout ou rien. Dans la décision du juge des requêtes qui a fait sienne la position de M. Blank, je n'ai trouvé ni discussion ni analyse concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le Bureau, et encore moins une analyse ou une discussion régulière ou irrégulière. Aucune preuve n'a été produite sur cette question, mais il est entendu que le Commissaire a examiné les documents et la demande d'exemption et que, par suite de son intervention, d'autres documents ont été communiqués.

[62] Le Bureau a invoqué l'exemption discrétionnaire prévue à l'article 23 et, bien entendu, il a exercé ce pouvoir afin de ne pas communiquer les documents. Toutefois, nous ne savons pas, même si nous le soupçonnons, quels sont les facteurs, questions de politique ou d'intérêt public dont il a tenu compte en décidant de ne pas divulguer. Compte tenu de l'état actuel du dossier dont nous sommes saisis par suite de la position prise par les parties et par le juge des requêtes, je ne suis tout simplement pas en mesure de décider si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé. Je ne

basis that they have elected to plead and defend.

(b) Whether the Motions Judge erred in not setting aside the privilege on account of criminal behaviour by the Crown

[63] The Motions Judge reviewed the material before him and concluded that there was on these records no evidence of the criminal activity alleged by Mr. Blank against the Government of Canada officials and counsel acting on their behalf, i.e. obstruction, perjury, extortion, conspiracy, fraud or trespass. In other proceedings before the Manitoba courts, the Manitoba Queen's Bench found no evidence of the alleged fraud: see *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671, at paragraph 32.

[64] No serious evidentiary basis has been provided to us in support of the allegations of fraud and criminal activity on the part of the Government of Canada or its officials or lawyers. Therefore, there was for the Motions Judge, and there is for us, no need to review the documents subject to the privilege. However, since the Motions Judge has reviewed them and made a conclusion which is under attack, we have reviewed the records and we are satisfied that he has reached the right conclusion.

(c) Whether the records subject to the privilege can be severed pursuant to section 25 of the Act

[65] Section 25 of the Act provides for the disclosure of any part of a record which can reasonably be severed from those parts of the records which contain information or material exempt from disclosure. It reads:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material. [Emphasis added.]

saurais en aucun cas déborder des questions que les parties nous ont demandé de trancher compte tenu des arguments qu'elles ont choisi de plaider et de défendre.

b) La possibilité que le juge des requêtes ait commis une erreur en n'annulant pas le privilège à cause du comportement criminel de la Couronne

[63] Le juge des requêtes a examiné les documents en cause et il a conclu qu'il n'y avait, dans ces documents, aucune preuve d'activité criminelle de la part des fonctionnaires du gouvernement du Canada et des avocats agissant en leur nom comme l'alléguait M. Blank, activité criminelle qui comportait l'entrave à la justice, le parjure, l'extorsion, le complot, la fraude ou l'intrusion illicite. Dans d'autres instances devant les tribunaux du Manitoba, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba n'a trouvé aucune preuve de la fraude alléguée: voir *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [2003] 2 W.W.R. 671, au paragraphe 32.

[64] Nous n'avons été saisis d'aucun fondement probatoire à l'appui des allégations de fraude et d'activité criminelle de la part du gouvernement du Canada, de ses fonctionnaires ou procureurs. Par conséquent, le juge des requêtes et la Cour n'ont pas à examiner les documents privilégiés. Toutefois, puisque le juge des requêtes les a examinés et qu'il en a tiré la conclusion qui fait l'objet de l'appel, nous avons examiné les documents et nous sommes convaincus que sa conclusion était valable.

c) La possibilité de divulguer une partie des documents privilégiés conformément à l'article 25 de la Loi

[65] L'article 25 de la Loi prévoit la communication d'une partie d'un document qui peut être prélevée des parties du dossier qui contiennent des renseignements ou documents exemptés de la divulgation. Il est ainsi libellé:

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. [Non souligné dans l'original.]

[66] An earlier contention of the respondent that a record that is subject to solicitor-client privilege is not subject to the severance provision in section 25 has been unequivocally rejected by this Court in *Blank v. Canada (Minister of the Environment)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (F.C.A.), at paragraph 13: see also *College of Physicians of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279 (B.C.C.A.), at paragraphs 65-68. The words “[n]otwithstanding any other provision of this Act” employed in section 25 make it a paramount section: see *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at page 271. Therefore, general identifying information such as the description of the document, the name, title and address of the person to whom the communication was directed, the closing words of the communication and the signature block can be severed and disclosed. As this Court pointed out in *Blank*, at paragraph 23, this kind of information enables the requester “to know that a communication occurred between certain persons at a certain time on a certain subject, but no more”.

[67] Counsel for the respondent submits that his client has abided by these principles in this case and that the records in question have properly been severed. The appellant’s argument appears to have been raised for the first time before us on appeal. If it was raised before the Motions Judge, he never dealt with it. We have no way of knowing whether severance has been effected and, if so, whether it has been effected properly. Therefore, I would send the matter back to the Federal Court for a review of the records with a view to ascertaining whether the mandatory requirements of section 25 of the Act have been complied with.

[68] I have now to consider the appellant’s submissions regarding the other exemptions claimed by the respondent.

Analysis of the other exemptions claimed

(a) In-confidence information exemption pursuant to paragraph 13(1)(c) of the Act

[69] Paragraph 13(1)(c) creates a mandatory exemption when the information was received in

[66] La Cour a rejeté l’argument présenté plus tôt par l’intimé selon lequel un dossier assujéti au secret professionnel n’est pas assujéti à la disposition sur la divisibilité de l’article 25 dans *Blank c. Canada (Ministre de l’Environnement)* (2001), 41 C.E.L.R. (N.S.) 59 (C.A.F.), au paragraphe 13: voir également *College of Physicians of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] 2 W.W.R. 279 (C.A. C.-B.), aux paragraphes 65 à 68. Les termes: «nonobstant les autres dispositions de la présente loi» de l’article 25 en font une disposition prépondérante: voir *Rubin c. Canada (Société canadienne d’hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la page 271. Par conséquent, des renseignements généraux de nature descriptive, notamment la description du document, le nom, le titre et l’adresse de la personne visée par la communication, les conclusions de la communication et la signature peuvent être prélevés et communiqués. Cette Cour a répondu, dans *Blank*, au paragraphe 23, que ce type de renseignement permettait au demandeur «de savoir qu’il y a eu une communication entre certaines personnes à une certaine date sur un certain sujet, mais rien de plus».

[67] L’avocat de l’intimé prétend que son client a respecté ces principes en l’espèce et que des parties des documents en cause ont été régulièrement prélevées. Il semble que l’appelant soulève pour la première fois cet argument dans le présent appel. Si l’argument a été soulevé devant le juge des requêtes, ce dernier n’en a jamais tenu compte. Il est impossible de savoir si certaines parties ont été prélevées et, le cas échéant, si le prélèvement a été fait correctement. Par conséquent, je renverrais la question devant la Cour fédérale pour un examen des documents afin de déterminer si les exigences obligatoires de l’article 25 de la Loi ont été respectées.

[68] Il me reste maintenant à examiner les observations de l’appelant concernant les autres exemptions invoquées par l’intimé.

Analyse des autres exemptions invoquées

a) Exemption relative à des renseignements obtenus à titre confidentiel selon l’alinéa 13(1)c) de la Loi

[69] L’alinéa 13(1)c) crée une exemption obligatoire lorsque les renseignements ont été reçus à titre

confidence from a government or government institution. Disclosure is, however, possible when the organization from which the information was obtained consents to disclosure. In issue here is information received in confidence from the Winnipeg Police Services. The record before us undoubtedly reveals that they have refused to consent to a release of the material that they have provided. The exemption was properly claimed and applied.

(b) Personal information exemption pursuant to section 19 of the Act

[70] The exemption contained in section 19 is also a mandatory exemption designed to protect and prevent the release of personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21]. We have reviewed the material for which the exemption was claimed. It consists of names, personal addresses and phone numbers of the persons therein mentioned. The exemption was justified and correctly applied.

(c) Advice exemption pursuant to section 21 of the Act

[71] Section 21 is a discretionary exemption which protects, under paragraph 21(1)(a), advice and recommendations developed by or for a government institution. Paragraph 21(1)(b) authorizes a refusal to disclose accounts of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution. These two categories of exemptions were claimed by the respondent.

[72] This Court found in *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421 (C.A.), at paragraphs 49-52, that the provision intended to favour the free and frank flow of communications between government departments in order to enable the government to discharge its essential functions. The word “advice” has a broader meaning than recommendation: *3430901 Canada Inc.*, at paragraph 50. Treasury Board Guidelines refer to the exemption as one designed to protect the internal decision-making process of government: see Drapeau and Racicot,

confidentiel d'un gouvernement ou d'une institution fédérale. Toutefois, la communication est possible lorsque l'organisme dont les renseignements ont été obtenus consent à leur divulgation. En l'espèce, il s'agit de renseignements reçus à titre confidentiel des services de police de Winnipeg. Il est clair que les documents dont nous sommes saisis révèlent que les services de police n'ont pas consenti à ce que les documents qu'ils ont fournis soient communiqués. L'exemption a été régulièrement demandée et appliquée.

b) Exemption relative aux renseignements personnels conformément à l'article 19 de la Loi

[70] L'exemption visée à l'article 19 est également obligatoire et elle a pour objet de protéger et d'empêcher la communication de renseignements personnels au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21]. Nous avons examiné les documents visés par l'exemption. Il s'agit de noms, d'adresses personnelles et de numéros de téléphone des personnes mentionnées. L'exemption était justifiée et elle a été régulièrement appliquée.

c) Exemption relative à l'article 21 de la Loi

[71] L'article 21 est une exemption discrétionnaire qui protège, à l'alinéa 21(1)a), les avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale. L'alinéa 21(1)b) autorise le refus de communiquer les comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale. L'intimé a réclamé ces deux catégories d'exemptions.

[72] La Cour a conclu dans *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421 (C.A.), aux paragraphes 49 à 52, que la disposition avait pour objet de favoriser la communication libre et franche entre les ministères fédéraux de manière à ce que le gouvernement puisse s'acquitter de ses fonctions essentielles. Le terme «avis» a un sens plus large que le terme «recommandation»: *3430901 Canada Inc.*, au paragraphe 50. Selon les lignes directrices du Conseil du trésor, l'exemption a pour objet de protéger le processus interne de prise de décision du gouvernement: voir

Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004, at page 623.

[73] We reviewed the material for which this exemption was claimed. We are satisfied, as the Motions Judge and the Commissioner were, that the exemption was applied correctly.

[74] This brings me to the last point of this appeal, i.e. the scope of the review power of the Court under section 46 of the Act.

The scope of the review power of the Court under section 46 of the Act

[75] It is not disputed that section 46 of the Act gives this Court the power to review documents that are in evidence before it, subject, of course, to Cabinet documents exempted by section 69: see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)* (2000), 187 D.L.R. 127 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (2000), 266 N.R. 198. The section reads:

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds. [Emphasis added.]

[76] However, Mr. Blank wants this Court to examine documents that, the record indicates, were either incorporated by reference into the existing records or were attached to documents in these records, but are no longer there. An earlier request of the appellant to the same effect, based on an assumption that the minister's files were somehow incomplete, has been rejected because there was no factual foundation for it: see *Blank*, at paragraphs 7-8. The Commissioner had investigated the matter and concluded that all the records had been identified and either disclosed or withheld on the basis of an exemption. This would be sufficient to dispose of demand.

Drapeau et Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2004*, à la page 623.

[73] Nous avons examiné les documents visés par la demande d'exemption. Nous sommes convaincus, à l'instar du juge des requêtes et du Commissaire, que l'exemption a été correctement appliquée.

[74] Cela m'amène au dernier point de l'appel, à savoir la portée du pouvoir de révision de la Cour en vertu de l'article 46 de la Loi.

La portée du pouvoir de révision de la Cour en vertu de l'article 46 de la Loi

[75] Il est reconnu que l'article 46 de la Loi confère à la Cour le pouvoir de réviser les documents présentés en preuve sous réserve, bien entendu, des documents du Cabinet qui sont exemptés en vertu de l'article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3]: voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. 127 (C.A.F.), autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada refusée (2000), 266 N.R. 198. L'article est ainsi libellé:

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé. [Non souligné dans l'original.]

[76] Toutefois, M. Blank souhaite que la Cour examine des documents qui, selon le dossier, ont soit été incorporés par renvoi aux dossiers existants soit annexés à des documents versés à ces dossiers, mais qui ne s'y trouvent plus. Une demande antérieure à cet effet fondée sur l'hypothèse que les dossiers du ministre étaient en quelque sorte incomplets a été rejetée pour absence de fondement factuel: voir *Blank*, aux paragraphes 7 et 8. Le Commissaire avait fait enquête sur la question et il avait conclu que tous les documents avaient été repérés et qu'ils avaient été communiqués ou exemptés de la communication. Cela était suffisant pour trancher la demande.

[77] However, I would like to re-emphasize that Mr. Blank's right is a right of access to the records as they exist in the hands of the head of a government institution. What he is asking this Court and, previously the Motions Judge, to do, is in fact to assert a power to order the reconstitution of these records. In the absence of evidence that would give this Court reasonable grounds to believe that the integrity of the records has been tampered with, this Court's power to review is limited to a review of the records that are in evidence before it. No evidence of tampering has been adduced and the Motions Judge was right to limit his review to the material that was in evidence before him.

Conclusion

[78] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs, save for the issue relating to severance of the records pursuant to section 25 of the Act where I would refer the matter back to the Federal Court for a review of the records to ensure that the mandatory requirements of section 25 of the Act have been complied with.

[79] I would allow the cross-appeal without costs. As admitted by the respondent, the issue of the duration of the litigation privilege under the Act, raised by the cross-appeal, concerned only a few pages and had a limited impact in these proceedings. The respondent was more concerned with the impact of the ruling of the Motions Judge in future cases. The respondent in the cross-appeal should not be made to bear these costs in these circumstances.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A. (on the cross-appeal):

[80] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Létourneau J.A. I am in agreement with his disposition of the appeal but I regret that I am unable to agree with his disposition of the cross-appeal. In particular, I take a different view of the effect of section

[77] Toutefois, j'aimerais répéter que le droit de M. Blank est un droit d'accès aux dossiers tels qu'ils existent entre les mains du responsable d'une institution fédérale. Ce qu'il demande à la Cour et ce qu'il a demandé au juge des requêtes, c'est, en fait, d'affirmer le pouvoir d'ordonner la reconstitution de ces documents. En l'absence d'une preuve permettant à la Cour d'avoir des motifs raisonnables de croire que l'intégrité des documents a été altérée, le pouvoir de révision de la Cour est limité à ceux qui ont été produits en l'espèce. La Cour n'a été saisie d'aucune preuve d'altération des documents et le juge des requêtes a eu raison de limiter sa révision aux documents dont il était saisi.

Conclusion

[78] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens, sauf pour la question de la divisibilité des documents en conformité avec l'article 25 de la Loi que je renverrais devant la Cour fédérale à des fins de révision dans le but d'assurer que les exigences obligatoires de l'article 25 de la Loi ont été respectées.

[79] J'accueillerais l'appel incident sans dépens. Comme l'a reconnu l'intimé, la question de la durée du privilège des communications liées à une instance en vertu de la Loi soulevée dans l'appel incident ne visait que quelques pages et cette question a peu de répercussions en l'espèce. L'intimé s'est préoccupé davantage des répercussions de la décision du juge des requêtes dans les instances à venir. L'intimé de l'appel incident ne devrait pas payer les dépens dans ces circonstances.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (appel incident):

[80] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Létourneau, J.C.A. J'appuie la décision relativement à l'appel mais malheureusement, je ne puis accepter la décision rendue par le juge relativement à l'appel incident. En particulier, j'ai une opinion

23 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act).

[81] There is no doubt, as found by Létourneau J.A., that the concept of solicitor-client privilege in section 23 of the Act includes the two branches recognized by the case law and the academic writers, namely the legal advice privilege and the litigation privilege. It is equally clear that if there is a valid and subsisting claim of privilege at the time a request for disclosure is made, section 23 applies. Finally, it is not contentious that legal advice privilege is not limited in time, i.e. “once privileged, always privileged”. Since I have concluded that section 23 applies only to records which are privileged at the time the request for disclosure is made, the ultimate issue in this cross-appeal is whether at common law, litigation privilege is extinguished when the litigation which gave rise to it is at an end.

[82] A record which is subject to solicitor-client privilege is a record whose disclosure or production cannot be compelled in a court of law. As the British Columbia Court of Appeal held in *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, at paragraph 29.

What then of the purpose of s. 14 of the British Columbia legislation? Headed “Legal Advice”, it states: “The head of a public body may refuse to disclose to an applicant information that is subject to solicitor client privilege.” One suspects the provision was intended to protect communications between public bodies *qua* clients and their lawyers; but again, even if s. 14 had not been enacted, the law would protect information that is subject to solicitor-client privilege, no matter who the lawyer or client. [My emphasis.]

[83] I take this to mean that the source of the right to refuse disclosure of privileged documents is not section 23. The source of the right to refuse disclosure is the law of privilege. Section 23 simply recognizes that right. If privilege has been lost, then there is no longer a right to refuse disclosure and therefore no right which section 23 can recognize. Consequently, the determining factor in

différente de l’article 23 de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[81] Certes, comme l’a dit le juge Létourneau, J.C.A., le secret professionnel de l’avocat au sens de l’article 23 de la Loi a deux volets comme l’ont reconnu les tribunaux et les auteurs d’ouvrages de doctrine, à savoir le privilège des consultations juridiques et le privilège des communications liées à une instance. En outre, si les documents en cause sont déjà visés par un privilège valable lorsque la demande de communication est présentée, l’article 23 s’applique. Enfin, il est entendu que le privilège des consultations juridiques n’est pas limité dans le temps, c’est-à-dire: «privilegié un jour, privilégié toujours». Puisque j’ai conclu que l’article 23 ne s’appliquait qu’aux documents privilégiés lors de la demande de communication, en fin de compte, la question qui se pose dans l’appel incident est de savoir si en common law, le privilège des communications liées à une instance prend fin en même temps que le litige.

[82] Un dossier assujéti au secret professionnel est un dossier dont la communication ou la production ne peut être ordonnée par le tribunal. Comme l’a dit la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 20, au paragraphe 29.

[TRADUCTION] Quel serait donc l’objet de l’article 14 de la loi de la Colombie-Britannique? Sous la rubrique «Conseils juridiques», la loi dit: [TRADUCTION] «le responsable d’un organisme public peut refuser de communiquer à un demandeur des renseignements qui sont assujéti au secret professionnel des avocats». L’on peut penser que la disposition a pour objet de protéger les communications entre les organismes publics, leurs clients et leurs avocats; mais, même si l’article 14 n’avait pas été édicté, le droit protégerait les renseignements assujéti au secret professionnel des avocats, quel que soit l’avocat ou le client. [Non souligné dans l’original.]

[83] Cela veut dire, selon moi, que le droit de refuser la communication de documents privilégiés ne découle pas de l’article 23. La source du droit de refuser la communication est le droit en matière de privilège. L’article 23 ne fait que reconnaître ce droit. Si le privilège s’est éteint, le droit de refuser la communication a cessé d’exister et l’article 23 ne peut

deciding whether disclosure of records on the ground of solicitor-client privilege can be maintained is the existence of the privilege at the time the request for access is made.

[84] There is a substantial body of authority in this country in support of the conclusion that litigation privilege is extinguished when the litigation which gave rise to the privilege is at an end, subject to the possibility that the litigation may be defined more broadly than the particular proceeding in the course of which the document was created. *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720 (Alta. Q.B.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (Q.B.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326 (Q.B.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (S.C.); and *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (Man. Q.B.). The Court of Appeal for Ontario held that litigation privilege was limited in time in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

[85] Canadian text writers are also of the view that litigation privilege is limited in time. See Sopinka J. *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999), at paragraph 14.86:

Unlike solicitor-client communications, the privilege for third-party communications in preparation for litigation does not last indefinitely. It ends with the litigation for which the reports or other communications were prepared, subject to any undertaking of confidentiality.

[86] A passage to the same effect is found in D. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2002), at page 198:

- Solicitor-client privilege is permanent and survives the termination of the relationship. Litigation privilege ends with the litigation. Once the litigation is over there is no longer a need to maintain the adversarial protection.

plus le reconnaître. Par conséquent, le fait déterminant, lorsqu'il faut décider s'il y a lieu de communiquer des documents assujettis au secret professionnel, c'est l'existence du privilège au moment où la demande de communication des renseignements est présentée.

[84] Au Canada, de nombreux ouvrages de doctrine confirment que le privilège des communications liées à un litige s'éteint lorsque le risque qui a donné lieu au privilège n'existe plus, sous réserve de la possibilité que le litige ne s'entende pas de la simple procédure au cours de laquelle le document a été créé. *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.), *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Allied Signal Inc. v. Dome Petroleum Ltd.*, [1995] 5 W.W.R. 720 (B.R. Alb.); *Franco v. Hackett* (2000), 262 A.R. 127 (B.R.); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326 (B.R.); *Petro-Canada v. Mary J. (The)* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 139 (C.S.); et *Wujda et al. v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (B.R. Man.). La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le privilège des communications liées à une instance était limitée dans le temps dans *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

[85] Les auteurs d'ouvrages canadiens estiment également que le privilège des communications liées à une instance est limité dans le temps. Voir Sopinka J. *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1999), au paragraphe 14.86:

[TRADUCTION] Contrairement aux communications entre un avocat et son client, le privilège des communications de tierces parties lors de la préparation d'un litige ne dure pas indéfiniment. Il s'éteint avec le litige pour lequel le rapport ou d'autres documents ont été préparés, sous réserve d'un engagement de confidentialité.

[86] Dans l'ouvrage *The Law of Evidence*, 3^e éd. (Toronto: Irwin Law, 2002), les auteurs, D. Paciocco et L. Stuesser disent, à la page 198:

[TRADUCTION]

- Le secret professionnel de l'avocat est permanent et il perdure même après la fin de la relation. Le privilège des communications liées à une instance prend fin avec l'instance. Quand le litige a été réglé, il n'est plus nécessaire de conserver le privilège adversatif.

[87] There are some cases which extend litigation privilege in time by taking a wide view of the litigation in respect of which the privilege exists. In *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (*Ed Miller Sales & Rentals Ltd.*), the Alberta Court of Appeal held that the conclusion of proceedings before the Competition Tribunal did not mean that the litigation was at an end [at paragraph 20]:

In my view both arguments take too narrow a view of the term "litigation". Once the Director focussed on the Caterpillar Companies to inquire whether they were guilty of offences under the Act, litigation in the fullest sense of the word was then in actual progress let alone in contemplation. The parties could look ahead to many possible procedures. Some under the Act had possible penal consequences; some were civil as this very action establishes. All involved the same issues. The inquiry seems to have resolved itself to the question of the cost of the Caterpillar "no-charge" services and the very same issue appears at the forefront of this action.

The conclusion of the Director's Inquiry did not mean that the litigation was ended. Section 39 of the **Combines Investigation Act** expressly provides that civil rights of action remain despite the provisions of the Act. The issues raised by the Director were still open to other litigants such as the respondent.

[88] The same position was taken in *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. No. 4316 (Gen. Div.) (QL).

[89] On balance, the weight of authority favours the conclusion that litigation privilege is extinguished when the litigation which gave rise to it comes to a conclusion, subject to the possibility of defining that litigation more broadly than the particular proceeding which gave rise to the claim.

[90] On the facts of this case, this leads to the conclusion that section 23 of the Act does not apply to those documents for which a claim of litigation privilege is made because the documents in respect of which the privilege is asserted lost their privileged status when the criminal prosecution ended.

[91] The Court of Appeal for Ontario came to the opposite conclusion in *Ontario (Attorney General) v.*

[87] Dans certains cas, le privilège des communications liées à une instance perdue si la définition du litige à l'égard duquel le privilège existe est élargie. Dans *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (*Ed Miller Sales & Rentals Ltd.*), la Cour d'appel de l'Alberta a décidé que même si l'instance devant le Tribunal de la concurrence était terminée, le litige n'avait pas pris fin pour autant [au paragraphe 20]:

[TRADUCTION] Selon moi, les deux arguments sont fondés sur une conception trop étroite du terme «litige». Quand le directeur s'est attardé aux sociétés Caterpillar pour se demander si elles avaient commis des infractions en vertu de la Loi, le litige, dans le sens le plus large du terme, existait concrètement et n'était pas seulement envisagé. Les parties pouvaient s'attendre à plusieurs actions possibles. Quelques-unes en vertu de la Loi pouvaient éventuellement avoir des conséquences pénales; d'autres étaient de nature civile comme le démontre la présente action. Tous les litiges visaient les mêmes questions. L'enquête semble s'être réglée sur la question du coût des services Caterpillar «sans frais» et cette même question est au cœur de ce litige.

Le litige n'a pas pris fin quand l'enquête du directeur s'est terminée. L'article 39 de la **Loi relative aux enquêtes sur les coalitions** prévoit expressément que les droits d'action en justice en matière civile demeurent malgré les dispositions de la Loi. Les questions soulevées par le directeur étaient toujours valables pour les autres parties au litige, notamment l'intimé.

[88] Le tribunal a adopté la même position dans *London Guarantee Insurance Co. v. Guarantee Co. of North America*, [1995] O.J. n° 4316 (Div. gén.) (QL).

[89] Tout compte fait, les ouvrages faisant autorité sont favorables à la conclusion selon laquelle le privilège des communications liées à une instance s'éteint lorsque le litige qui lui a donné lieu est réglé, sous réserve de la possibilité de définir le litige en termes plus larges que la seule procédure qui a donné lieu au privilège.

[90] Compte tenu des faits en l'espèce, la conclusion selon laquelle l'article 23 de la Loi ne s'applique pas aux documents visés par le privilège des communications liées à une instance s'impose puisque les documents pour lesquels le privilège est revendiqué ont perdu leur statut privilégié quand la poursuite pénale a pris fin.

[91] La Cour d'appel de l'Ontario a tiré une conclusion contraire dans l'affaire *Ontario (Attorney*

Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167 (*Big Canoe*). As in this case, the requester under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 (the Ontario Act), sought disclosure of the Crown prosecutor's file for use in a civil action arising from a criminal prosecution. The specific provision which the Court relied upon in order to dispose of the matter reads as follows:

19. A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

[92] The Court found that the so-called second branch of the section—"or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation"—was intended to give Crown counsel the benefit of a permanent exemption from disclosure [at paragraphs 12-13]:

The Minister appears to have thought that the words used in branch two described the ambit of solicitor-client privilege and could be applied where there was no true client. In fact those words describe the work product or litigation privilege which covers material going beyond solicitor-client confidences and embraces such items as are the subject of this proceeding, photographs and a video gathered in the preparations for litigation.

If we are assisted in any way by the context of this statement, it is in knowing that the intent was to give Crown counsel permanent exemption. Solicitor-client privilege for confidential matters does not come to an end. The Ministry thought it was merely extending this privilege to Crown counsel and, thus, must have intended that it be permanent. And that is the plain meaning of the words used in branch two.

[93] In my view, these passages are best understood in the light of the comments of the Divisional Court in the

general) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) (2002), 62 O.R. (3d) 167 (*Big Canoe*). Dans cette affaire, le demandeur sollicitait la communication du dossier du poursuivant de la Couronne en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (la Loi de l'Ontario), pour les fins d'une action civile découlant d'une poursuite au criminel. La disposition précise sur laquelle la Cour s'est fondée pour trancher la question est la suivante:

19. La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

[92] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le soi-disant deuxième volet de la disposition—"par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance"—avait pour objet de conférer à l'avocat-conseil de la Couronne le bénéfice d'une exemption permanente contre la communication [aux paragraphes 12 et 13]:

[TRADUCTION] Le ministre semble avoir cru que les termes utilisés dans le deuxième volet décrivaient la portée du secret professionnel de l'avocat et qu'ils pouvaient s'appliquer quand il n'y avait pas de client véritable. En fait, ces termes décrivent le privilège de la documentation préparée en prévision d'un litige ou des communications liées à une instance qui s'applique non seulement aux communications de nature confidentielle entre un client et son avocat, mais aussi notamment à des objets visés dans la présente procédure, des photographies ainsi qu'un vidéo obtenus au cours de la préparation du litige.

Si le contexte de cet énoncé nous aide quelque peu, c'est qu'il permet de conclure que l'intention était de conférer une exemption permanente à l'avocat-conseil. Le privilège du secret professionnel de l'avocat en matière confidentielle ne s'éteint pas. Le ministère croyait qu'il ne faisait qu'élargir l'application du privilège aux procureurs de la Couronne et il a donc dû avoir l'intention d'en faire un privilège permanent. Et voilà le sens ordinaire des termes utilisés à l'égard du deuxième volet. [. . .]

[93] Selon moi, il est plus facile de comprendre ces passages à la lumière des commentaires de la Cour

decision under appeal, reported at *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327 at paragraphs 30-32:

The Inquiry Officer began her Branch 2 analysis as follows:

The second branch of section 19 is parallel to the two branches of the common law solicitor-client privilege. The circumstances of this appeal raise the issue of whether the limitations on the common law privilege should also generally apply to Branch 2 of section 19. The wording of the exemption itself does not clarify this issue and, on this basis, the legislative history of the exemption is relevant to the proper interpretation of the exemption.

With respect, we disagree with her analysis. Branch 2 of s. 19 is not parallel to the two kinds of common law solicitor-client privilege contained in Branch 1. Exemptions from disclosure under Branch 1 will change over time as solicitor-client privilege changes in accordance with the evolving common law. What is exempt today under Branch 1 may not be so tomorrow, and vice versa.

In contrast, when it comes to Branch 2, there is no issue to “clarify”. There is no reference in Branch 2 to the common law principle of solicitor-client privilege (which includes litigation privilege). A head may refuse to disclose a record that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of, or for use in, litigation. The language is clear and unambiguous. Unlike Branch 1, no external considerations such as a change in the common law, can serve to import a different way of construing the meaning of Branch 2. We find no need to resort to the legislative history of the exemption in order to properly interpret it. As A.P. Herbert’s Lord Mildew put it—“If Parliament does not mean what it says, it must say so”. Thus, if it was not the intention of Branch 2 of s. 19 to enable government lawyers to assert a privilege more expansive or durable than that available at common law to solicitor-client relationships (the Inquiry Officer found it was not), it was open to the Legislature to say so.

[94] The point made in the Divisional Court was that the “second branch” did not refer to privilege. It referred

divisionnaire dans la décision visée par l’appel, référence *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe* (2001), 208 D.L.R. (4th) 327, aux paragraphes 30 à 32:

[TRADUCTION] L’agente des enquêtes a commencé l’analyse du deuxième volet en ces termes:

[TRADUCTION] Le deuxième volet de l’article 19 correspond aux deux volets du secret professionnel de l’avocat en common law. Les circonstances du présent appel soulèvent la question de savoir si les limites du privilège en common law devraient également s’appliquer de manière générale au deuxième volet de l’article 19. Les termes de l’exemption elle-même ne clarifient pas la question et, pour cette raison, le contexte législatif de l’exemption est pertinent pour ce qui concerne l’interprétation qu’il faut lui donner.

Avec égards, nous rejetons son analyse. Le deuxième volet de l’article 19 ne correspond pas aux deux types de privilège du secret professionnel de l’avocat en common law visés par le premier volet. Les exemptions de la communication en vertu du premier volet sont appelées à changer puisque le secret professionnel de l’avocat change conformément à la common law qui elle-même évolue. Ce qui est exempté aujourd’hui, en vertu du premier volet, ne le sera peut-être pas demain, et inversement.

Par contre, quand il s’agit du deuxième volet, il n’y a aucune question à «clarifier». Le deuxième volet ne mentionne pas le principe du secret professionnel de l’avocat en common law (qui comprend le privilège des communications liées à une instance). Un responsable peut refuser de communiquer un dossier qui a été préparé par l’avocat-conseil de la Couronne en vue de donner des conseils juridiques ou à l’occasion ou en prévision d’une instance. Le langage est clair et ne souffre aucune ambiguïté. Contrairement au premier volet, aucune question externe, notamment une modification de la common law, ne peut avoir pour effet de modifier l’interprétation du deuxième volet. Selon nous, il n’est pas nécessaire d’avoir recours au contexte législatif de l’exemption pour l’interpréter correctement. Comme l’a dit lord Mildew, personnage inventé par A.P. Herbert—[TRADUCTION] «Si le législateur ne s’exprime pas franchement, il doit le dire». Ainsi, si le deuxième volet de l’article 19 n’avait pas pour objet de permettre aux avocats du gouvernement de revendiquer un privilège plus large ou durable que le privilège en common law qui s’applique aux communications entre un avocat et son client (l’agente des enquêtes a décidé que non), il était loisible au législateur de le dire.

[94] La Cour divisionnaire a dit que le «deuxième volet» ne visait pas le privilège. Il visait les circonstances

to the circumstances of the making of the documents. This is a point to which I shall return in connection with the difference in wording between section 19 of the Ontario Act and section 23 of the Act.

[95] It is important to understand the limited reach of this decision. One must keep in mind the testimony of Attorney General Scott to the Standing Committee on the Legislative Assembly as to the rationale for the “second branch” (*Big Canoe* (C.A.), at paragraph 9):

Hon. Mr. Scott: As I said the other day, this is just to expand the coverage designed to ensure protection for solicitor-client material to crown counsel, who according to how you view the law, may or may not have a client and therefore may or may not have, technically, the benefit of solicitor-client privilege. I would have not thought the issue was contentious.

...

The key words, and the words that clarify, are “crown counsel” because the case is made that crown counsel may not, in a highly theoretical sense, have a client. Because crown counsel has a kind of independent role that a normal lawyer does not have, a crown counsel may be thought, in a technical sense, not to have a client. The policeman is not the crown counsel’s client, but as a matter of clarification it was recognized that opinions given by crown counsel should be producible or not in the same way as opinions given by any other crown lawyer [*sic*].

[96] This passage makes it clear that the reference in section 19 to Crown counsel is a reference to Crown attorneys in criminal prosecutions, and not a reference to all counsel in the employ of the government. (In these reasons, I use “Crown counsel” and “Crown attorney” interchangeably.) Crown attorneys occupy a unique position in the legal system in the sense that they are agents for the Attorney General who act in the public interest. Neither the Crown attorney, acting in that capacity, nor the Attorney General has a client in the traditional sense. *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305 (Man. C.A.), at paragraphs 10-13; *aff’d* by [1995] 1 S.C.R. 758. On the other hand, it is clear that lawyers who are employed by the government in a capacity other than prosecutors have a solicitor-client relationship with those they advise. The Supreme Court put this question

de la préparation des documents. C’est une question à laquelle je reviendrai en rapport avec la différence entre les termes de l’article 19 de la loi de l’Ontario et ceux de l’article 23 de la Loi.

[95] Il est important de comprendre la portée limitée de cette décision. Il faut garder en mémoire le témoignage du procureur général Scott au Comité permanent de l’Assemblée législative sur la justification du «deuxième volet» (*Big Canoe* (C.A.), au paragraphe 9):

[TRADUCTION] M. Scott: Comme je l’ai dit l’autre jour, il ne s’agit que d’appliquer le privilège qui a pour objet de conférer la protection du secret professionnel de l’avocat à l’avocat-conseil de la Couronne qui, selon la définition que l’on donne au droit, a ou n’a pas de client et par conséquent, pourrait ou ne pourrait pas, en droit strict, invoquer le secret professionnel de l’avocat. Je n’aurais pas cru que la question était litigieuse.

[...]

Les mots clés, et les mots qui clarifient le principe, sont «l’avocat-conseil de la Couronne» parce qu’il a été établi qu’en droit strict ce dernier n’a peut-être pas de client. Parce que l’avocat-conseil de la Couronne joue un rôle quasi indépendant contrairement à un avocat ordinaire, on peut penser, en droit strict, qu’il n’a pas de client. Le policier n’est pas le client de l’avocat-conseil mais disons que, pour que ce soit plus clair, il a été reconnu que l’avis donné par ce dernier devrait être communiqué ou non tout comme les conseils dispensés par n’importe quel autre avocat de la Couronne.

[96] Ce passage dit clairement que lorsque l’article 19 mentionne l’avocat-conseil, il s’agit du procureur de la Couronne dans une poursuite criminelle et non de tous les avocats à l’emploi du gouvernement. (Pour ces motifs, j’utilise indifféremment l’expression «avocat-conseil» ou «procureur de la Couronne».) Le procureur de la Couronne occupe un poste particulier au sein du système judiciaire en ce sens qu’il est le mandataire du procureur général qui agit dans l’intérêt public. Ni le procureur de la Couronne, agissant à ce titre, ni le procureur général n’a de client au sens traditionnel du terme. *R. v. W.R.D.*, [1994] 5 W.W.R. 305 (C.A. Man.), aux paragraphes 10 à 13; confirmé à [1995] 1 R.C.S. 758. Par contre, il est clair que les avocats qui sont à l’emploi du gouvernement qui ne sont pas des poursuivants ont, avec les personnes à qui ils

to rest in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565 [at paragraph 50]:

One thing is clear: the fact that Mr. Leising [a lawyer employed by the Department of Justice] is a salaried employee did not prevent the formation of a solicitor-client relationship and the attendant duties, responsibilities and privileges. This rule is well established, as set out in *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), per Lord Denning, M.R., at p. 376:

Many barristers and solicitors are employed as legal advisers, whole time, by a single employer. Sometimes the employer is a great commercial concern. At other times it is a government department or a local authority. It may even be the government itself, like the Treasury Solicitor and his staff. In every case these legal advisers do legal work for their employer and for no one else. They are paid, not by fees for each piece of work, but by a fixed annual salary. They are, no doubt, servants or agents of the employer. For that reason the judge thought that they were in a different position from other legal advisers who are in private practice. I do not think this is correct. They are regarded by the law as in every respect in the same position as those who practise on their own account. The only difference is that they act for one client only, and not for several clients. They must uphold the same standards of honour and of etiquette. They are subject to the same duties to their client and to the court. They must respect the same confidences. They and their clients have the same privileges . . . I have always proceeded on the footing that the communications between the legal advisers and their employer (who is their client) are the subject of legal professional privilege; and I have never known it questioned.

It follows from this that *Big Canoe* deals with a very narrow problem which is an exemption from disclosure under the Ontario Act of certain records in the hands of Crown attorneys. It is not a case which deals specifically with litigation privilege, or the position of government lawyers other than Crown attorneys in relation to disclosure.

[97] There are significant differences in the wording of section 19 of the Ontario Act and section 23 of the

donnent des conseils, une relation avocat-client. La Cour suprême a réglé cette question dans l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 [au paragraphe 50]:

Une chose est claire: le fait que M. Leising [un avocat employé par le ministère de la Justice] soit un employé salarié n'a pas empêché la création d'une relation avocat-client et des fonctions, obligations et privilèges qui y sont rattachés. Ce principe est bien établi, comme il a été énoncé dans *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), lord Denning, M.R., à la p. 376:

[TRADUCTION] Beaucoup d'avocats travaillent à plein temps à titre de conseillers juridiques pour un seul employeur. L'employeur est parfois une grande entreprise. Parfois, il s'agit d'un ministère ou d'une administration locale. Il peut même s'agir du gouvernement lui-même, comme le *Treasury Solicitor* et son personnel. Dans chaque cas, ces conseillers juridiques rendent des services juridiques uniquement à leur employeur. Ils ne reçoivent pas des honoraires selon le travail effectué, mais un salaire fixe annuel. Il ne fait aucun doute qu'ils sont des préposés ou des mandataires de leur employeur. C'est ce qui a fait penser au juge qu'ils se trouvaient dans une position différente de celle des conseillers juridiques qui exercent en pratique privée. Je ne pense pas que cela soit exact. La loi les considère en tous points de la même façon que ceux qui pratiquent à leur compte. La seule différence réside dans le fait qu'ils agissent pour un seul client, et non pas pour plusieurs. Ils doivent respecter les mêmes normes d'honneur et de bonne conduite. Ils sont soumis aux mêmes obligations envers leur client et envers la cour. Ils doivent respecter le secret professionnel de la même manière. Leurs clients et eux ont les mêmes privilèges. [. . .] J'ai toujours tenu pour acquis que les communications entre les conseillers juridiques et leur employeur (qui est leur client) font l'objet du secret professionnel, et cela n'a jamais été remis en question, à ma connaissance.

Il s'ensuit que la décision *Big Canoe* porte sur le problème très étroit qu'est l'exemption de la communication en vertu de la Loi de l'Ontario de certains documents entre les mains de procureurs de la Couronne. L'affaire ne vise pas précisément le privilège des communications liées à une instance, ni la position des avocats du gouvernement autres que les procureurs de la Couronne en matière de divulgation.

[97] Les termes de l'article 19 de la loi ontarienne et ceux de l'article 23 de la Loi comportent de nombreuses

Act. Section 23 contains no reference to Crown counsel though I am prepared to assume for the purposes of this appeal that Parliament took for granted that which the Ontario legislature attempted to make explicit, namely that the work of Crown attorneys can give rise to claims of solicitor-client privilege.

[98] There is however, another difference in the language, which is of more importance. Section 19 allows the head to refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation. The section describes two kinds of records. The first are records which are subject to solicitor-client privilege. The second are records that were prepared in certain circumstances involving Crown counsel. There is no requirement that the second kind of records be privileged. This is why the Court found that the temporal limitation inherent in litigation privilege did not apply. The right to refuse to disclose records emanating from the work of Crown counsel does not turn on the existence of any privilege, but on their creation in circumstances which would give rise to a claim of privilege, whether that privilege continued in force or not.

[99] Section 23, on the other hand, simply refers to a record that “is subject to [a claim of] solicitor-client privilege” [underlining added]. It describes only a single type of record—one that is subject to solicitor-client privilege. That imposes a rather different requirement than was present in *Big Canoe*. This Court took the position that a subsisting claim of privilege was required to trigger section 23 in *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89 (C.A.), when Linden J.A. held that [at paragraph 23]:

The effect of the provisions of the Act on the content of the privilege is nil. It was correctly determined by Rothstein J. that section 23 of the Act incorporates *holus-bolus* the common law of solicitor-client privilege. That term is not defined elsewhere in the Act. Hence, it can only be presumed that what is covered by the words “solicitor-client privilege” is the common law doctrine of solicitor-client privilege. That being the case, it is necessary for the government head to determine, before

différences. L'article 23 ne mentionne pas l'avocat-conseil de la Couronne même si je suis disposé à tenir pour avéré, aux fins du présent appel, que le législateur avait pris pour acquis ce que la législature de l'Ontario a tenté d'explicitier, à savoir que le travail des procureurs de la Couronne est visé par le secret professionnel de l'avocat.

[98] Il y a toutefois une autre différence de langage plus importante. En vertu de l'article 19, le responsable peut refuser de communiquer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat ou qui a été élaboré par l'avocat-conseil pour donner des conseils juridiques ou à l'occasion ou en prévision d'une instance. L'article décrit deux types de documents. En premier lieu, il s'agit des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat. Ensuite, il s'agit des documents élaborés par l'avocat-conseil de la Couronne. Il n'est pas exigé que le deuxième type de documents soit privilégié. C'est la raison pour laquelle la Cour a conclu que la limite de temps qui fait partie intégrante du privilège des communications liées à une instance ne s'appliquait pas. Le droit de refuser de divulguer des documents préparés par l'avocat-conseil de la Couronne n'est pas fondé sur l'existence d'un privilège, mais sur leur préparation dans des circonstances qui donneraient lieu à la revendication d'un privilège que ce privilège soit ou non toujours en vigueur.

[99] Par contre, l'article 23 mentionne simplement des documents «protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client». Il ne décrit qu'un seul type de document, à savoir un document assujéti au secret professionnel des avocats. Il s'agit d'une exigence bien différente que celle dans l'affaire *Big Canoe*. La Cour a jugé qu'il fallait un privilège pour que l'article 23 entre en jeu dans *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.), quand le juge Linden, J.C.A. a dit [au paragraphe 23]:

L'effet des dispositions de la Loi sur le contenu de la protection est nul. Le juge Rothstein a décidé à bon droit que l'article 23 de la Loi comprend le principe du secret des communications entre client et avocat en common law. Ce terme n'est pas défini ailleurs dans la Loi. Aussi, on ne peut que présumer que ce que visent les mots «secret des communications entre client et avocat» est la doctrine du secret des communications entre client et avocat en common law.

considering the operation of the Act, whether a document is subject to the privilege. If it is, then he or she may refuse disclosure. But the preliminary question is determined not in the context of the Act, but in the context of the common law. If the material is subject to the privilege, then the discretionary decision under section 23, whether to disclose it or not, is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions. [My emphasis.]

[100] In my view, this is the critical difference between the Act and the Ontario Act. The latter does not require, in the case of Crown counsel, that there be a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusing disclosure, while the Act requires, in all cases, that there be a subsisting solicitor-client privilege as a condition of refusal to disclose. In short, section 23 of the Act is designed to deal with documents which are privileged, not those which were once privileged. Once the privilege is lost, then other mechanisms must be found to prevent disclosure in cases where it would be inappropriate. In some cases, a broad definition of the litigation, as was done in *Ed Miller Sales & Rentals Ltd.* could be used to prevent the premature release of a litigation file. In others, recourse may be had to other exemptions under the Act.

[101] As a result, section 23 does not have an effect analogous to that attributed to section 19 of the Ontario Act in *Big Canoe*.

[102] In the end result, section 23 does not exempt from disclosure under the Act documents which are not subject to solicitor-client privilege at the time the application is made, even if those documents were the subject of the litigation privilege at some other time. I would therefore dismiss the cross-appeal. Given the divided success, each party should bear their own costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

Cela étant, il est nécessaire pour l'autorité responsable de déterminer, avant d'examiner l'effet de la Loi, si un document est assujéti au privilège. Le cas échéant, elle peut alors en refuser la divulgation. Mais la question préliminaire est déterminée non pas dans le contexte de la Loi, mais dans le contexte de la common law. Si le document bénéficie de la protection, la décision discrétionnaire de divulguer ou non fondée sur l'article 23 est alors prise dans le contexte de la Loi accompagnée de ses présuppositions philosophiques. [Non souligné dans l'original.]

[100] Voilà, selon moi, la différence essentielle entre la Loi et celle de l'Ontario. Cette dernière n'exige pas, dans le cas de l'avocat-conseil de la Couronne, l'existence du secret professionnel de l'avocat pour refuser la divulgation, alors que la Loi exige, dans tous les cas, le secret professionnel pour refuser de communiquer. Bref, l'article 23 de la Loi vise les documents privilégiés et non ceux qui l'ont déjà été. Une fois le privilège perdu, d'autres mécanismes doivent empêcher la communication inopportune de renseignements. Dans certaines affaires, une définition large du litige, comme dans *Ed Miller Sales & Rentals Ltd.* pourrait éviter la communication prématurée d'un dossier de litige. Dans d'autres, il faudra peut-être avoir recours à d'autres exemptions en vertu de la Loi.

[101] Par conséquent, l'article 23 n'a pas un effet analogue à celui qui est attribué à l'article 19 de la Loi de l'Ontario dans *Big Canoe*.

[102] Par voie de conséquence, l'article 23 n'exempte pas de la communication en vertu de la Loi les documents qui ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat au moment où la demande est présentée, même si ces mêmes documents étaient assujéti au privilège des communications liées à un litige à un autre moment. Je rejeterais donc l'appel incident. Chaque partie ayant eu gain de cause, chaque partie devrait payer ses propres dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-738-03
2004 FC 1264

T-738-03
2004 CF 1264

CanZinco Limited (*Applicant*)

CanZinco Limited (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Respondent*)

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*défendeur*)

INDEXED AS: CANZINCO LTD. v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: CANZINCO LTD. c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (C.F.)

Federal Court, Russell J.—Toronto, June 22; Ottawa, September 16, 2004.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 22 juin; Ottawa, 16 septembre 2004.

*Construction of Statutes — Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights Tribunal Act, s. 76(1) — Company intending to shut down mine granted licence but dissatisfied with amount of security demanded to guarantee remediation — Minister approving licence in terms granted, rejecting company's request to review matter — Whether change in wording of provision from that of former statute reflected Parliament's intention to alter Minister's discretion — Proposal, at Committee stage, to clarify wording voted down — Committee apparently accepted Departmental representative's confirmation of provision's meaning — Purposive analysis, articulated by S.C.C. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, not conclusive as good arguments on both sides — History of legislation, general scheme of Act supporting Minister's interpretation — Statutory scheme resulting in nebulous apportionment of powers.*

*Interprétation des lois — Art. 76(1) de la Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut — Société désireuse de fermer une mine à qui un permis a été octroyé, mais insatisfaite du montant de la sûreté exigé pour garantir la remise en état du site — Le ministre a donné son agrément au permis selon les conditions prévues et a rejeté la demande de réexamen de la demanderesse — Il s'agissait de savoir si le libellé de la loi actuelle différant de celui de l'ancienne dénote l'intention du législateur de modifier le pouvoir discrétionnaire du ministre — On a rejeté, à l'étape de l'étude en comité, un amendement proposé pour clarifier le libellé — Le Comité a semblé donner son aval à la confirmation donnée par le représentant du ministre du sens à attribuer à la disposition concernée — L'analyse de l'objet visé, conformément aux précisions de la C.S.C. dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, n'est pas concluante puisque de bons arguments ont été avancés d'un côté comme de l'autre — L'historique du texte et l'économie générale de la Loi étaient l'interprétation faite par le ministre — Le texte législatif donne lieu à un partage de pouvoirs plutôt nébuleux.*

Environment — Close of Nanisivik zinc, lead and silver mine — Nunavut Water Board granting licence but fixing security in amount unacceptable to mine owner — Seeking review by Minister of Indian Affairs and Northern Development — Board rejected mine owner's estimate of reclamation costs — Purpose of statutory security requirement: to prevent, mitigate, remedy adverse effects on persons, property, environment — Necessity for financial responsibility on part of licensee — That Board having jurisdiction to fix amount of security matter of importance to achieving its objects: conservation, utilization of Nunavut waters for optimum benefit of Nunavut residents, other Canadians.

Environnement — Fermeture de la mine de zinc, de plomb et d'argent de Nanisivik — L'Office des eaux du Nunavut a octroyé un permis, mais a fixé pour la sûreté à fournir un montant jugé inacceptable par le propriétaire de la mine — Le propriétaire a demandé un réexamen par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien — L'Office n'a pas retenu l'évaluation faite par le propriétaire des coûts de remise en état — La loi exige qu'une sûreté soit fournie afin d'empêcher, de diminuer ou de réparer tout effet négatif sur les personnes, les biens ou l'environnement — Obligation de solvabilité de la part du titulaire d'un permis — Que l'Office ait compétence pour fixer le montant d'une sûreté importe pour qu'il puisse s'acquitter de sa mission, soit veiller à la conservation et à l'utilisation des eaux du Nunavut de la façon la plus avantageuse possible pour les habitants du Nunavut et les autres Canadiens.

This was an application for judicial review of the Minister's decision to reject a request to review the amount of financial security applicant, a mining company, was required to provide under a licence granted by the Nunavut Water Board. The Minister of Indian Affairs and Northern Development declined jurisdiction to consider the matter.

Applicant decided to close down its Nanisivik zinc, lead and silver mine but the *Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights Tribunal Act*, section 57 requires that a water licence be secured with respect to an abandonment. The Board required a security of \$17.6 million in a form satisfactory to the Minister. It rejected applicant's reclamation cost estimates and doubted applicant's financial strength. The Minister approved the granting of the licence on the terms imposed by the Board. The Minister denied having refused to accept jurisdiction but said that he approved the licence in its entirety pursuant to section 56 of the Act. The Act, along with the *Northwest Territories Waters Regulations*, seeks to ensure that, when a mine site is to be abandoned, any resulting adverse effect on people, property or the environment be prevented or mitigated and that, as a condition of a licence being granted, the licensee must demonstrate financial responsibility sufficient to cover the restoration.

The question was whether the Minister's determination that he lacked jurisdiction, or refusal to accept jurisdiction, constituted a breach of procedural fairness or a denial of natural justice.

Applicant's argument was that the Minister had misinterpreted the statute and therefore erred in law by refusing to acknowledge and accept jurisdiction. Act, subsection 76(1) is remedial in nature, giving the applicant the benefit of review by the Minister of the amount of security that had to be provided, and it should be accorded a broad, liberal interpretation. Furthermore, the licence itself gave the Minister jurisdiction to review the amount of financial security required. Applicant further submitted that if the Minister contends that he exercised his jurisdiction by deferring to the amount proposed by the Board, such an approach contravened natural justice principles and the duty of fairness. In refusing to meet with applicant, the Minister's decision was made in the absence of relevant information. The Minister had committed error of law going to the heart of his jurisdiction.

The Minister's position was that it was the Board which had jurisdiction to issue, amend, renew and cancel a water licence as well as to fix the security required. Applicant had

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de rejeter une requête présentée par la demanderesse, une société minière, en vue du réexamen du montant de la sûreté devant être fournie par celle-ci aux termes d'un permis octroyé par l'Office des eaux du Nunavut. Le ministre a refusé de se reconnaître compétent.

La demanderesse a décidé de fermer la mine de Nanisivik, une mine de zinc, de plomb et d'argent. L'article 57 de la *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut* prévoit la nécessité d'obtenir un permis d'utilisation des eaux en vue d'activités d'abandon. L'Office a exigé que la demanderesse fournisse une sûreté de 17,6 M\$ dont la forme soit jugée acceptable par le ministre. L'Office n'a pas retenu l'évaluation faite par la demanderesse des coûts de remise en état et doutait de sa stabilité financière. Le ministre a donné son agrément à l'octroi du permis aux conditions établies par l'Office. Le ministre a soutenu ne pas avoir refusé de reconnaître sa compétence, mais avoir plutôt donné son agrément au permis en son entier conformément à l'article 56 de la Loi. La Loi, de concert avec le *Règlement sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest*, vise à assurer qu'en cas de fermeture d'un site minier, un mécanisme existe pour empêcher ou diminuer tout effet négatif sur les personnes, les biens ou l'environnement, et que la solvabilité du titulaire soit exigée comme condition de l'octroi d'un permis, laquelle doit être suffisante pour assurer la remise en état.

La question en litige était celle de savoir si la décision ou le refus du ministre de se reconnaître compétent constituait ou non une violation de principes d'équité procédurale ou un déni de justice naturelle.

La demanderesse a soutenu que le ministre avait mal interprété la loi et avait donc commis une erreur de droit en refusant de se reconnaître compétent. Le paragraphe 76(1) est de nature réparatrice puisqu'il prévoit au profit de la demanderesse la possibilité d'un réexamen par le ministre du montant de la sûreté à fournir; il convient donc de lui donner une interprétation large et libérale. Le permis lui-même, en outre, conférait compétence au ministre pour réexaminer le montant de la sûreté. La demanderesse a ajouté que, si le ministre prétend avoir exercé sa compétence en évaluant le montant suggéré par l'Office, cette façon d'agir enfreignait les principes de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement. En refusant de rencontrer la demanderesse, le ministre a pris sa décision sans disposer de renseignements pertinents. Le ministre a commis une erreur de droit qui touche sur le fond à sa compétence.

Le ministre a soutenu que c'était l'Office qui avait compétence pour délivrer, modifier, renouveler et annuler un permis d'utilisation des eaux, de même que pour établir le

availed itself of the opportunity of being heard at various stages of the licensing process. The Minister's section 56 authority was exercised by approving the licence in its entirety. The Act affords a licensee no right to be heard by the Minister. Applicant failed to appeal the Board decision to Federal Court, a remedy made available by Act, subsection 81(1). The Minister pointed out that, while under subsection 76(1) the form of security may be determined by the Board, or may be in a form satisfactory to the Minister, the amount is to be determined in accordance with the regulations. The predecessor legislation was to the same effect. There was a practical reason why the Minister was given jurisdiction as to form (as opposed to the amount) of the security: under subsection 76(1), the security is to be furnished and maintained with the Minister. Given the objects of the Board—to provide for water conservation for the optimum benefit of Nunavut residents—it was important that the Board have jurisdiction to set the amount of security. The Regulations, and the Act itself, clearly state that it is the Board which determines the amount of security to be provided by a licensee. Financial viability, estimated cost of the work and the risk assessment were all fact-based questions that the Board had to consider. The Minister accordingly argued that it would be inconsistent with the Act's objects and Board jurisdiction for him to arbitrarily change the amount of security set by a tribunal having conservation and water usage expertise.

So far as procedural fairness and natural justice was concerned, the Minister pointed out that applicant had not requested a meeting until after expiry of the time allowed the Minister to make a decision. As for the remedy of *mandamus* sought by applicant, the Minister's submission was that it does not lie to compel a particular decision from among the range available to the decision maker. The Minister lacked a specific statutory duty to determine the amount of security. He did have a discretionary power to either approve or reject a licence in its entirety.

Held, the application should be denied.

This case involved a narrow issue of statutory interpretation. Under subsection 76(1), "the Board may require an applicant . . . to furnish . . . security . . . in the form . . . and in an amount . . . that is satisfactory to the Minister." Subsection 76(1) is a recent provision which came into effect when the statute was proclaimed in 2002. Its wording differs from subsection 17(1) of the previous legislation—the *Northwest Territories Waters Act*—leading to the supposition

montant de la sûreté à fournir. La demanderesse avait tiré profit de l'occasion prévue d'être entendue à diverses étapes du processus conduisant à la délivrance du permis. Le ministre a exercé le pouvoir conféré par l'article 56 en donnant son agrément au permis en son entier. La Loi ne prévoit pas d'occasion pour le titulaire d'un permis d'être entendu par le ministre. La demanderesse n'a pas fait appel de la décision du Conseil devant la Cour fédérale, tel que le paragraphe 81(1) de la Loi le lui permettait. Le ministre a souligné que, bien qu'en vertu du paragraphe 76(1) la forme de la sûreté puisse être celle exigée par l'Office ou jugée acceptable par le ministre, son montant doit être conforme aux règlements. Les dispositions législatives antérieures étaient de même teneur. Il existait un fondement pratique à la compétence du ministre quant à la forme (par opposition au montant) de la sûreté; en vertu du paragraphe 76(1), le titulaire d'un permis doit fournir au ministre et maintenir une sûreté. Étant donné la mission de l'Office—veiller à la conservation des eaux du Nunavut de la façon la plus avantageuse possible pour ses habitants—, il importait que l'Office ait compétence pour fixer le montant de la sûreté. Il est clairement énoncé dans le Règlement et dans la Loi elle-même qu'il incombe à l'Office de fixer le montant de la sûreté à fournir par le titulaire d'un permis. La solvabilité, l'évaluation des frais à engager pour réaliser l'opération et les risques que celle-ci comporte constituaient des questions de fait à examiner par l'Office. Le ministre a donc soutenu qu'il serait incompatible avec l'objet de la Loi, ainsi que les pouvoirs de l'Office, qu'il ait compétence pour modifier arbitrairement le montant de la sûreté établi par un tribunal qui dispose de connaissances spécialisées dans le domaine de la conservation et de l'utilisation de l'eau.

Pour ce qui était de l'équité procédurale et de la justice naturelle, le ministre a-t-il souligné, la demanderesse n'avait pas demandé à le rencontrer avant l'expiration du délai prévu pour sa prise de décision. Pour ce qui était du *mandamus* sollicité par la demanderesse, le ministre a soutenu que ce recours ne pouvait être accordé pour forcer un décideur à prendre une décision particulière dans la gamme d'options disponibles. La Loi n'investit le ministre d'aucune fonction déterminée quant à la fixation du montant de la sûreté. Le ministre avait le pouvoir discrétionnaire de donner son agrément ou non au permis en son entier.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

On soulève en l'espèce une question bien circonscrite d'interprétation législative. En vertu du paragraphe 76(1), «L'Office peut exiger du demandeur [. . .] qu'il fournisse au ministre [. . .] une sûreté dont [. . .] la forme et le montant sont [. . .] jugés acceptables par ce dernier». Le paragraphe 76(1) est assez récent et n'est entré en vigueur qu'au moment de la promulgation de la Loi en 2002. Son libellé diffère de celui du paragraphe 17(1), la disposition équivalente de la loi

that the altered wording reflected an adjustment to the scope of the Minister's discretion. The question was whether use of the word "is" in the final line qualified only "form" or also "amount". The provision is indeed ambiguous. In fact, this very issue had arisen in Parliament at the Committee stage but a proposed amendment to the wording was voted down. The proponent of the amendment had foreseen the issue herein. But, before the Committee, the Departmental spokesman had confirmed that "No one's contesting that it's the board that sets the amount of the security, and no one's suggesting that it's other than the Minister who deals with the form of the security". The Court was inclined to conclude that the Committee had accepted this assurance regarding the meaning of this subsection. A purposive analysis, as articulated by the Supreme Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, of the provision failed to yield an entirely clear result, for there were good arguments on both sides. But the legislation's history along with the general scheme of the Act supported the Minister's position on the issue of discretion as to the quantum of security. Certainly, the wording of this subsection cries out for clarification.

Still, a statutory scheme that reserves the fixing of the amount of security to the Board yet gives the Minister power to disapprove a licence if the amount of security is insufficient results in a rather nebulous apportionment of powers as to who has the final say on the amount of security. It was, however, accepted that the Board did have the duty to fix the amount of security and that the amount provided for in a licence was not a mere suggestion subject to Ministerial approval. Giving the Minister power to disapprove a licence was not the same as giving him power to set the amount of security as part of the negotiations and hearings leading to the Board's granting of a licence. Applicant was not entitled to a repetition of the process that had taken place before the Board by involving all of the parties in negotiations with the Minister.

The scope of the Minister's section 56 powers were not here at issue and it was not applicant's submission that the Board decision was in any way suspect.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).

antérieure, la *Loi sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest*. L'on pourrait alors croire qu'on a voulu, par la modification du libellé, rajuster la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre. Il s'agissait de savoir si le verbe «is» à la dernière ligne de la version anglaise se rapportait uniquement à la «forme» ou s'il visait aussi le «montant». La disposition est véritablement ambiguë. Ce problème particulier a d'ailleurs été soulevé lors de l'examen en comité parlementaire, mais un amendement qu'on avait alors suggéré d'apporter au paragraphe concerné a perdu aux voix. L'auteur de l'amendement avait prévu le problème rencontré en l'espèce. Le représentant du ministère a toutefois confirmé ce qui suit devant le Comité: «Personne ne conteste que c'est l'Office qui établit le montant de la sûreté et personne ne préconise que quiconque, outre le ministre, décide de la forme que prendra la sûreté» La Cour était encline à conclure que le Comité jugeait acceptables les assurances données quant au sens à prêter au paragraphe en cause. Une analyse de l'objet visé par le paragraphe, conformément aux précisions de la Cour suprême dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, ne conduisait pas à un résultat parfaitement clair, puisque de bons arguments avaient été avancés d'un côté comme de l'autre. Toutefois, l'historique du texte et l'économie générale de la Loi étayaient la position du ministre quant au pouvoir discrétionnaire dont ce dernier dispose relativement au montant de la sûreté. Le libellé du paragraphe gagnerait assurément à être clarifié.

Malgré tout, un texte législatif qui confie à l'Office le rôle d'établir le montant de la sûreté à fournir tout en conférant au ministre le pouvoir de rejeter un permis si ce montant ne suffit pas donne lieu à un partage de pouvoirs plutôt nébuleux et fait se demander qui a le dernier mot quant au montant de la sûreté. Il a cependant été reconnu que l'Office avait bien pour responsabilité d'établir le montant de la sûreté, de sorte que le montant stipulé dans un permis ne constituait pas qu'une simple suggestion requérant l'assentiment du ministre. Attribuer au ministre le pouvoir de rejeter un permis n'équivalait pas à lui donner le pouvoir de fixer le montant de la sûreté dans le cadre des négociations et de l'enquête publique conduisant à l'octroi du permis par l'Office. La demanderesse ne disposait pas du droit à une reprise du processus—avec participation de toutes les parties à des négociations avec le ministre—déjà mené à bien par l'Office.

La portée des pouvoirs du ministre en vertu de l'article 56 n'était pas en litige en l'espèce et la demanderesse n'a nullement soutenu que la décision de l'Office était douteuse.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Northwest Territories Waters Act, S.C. 1992, c. 39, s. 17(1).
Northwest Territories Waters Regulations, SOR/93-303, s. 12.
Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights Tribunal Act, S.C. 2002, c. 10, ss. 11(1), 35, 42, 43, 56, 57, 76(1), 81, 89.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

CONSIDERED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164; (1985), 20 D.L.R. (4th) 641; [1985] 6 W.W.R. 147; 36 Man.R. (2d) 215; 18 Admin. L.R. 59; 32 M.P.L.R. 1; 61 N.R. 321; 37 R.P.R. 101; *Gerle Gold Ltd. v. Golden Rule Resources Ltd.*, [2001] 1 F.C. 647; (2000), 261 N.R. 356 (C.A.); *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2002), 223 F.T.R. 290 (F.C.T.D.); *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249; (2002), 245 N.B.R. (2d) 201; 209 D.L.R. (4th) 1; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; *Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174; (1987), 11 F.T.R. 75 (T.D.); *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); *Minister of Finance of British Columbia v. The King*, [1935] S.C.R. 278; [1935] 3 D.L.R. 316; *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. and Minister of Mineral Resources of Saskatchewan (Re)* (1972), 32 D.L.R. (3d) 107; [1973] 1 W.W.R. 193 (Sask. C.A.); aff'd (1973), 38 D.L.R. (3d) 317; [1973] 2 W.W.R.

1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).
Loi sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest, L.C. 1992, ch. 39, art. 17(1).
Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut, L.C. 2002, ch. 10, art. 11(1), 35, 42, 43, 56, 57, 76(1), 81, 89.
Règlement sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest, DORS/93-303, art. 12.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38.

DÉCISIONS CITÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164; (1985), 20 D.L.R. (4th) 641; [1985] 6 W.W.R. 147; 36 Man.R. (2d) 215; 18 Admin. L.R. 59; 32 M.P.L.R. 1; 61 N.R. 321; 37 R.P.R. 101; *Gerle Gold Ltd. c. Golden Rule Resources Ltd.*, [2001] 1 C.F. 647; (2000), 261 N.R. 356 (C.A.); *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (2002), 223 F.T.R. 290 (C.F. 1^{re} inst.); *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249; (2002), 245 R.N.-B. (2d) 201; 209 D.L.R. (4th) 1; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; *Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174; (1987), 11 F.T.R. 75 (1^{re} inst.); *Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599; (1981), 124 D.L.R. (3d) 574; 41 N.R. 257 (C.A.); *Minister of Finance of British Columbia v. The King*, [1935] R.C.S. 278; [1935] 3 D.L.R. 316; *Central Canada Potash Co. Ltd. et al. and Minister of Mineral Resources of Saskatchewan (Re)* (1972), 32 D.L.R. (3d) 107; [1973] 1 W.W.R. 193 (C.A. Sask.); conf. (1973), 38 D.L.R. (3d)

672 (S.C.C.); *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404; 3 C.P.R. (4th) 1; 252 N.R. 72 (F.C.A.); *Schwarz Hospitality Group Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 113; 37 C.E.L.R. (N.S.) 295; 201 F.T.R. 85 (F.C.T.D.); *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of common Standing Committee on Aboriginal Affairs, Northern Development and Natural Resources. *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., October 30, 2001.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Minister of Indian Affairs and Northern Development denying a mining company's request for a review of the amount of financial security to be provided with respect to a mine closure pursuant to a licence granted by the Nunavut Water Board. Application dismissed.

APPEARANCES:

Douglas Hamilton for applicant.
Anusha Aruliah and *Jennifer M. Roy* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] RUSSELL J.: This is an application for judicial review of a decision of the Minister of Indian Affairs and Northern Development (Minister). By letter dated April 11, 2003 (decision), the Minister rejected the applicant's request for review and consideration of the amount of financial security to be provided by the applicant pursuant to licence NWB1NAN0208 (licence) granted by the Nunavut Water Board (Board) to the applicant under the *Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights*

317; [1973] 2 W.W.R. 672 (C.S.C.); *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404; 3 C.P.R. (4th) 1; 252 N.R. 72 (C.A.F.); *Schwarz Hospitality Group Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 113; 37 C.E.L.R. (N.S.) 295; 201 F.T.R. 85 (C.F. 1^{re} inst.); *Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.).

DOCTRINE

Canada. Parlement. Chambre des communes, Comité permanent des affaires autochtones du développement du Grand Nord et des ressources naturelles. *Témoignages*, 1^{re} Sess., 37^e Légis., 30 octobre 2001.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a rejeté la requête présentée par une société minière en vue du réexamen du montant de la sûreté devant être fournie relativement à la fermeture d'une mine aux termes d'un permis que l'Office des eaux du Nunavut lui a octroyé. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Douglas Hamilton, pour la demanderesse.
Anusha Aruliah et *Jennifer M. Roy*, pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCarthy Tétrault, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE RUSSELL: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre). Par lettre en date du 11 avril 2003 (la décision), le ministre a rejeté la requête présentée par la demanderesse en vue du réexamen du montant de la sûreté devant être fournie par la demanderesse aux termes du permis NWB1NAN0208 (le permis) que lui a octroyé l'Office des eaux du Nunavut (l'Office) en vertu de la *Loi sur les*

Tribunal Act [S.C. 2002, c. 10] (Act). Specifically, in the Decision, the Minister refused to accept jurisdiction for the applicant's request for review and consideration of the amount of financial security to be provided.

BACKGROUND

[2] The applicant is a wholly owned subsidiary of Breakwater Resources Ltd., a mining company that has owned and operated the Nanisivik Mine since late 1997. The Nanisivik Mine is an underground zinc, lead and silver mine.

[3] In order to operate a mine in Nunavut, subsection 11(1) of the Act requires that a water licence be issued for water use as well as water disposal that may affect water.

[4] In October 2001, the applicant announced the permanent closure of productive operations of the Nanisivik Mine, to be implemented by September 30, 2002.

[5] Section 57 of the Act requires that a water licence is required for abandonment activities to cover use of water and disposal of waste and the subsequent closure of the mine property.

[6] During the years that the applicant operated the mine, it failed to comply with some of the conditions outlined in its 1997 licence. The main non-compliance issue referred to in the 2002 compliance report was applicant's failure to provide a \$1 million security deposit increase required in Part B, Item 2 of the 1997 licence, before the July 31, 2002 due date.

[7] The applicant applied to the Board for a renewal of its water licence for the Nanisivik Mine to cover closure and reclamation activities. The Board has jurisdiction to issue the appropriate water use licences in Nunavut.

[8] On June 5, 2002, the Board held a pre-hearing meeting in Arctic Bay, to discuss the scope of the

eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut [L.C. 2002, ch. 10] (la Loi). Plus spécifiquement, le ministre a refusé dans la décision de se reconnaître compétent pour réexaminer le montant de la sûreté à fournir.

CONTEXTE

[2] La demanderesse est une filiale en propriété exclusive de Breakwater Resources Ltd., société minière qui, depuis la fin de 1997, possède et exploite la mine Nanisivik, une mine souterraine de zinc, de plomb et d'argent.

[3] La Loi, en son paragraphe 11(1), exige qu'un permis d'utilisation des eaux soit délivré pour autoriser l'utilisation de l'eau et l'élimination des déchets qui peuvent affecter l'eau.

[4] En octobre 2001, la demanderesse a annoncé la cessation définitive des activités de production de la mine Nanisivik, devant se produire d'ici au 30 septembre 2002.

[5] L'article 57 de la Loi prévoit la nécessité d'obtenir un permis d'utilisation des eaux en vue d'activités d'abandon, permis qui doit viser l'utilisation de l'eau et l'élimination des déchets ainsi que la fermeture ultérieure de la mine.

[6] Pendant les années d'exploitation de la mine, la demanderesse n'a pas observé certaines conditions de son permis de 1997. L'inobservation la plus importante mentionnée dans le rapport de conformité de 2002 concernait le défaut d'augmenter de 1 M\$, avant l'échéance du 31 juillet 2002, le montant de la sûreté déposée, tel que l'exige l'article 2 de la partie B du permis de 1997.

[7] La demanderesse a présenté, à l'Office, une demande de renouvellement du permis d'utilisation des eaux pour la mine Nanisivik, relativement aux activités de fermeture et de remise en état. L'Office a compétence pour délivrer les permis d'utilisation des eaux au Nunavut.

[8] Le 5 juin 2002, l'Office a tenu à Arctic Bay une réunion préalable à l'enquête publique de juillet 2002,

application and various procedural matters in preparation for the July 2002 hearing. The applicant, the Minister, the Government of Nunavut, the Department of Fisheries and Oceans Canada (DFO), Environment Canada, and Nunavut Tunngavik Incorporated all submitted written interventions prior to the public hearing. Both the applicant and the Minister provided reclamation cost estimates to the Board as part of their written submissions.

[9] The Board held a public hearing on July 22, 23, and 24, 2002 in Arctic Bay. The Board heard evidence from the applicant, the Minister, the Government of Nunavut, DFO, Environment Canada, Nunavut Tunngavik Incorporated, the Hamlet of Arctic Bay and several citizens of Arctic Bay.

[10] The Board allowed additional submissions and undertakings to be submitted before it made its final decision on the application. The applicant was given the opportunity to submit a final rebuttal of all written interventions filed with the Board and the applicant filed a final rebuttal on August 30, 2002.

[11] On October 10, 2002, the Board granted the applicant's renewal request for the licence pursuant to subsection 56(2) of the Act.

[12] The Board required the applicant to provide a security in the amount of \$17.6 million. The Board also provided written reasons for its decision.

[13] The renewal was granted in connection with the closure and reclamation activities to be undertaken at the Nanisivik Mine.

[14] In granting the licence, the Board imposed a number of conditions on the applicant. Specifically, condition 2 of Part B of the licence stipulates that the applicant must provide the respondent with security in a form that is satisfactory to the Minister:

The Licencee shall within thirty (30) days of issuance of the Licence, furnish and maintain a security in the amount of \$17.6 million dollars in the form and nature in accordance with the Regulation or that is satisfactory to the Minister.

afin qu'il soit discuté de la portée de la demande et de diverses questions de procédure. La demanderesse, le ministre, le gouvernement du Nunavut, le ministère des Pêches et des Océans (MPO), Environnement Canada et Nunavut Tunngavik Incorporated ont chacun présenté à l'Office une intervention écrite avant la tenue de l'enquête publique. La demanderesse et le ministre ont tous deux joint à leur document une évaluation des coûts de remise en état.

[9] L'enquête publique devant l'Office s'est déroulée les 22, 23 et 24 juillet 2002, à Arctic Bay. L'Office a entendu la preuve de la demanderesse, du ministre, du gouvernement du Nunavut, du MPO, d'Environnement Canada, de Nunavut Tunngavik Incorporated, du hameau d'Arctic Bay et de plusieurs citoyens d'Arctic Bay.

[10] L'Office a permis que d'autres observations et engagements lui soient présentés avant qu'il ne rende sa décision finale sur la demande. La demanderesse a eu l'occasion de présenter une réfutation finale à l'encontre de toutes les interventions écrites soumises à l'Office, ce qu'elle a fait le 30 août 2002.

[11] Le 10 octobre 2002, l'Office a accordé à la demanderesse le renouvellement de son permis en vertu du paragraphe 56(2) de la Loi.

[12] L'Office a exigé de la demanderesse qu'elle fournisse une sûreté de 17,6 M\$. Il a également motivé par écrit sa décision.

[13] Le permis accordé visait les activités de fermeture et de remise en état de la mine Nanisivik.

[14] L'Office a soumis l'attribution du permis à un certain nombre de conditions à remplir par la demanderesse, tout particulièrement la condition 2 de la partie B du permis, selon laquelle la demanderesse doit fournir au défendeur une sûreté dont la forme est jugée acceptable par le ministre:

[TRADUCTION] Le titulaire du permis doit, dans les trente (30) jours suivant la délivrance, fournir et maintenir une sûreté de 17,6 M\$ dont la forme et la nature sont conformes au règlement ou jugées acceptables par le ministre.

[15] In determining the amount of security, the Board rejected the applicant's estimates and relied on a modified version of the Minister's reclamation cost estimates. In setting the total at \$17.6 million, the Board noted that it still had doubts about the financial strength of the applicant and its parent company, Breakwater. More specifically, the Board was concerned with the applicant's non-compliance with the requirement (from the preceding licence) of a payment of a \$1 million security by July 31, 2002.

[16] On November 19, 2002, the Minister informed the Board that he had approved the licence, pursuant to subsection 56(2) of the Act. The Minister noted with approval the consideration that the Board gave to the various issues that were raised during the licence renewal process. The record before the Minister included both the licence and the reasons for the Board's decision.

[17] Although the applicant made three requests for a meeting with the Minister, these requests were made after the Minister approved the licence.

[18] Subsection 56(2) of the Act provides that the Minister shall make a decision on whether to approve a licence within 45 days of the Minister receiving the licence. The licence was issued by the Board on October 10, 2002. It was only on December 11, 2002, after the 45 days had expired, that the applicant first wrote to the Minister requesting a discussion regarding the amount of security.

[19] The applicant has not appealed the decision of the Board pursuant to the appeal process outlined at section 81 of the Act.

[20] From the outset, the applicant has taken the position that the suggestion made by the Board concerning the amount of security to be provided was inappropriate. Accordingly, the applicant contacted the Minister on numerous occasions to schedule a meeting to explain why the amount of security suggested by the

[15] L'Office, pour fixer le montant de la sûreté, n'a pas retenu l'évaluation de la demanderesse et s'est plutôt fondé sur une version modifiée de l'évaluation des coûts de remise en état du ministre. Lorsqu'il a fixé le montant à 17,6 M\$, l'Office a souligné qu'il lui restait certains doutes quant à la stabilité financière de la demanderesse et de sa société mère, Breakwater. L'Office s'est dit inquiet plus particulièrement de l'inobservation par la demanderesse de l'obligation (prévue dans le permis antérieur) de verser une sûreté de 1 M\$ avant le 31 juillet 2002.

[16] Le 19 novembre 2002, le ministre a informé l'Office qu'il avait donné son agrément au permis, en application du paragraphe 56(2) de la Loi. Le ministre a souligné avec approbation l'examen par l'Office des diverses questions soulevées pendant le processus de renouvellement du permis. Le dossier présenté au ministre comprenait à la fois le permis et les motifs de la décision de l'Office.

[17] La demanderesse a demandé à trois reprises de rencontrer le ministre; ces demandes ont toutefois été faites une fois que le ministre eût donné son agrément au permis.

[18] Le paragraphe 56(2) de la Loi prévoit que le ministre doit décider s'il y a lieu d'agréer ou non un permis dans un délai de 45 jours à partir du moment où il est saisi de la question. L'Office a délivré le permis le 10 octobre 2002. Ce n'est que le 11 décembre 2002, soit une fois expiré le délai de 45 jours, que la demanderesse a écrit pour la première fois au ministre, en vue de pouvoir discuter avec lui du montant de la sûreté.

[19] La demanderesse n'a pas interjeté appel de la décision de l'Office conformément à la procédure d'appel précisée à l'article 81 de la Loi.

[20] La demanderesse était d'avis d'entrée de jeu que le montant de la sûreté à fournir suggéré par l'Office ne convenait pas. La demanderesse a donc communiqué avec le ministre à de nombreuses occasions pour pouvoir le rencontrer et lui expliquer pourquoi le montant suggéré ne convenait pas et pourquoi il devrait décider

Board was not appropriate and why the Minister should determine it to be unsatisfactory. The Minister declined to meet with the applicant.

DECISION UNDER REVIEW

[21] The applicant submits that, by letter dated April 11, 2003, the Minister refused to accept jurisdiction to review and consider the amount of financial security to be provided by the applicant under the licence. It is this letter that gives rise to the present application for judicial review.

[22] The Minister submits that, in his letter of April 11, 2003, he did not “refuse to accept jurisdiction,” as alleged by the applicant. Rather, he approved the licence in its entirety pursuant to section 56 of the Act.

PERTINENT LEGISLATION

[23] Subsection 76(1) of the Act provides as follows:

76. (1) The Board may require an applicant, a licensee or a prospective assignee to furnish and maintain security with the Minister in the form, of the nature, subject to such terms and conditions and in an amount prescribed by, or determined in accordance with, the regulations or that is satisfactory to the Minister.

[24] The security established by subsection 76(1) of the Act, together with the criteria in the applicable *Northwest Territories Waters Regulations* [SOR/93-303] (Regulations), ensures that there is a mechanism in place “to prevent, counteract, mitigate or remedy any resulting adverse effect on persons, property or the environment” (subsection 89(1)). Where such adverse effects are found, subsection 89(1) of the Act allows the security to be used to remedy them. Consistent with this purpose, paragraph 57(b) of the Act requires “financial responsibility” as a condition for the issuance of licences, and the financial responsibility must be adequate for satisfactory maintenance and restoration in the event of mine site closure or abandonment.

ISSUES

[25] The applicant raises the following issues:

en ce sens. Le ministre a refusé de rencontrer la demanderesse.

DÉCISION À L'EXAMEN

[21] La demanderesse soutient qu'au moyen d'une lettre en date du 11 avril 2003, le ministre a refusé de reconnaître qu'il avait compétence pour réexaminer le montant de la sûreté que la demanderesse doit fournir aux termes du permis. Cette lettre est la raison de la présente demande de contrôle judiciaire.

[22] Le ministre soutient que, dans sa lettre du 11 avril 2003, il n'a pas [TRADUCTION] «refusé de reconnaître sa compétence» comme l'allègue la demanderesse. Il a plutôt donné son agrément au permis en son entier conformément à l'article 56 de la Loi.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[23] Le paragraphe 76(1) de la Loi prévoit ce qui suit:

76. (1) L'Office peut exiger du titulaire, du demandeur ou du cessionnaire éventuel d'un permis qu'il fournisse au ministre et maintienne une sûreté dont la nature, les conditions, la forme et le montant sont conformes aux règlements ou jugés acceptables par ce dernier.

[24] La sûreté prévue au paragraphe 76(1) ainsi que les critères applicables énoncés au *Règlement sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest* [DORS/93-303] (le Règlement) visent à assurer l'existence d'un mécanisme «pour empêcher, neutraliser, atténuer ou réparer tout effet nuisible sur les personnes, les biens ou l'environnement» (paragraphe 89(1)). Si de tels effets se produisent, le paragraphe 89(1) de la Loi permet d'utiliser la sûreté afin d'y remédier. En accord avec cet objectif, l'alinéa 57b) de la Loi exige la «solvabilité» comme condition de la délivrance d'un permis, laquelle doit être suffisante pour assurer l'entretien des lieux et leur remise en état en cas d'abandon ou de fermeture d'un site minier.

QUESTIONS EN LITIGE

[25] La demanderesse soulève les questions suivantes:

Did the Minister err in his interpretation of the Act by determining that he lacked jurisdiction to review or consider the amount of financial security to be provided?

Le ministre a-t-il interprété la Loi erronément en décidant qu'il n'avait pas compétence pour réexaminer le montant de la sûreté à fournir?

Did the Minister err in refusing to accept jurisdiction, under the terms of the licence, to review and consider the amount of financial security to be provided?

Le ministre a-t-il commis une erreur en refusant de reconnaître qu'il avait compétence, aux termes du permis, pour réexaminer le montant de la sûreté à fournir?

Did the Minister's refusal to accept jurisdiction to review and consider the amount of financial security to be provided, either under the Act or pursuant to the licence, amount to a breach of procedural fairness and a denial of natural justice?

Le refus du ministre de reconnaître sa compétence pour réexaminer le montant de la sûreté à fournir, soit en vertu de la Loi ou aux termes du permis, constitue-t-il une violation de principes d'équité procédurale ou un déni de justice naturelle?

ARGUMENTS

Applicant

General

[26] The applicant says that the Minister has jurisdiction to review and consider the amount of financial security to be provided by the applicant. The Minister's refusal to acknowledge and accept this jurisdiction, through a misinterpretation of an enabling statute, amounts to an error of law.

[27] The applicant says there is no ambiguity in the wording of subsection 76(1) of the Act and the clear wording of the section (granting jurisdiction to the Minister) should be given effect.

[28] Subsection 76(1) of the Act is remedial in nature in that it provides the applicant with the benefit of the Minister's review and consideration of the amount of financial security to be provided. As a remedial provision, it must be given a broad and liberal interpretation (*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12).

[29] In addition, the applicant says that the Minister has been granted jurisdiction pursuant to the licence to review and consider the amount of financial security to be provided by the applicant. The Minister has refused to accept this grant of jurisdiction. The words in the licence are as follows:

ARGUMENTS DES PARTIES

Demanderesse

Arguments généraux

[26] La demanderesse soutient que le ministre a compétence pour réexaminer le montant de la sûreté qu'elle doit fournir. Constitue une erreur de droit, à ce titre, le refus du ministre de se reconnaître compétent par suite de l'interprétation erronée d'une mesure habilitante.

[27] Selon la demanderesse, le paragraphe 76(1) de la Loi ne présente aucune ambiguïté, son libellé est clair—il confère compétence au ministre—et on doit lui donner son plein effet.

[28] Le paragraphe 76(1) est de nature réparatrice puisqu'il prévoit au profit de la demanderesse le réexamen par le ministre du montant de la sûreté à fournir. En tant que tel, il convient de lui donner une interprétation large et libérale (*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 12).

[29] La demanderesse soutient qu'en outre, le permis lui-même confère compétence au ministre pour réexaminer le montant de la sûreté. Le ministre a refusé de reconnaître la compétence ainsi conférée. Voici le libellé du permis:

The Licencee shall within thirty (30) days of issuance of the Licence, furnish and maintain a security in the amount of \$17.6 million dollars in the form and nature in accordance with the Regulation or that is satisfactory to the Minister.

[TRADUCTION] Le titulaire du permis doit, dans les trente (30) jours de la délivrance, fournir et maintenir une sûreté de 17,6 M\$ dont la forme et la nature sont conformes au règlement ou jugées acceptables par le ministre.

[30] The applicant goes further and says that, if the Minister contends that he has exercised his jurisdiction to review and consider the amount of financial security to be provided by the applicant, and that the exercise was completed by simply deferring to the amount suggested by the Board, such a decision was made contrary to the principles of natural justice and the duty of fairness for the following reasons:

[30] La demanderesse ajoute que, si le ministre prétend avoir exercé sa compétence quant au réexamen du montant de la sûreté à fournir et qu'il a bel et bien exercé cette compétence en avalisant simplement le montant suggéré par l'Office, la décision du ministre a enfreint les principes de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement pour les raisons suivantes:

1. the Minister rejected requests by the applicant to meet with the Minister in order to provide information directly relevant to the Minister's decision;
2. the applicant was denied the opportunity to be heard by the Minister prior to his decision; and
3. in denying the applicant's request to meet, the Minister has rendered a decision in the absence of relevant information.

1. le ministre a rejeté les demandes faites par la demanderesse en vue de le rencontrer pour lui communiquer de l'information d'intérêt direct pour la décision à prendre;
2. le ministre n'a pas donné à la demanderesse l'occasion de se faire entendre avant de prendre sa décision;
3. en refusant de rencontrer la demanderesse, le ministre a pris sa décision sans disposer de renseignements pertinents.

See *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 and *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. Francois Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164.

Se reporter à *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 et à *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. Francois Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164.

Standard of review

[31] The applicant says that the standard of review to be applied in the present case is correctness. The Minister is obligated to correctly interpret a provision that serves, in part, as his enabling statute. The Minister's error amounts to an error in law that goes to the heart of his jurisdiction (*Gerle Gold Ltd. v. Golden Rule Resources Ltd.*, [2001] 1 F.C. 647 (C.A.); *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2002), 223 F.T.R. 290 (F.C.T.D.); *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249).

Norme de contrôle judiciaire

[31] La demanderesse déclare que la norme de contrôle judiciaire applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. Le ministre est tenu d'interpréter correctement une disposition qui tient lieu à son endroit, partiellement, de mesure habilitante. L'erreur du ministre équivaut à une erreur de droit qui touche sur le fond à sa compétence (*Gerle Gold Ltd. c. Golden Rule Resources Ltd.*, [2001] 1 C.F. 647 (C.A.); *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (2002), 223 F.T.R. 290 (C.F. 1^{re} inst.); *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249.

Respondent

General

[32] The Minister points out that these proceedings are styled by the applicant as “an application for judicial review in respect of a decision by the Respondent, the Minister of Indian Affairs and Northern Development, . . . [refusing] to accept jurisdiction for the Applicant’s request for review and consideration of the amount of financial security to be provided [as a condition of the issuance of water licence NWB1NAN028].” As identified by the applicant, this purported exercise of discretionary powers occurred on April 11, 2003, when the Minister wrote a letter to the applicant, rejecting the applicant’s request to meet.

[33] Contrary to the position of the applicant, the Minister says that no discretionary powers were being exercised on April 11, 2003 when the applicant was advised that “unless and until the security posting requirements of the Licence’s Part B are altered by an authority with appropriate jurisdiction, they are in force and binding.”

[34] The jurisdiction to issue, amend, renew and cancel a water licence resides with the Board pursuant to sections 42 and 43 of the Act. Pursuant to subsection 76(1) of that Act, the Board also has the jurisdiction to determine the amount of security required from the applicant. In issuing a licence, the Act provides a licensee with the opportunity to be heard at several stages in the licensing process. The applicant was heard at all of the stages.

[35] Any discretionary powers residing in the Minister relevant to the issues raised in this application are found in section 56 of the Act which states that the “issuance, amendment, renewal and cancellation of a type . . . B licence [is] subject to the approval of the Minister.”

[36] The Minister approved the licence in its entirety, pursuant to his authority to approve or reject the licence under section 56 of the Act. The Act does not provide for the opportunity for a licensee to be heard by the

Défendeur

Arguments généraux

[32] Le ministre souligne que la demanderesse désigne la présente instance comme [TRADUCTION] «une demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien [. . .] [de refuser] de se reconnaître compétent à l’égard de la demande par la demanderesse d’un réexamen du montant de la sûreté devant être fournie [comme condition préalable de la délivrance du permis d’utilisation des eaux NWB1NAN028]». Tel que le précise la demanderesse, ce soi-disant exercice de pouvoirs discrétionnaires s’est produit le 11 avril 2003, lorsque le ministre a informé par lettre la demanderesse qu’il rejetait sa demande d’une rencontre.

[33] Le ministre soutient que, contrairement à ce que prétend la demanderesse, aucun pouvoir discrétionnaire n’a été exercé le 11 avril 2003 lorsqu’on a informé cette dernière que [TRADUCTION] «à moins qu’une autorité compétente ne modifie les exigences de la partie B du permis concernant le dépôt d’une sûreté, celles-ci demeurent en vigueur et obligatoires».

[34] C’est l’Office qui, en vertu des articles 42 et 43 de la Loi, a compétence pour délivrer, modifier, renouveler et annuler un permis d’utilisation des eaux. Aux termes du paragraphe 76(1) de la Loi, l’Office a également compétence pour établir le montant de la sûreté devant être fournie par la demanderesse. La Loi prévoit pour le titulaire d’un permis l’occasion d’être entendu à plusieurs étapes du processus conduisant à la délivrance du permis. La demanderesse a été entendue à chacune de ces étapes.

[35] Tout pouvoir discrétionnaire dont dispose le ministre relativement aux questions visées par la présente demande découle de l’article 56 de la Loi, qui prévoit que «[s]ont subordonnés à l’agrément du ministre la délivrance, le renouvellement, la modification et l’annulation d’un permis de type [. . .] B».

[36] Le ministre a donné son agrément au permis en son entier, en vertu du pouvoir conféré par l’article 56 de la Loi d’accorder ou de refuser son agrément. La Loi ne prévoit pas d’occasion pour le titulaire d’un permis

Minister. Rather, the Act provides at subsection 81(1) that the licensee may appeal the decision of the Board to the Federal Court on a question of law or a question of jurisdiction. If it is not a question of law or jurisdiction, the issue can be reviewed through section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. No appeal or request for review was filed.

[37] If this Court were to review the Minister's decision to approve the licence on its merits, it is the Minister's position that the decision should be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*, and that the exercise of discretion in this case was reasonable.

[38] The respondent submits that, in the event the application is successful, the Court does not have jurisdiction to grant the applicant's desired remedy of *mandamus*.

The Minister did not err in his interpretation of the Act

[39] The applicant submits that the Minister erred in his interpretation of the Act.

[40] The Minister says that he did not err in his interpretation of the Act. Subsection 76(1) of the Act gives the Board the jurisdiction to determine the amount of the security. It is within the Minister's discretion to require a licensee to provide the amount of security, determined by the Board, in a form or nature that is satisfactory to the Minister.

[41] Subsection 76(1) of the Act provides for the amount to be "prescribed by, or determined in accordance with, the regulations." It also provides that the form of security may be determined by the Board, or may be in a form that is satisfactory to the Minister.

[42] Purposive analysis is the governing principle of statutory interpretation. It is the basis for the provision in the *Interpretation Act* that reads "[e]very enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and

d'être entendu par le ministre. Il est plutôt prévu au paragraphe 81(1) de la Loi que le titulaire peut faire appel de la décision de l'Office devant la Cour fédérale lorsque se soulève une question de droit ou une question de compétence. Les questions autres que de droit ou de compétence peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* (L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]). Aucun appel n'a été interjeté ni aucune demande de contrôle n'a été présentée.

[37] Le ministre est d'avis que, si la Cour devait examiner au fond sa décision de donner agrément au permis, la norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable *simpliciter*, et que le pouvoir discrétionnaire exercé en l'espèce avait un caractère raisonnable.

[38] Le défendeur ajoute que, si la demanderesse devait avoir gain de cause, la Cour n'a néanmoins pas compétence pour lui accorder un *mandamus*, la mesure de redressement souhaitée.

Le ministre n'a pas interprété la Loi erronément

[39] La demanderesse soutient que le ministre a fait erreur dans son interprétation de la Loi.

[40] Le ministre affirme pour sa part ne pas avoir mal interprété la Loi. Le paragraphe 76(1) de la Loi confère compétence à l'Office pour établir le montant de la sûreté. Il relève du pouvoir discrétionnaire du ministre d'exiger du titulaire d'un permis qu'il fournisse le montant de la sûreté, établi par l'Office, en une forme et une nature que le ministre juge acceptables.

[41] Le paragraphe 76(1) prévoit que le montant de la sûreté doit être «[conforme] aux règlements», et que sa forme peut être celle exigée par l'Office ou jugée acceptable par le ministre.

[42] L'analyse fondée sur l'objet visé constitue le principe directeur en matière d'interprétation des lois. C'est là le fondement de l'article suivant de la *Loi d'interprétation*: «Tout texte est censé apporter une

liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects” (section 12).

[43] The Supreme Court of Canada accepted this principle of purposive analysis in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 22 stating:

I also rely upon s. 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, which provides that every Act “shall be deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit”.

[44] The provisions of a statute must be interpreted consistently with the purpose of the statute in question. Both legislative evolution and a comprehensive reading of the Act are relevant factors to consider in determining the meaning of subsection 76(1) of the Act.

Consistent with predecessor legislation

[45] The Minister’s discretion with respect to the form of security, and not the amount of security, is consistent with the Act’s predecessor legislation, the *Northwest Territories Waters Act*, S.C. 1992, c. 39, subsection 17(1), of which reads as follows:

17. (1) The Board may require an applicant for a licence, a licensee or a prospective assignee of a licence to furnish and maintain security with the Minister, in an amount specified in, or determined in accordance with, the regulations made under paragraph 33(1)(g) and in a form prescribed by those regulations or a form satisfactory to the Minister.

[46] While the form of security may be determined by either the Board or the Minister, it is clear that the Board has jurisdiction to determine the amount in accordance with the Regulations. These same Regulations also govern the assessment of the amount of security in the successor Act:

12. (1) The Board may fix the amount of security required to be furnished by an applicant under subsection 17(1) of the Act in an amount not exceeding the aggregate of the costs of

solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet» (article 12).

[43] La Cour suprême du Canada a sanctionné ce principe de l’analyse fondée sur l’objet visé dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 22:

Je m’appuie également sur l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1980, ch. 219, qui prévoit que les lois «sont réputées apporter une solution de droit» et doivent «s’interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables».

[44] On doit interpréter les dispositions d’une loi d’une manière conforme à son objet. Tant l’historique de la Loi que l’examen de ses dispositions dans leur ensemble sont pertinents aux fins du sens à attribuer à son paragraphe 76(1).

Conformité avec les dispositions législatives antérieures

[45] Le pouvoir discrétionnaire du ministre s’attachant à la forme, et non au montant, de la sûreté ou garantie a son écho dans les dispositions législatives qui ont précédé les dispositions pertinentes de la Loi, soit le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 1992, ch. 39, dont voici le libellé:

17. (1) L’Office peut exiger du titulaire ou du demandeur de permis, ou d’un éventuel cessionnaire d’un permis, qu’il fournisse une garantie au ministre et qu’il la maintienne en permanence au même montant, pour le montant prévu par les règlements d’application de l’alinéa 33(1)g) ou déterminé en conformité avec ceux-ci et en la forme prévue par ces règlements ou que le ministre juge acceptable.

[46] Tandis que la forme de la garantie peut être prescrite soit par l’Office soit par le ministre, c’est manifestement l’Office qui a compétence pour en fixer le montant en conformité avec le Règlement. C’est encore le Règlement qui régit l’évaluation du montant de la garantie aux termes de la Loi qui nous occupe et qui a remplacé la précédente:

12. (1) L’Office peut fixer le montant de la garantie exigée du demandeur en vertu du paragraphe 17(1) de la Loi, lequel ne doit pas excéder la somme des coûts:

- | | |
|---|--|
| <p>(a) abandonment of the undertaking;</p> <p>(b) restoration of the site of the undertaking; and</p> <p>(c) any ongoing measures that may remain to be taken after the abandonment of the undertaking.</p> <p>(2) In fixing an amount of security pursuant to subsection (1), the Board may have regard to</p> <p>(a) the ability of the applicant, licensee or prospective assignee to pay the costs referred to in that subsection; or</p> <p>(b) the past performance by the applicant, licensee or prospective assignee in respect of any other licence.</p> <p>(3) Security referred to in subsection (1) shall be in the form of</p> <p>(a) a promissory note guaranteed by a bank in Canada and payable to the Receiver General;</p> <p>(b) a certified cheque drawn on a bank in Canada and payable to the Receiver General;</p> <p>(c) a performance bond approved by the Treasury Board for the purposes of paragraph (c) of the definition "security deposit" in section 2 of the <i>Government Contract Regulations</i>;</p> <p>(d) an irrevocable letter of credit from a bank in Canada; or</p> <p>(e) cash.</p> | <p>a) de l'abandon de l'entreprise;</p> <p>b) de la restauration de l'emplacement de l'entreprise;</p> <p>c) des mesures permanentes qu'il resterait à prendre après l'abandon de l'entreprise.</p> <p>(2) Pour fixer le montant de la garantie en vertu du paragraphe (1), l'Office peut prendre en considération les facteurs suivants:</p> <p>a) la capacité du demandeur, du titulaire de permis ou du cessionnaire éventuel de payer les coûts visés à ce paragraphe;</p> <p>b) la conduite antérieure du demandeur, du titulaire de permis ou du cessionnaire éventuel à l'égard de tout autre permis.</p> <p>(3) La garantie visée au paragraphe (1) est sous l'une ou l'autre des formes suivantes:</p> <p>a) un billet à ordre garanti par une banque au Canada et établi à l'ordre du receveur général;</p> <p>b) un chèque visé tiré sur une banque au Canada et établi à l'ordre du receveur général;</p> <p>c) un cautionnement d'exécution approuvé par le Conseil du Trésor pour l'application de l'alinéa c) de la définition de «dépôt de garantie» à l'article 2 du <i>Règlement sur les marchés de l'État</i>;</p> <p>d) une lettre de crédit irrévocable émise par une banque au Canada;</p> <p>e) de l'argent comptant.</p> |
|---|--|

[47] The respondent says that there are many links between these two statutes, both in their stated purpose, and in each individual section. The continuity of the Regulations between the two statutes, however, provides direct proof of their correlation. The respondent says that where there is any question regarding the successor legislation, the previous legislation should be used to inform the interpretation of the successor legislation.

[48] The use of applicable regulations to interpret a statute is an appropriate and often necessary practice, as stated by the Supreme Court of Canada in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 29:

In the clearest of cases, the criteria constraining the exercise of a discretion will be spelled out in the legislation itself. In other cases, the relevant factors to consider will be specified in regulations or guidelines.

[47] Le défendeur affirme qu'il existe de nombreux liens entre ces deux lois, tant pour ce qui est de leur objet explicite que des dispositions de l'un et l'autre article pertinent. Le lien direct entre les deux lois se dénote toutefois par le rôle continu des règlements. Selon le défendeur, s'il existe la moindre ambiguïté dans la loi remplaçante, il y a lieu de recourir à la loi antérieure pour la résoudre.

[48] Il est approprié et souvent nécessaire de recourir aux règlements d'application pour interpréter une loi, tel que la Cour suprême du Canada l'a déclaré dans *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 29:

Dans les cas les plus évidents, la loi elle-même énumère les critères qui limitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Dans d'autres cas, des règlements ou des lignes directrices précisent les éléments pertinents qui doivent être considérés.

Consistent with the Act as a whole

[49] The Minister points out that there is a practical basis for the Minister's jurisdiction with respect to the form of the amount of security set by the Board that does not exist with respect to the amount of security. Pursuant to subsection 76(1) of the Act, the security must be "furnish[ed] and maintain[ed] . . . with the Minister." Since it is the Minister, and not the Board, that holds the security, it follows as a practical matter that any discretion as to the form of that security must lie with the Minister.

[50] That the Minister has discretion with respect to the form of security posted, and not the amount, is consistent with the intent of the Act itself, section 56 of which limits the Minister's authority to the "approval" of the "the issuance, amendment, renewal and cancellation of a type . . . B licence."

[51] The Minister takes the position that the Board's jurisdiction to determine the appropriate amount of security is a matter of significant importance in the Act. The purpose of the security is to ensure that the objects of the Board can be achieved.

[52] In this case, the objects of the Board, and in its predecessor legislation, the *Northwest Territories Waters Act*, read as follows:

35. The objects of the Board are to provide for the conservation and utilization of waters in Nunavut, except in a national park, in a manner that will provide the optimum benefit from those waters for the residents of Nunavut in particular and Canadians in general.

[53] The objects of the Board are to provide for the conservation, development and utilization of waters in a manner that will provide the optimum benefit for all Canadians in general and, in particular, for the residents of any part of the Northwest Territories for which the board is authorized to issue licences.

[54] As the Board noted in its reasons for decision, the "primary purpose of the Board's security requirement is ' . . . to prevent, counteract, mitigate or remedy any resulting adverse effect on persons, property or the environment'". This stated purpose is a necessary

Conformité avec la Loi dans son ensemble

[49] Le ministre souligne qu'il existe un fondement pratique à sa compétence quant à la forme de la sûreté dont le montant est fixé par l'Office, fondement qui n'existe pas eu égard à ce montant. En vertu du paragraphe 76(1) de la Loi, le titulaire d'un permis doit «fourni[r] au ministre et maint[enir] une sûreté». Puisque c'est le ministre, et non l'Office, qui détient la sûreté, il s'ensuit que c'est le ministre qui doit, en pratique, disposer des pouvoirs discrétionnaires requis quant à sa forme.

[50] Le fait que le ministre jouisse d'un pouvoir discrétionnaire quant à la forme de la sûreté déposée, et non quant à son montant, est conforme à l'esprit même de la Loi, son article 56 restreignant les pouvoirs du ministre à l'«agrément» de la «délivrance, le renouvellement, la modification et de l'annulation d'un permis de type [. . .] B».

[51] Le ministre est d'avis que la compétence qu'a l'Office d'établir le montant de la sûreté revêt une grande importance dans l'économie de la Loi. On vise à assurer avec la sûreté la réalisation par l'Office de sa mission.

[52] Voici la mission de l'Office selon l'article de la Loi qui nous occupe, ainsi que la *Loi sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest* qui l'a précédée:

35. L'Office a pour mission de veiller à la conservation et à l'utilisation des eaux du Nunavut—à l'exclusion des parcs nationaux—de la façon la plus avantageuse possible pour les habitants du Nunavut en particulier et les Canadiens en général.

[53] L'Office a ainsi pour mission de veiller à la conservation, à l'exploitation et à l'utilisation des eaux de la façon la plus avantageuse possible pour les habitants de toutes les parties des Territoires du Nord-Ouest en particulier, et les Canadiens en général, à qui l'Office est autorisé à délivrer des permis.

[54] Tel que l'Office l'a souligné dans les motifs de sa décision, [TRADUCTION] «l'objet premier de l'obligation, imposée par l'Office, de fournir une sûreté consiste à "[. . .] empêcher, neutraliser, diminuer ou réparer tout effet négatif sur les personnes, les biens ou

corollary of the objects of the Board. In order to provide for the optimum benefit of conservation of waters to Nunavut residents, it falls to the Board to prevent adverse effects to that same population. The security posted by an applicant is used to prevent any such adverse effects.

[55] Section 57 of the Act outlines in some detail the assessments the Board must make prior to the issuance of the licence. The most important for this case are the following:

57. The Board may not issue a licence unless the applicant satisfies the Board that

(a) any waste produced by the appurtenant undertaking will be treated and disposed of in a manner that is appropriate for the maintenance of the water quality standards and effluent standards that are prescribed by the regulations or, in the absence of such regulations, that the Board considers acceptable; and

(b) the financial responsibility of the applicant, taking into account the applicant's past performance, is adequate for

- (i) the completion of the appurtenant undertaking,
- (ii) such measures as may be required in mitigation of any adverse impact, and
- (iii) the satisfactory maintenance and restoration of the site in the event of any future closing or abandonment of that undertaking.

[56] In addition to preconditions for the issuance of the licence, the Board must ensure that its determination of the amount of security is in keeping with the Regulations.

[57] The Act sets out clear standards to determine the amount of security that the licensee is to provide. The Regulations, and the Act itself, clearly state that it is the Board who determines the amount of security to be provided by the licensee.

[58] There is a factual underpinning to the determination of the amount of security that the Board is required to investigate. The question of financial viability, estimating the cost of the completion of the

l'environnement'». Cet objet explicite constitue une conséquence directe de la mission de l'Office. Pour que les habitants du Nunavut tirent profit des eaux de la façon la plus avantageuse possible, il incombe à l'Office d'empêcher tout effet négatif pour ceux-ci. La sûreté déposée par un demandeur vise à empêcher tout effet négatif de cette nature.

[55] L'article 57 de la Loi décrit de manière assez détaillée ce dont l'Office doit être convaincu avant de délivrer un permis. Voici les dispositions de l'article 57 les plus importantes pour nos fins:

57. L'Office ne délivre le permis que si le demandeur le convainc:

a) d'une part, que le traitement et l'élimination des déchets produits par l'entreprise principale se feront de manière à respecter à la fois:

- (i) les normes réglementaires de qualité des eaux ou, à défaut, celles que l'Office juge acceptables,
- (ii) les normes réglementaires relatives aux effluents ou, à défaut, celles que l'Office juge acceptables;

b) d'autre part, que sa solvabilité est de nature, compte tenu de ses antécédents, à lui permettre:

- (i) de mener à bien l'entreprise principale,
- (ii) de prendre les mesures d'atténuation nécessaires,
- (iii) d'assurer l'entretien des lieux et leur remise en état en cas d'abandon ou de fermeture.

[56] En plus de s'assurer du respect des conditions requises pour la délivrance du permis, l'Office doit veiller à fixer le montant de la sûreté de manière conforme au Règlement.

[57] Des critères précis sont énoncés dans la Loi pour la fixation du montant de la sûreté à fournir par le titulaire d'un permis. Il est clairement énoncé dans le Règlement et dans la Loi elle-même qu'il incombe à l'Office de fixer ce montant de la sûreté.

[58] L'établissement du montant de la sûreté repose sur des considérations de fait, que l'Office est tenu de prendre en compte. Tant la question de la solvabilité, que de l'évaluation des frais à engager pour réaliser

undertaking, and the assessment of the risks involved in the operation are all fact-based queries.

[59] The Board is the entity that the Act entrusts with the responsibility of assessing all of these fact-based queries in order to reach its determination of the amount of security. The security will then be applied as against any adverse effects should they occur (see section 89 of the Act).

[60] The Minister argues that it would be completely inconsistent with the objects of the Act, and the mandate and jurisdiction of the Board, for the Minister to have jurisdiction to arbitrarily change the amount of the security decided upon by a tribunal that has expertise in the field of conservation and water usage.

The Minister did not err in refusing to accept jurisdiction under the terms of the licence

[61] The applicant asserts that the Minister has been granted jurisdiction pursuant to the licence to review and consider the amount of financial security to be provided by CanZinco.

[62] The respondent points out that the jurisdiction of the Minister is determined by reference to relevant statutes. Jurisdiction cannot be granted by way of a licence.

[63] Pursuant to the Act, it is the Board who has jurisdiction to determine the amount of security. The licence itself notes that, “[t]he Licensee shall within thirty (30) days of issuance of the Licence, furnish and maintain a security in the amount of \$17.6 million dollars in the form and nature in accordance with the Regulations or that is satisfactory to the Minister.”

The Minister’s refusal to accept jurisdiction to review and consider the amount of financial security, did not amount to a breach of procedural fairness and a denial of natural justice

[64] The applicant asserts that the Minister breached principles of natural justice and fairness in “simply deferring to the amount suggested by the Nunavut Water Board.” The applicant also states that this decision to

l’opération et des risques que celle-ci comporte, nécessitent de se pencher sur les faits.

[59] C’est à l’Office que la Loi confère la responsabilité de procéder à toutes ces appréciations de faits servant à établir le montant approprié de la sûreté. Si des effets négatifs devaient se produire, la valeur en serait alors imputée sur le montant de la sûreté (article 89 de la Loi).

[60] Le ministre soutient qu’il serait totalement incompatible avec l’objet de la Loi, ainsi que le mandat et les pouvoirs de l’Office, qu’il ait compétence pour modifier arbitrairement le montant de la sûreté établi par un tribunal qui dispose des connaissances spécialisées dans le domaine de la conservation et de l’utilisation de l’eau.

Le ministre n’a pas commis d’erreur en refusant de se reconnaître compétent en vertu du permis

[61] La demanderesse soutient que le permis confère compétence au ministre pour réexaminer le montant de la sûreté devant être fourni par CanZinco.

[62] Le défendeur rétorque que ce sont les dispositions législatives pertinentes qui confèrent sa compétence au ministre. Celle-ci ne peut être octroyée par le biais d’un permis.

[63] D’après les termes de la Loi, c’est l’Office qui a compétence pour fixer le montant de la sûreté. Le permis prévoit d’ailleurs lui-même que [TRADUCTION] «[l]e titulaire du permis doit, dans les trente (30) jours suivant la délivrance, fournir et maintenir une sûreté de 17,6 M\$ dont la forme et la nature sont conformes au règlement ou jugées acceptables par le ministre».

Le refus du ministre de se reconnaître compétent pour réexaminer le montant de la sûreté ne constituait pas la violation de principes d’équité procédurale non plus qu’un déni de justice naturelle

[64] La demanderesse affirme que le ministre a enfreint des principes de justice naturelle et d’équité [TRADUCTION] «en avalisant simplement le montant suggéré par l’Office des eaux du Nunavut». La

defer “den[ied] CanZinco the opportunity to be heard by the Minister prior to his decision, and [resulted in the Minister] rendering a decision in the absence of relevant information.”

[65] The Minister acknowledges that the Minister has discretion to review the licence. Pursuant to the Act and the Board’s jurisdiction, the opportunity for the applicant to be heard is before the Board. At every stage of the process, the applicant was heard by the Board. The Act does not provide for the opportunity to be heard by the Minister.

[66] As the Minister states in his letter of April 11, 2003, the applicant is “at liberty to seek recourse by any route available under the law.” The Act provides for a right of appeal to the Federal Court on a question of law or a question of jurisdiction at subsection 81(1). If it is not a question of law or jurisdiction, the issue can be reviewed through section 18 of the *Federal Courts Act*.

[67] The Minister has jurisdiction to approve or reject the licence in its entirety on any relevant, reasonable basis, including the amount of security. Whether or not the Minister was obligated to grant a request to meet with the applicant before making his decision is not relevant since the applicant did not request a meeting with the Minister prior to the making of the decision. Indeed, the applicant did not request a meeting until after the time period for the Minister to make his decision had expired. In any event, the applicant had every opportunity to be heard in the licencing process.

Standard of review

[68] The respondent says that the appropriate standard of review for the Minister’s exercise of discretion in approving or rejecting the licence is “reasonableness *simpliciter*.”

demanderesse ajoute que, par suite, [TRADUCTION] «CanZinco a été privée de l’occasion d’être entendue par le ministre avant qu’il ne prenne sa décision, et ce dernier a ainsi pris sa décision sans disposer de renseignements pertinents».

[65] Le ministre reconnaît qu’il jouit du pouvoir discrétionnaire de réexaminer le permis. Conformément aux dispositions de la Loi et aux pouvoirs de l’Office, toutefois, c’est devant celui-ci que la demanderesse doit avoir l’occasion d’être entendue. Or, l’Office a entendu la demanderesse à toutes les étapes du processus. La Loi ne prévoit pas pour les intéressés l’occasion d’être entendus par le ministre.

[66] Tel que le ministre le déclare dans sa lettre du 11 avril 2003, [TRADUCTION] «Il lui est loisible [à la demanderesse] d’utiliser toute voie de recours autorisée par la loi.» Le paragraphe 81(1) de la Loi prévoit le droit de porter en appel devant la Cour fédérale les questions de droit et de compétence. Pour les questions autres que de droit et de compétence, on peut présenter une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[67] Le ministre a compétence pour donner son agrément au permis en son entier ou pour le rejeter, pour tout motif raisonnable et pertinent, y compris le montant de la sûreté. Est sans objet la question de savoir si le ministre était tenu ou non de consentir à une demande de rencontre de la demanderesse avant la prise de sa décision, puisqu’avant qu’il ne prenne celle-ci, la demanderesse n’a pas demandé à le rencontrer. La demanderesse n’a d’ailleurs pas sollicité de rencontre avant l’expiration du délai prévu pour la prise de décision par le ministre. Quoi qu’il soit, en outre, la demanderesse a eu amplement l’occasion de se faire entendre tout au long du processus d’octroi du permis.

La norme de contrôle judiciaire

[68] Selon le défendeur, la norme de contrôle applicable à l’exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire de rejeter le permis ou d’y donner son agrément est celle de la décision «raisonnable *simpliciter*».

[69] The central inquiry in determining the standard of review exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed. More specifically, the reviewing court must ask: “[W]as the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Board?” (see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 26).

[70] The “pragmatic and functional” approach outlined by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan* (at paragraphs 30-38), subsequently applied in *Baker* (at paragraphs 55-62), identifies four factors that affect the determination of the appropriate standard of review:

- (a) the presence or absence of a privative clause or the right to appeal;
- (b) the relative expertise of the decision maker;
- (c) the purpose of the Act as a whole, and the provision in particular; and
- (d) the nature of the problem in question, especially whether it relates to a determination of law or fact.

[71] In the case at bar, there is no privative clause. However, the Minister has a broad and specialized expertise. The nature of the Minister’s power is discretionary. Finally, the nature of the inquiry in the case at bar is highly fact-based and contextual. In determining whether to approve or reject a licence, the Minister evaluates the evidence before him.

[72] In the aggregate, these factors signal a high degree of deference. On the spectrum between correctness and patent unreasonableness, the respondent’s submission is that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

[73] The Minister reviewed the amount of security in his decision to approve the licence in its entirety. The Minister’s decision under review was arrived at only

[69] La détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l’intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause. Plus précisément, la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire doit se demander: «La question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de la Commission?» (Voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 26.)

[70] L’analyse «pragmatique et fonctionnelle» décrite par la Cour suprême du Canada dans *Pushpanathan* (aux paragraphes 30 à 38), et ensuite appliquée dans *Baker* (aux paragraphes 55 à 62), repose sur quatre facteurs servant à établir la norme de contrôle judiciaire applicable:

- a) la présence ou l’absence d’une clause privative ou d’un droit d’appel;
- b) l’expertise relative du décideur;
- c) l’objet de la disposition en cause en particulier, et de la Loi dans son ensemble;
- d) la nature du problème en question, particulièrement s’il s’agit de droit ou de faits.

[71] Il n’y a pas de clause privative dans l’affaire qui nous occupe. Le ministre dispose toutefois d’une expertise à portée large et spécialisée. Les pouvoirs du ministre, en outre, ont un caractère discrétionnaire. La nature de ce qu’on étudie en l’espèce, enfin, est largement tributaire des faits et du contexte. Le ministre apprécie la preuve dont il est saisi aux fins de donner son agrément ou non à un permis.

[72] Ces facteurs, au total, penchent en faveur d’un degré élevé de retenue judiciaire. Le défendeur soutient qu’entre les pôles de la norme de la décision correcte et de celle de la décision manifestement déraisonnable, la norme de contrôle qui convient en l’espèce est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[73] Le ministre s’est penché sur le montant de la sûreté avant de décider de donner son agrément au permis en son entier. Le ministre n’en est arrivé à la

after a full examination and consideration of the licence, and the reasons for the Board's decision.

[74] In its reasons, the Board outlined its assessment of the factual issues relating to the determination of the amount of security. The reasons included, as an Appendix, the written interventions submitted by the applicant, the Minister, the Government of Nunavut, DFO, Environment Canada, and Nunavut Tunngavik Incorporated. They also included the submissions to the public hearings of the licence renewal process, and the post-hearing submissions from the applicant.

[75] Taking into account all of these factors, the Minister submits that the Minister's decision to approve the licence in its entirety, and thus approve the amount of security, was reasonable.

Unavailability of *mandamus*

[76] In this application, the applicant seeks an order of *mandamus* "requiring the Minister to review and consider the amount of financial security to be provided by the applicant pursuant to the Licence," as well as a direction "that the Minister receive and consider relevant information available from the applicant."

[77] At common law, it is well established that *mandamus* does not lie against the Crown (*Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174 (T.D.), at pages 181-182; *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. R.*, [1982] 1 F.C. 599 (C.A.), at page 601; *Minister of Finance of British Columbia v. The King*, [1935] S.C.R. 278, at pages 284-286).

[78] There is one limited exception to the immunity of the Crown from *mandamus*. Courts have jurisdiction to order *mandamus* against Crown servants when they are obliged by statute to perform specific duties for the benefit of a third party. In other words, *mandamus* may be ordered against Crown servants when they are acting not as Crown agents, but in their personal capacity

décision visée par le présent contrôle qu'après examen complet et approfondi du permis et des motifs de la décision de l'Office.

[74] Dans ses motifs, l'Office a explicité son appréciation des faits ayant conduit au montant fixé de la sûreté. Il a joint en annexe à ses motifs les interventions soumises par écrit par la demanderesse, le ministre, le gouvernement du Nunavut, le MPO, Environnement Canada ainsi que Nunavut Tunngavik Incorporated. Étaient également intégrées aux motifs les observations présentées à l'enquête publique entourant le processus de renouvellement du permis ainsi que les observations produites par la demanderesse après la tenue de l'enquête.

[75] Le ministre soutient qu'était raisonnable, compte tenu de tous ces facteurs, sa décision de donner son agrément au permis en son entier ainsi que, par conséquent, au montant de la sûreté.

Recours en *mandamus* ne pouvant être octroyé

[76] La demanderesse sollicite dans sa demande une ordonnance en *mandamus* [TRADUCTION] «enjoignant au ministre de réexaminer le montant de la sûreté à fournir par la demanderesse en conformité avec le permis» et «enjoignant au ministre d'accepter la communication par la demanderesse des renseignements pertinents dont elle dispose et de prendre en compte ces renseignements».

[77] En common law, il est bien établi qu'on ne peut prononcer une ordonnance de *mandamus* contre la Couronne (*Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174 (1^o inst.), aux pages 181 et 182; *Grand Council of the Crees (of Quebec) c. R.*, [1982] 1 C.F. 599 (C.A.), à la page 601; *Minister of Finance of British Columbia v. The King*, [1935] R.C.S. 278, aux pages 284 à 286).

[78] Il existe une exception, de portée restreinte, à l'immunité de la Couronne en matière de *mandamus*. Les tribunaux ont en effet compétence pour décerner une ordonnance de *mandamus* contre un fonctionnaire s'il est tenu par la loi d'exercer une fonction déterminée au profit d'un tiers. En d'autres termes, une ordonnance de *mandamus* peut être prononcée contre un fonctionnaire

pursuant to a specific legislated duty (*Ominayak; Central Canada Potash Co. Ltd. et al. and Minister of Mineral Resources of Saskatchewan (Re)* (1972), 32 D.L.R. (3d) 107 (Sask. C.A.), at pages 112-114, affd (1973), 38 D.L.R. (3d) 317 (S.C.C.)).

[79] Where there is no mandatory duty, there is no basis for *mandamus*, injunctive or declaratory relief against the Crown. While the Federal Court of Appeal has recently raised the possibility that *mandamus* may be available in exceptional circumstances such as bad faith, the current state of the law is that *mandamus* is not generally available (*Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404 (F.C.A.)).

[80] In any event the Minister says that, while “*mandamus* may lie to compel a decision where a decision-maker has a range of choices open to him or her, it does not lie to compel a particular decision from among the range that might be available to the decision-maker” (*Schwarz Hospitality Group Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 113 (F.C.T.D.), at paragraph 33). In other words, while it may be possible for a court to issue *mandamus* against a Minister to require performance of a discretionary duty, it may not dictate how the Minister exercises the discretion (*Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 386 (C.A.), at page 387).

[81] In the case at bar, the Minister points out that the Minister has no specific statutory duty to determine the amount of security. Rather, the Board has the jurisdiction to determine the amount of that security. The Minister does have the discretionary power to approve or reject the licence in its entirety. This discretion was exercised by the approval of the licence.

[82] As a result, the Minister takes the position that, should this honourable Court grant the application for judicial review, it cannot grant an order for *mandamus*.

lorsqu’il agit non pas à ce titre, mais plutôt à titre personnel dans l’exercice d’une fonction déterminée prévue par la loi (*Ominayak; Central Canada Potash Co. Ltd. et al. and Minister of Mineral Resources of Saskatchewan (Re)* (1972), 32 D.L.R. (3d) 107 (C.A. Sask.), aux pages 112 à 114, confirmée par (1973), 38 D.L.R. (3d) 317 (C.S.C.)).

[79] En l’absence d’une fonction prescrite par la loi, aucune ordonnance de *mandamus*, ni aucune mesure injonctive ou de redressement déclaratoire ne peut être prononcée contre la Couronne. Bien que la Cour d’appel fédérale ait récemment soulevé la possibilité que le *mandamus* puisse être accordé dans des circonstances exceptionnelles telles que la mauvaise foi, l’état actuel du droit c’est qu’une telle ordonnance ne peut généralement pas être décernée (*Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404 (C.A.F.)).

[80] Le ministre déclare que, quoi qu’il en soit, «un *mandamus* peut être accordé pour forcer le décideur à trancher quand il a une gamme d’options à sa disposition, mais non pour le forcer à prendre une décision particulière dans la gamme d’options disponibles» (*Schwarz Hospitality Group Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 113 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 33). Autrement dit, bien qu’il puisse être possible pour une cour d’ordonner par *mandamus* à un ministre d’exécuter une fonction discrétionnaire, elle ne peut toutefois lui dicter le mode d’exécution (*Kahlon c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1986] 3 C.F. 386 (C.A.), à la page 387).

[81] Le ministre souligne qu’en l’espèce, la loi ne l’investit d’aucune fonction déterminée quant à la fixation du montant de la sûreté. C’est plutôt l’Office qui a compétence pour établir ce montant. Le ministre a pour sa part le pouvoir discrétionnaire de donner son agrément ou non au permis en son entier et, en l’espèce, il a exercé ce pouvoir en faveur de l’agrément.

[82] Le ministre soutient par conséquent que, si notre Cour devait accueillir la présente demande de contrôle judiciaire, elle ne pourrait toutefois délivrer une ordonnance de *mandamus*.

ANALYSIS

[83] This case involves a narrow issue of statutory interpretation. The key provision is subsection 76(1) of the Act which is reproduced here for convenience:

76. (1) The Board may require an applicant, a licensee or a prospective assignee to furnish and maintain security with the Minister in the form, of the nature, subject to such terms and conditions and in an amount prescribed by, or determined in accordance with, the regulations or that is satisfactory to the Minister.

[84] The applicant is of the view that this provision makes the amount of any security required subject to the Minister's discretion. It is easy to see why the applicant should take this view. On the face of it at least, subsection 76(1) appears to say that the form, nature, terms, conditions and amount must conform with the applicable regulation or must satisfy the Minister. Also, subsection 76(1) is a fairly recent provision that came into effect when the Act was proclaimed in 2002. Its equivalent in the predecessor statute was subsection 17(1) of the *Northwest Territories Waters Act* which, for ease of comparison, is reproduced here:

17. (1) The Board may require an applicant for a licence, a licensee or a prospective assignee of a licence to furnish and maintain security with the Minister, in an amount specified in, or determined in accordance with, the regulations made under paragraph 33(1)(g) and in a form prescribed by those regulations or a form satisfactory to the Minister.

[85] Subsection 17(1) makes it clear that ministerial discretion extends only to the "form" of the security required and not the "amount." One would think, then, that the changes in wording brought in by subsection 76(1) of the Act must have some purpose and reflect some adjustment in the scope of the Minister's discretion.

[86] But as the Minister points out, there is something decidedly peculiar about the wording of subsection 76(1). To begin with, the verb "is" in the final line is singular so that it is difficult to tell how it qualifies the plural list (form, nature, terms, conditions, amount) that

ANALYSE

[83] On soulève en l'espèce une question bien circonscrite d'interprétation législative. Voici par souci de commodité le paragraphe 76(1) de la Loi, la disposition clé pour nos fins:

76. (1) L'Office peut exiger du titulaire, du demandeur ou du cessionnaire éventuel d'un permis qu'il fournisse au ministre et maintienne une sûreté dont la nature, les conditions, la forme et le montant sont conformes aux règlements ou jugés acceptables par ce dernier.

[84] Selon la demanderesse, il découle de cette disposition qu'est assujéti au pouvoir discrétionnaire du ministre le montant de la sûreté à fournir. On comprend aisément le fondement de la position de la demanderesse. À première vue à tout le moins, le paragraphe 76(1) semble prévoir que la forme, la nature, les conditions et le montant de la sûreté doivent être conformes aux règlements applicables ou être jugés acceptables par le ministre. Le paragraphe 76(1), en outre, est assez récent et n'est entré en vigueur qu'au moment de la promulgation de la Loi en 2002. La disposition équivalente de la loi antérieure était le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest*, aussi reproduit ci-après par souci de commodité:

17. (1) L'Office peut exiger du titulaire ou du demandeur de permis, ou d'un éventuel cessionnaire d'un permis, qu'il fournisse une garantie au ministre et qu'il la maintienne en permanence au même montant, pour le montant prévu par les règlements d'application de l'alinéa 33(1)(g) ou déterminé en conformité avec ceux-ci et en la forme prévue par ces règlements ou que le ministre juge acceptable.

[85] Il découle clairement du paragraphe 17(1) que le pouvoir discrétionnaire du ministre ne vise que la «forme» de la garantie requise et non son «montant». L'on pourrait alors croire qu'un but quelconque était recherché par la modification de libellé au paragraphe 76(1) de la Loi et qu'on a voulu rajuster la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre.

[86] Le ministre souligne qu'il y a toutefois quelque chose de véritablement singulier dans le libellé du paragraphe 76(1). Pour commencer, le verbe «*is*» à la dernière ligne de la version anglaise est au singulier, et il est donc difficile de préciser à quoi il se rapporte dans

precedes it. The Minister thinks that “is” only qualifies “form” and this is why the Minister has no discretion with regard to “amount.” In my opinion, however, on the face of the provision, there is no more reason why “is” should qualify “form” than it should qualify “amount.” The fact is that the provision bristles with ambiguities.

[87] Strangely enough, these problems concerning the precise scope of the Minister’s discretion under subsection 76(1) of the Act came up for discussion at the Committee stage of the bill when Mr. Maurice Vellacott, M.P., suggested an amendment to subsection 76(1) that would make it clear that “only the Water Board has the authority to fix the amount of the security provided by an applicant, licensee, or prospective assignee” (Canada, Parliament, Standing Committee on Aboriginal Affairs, Northern Development and Natural Resources, excerpts from *Evidence*, 37th Parliament, 1st Session (October 30, 2001) [hereinafter Standing Committee on Aboriginal Affairs]).

[88] Mr. Will Dunlop (Director, Resource Policy and Transfers Directorate, Natural Resources and Environment Branch, Indian and Northern Affairs Canada), responding to the suggested wording for the amendment said “I think the wording does the same thing as the bill. I defer to the members of the committee, but they’re both the same, I hope. They look the same. The effect is the same” (Standing Committee on Aboriginal Affairs).

[89] Mr. Vellacott had obviously seen the difficulties inherent in the wording of subsection 76(1) because he continued to push his amendment as follows (Standing Committee on Aboriginal Affairs):

Just simply, I think it makes it very clear that the Water Board is the one with the authority to fix that amount, and again, I think it is just synchronizing. It must be a bit of a headache for department officials to wonder if there are some slightly different nuances or things applying in different acts around

la liste (la forme, la nature, les conditions et le montant) qui le précède. Selon le ministre, le verbe «*is*» ne se rapporte qu’à la forme, de telle manière qu’il ne dispose d’aucun pouvoir discrétionnaire à l’égard du montant. Je suis cependant d’avis, en ce qui me concerne, qu’il n’y a aucun motif à la lecture de la disposition pour que le verbe «*is*» se rapporte davantage à la «forme» qu’au «montant». La disposition, à la vérité, n’en est pas à une ambiguïté près.

[87] Chose assez curieuse, ces problèmes évoqués quant à la portée précise des pouvoirs discrétionnaires du ministre en vertu du paragraphe 76(1) de la Loi ont fait l’objet de discussions lors de l’examen du projet de loi en comité. Le député Maurice Vellacott a alors suggéré qu’un amendement soit apporté à ce paragraphe, de façon à établir clairement que «seul l’Office des eaux a le pouvoir de fixer le montant de la sûreté que doit fournir un demandeur, un titulaire de permis ou un cessionnaire éventuel» (Canada, Parlement, Comité permanent des affaires autochtones, du développement du Grand Nord et des ressources naturelles, extraits tirés de *Témoignages*, 37^e Législature, 1^{re} Session (30 octobre 2001) [ci-après comité permanent des affaires autochtones]).

[88] En réponse au libellé proposé de l’amendement, M. Will Dunlop (directeur, Direction de la politique des ressources et des transferts, Direction générale de l’environnement et des ressources naturelles, Affaires indiennes et du Nord Canada) a déclaré: «Je pense que ce libellé a le même effet que le projet de loi. Je m’en remets aux membres du comité, mais les deux formulations vont dans le même sens. Elles sont analogues. L’effet est le même» (Comité permanent des affaires autochtones).

[89] M. Vellacott avait manifestement compris les problèmes découlant du libellé du paragraphe 76(1), puisqu’il a continué d’insister en vue de l’adoption de l’amendement qu’il avait proposé (Comité permanent des affaires autochtones):

Je pense que la proposition précise très clairement que seul l’Office des eaux est habilité à fixer ce montant. Encore une fois, il s’agit simplement d’une question d’harmonisation. Ce doit être un cauchemar pour les fonctionnaires du ministère de se demander s’il y a des nuances légèrement différentes dans

the country. I would think that by making it conform to those acts, we get some expeditious use of department time, as they know they're dealing with the same situation and they can cross-reference, and there's precedent or whatever in other contexts as well. So I would appeal on that basis.

As the department official indicated, it's not undermining anything there, it's certainly doing no worse, and it's as good. I would still maintain that it's probably a good and wise move and a prudent thing to do.

[90] But Mr. Vellacott's warnings seem not to have been as persuasive as Mr. Dunlop's hopes. The suggested amendment was voted down. This is a pity because, in light of this application, Mr. Vellacott's concerns look downright prescient. The applicant and the Court are now left to ponder those "slightly different nuances" that so troubled him.

[91] Mr. Dunlop himself appears to accept the meaning behind Mr. Vellacott's suggestions because he characterized the amendment suggestion as "perfectly acceptable" and went on to say that "No one's contesting that it's the board that sets the amount of the security, and no one's suggesting that it's other than the minister who deals with the form of the security" (Standing Committee on Aboriginal Affairs).

[92] In voting down the amendment, of course, we don't know if the Committee was accepting the clear distinction between "amount" and "form" that Mr. Dunlop makes or whether, in fact, they were approving the "slightly different nuances" that so troubled Mr. Vellacott. All in all, I am inclined to the view that the Committee was accepting Mr. Dunlop's assurances concerning the meaning of subsection 76(1) ("I think the wording does the same thing as the bill . . . they're both the same, I hope") and that the intention behind the provision was that the Minister would decide the "form" of the security, while the Board would decide the "amount" in accordance with the prescribed statutory and regulatory formula.

[93] Both the applicant and the Minister have taken the Court through a purposive analysis of subsection

les différentes lois en vigueur au pays. J'estime qu'en rendant notre libellé conforme à celui de ces autres mesures législatives, nous rentabilisons le temps du ministère puisque les fonctionnaires savent qu'ils sont en présence des mêmes conditions et qu'ils peuvent donc faire des références d'un cas à l'autre, notamment se prévaloir d'un précédent dans l'un ou l'autre des contextes. Voilà donc l'argument que j'invoque.

Comme le représentant du ministère l'a indiqué, la motion ne dérange rien du tout; elle n'est certainement pas pire que le libellé actuel et elle est aussi bonne. Je soutiens que c'est sans doute une initiative judicieuse et prudente que de l'adopter.

[90] Les avertissements de M. Vellacott semblent avoir toutefois été moins convaincants que le point de vue optimiste de M. Dunlop. L'amendement suggéré a perdu aux voix. Cela est bien dommage puisque, comme la présente demande de contrôle judiciaire permet de le constater, M. Vellacott a fait preuve de prescience avec ses inquiétudes. Ce sont maintenant la demanderesse et la Cour qui ont à se demander ce que veulent dire les «nuances légèrement différentes» qui préoccupaient tant le député.

[91] M. Dunlop semble avoir lui-même approuvé le but visé par les suggestions de M. Vellacott, puisqu'il a qualifié la proposition d'amendement de «tout à fait acceptable». Il a d'ailleurs ajouté: «Personne ne conteste que c'est l'Office qui établit le montant de la sûreté et personne ne préconise que quiconque, outre le ministre, décide de la forme que prendra la sûreté (Comité permanent des affaires autochtones).

[92] Nous ne savons pas bien sûr si, en rejetant l'amendement, le Comité donnait son aval à la claire distinction établie par M. Dunlop entre le «montant» et la «forme», ou plutôt aux «nuances légèrement différentes» jugées si inquiétantes par M. Vellacott. Tout bien considéré, je suis enclin à penser que le Comité jugeait acceptables les assurances données par M. Dunlop quant au sens à donner au paragraphe 76(1) («Je pense que ce libellé a le même effet que le projet de loi [. . .] L'effet est le même»), et estimait que le but visé avec la disposition, c'était que le ministre déciderait de la «forme» de la sûreté, tandis que l'Office aurait à décider de son «montant», conformément aux critères prévus par loi et par règlement.

[93] Tant la demanderesse que le ministre ont suggéré à la Cour une analyse de l'objet visé par le paragraphe

76(1) as articulated by the Supreme Court of Canada in *Rizzo*. To be blunt, such an analysis does not yield an entirely clear result. There are good arguments on both sides. On balance, however, the history of this legislation and the general scheme of the Act suggest to me that the Minister's interpretation of the Minister's discretion concerning the amount of the security that may be required by the Board pursuant to subsection 76(1) should carry the day.

[94] This is not to say that the applicant can be blamed for taking the interpretation it did. Subsection 76(1), it seems to me, is highly ambiguous on its face and cries out for clarification.

[95] My conclusions on this point, however, do not quite settle the matters in dispute in this application. The decision or matter complained of by the applicant is the Minister's refusal to assume jurisdiction for the amount of the security under the licence and to enter into negotiations with the applicant over that amount. This refusal is contained in the Minister's letter of April 11, 2003 which reads, in part, as follows:

As you are aware, I have approved this water licence in its entirety. The approval was given pursuant to, and in conformity with, section 56 of the *Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights Tribunal Act*—a provision and an Act which were readily available to the licensee, and also to the licensee's legal counsel. Having been so approved, the licence is fully binding as is each of the terms within it. The statement, in licence item B(2), that the licensee is to furnish security in the amount of \$17.6 million, is a binding requirement. It is not a mere suggestion from the Nunavut Water Board. The amount cannot properly be the subject of negotiations between the licensee, departmental officials and me.

It is my understanding that the preparation of the water licence was preceded by a public hearing, a technical meeting, and written submissions, and that, via these procedures, the licensee not only had extensive opportunities to present its evidence and views, but also availed itself of those opportunities. If, nevertheless, you were or are of the opinion that the process or the result was in some way flawed, you were/are at liberty to seek recourse by any route available under the law. Furthermore, pursuant to items G(21) and B(3) of the licence, if previously undiscoverable information emerges the licensee will have a periodic opportunity to

76(1), conformément aux précisions de la Cour suprême du Canada dans *Rizzo*. Pour parler net, une telle analyse ne conduit pas à un résultat parfaitement clair. De bons arguments sont avancés d'un côté comme de l'autre. Selon la prépondérance des probabilités, toutefois, l'historique du texte et l'économie générale de la Loi me donnent à croire que doit prévaloir l'interprétation du ministre quant au pouvoir discrétionnaire dont ce dernier dispose relativement au montant de la sûreté que l'Office peut exiger en vertu du paragraphe 76(1).

[94] On ne doit toutefois pas blâmer la demanderesse pour l'interprétation qu'elle a fait valoir. Il me semble en effet que le paragraphe 76(1) est très ambigu à sa face même et gagnerait à être clarifié.

[95] Cependant, mes conclusions sur ce point ne règlent pas véritablement les questions en litige dans le cadre de la présente demande. La décision ou la question dont la demanderesse se plaint, c'est le refus du ministre de se reconnaître compétent quant au montant de la sûreté à fournir en vertu du permis et d'engager des négociations avec la demanderesse au sujet de ce montant. Ce refus est exprimé dans la lettre du 11 avril 2003 du ministre, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Comme vous le savez, j'ai donné mon agrément à ce permis d'utilisation des eaux en son entier. Je l'ai fait en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut* et conformément à cette disposition; cet article et cette loi sont d'accès facile par le titulaire du permis ainsi que son avocat. Le permis ayant reçu agrément, chacune de ses dispositions a plein effet obligatoire. L'article 2 de la partie B du permis portant que le titulaire doit fournir une sûreté d'un montant de 17,6 M\$ a force obligatoire. Ce n'est pas une simple suggestion faite par l'Office des eaux du Nunavut. Il n'y a pas lieu que le montant de la sûreté fasse l'objet de négociations entre le titulaire du permis, les fonctionnaires du ministère et moi-même.

D'après ce que j'en sais, avant la délivrance du permis d'utilisation des eaux, une enquête publique et une réunion à caractère technique ont eu lieu et des observations écrites ont été présentées. Le titulaire n'a pas simplement eu alors amplement l'occasion de soumettre sa preuve et son point de vue, mais il a véritablement tiré profit de cette occasion. Si, malgré tout, vous étiez ou vous êtes convaincu d'une faille quelconque dans le processus ou le résultat atteint, il vous était et il vous est toujours loisible d'exercer tout recours autorisé par la loi. Aux termes de l'article 21 (partie G) et de l'article 3 (partie B) du permis, en outre, si des renseignements ne

incorporate that information into a revised estimate of restoration liability. Please note, however, that unless and until the security posting requirements of the licence's Part B are altered by an authority with appropriate jurisdiction, they are in force and binding.

[96] This letter was the culmination of a correspondence between the applicant and the Minister in which the applicant took the position that both the form and the amount of security referred to in the licence were mere suggestions by the Board and so subject to final determination by the Minister.

[97] The Minister concedes that section 56 of the Act means that "the Minister has jurisdiction to approve or reject the licence in its entirety, on any relevant, reasonable basis, including the amount of the security."

[98] In my opinion, a statutory scheme that reserves the fixing of the amount of the security to the Board but gives the Minister the power to disapprove a licence if the amount of the security is not sufficient produces a somewhat nebulous apportionment of powers between the Board and the Minister as to who has final say over the amount of the security.

[99] In the present case, the Minister approved the licence, which included the amount of the security, within the time allowed by the statute and before the applicant even requested a meeting with the Minister's representatives.

[100] I have accepted the Minister's interpretation of the Act that it is the Board's responsibility to fix the amount of the security, which means that, when that amount appears in the licence, it is not a mere suggestion that is subject to the final approval of the Minister. Giving the Minister power to disapprove a licence (even on the basis of a concern over security) is not the same thing as giving the Minister the power to fix the amount of security as part of the negotiations and hearings that lead up to the granting of the licence by the Board. And during that process in this case I am satisfied (indeed the applicant does not argue otherwise) that the applicant was given every

pouvant être connus auparavant venaient à l'être, le titulaire du permis aura périodiquement l'occasion d'en faire état dans le cadre d'une estimation révisée des obligations quant à la remise en état. Veuillez toutefois noter qu'à moins qu'une autorité compétente ne modifie les exigences de la partie B du permis concernant le dépôt d'une sûreté, celles-ci demeurent en vigueur et obligatoires.

[96] Cette lettre a été la dernière parmi celles échangées entre le ministre et la demanderesse, une correspondance dans laquelle celle-ci opinait que tant la forme que le montant de la sûreté mentionnés dans le permis constituaient de simples suggestions de l'Office, et que le ministre avait le dernier mot à cet égard.

[97] Le ministre concède qu'il découle de l'article 56 de la Loi que [TRADUCTION] «le ministre a compétence pour donner son agrément au permis en son entier ou pour le rejeter, pour tout motif raisonnable et pertinent, y compris le montant de la sûreté».

[98] À mon avis, un texte législatif qui confie à l'Office le rôle d'établir le montant de la sûreté à fournir tout en conférant au ministre le pouvoir de rejeter un permis si ce montant ne suffit pas donne lieu à un partage des pouvoirs plutôt nébuleux entre l'Office et le ministre, et fait se demander qui a le dernier mot quant au montant de la sûreté.

[99] En l'espèce le ministre a donné son agrément au permis—ce qui comprend le montant de la sûreté—dans le délai prévu par la loi et avant que la demanderesse ne demande à rencontrer des représentants du ministre.

[100] Je souscris à l'interprétation de la Loi du ministre selon laquelle c'est l'Office qui a pour responsabilité d'établir le montant de la sûreté, de sorte que le montant stipulé dans le permis ne constitue pas qu'une simple suggestion requérant l'assentiment final du ministre. Attribuer au ministre le pouvoir de rejeter un permis (même en raison d'inquiétudes liées à la sûreté) n'équivaut pas à lui donner le pouvoir de fixer le montant de la sûreté dans le cadre des négociations et de l'enquête publique qui conduisent à l'octroi du permis par l'Office. Je suis en outre convaincu (ce que la demanderesse ne conteste d'ailleurs pas) que, pendant ce processus, on a fourni à cette dernière toutes les

opportunity to make its case and be heard.

[101] The applicant's complaint is that the Minister refused to assume a jurisdiction to negotiate the amount of the security with the applicant. I believe that the Minister's interpretation of his jurisdiction to review and consider the amount of security under the licence with the applicant was correct.

[102] The applicant also says, however, that the Minister's refusal to meet with the applicant amounted to a breach of procedural fairness and a denial of natural justice. This argument is not developed by the applicant in detail. The applicant merely says that the Minister's refusal to meet with the applicant denied the applicant the opportunity to be heard before the Minister made the decision to approve the licence and meant that the Minister made a decision in the absence of relevant detail.

[103] These arguments are not particularly convincing because the Minister made a decision to approve the licence before the applicant requested a meeting. That decision was made on the basis of a review of all submissions that had been made to the Board. The purpose of this review by the Minister was merely to decide whether to approve the licence. It was not intended to give any of the parties to the licencing process yet another opportunity to argue their case before the Minister or to appeal the decision that the Board had made. The applicant had been given every opportunity to make its case on security and to respond to the positions of the other parties involved. The applicant had the right and the opportunity to legally challenge the Board's decision. The applicant chose not to do this but, instead, decided to try and negotiate the amount of the security with the Minister. For the Minister to have acceded to those negotiations would have meant involving all the other parties and, in effect, repeating the process that had already taken place before the Board. The Act clearly does not contemplate this, which is why the Minister took the position with the applicant that he lacked the jurisdiction to negotiate the amount of the security.

[104] The criteria by which, in accordance with section 56 of the Act, the Minister approves or

occasions possibles en l'espèce d'être entendue et de présenter son point de vue.

[101] La demanderesse se plaint du fait que le ministre a refusé de reconnaître qu'il avait compétence pour négocier avec elle le montant de la sûreté à fournir. J'estime correcte l'interprétation qu'a faite le ministre de son pouvoir de réexaminer avec la demanderesse le montant de sûreté à fournir en vertu du permis.

[102] La demanderesse affirme en outre, toutefois, que le refus du ministre de la rencontrer constituait une violation de principes d'équité procédurale et un déni de justice naturelle. La demanderesse ne pousse cependant pas son argumentation plus avant. Elle affirme uniquement que le refus du ministre de la rencontrer l'a privée de l'occasion d'être entendue avant qu'il ne prenne sa décision, et que le ministre a ainsi pris sa décision sans disposer de renseignements pertinents.

[103] Ces arguments ne sont pas particulièrement convaincants, étant donné que le ministre a décidé de donner son agrément au permis avant la demande d'une rencontre par la demanderesse. Cette décision se fondait sur l'examen de l'ensemble des observations présentées à l'Office. Le ministre n'a procédé à cet examen qu'en vue de décider s'il devait ou non donner son agrément au permis. L'examen n'avait pas pour objet de fournir une fois encore à l'une ou l'autre des parties l'occasion de présenter son point de vue au ministre ou de faire appel de la décision prise par l'Office. La demanderesse avait eu amplement l'occasion de faire valoir son point de vue sur la sûreté et de répliquer aux arguments des autres parties concernées. La demanderesse disposait du droit et elle a eu l'occasion de soumettre la décision de l'Office à contestation judiciaire. Elle a choisi de n'en rien faire, et a plutôt tenté de négocier avec le ministre le montant de la sûreté. Si le ministre avait accepté d'engager de telles négociations, il aurait fallu que toutes les autres parties y prennent part et, en fait, que soit repris le processus déjà mené à bien par l'Office. La Loi ne le prévoit tout simplement pas, et c'est pour ce motif que le ministre a déclaré à la demanderesse ne pas avoir compétence pour négocier le montant de la sûreté.

[104] La Loi ne précise pas les critères en vertu desquels, en application de son article 56, le ministre

disapproves a licence are not articulated in the Act. The Minister says that “the Minister has jurisdiction to approve or reject the licence in its entirety, on any relevant, reasonable basis, including the amount of security.”

[105] In my view, however, the scope and process of the Minister’s powers under section 56 are not the issue in this case. Here, the Minister approved the licence and merely refused to assume the jurisdiction to negotiate bilaterally with the applicant over the amount of the security that the Board had stipulated. There is no argument by the applicant that the decision reached by the Board was reviewable or suspect in any way, and the applicant certainly does not complain that the Minister’s decision to approve the licence should be reviewed. So the applicant’s complaint is a narrow one: the Minister should have entered into bilateral negotiations over the amount. In my opinion, the Minister was entirely correct to take the position he did. This is not a case where a decision was made without allowing the applicant to be heard or in the absence of relevant information. The applicant had been heard in full. This was merely a case where the applicant wished to renegotiate directly with the Minister over the amount of the security. As the Minister had no power under the Act to negotiate in this fashion, there was no reviewable error and no breach of procedural fairness or natural justice.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The application is dismissed.
2. The respondent shall have the costs of the application.

doit ou non donner son agrément à un permis. Le ministre affirme qu’il a [TRADUCTION] «compétence pour donner son agrément au permis en son entier ou pour le rejeter, pour tout motif raisonnable et pertinent, y compris le montant de la sûreté».

[105] Je suis toutefois d’avis que la portée et le mode d’exercice des pouvoirs du ministre en vertu de l’article 56 ne sont pas en litige en l’espèce. Dans la présente affaire, le ministre a donné son agrément au permis et il a simplement refusé de se reconnaître compétent pour engager des négociations bilatérales avec la demanderesse au sujet du montant de la sûreté fixé par l’Office. La demanderesse ne soutient nullement que la décision de l’Office était douteuse ou susceptible d’examen pour quelque motif que ce soit. Et elle ne soutient assurément pas que devrait être soumise à examen la décision du ministre de donner son agrément au permis. La plainte de la demanderesse est donc d’étroite portée et consiste à dire que le ministre aurait dû engager avec elle des négociations bilatérales quant au montant de la sûreté. Je suis d’avis que la position du ministre était entièrement justifiée. En l’espèce, il n’y a pas eu de décision prise sans que la demanderesse ait eu l’occasion d’être entendue ou alors que manquaient des renseignements pertinents. On a pleinement entendu le point de vue de la demanderesse. La demanderesse désirait simplement renégocier directement avec le ministre le montant de la sûreté. La Loi ne conférant pas au ministre un tel pouvoir de négociation, il n’y a eu aucune erreur sujette à révision ni aucun manquement à l’équité procédurale ou déni de justice naturelle.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE:

1. La demande est rejetée.
2. Les dépens sont adjugés en faveur du défendeur.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and 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 of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of decision of Minister of Public Works and Government Services Canada (respondent) to release portions of certain records relating to applicant, in severed form, on ground records partially exempt from disclosure pursuant to Access to Information Act (Act), s. 20(1)(b)—Whether records exempt from disclosure under Act, ss. 20(1)(b) (confidential, commercial or technical information) and 20(1)(c) (disclosure could prejudice applicant's competitive position)—Burden of showing record within excepted class on party seeking to prevent disclosure—As to s. 20(1)(b) exemption, records constitute "commercial information" as term generally understood, but information not confidential in nature, having regard to indicia of confidentiality described in *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.)—While manner in which information compiled apparently done on confidential basis, manner in which information communicated to respondent not showing applicant held reasonable expectation of confidence information would not be disclosed at some future time—Third criterion identified in *Air Atonabee* (whether relationship between government institution and third party fostered for public benefit in keeping information confidential) not applicable—Information in question related to applicant's bid for government contract—No benefit to public would be lost in not disclosing information at issue—Public policy rationale underlying Act that disclosure of information provided to government institution rule, not exception—Head of government institution correctly assessed nature of records in issue—Determination certain parts of records could be severed properly made—Applicant failed to adduce probative evidence remainder of records qualify for exemption in Act, s. 20(1)(b)—As to disclosure exemption under s. 20(1)(c), exemption from access requires proof of reasonable expectation of probable harm—Vague or speculative affidavit evidence insufficient to establish reasonable expectation of probable harm required by s. 20(1)(c)—Applicant failed to discharge onus—Information in disputed records in severed form not of such nature that release would likely injure competitive position of applicant or enhance financial benefit of any competitors—No basis

ACCESS TO INFORMATION—Continued

upon which to grant exemption from disclosure of disputed strategy document—Application dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(1).

CANADA POST CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1265-02, 2004 FC 270, Heneghan J., order dated 24/2/04, 20 pp.)

Appeal from Federal Court decision allowing judicial review application by Hi-Rise Group Inc. (respondent) of decision by head of Public Works and Government Services Canada (appellant) to disclose certain documents pursuant to request made under Access to Information Act (Act)—Issue whether documents, release of which would reveal annual rents paid by appellant for office building, exempt from disclosure under Act, s. 20(1)(b)—Federal Court found five documents in issue exempt from disclosure on ground release would reveal confidential information—Clear from Act, s. 2(1) intent of Parliament to make access to government-controlled information the rule and to ensure exemptions limited, specific—Burden of proving records within exemptions on party opposing disclosure—In particular, respondent must establish information in issue: (a) financial, commercial, scientific or technical; (b) confidential; (c) supplied by it to government institution; (d) treated by it consistently in confidential manner—Appellant conceded requirements (a), (d) met—Regarding second consideration, Federal Court recognized demonstration information communicated in reasonable expectation of confidence had to be made by reference to objective evidence—Held paragraph 12 of Request for Proposals had effect of creating reasonable expectation of confidence on part of respondent with respect to information not itemized—Further found information in issue communicated in reasonable expectation of confidence—Federal Court erred in not applying *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.) and in holding respondent had reasonable expectation of confidentiality with respect to records in issue and that public interest fostered by preserving confidentiality of records—Question really whether

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

respondent, assuming proposal successful, could reasonably expect amounts paid or payable to it out of public funds pursuant to ensuing contract would remain confidential by reason of fact process leading to grant of contract confidential—When potential contractor competing for government contract through confidential bidding process, cannot expect monetary terms, in event bid succeeds, will remain confidential—Maintaining confidentiality only justified under Act if it fosters confidential relationship for public benefit (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.))—In determining necessary to withhold information to guarantee integrity of bidding process, Federal Court may have lost sight of fact appellant, government institution primarily concerned with maintaining integrity of bidding process, may have different view of “public benefit”—Good reasons for maintaining confidentiality during bidding process but different considerations arise once contract awarded and public funds committed to it—Public benefit could not be fostered by maintaining confidentiality of amounts paid or payable by government pursuant to contractual obligations with third parties—Respondent knew appellant acting on behalf of government and that public funds would be involved if its proposal successful—Public’s right to know how government spends public funds as means of holding government accountable for its expenditures fundamental notion of responsible government known to all—Respondent could not reasonably expect information as to amounts paid or payable to it under ensuing contract would remain confidential—Not open to Federal Court to hold documents in issue reflected confidential information within meaning of Act, s. 20(1)(b)—Appeal allowed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 20(1)(b).

HI-RISE GROUP INC. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (A-225-03, 2004 FCA 99, Noël J.A., judgment dated 12/3/04, 15 pp.)

AGRICULTURE

Judicial review of Canadian Grain Commission’s (respondent) decision denying applicant’s claim against security held under Canada Grain Act (Act)—Applicant contracted to sell wheat to API Grain Processors Limited Partnership (API)—After delivery to API, API mailed cheque dated October 29, 2002 to applicant, which applicant received on December 4, 2002—On December 5, 2002, applicant learned API was bankrupt—Had not yet deposited API’s cheque—On December 12, 2002, applicant claimed against security of \$750,000 held by respondent with respect to API—Respondent denied claim on basis filed after 30-day limitation period specified in Act, s. 49(6)(e)—On appeal, respondent denying claim due to operation of Act, ss. 49(3)(b) and 49(6)—S. 49(6) provides when cheque given to producer

AGRICULTURE—Concluded

and bank on which cheque drawn refuses to honour it, licensee’s failure to meet payment obligations to producer occurs on date cheque given to producer—Cheque dated October 29, 2002—In order for s. 49(6) to apply, bank or other financial institution on which cheque issued by licensee to producer was drawn, must refuse to honour cheque—No evidence cheque ever presented to bank—Trustee’s direction not to cash cheque not constituting refusal to honour by bank—S. 49(6) not applicable—Alternatively cheque not “given to the producer” until he received it on December 4, 2002—Act not providing specifically for when cheque deemed to be received by producer—Only know date of cheque, date of receipt, not date of mailing—S. 49(6) thus not barring applicant’s claim—As to s. 49(3)(a), producer must give notice in writing to respondent of failure or refusal of licensee within 30 days after refusal or failure—Canada Grain Regulations provide payment must be made within 90 days after grain delivered to licensee—Grain delivered on October 18, 1992—On December 5, 2002, trustee in bankruptcy told applicant’s representative not to deposit API’s cheque dated October 29, 2002—Failure or refusal to make payment by licensee occurred on or about December 5, 2002—Applicant made claim in writing to respondent on December 12, 2002, within 30-day time frame provided by Act—Respondent erred in rejecting applicant’s claim for being out of time under Act—Application allowed—Canada Grain Act, R.S.C., 1985, c. G-10, s. 49 (as am. by S.C. 1998, c. 22, s. 6)—Canada Grain Regulations, C.R.C., c. 889.

PENDER FARMS LTD. V. CANADA (GRAIN COMMISSION) (T-856-03, 2004 FC 641, O’Keefe J., order dated 29/4/04, 17 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Judicial review of immigration officer’s (officer) refusal of application for permanent residence because applicant person described in Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 35(1)(b)—Applicant served with pro-government forces in Afghanistan—Marxist regime of Afghanistan, within which applicant served in military and acted as director of municipality in Kabul, designated by Minister in 1994 as government “engaged in systematic or gross human rights violations”—Hence, applicant found inadmissible to Canada pursuant to IRPA, s. 35(1)(b)—Designation here made before IRPA came into effect—Transitional regulations silent on whether Minister required to re-designate—Applicant submits officer exceeded jurisdiction because applied designation made under former Act—Says since coming into force of IRPA, designation under former Act no longer valid—No specific provision referring directly to ministerial designation

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

under former Act and this matter not appearing to have received authoritative attention—Review of Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 317(2) and Interpretation Act, s. 44 suggesting ministerial designation of kind at issue here carried forward and retains validity under IRPA—Application dismissed—In absence of authoritative decision in this regard, question certified: Does ministerial designation made under s. 19(1)(f) of former Immigration Act continue to be valid and applicable for purposes of s. 35(1)(b) of IRPA or is Minister required to re-designate under IRPA?—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 35(1)(b)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(f) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. 1-21, s. 44—Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 317(2).

ZAHERI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1145-03, 2004 FC 446, Russell J., order dated 25/3/04, 32 pp.)

Judicial review of Minister's delegate confirming earlier danger opinion, finding applicant involved in serious criminality, danger to public in Canada—Applicant challenging decision on two grounds: (1) Minister's delegate erred in finding applicant member of criminal organization; (2) Minister's delegate erred in finding applicant not at risk of persecution, torture if returned to Sri Lanka—Applicant came to Canada in 1989, recognized as Convention refugee shortly thereafter—In 1990, applicant landed as permanent resident—As to first ground, nothing in Immigration and Refugee Protection Act, requiring respondent to proceed under Act, s. 44(2) where of view individual danger to public, based upon membership in criminal organization—As consequence, open to respondent to proceed under s. 115—Two elements must be established to support issuance of danger opinion under s. 115—Individual must be inadmissible on basis of serious criminality and, in opinion of Minister, must constitute danger to public in Canada—Common ground applicant convicted of number of criminal offences, one of which carries possible term of imprisonment of up to 10 years—Sufficient to establish "serious criminality" requirement under s. 115(2)—Whether Minister's delegate entitled to rely on unproven allegations relating to applicant's alleged gang membership in coming to conclusion he posed present, future danger to others in Canada—Fact individual convicted of serious criminal offence not, on its own, sufficient foundation for danger opinion—Minister's delegate concluded applicant clearly posed present, future danger for people in Canada as result of being high-ranking member of gang involved in criminal activities—Threshold question whether Minister's delegate can base danger opinion on something less than charges having resulted in convictions—Distinction must be drawn between reliance on fact someone charged with criminal offence, reliance on evidence underlying charges in question

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

—Fact someone charged with offence proves nothing as simple allegation—In contrast, evidence underlying charge may be sufficient to provide foundation for good-faith opinion individual poses present, future danger to others in Canada—Applicant not charged with membership in criminal organization, nor evidence applicant currently facing other type of criminal charges—Thus, no reliance on existence of charges here—Rather, question whether evidence before Minister's delegate supported conclusion applicant posed present, future danger to others in Canada, as result of being high-ranking member of gang involved in criminal activities—Minister's delegates decision supported by evidence—As to second ground, Act, s. 115 creates exception to principle of non-refoulement—Person found to be Convention refugee should not be returned to country where they would be at risk of persecution—Risk assessment largely outside expertise of reviewing courts, not possessing significant legal dimension—As such, significant deference must therefore be accorded to risk assessments—In assessing risk to applicant if returned to Sri Lanka, Minister's delegate examined general situation facing returning Tamil refugees, finding situation much improved, work being done to smooth way for returning deportees—No consideration given to specific circumstances of applicant's own situation, to particular risk he might face from Sri Lankan authorities—Danger opinion set aside—Matter remitted to Minister's delegate for new risk assessment—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 44(2), 115.

THURAISINGAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4506-03, 2004 FC 607, Mactavish J., order dated 26/4/04, 21 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of decision of Tribunal of Immigration Division of Immigration and Refugee Board (Board) allowing respondent (Minister of Citizenship and Immigration) to withdraw request for admissibility hearing—Applicant, originally from Ukraine, landed immigrant since December 1999—In March, 2002 immigration officer reported to Deputy Minister, pursuant to former immigration legislation, that applicant had committed act in Ukraine constituting criminal offence in Canada—Unfavourable decision in admissibility hearing could ultimately lead to applicant's removal from Canada—Immigration officer's report based on report from procurator's office in Ukraine, that applicant had defrauded joint stock commercial bank "INVESTBANK" by issuing false statements as to company's inventory thus inducing bank to advance funds—Applicant denying validity of Ukrainian criminal charges, particularly denying signing any statements during timeframe in question and calling for production of such documents—When admissibility hearing came up on merits, Minister withdrew request—Applicant's counsel objected—Withdrawal accepted pursuant to Immigration Division Rules, s. 5—Board noted no evidence taken so

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

withdrawal request not abuse of practice—In fact, charges against applicant stayed, not dismissed—Applicant seeks order requiring Board to compel Minister to proceed with admissibility hearing forthwith, or for order quashing request for detention review, and order of prohibition enjoining immigration officer from taking any further action—Minister has right to apply to have request for admissibility hearing reinstated—Correct interpretation of s. 5 question of law—Board correct in holding two sentences in s. 5(1) must be read together—Board found withdrawal of request not abuse of process because delays not inordinate—However, Board did not take into account that written documents allegedly signed by applicant, which are at heart of criminal charges in Ukraine, have not been produced—Either documents exist or do not—Had Board taken that factor into account, together with fact no limits put on delays for Minister to reach decision to apply to have admissibility hearing request reinstated, Board would have granted postponement of hearing, and heard representations as to rescheduling—In alternative, Board could have accepted withdrawal of request, but given time limit on any application to reinstate it—Application allowed—Immigration Division Rules, SOR/2002-229, s. 5.

SHEREMETOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1076-03, 2004 FC 569, Harrington J., order dated 15/4/04, 7 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Judicial review of Immigration and Refugee Board (IRB) decision that respondents “Convention refugees” within meaning of Immigration and Refugee Protection Act, s. 96—Respondent Bueno citizen of Colombia and respondent Munagorri citizen of Uruguay—Failure to claim refugee status when claimant in country of protection element going to root of claim and should be considered in assessment of credibility of claimant’s subjective fear—General rule State presumed able to protect citizens, unless evidence to contrary presented by claimant—Claimant’s responsibility to demonstrate, by clear and convincing evidence, that State protection sought and not obtained (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689)—In this case, respondents did not offer any evidence on this point—IRB did not ask respondents any question on this point at hearing before expressly finding that State unable to protect them—Completely disregarded question of protection by United States with regard to respondents’ daughters, citizens of that country—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 96.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. BUENO (IMM-4606-03, 2004 FC 509, Pinard J., order dated 6/4/04, 3 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded*Permanent Residents*

Application for review of decision by visa officer refusing applicant’s application for permanent residence under class of immigrant investors intending to reside in Quebec—Applicant citizen of People’s Republic of China alleging visa officer had aggressive attitude and tone towards him—Applicant suggested that visa officer’s doubts evidence of very widespread prejudice towards investor candidates from countries like China, where seems to be quite high incidence of administrative corruption—Applicant did not discharge burden of proving that visa officer did not fulfil duty of procedural fairness or that reasonable apprehension of bias existed—Despite visa officer’s aggressive tone, “an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through” (*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369), would conclude that, under circumstances of this case, such conduct does not give rise to reasonable apprehension of bias—Burden on applicant to prove that admission not contrary to applicable legislation—Visas issued by visa officer in so far as satisfied granting landing to applicant not contrary to applicable legislation—Applicant at liberty to present any additional documentary evidence before officer rendered decision—Applicant never asked visa officer for more time to provide additional documents—Visa officer did not, therefore, act unreasonably—Applicant also submitted that visa officer made erroneous findings of fact and that decision “unreasonable” because applicant provided all documentation available and gave reasonable explanations about past earnings and source of funds—Visa officer always has jurisdiction to ask visa applicant to provide supporting documents attesting to source of funds—Visa officer must be able to determine if visa applicant in fact admissible under applicable legislation—Decision to refuse application for permanent residence based on several contradictions, implausibilities and shortcomings noted in applicant’s supporting documents concerning accumulation of fortune—At time of application for judicial review, Court must determine whether decision reasonable given evidence before decision-maker—Inferences and findings of fact made by visa officer not capricious or arbitrary and reasoning justifiable under circumstances—Application dismissed.

LU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-306-02, 2004 FC 239, Martineau J., order dated 16/2/04, 10 pp.)

COMPETITION

Appeal from Competition Tribunal (Tribunal) decision appellants engaged in reviewable conduct contrary to Competition Act, s. 74.01(1)(a) and (b)—Tribunal finding appellants made false or misleading statements about

COMPETITION—Concluded

increased fuel efficiency, reduction of emissions in order to promote use of platinum vapor injector (PVI) in gasoline-fuelled and diesel engines—Orders prohibited repeating misrepresentations, imposed fines with respect to misrepresentations pertaining to gasoline engines—Commissioner of Competition cross-appealed, saying Tribunal erred in law by declining to order appellants to issue notice under Act, s. 74.1(1)(b) correcting misrepresentations and by declining to impose fines under s. 74.1(1)(c) with respect to misrepresentations applicable to diesel engines—As to appeal, Tribunal not making any reviewable error—Not function of Appeal Court to reweigh evidence and Tribunal has considerable discretion over procedure—Appeal dismissed—Cross-appeal seeking to impugn use of Tribunal's reasons for denying some forms of relief, as this was first case brought under Part VII.I of Act dealing with deceptive marketing practices—Tribunal based decision on ground U.S. Federal Trade Commission only made such orders in minority of cases—However, no evidence on record to this effect and, if Tribunal proposed to take official notice of U.S. regulatory practice as basis for its own decision, it should have so indicated, and given parties opportunity to respond—Tribunal holding corrective notice inappropriate because of complexity of claims—Tribunal of view notice must contain explanation of claims and evidence showing false or misleading—Neither s. 74.1(1)(b), nor s. 74.1(4) which sets out general purpose of order under s. 74.1(1)(b), requires detail apparently contemplated by Tribunal and, by taking into account irrelevant consideration, Tribunal erred in law in exercise of discretion—In view of time elapsed, remitting matter to Tribunal for reconsideration of exercise of discretion of little practical value—Tribunal not erring in law when, exercise of broad remedial discretion, declined to impose administrative penalty with respect to misrepresentations relating to diesel engines—Cross-appeal allowed in part—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 74.01 (as enacted by S.C. 1999, c. 2, s. 22), 74.1 (as enacted *idem*).

P.V.I. INTERNATIONAL INC. V. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) (A-408-02, 2004 FCA 197, Evans J.A., judgment dated 19/5/04, 10 pp.)

COPYRIGHT**INFRINGEMENT**

Defendants seeking summary judgment, dismissal of plaintiffs' claim on grounds statement of claim discloses no reasonable cause of action—Submitting claim for liability exclusively based on allegations of infringement of copyright in certain jewellery designs and that in light of Copyright Act (Act), s. 64(2), jewellery designs properly subject-matter of industrial designs registration—Accordingly, no genuine issue for trial—Design defined by Act, s. 64(1)—Same definition of

COPYRIGHT—Concluded

“design” contained in Industrial Design Act (IDA)—Whether copyright subsists in design claimed by plaintiffs—Under Act, s. 34.1(1), copyright can be presumed unless contrary proven—As result, copyright could subsist in designs in question—Since jewellery design three dimensional, registrable subject matter properly subject to registration under IDA, cannot be subject of exception, since work not bought purely, simply for artistic properties but because of utility of article apart from design—Court persuaded jewellery design “design” as defined in both Act, IDA—Copyright could subsist and more than 50 items have been produced—Defendants clearly demonstrated applicability of Act, s. 64(1) and none of exceptions in s. 64(3) apply to negate applicability—No relevant issues to be decided—Action dismissed—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 34.1(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 20), 64 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 11)—Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9.

PYRRHA DESIGN INC. V. 623735 SASKATCHEWAN LTD. (T-531-02, 2004 FC 423, Rouleau J., order dated 23/3/04, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Tax Court of Canada decision ([2003] G.S.T.C. 138) that appellant supplying licence to exploit intellectual property not exempt supply within meaning of Excise Tax Act, Sch. V, Part VI, s. 2(c)—Judge dismissed appeal from assessment of October 1998—Assessment included penalty imposed pursuant to Act, s. 280—In dismissing appeal, judge implicitly affirmed imposed penalty—Appellant university-level public education institution affiliated with University of Montréal—Qualified as “charity” within meaning of Act, s. 123—In fall 1991, appellant signed research agreements with four Quebec business investment companies—Undertook to carry out research projects for companies—Standard research agreement provided intellectual property rights associated with research results entirely property of investment company—Appellant paid goods and services tax (GST) when intellectual property was purchased—On account of “public sector body” status, appellant subsequently obtained only partial reimbursement representing 67% of GST paid—Only provision of Act appellant could hope to rely on s. 2(c) in question—This provision assumes at outset that charity may engage in commercial activity and allows such body to recover full amount of GST paid if conditions met for application of section—Those conditions of application are: (1) supply of property, (2) not acquired for purpose of making supply, (3) and used otherwise than in making supply, (4) in appellant's commercial activities—On first point, property acquired not intellectual property in general sense but part of intellectual property represented by licencing exploitation and marketing rights—Follows that property acquired (intellectual property,

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

including exploitation and marketing rights) distinct from property supplied (licence of rights to exploit and market)—In case at bar, property acquired and supplied at issue licence of rights to exploit and market—On second point, exploitation and marketing rights never used by appellant between time acquired and time assigned—These rights clearly acquired for purpose of supply, without any form of use whatever by appellant intervening between time of acquisition and time of supply—On third point, not possible to say that property (licence) used by appellant in any way or at any time whatsoever other than in making supply—Appellant does not meet second and third requirements of s. 2(c) and accordingly Minister's assessment in this regard correct—No bar to defence argument of due diligence, on which person may rely against charges involving strict liability, being put forward in opposition to administrative penalties—In particular, Act, s. 280 by wording and content gives rise to that defence—Due diligence defence allows person to avoid imposition of penalty if evidence presented that not negligent—Due diligence excuses person making reasonable error of fact—Person relying on reasonable mistake of fact must meet twofold test: subjective and objective—Person must first establish that mistaken as to factual situation (subjective test)—Defence fails if no evidence that person relying on it in fact misled and that mistake led to act committed—Must then establish that mistake reasonable in circumstances (objective test)—In case at bar, only proof of due diligence offered by appellant at trial hearing amounted to reply by witness Blais—This evidence does not meet due diligence requirements—Evidence of events subsequent to preparation of draft assessment cannot be relevant in establishing due diligence, which must be determined at time property supplied—Review of contracts indicates that when contracts concluded appellant aware of fact that probably not entitled to 100% rebate—Taxpayer knowing that position vulnerable, not seeking to confirm from proper authorities when time comes, and inserting clauses in contracts to have others bear responsibility accruing to it for paying GST not acting with due diligence—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 123 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), 280 (as enacted *idem*; S.C. 1997, c. 10, s. 235), Sch. V. Part VI, s. 2(c) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 18; 1997, c. 10, s. 104).

CORP. DE L'ÉCOLE POLYTECHNIQUE V. CANADA
(A-452-03, 2004 FCA 127, Décarv and Létourneau J.J.A.,
judgment dated 26/3/04, 24 pp.)

ENERGY

Appeal from decision of National Energy Board (Board) refusing to vary previous decision—Tolls charged for transporting natural gas regulated by Board on cost-of-service basis—Board estimates costs to be incurred—Tolls designed to generate sufficient revenue to recover approved costs, and to fairly allocate charges to users in relation to costs, benefits

ENERGY—Continued

of services—Cost of capital included in cost of service—Cost of capital equivalent to aggregate rate of return on investment required by investors to keep capital invested in utility—Return made in form of interest on debt, dividends, capital appreciation on equity—Rate of return on equity cannot be accurately determined in advance—Various methodologies employed—In 1994, Board conducted public hearing into cost of capital of certain Group 1 pipelines including appellant's Mainline—Purpose of hearing to fix cost of capital for those pipelines for period commencing January 1, 1995, and to establish, if possible, automatic mechanism to adjust rate of return on equity in future in order to avoid expense of litigating annual or biennial changes to rate of return on equity—Board fixing Mainline's return on equity for 1995 test year at 12.25% based on deemed capital structure of 70% debt and 30% equity—Board also established adjustment mechanism by which rate of return on equity would be adjusted on January 1, 1996 and each subsequent calendar year—Mechanism based upon Equity Risk Premium methodology whereby Board estimates risk-free rate based on government bond rates and adds risk premium—By 2001, appellant had concluded application of formula understating required rate of return on capital—Therefore, appellant applied, pursuant to National Energy Board Act (Act), s. 21(1), for review and variance of 1995 decision to allow for determination of fair return for 2001, 2002—Appellant submitted Board should approve new methodology for determining Mainline's cost of capital, the after-tax weighted-average cost of capital (ATWACC) methodology—Alternatively, if ATWACC methodology not accepted, appellant submitted required rate of return on equity for Mainline should be 12.5% for 2001, 2002 and based on its risk, deemed equity component of Mainline's capital structure should be increased to 40%—Board rejected appellant's ATWACC proposal—On application for review and variance of 2002 decision, Board found appellant had not raised doubt as to correctness of 2002 decision and dismissed application—Appellant granted leave to appeal Board's 2003 decision to this Court—(1) Whether Board erred in considering customer or consumer interests in determining Mainline's rate of return on capital—(a) Act not containing any provisions or directions requiring Board to determine pipeline's rate of return on capital—Act only requires all tolls be just and reasonable—Authority of Board to determine just and reasonable tolls not limited by any statutory directions—Board adopted cost-of-service method for determining Mainline's tolls—(b) Under cost-of-service methodology Mainline to be compensated through tolls for its prudently incurred costs, including its cost of capital, and in particular, its cost of equity capital—Cost-of-equity for future year cannot be directly measured and therefore must be based on estimates—Board must choose estimate allowing Mainline to earn fair return—When cost-of-service methodology used to determine just and reasonable tolls, if Board not permitting

ENERGY—Continued

Mainline to recover costs because understating Mainline's cost-of-equity capital, Mainline will be unable to earn fair return on equity—Tolls must also be just and reasonable from point of view of Mainline's customers and ultimate consumers relying on service from Mainline—Customers and consumers have interest in ensuring Mainline's cost of equity not overstated—(c) Appellant saying required rate of return on equity must be determined solely on basis of Mainline's cost of equity capital and that impact of any resulting toll increases on customers or consumers irrelevant to determination of required return on equity—Degree of risk specific to Mainline accounted for by adjustments to its deemed capital structure—Appellant not demonstrating Board took impact on customers or consumers into account in making determination of Mainline's required rate of return on equity—(d) While impact on customers or consumers cannot be factor in determination of cost-of-equity capital, any resulting increase in tolls may be relevant factor for Board to consider in determining way in which utility should recover its costs—Phased-in tolls would have to compensate utility for deferring recovery of its cost of capital—Where cost-of-service method used, utility must recover its costs over reasonable period of time, regardless of any impact those costs may have on customers or consumers—No suggestion Board sought to phase in or otherwise understate Mainline's cost of capital—(2)(a) Appellant submitting Board placed inappropriate onus on appellant to demonstrate cost-of-equity adjustment formula established by Board in 1995 decision, but not expressed in Act or in any judicial authority, was to govern unless appellant could persuade Board otherwise—(b) As to intended duration of automatic adjustment mechanism, Order contained no time limit and therefore continues in force until reviewed or varied by Board—(c) Appellant submitting when it brought fair rate of return application in 2001, Board required to disregard entirely automatic adjustment mechanism and start fresh to determine appropriate method by which to estimate Mainline's cost of capital—But adjustment formula part of order that continued to bind appellant—Neither Board's 1995 decision nor order implementing it appealed—Adjustment formula therefore continued to apply until appellant demonstrated to Board it should be replaced—No fettering of discretion or placing of improper onus on appellant—In 1995 decision, Board stated automatic adjustment formula to reflect simplified procedure to determine annual adjustments to pipeline rates of return on common equity—Therefore to continue indefinitely—Affected party wishing to change process must demonstrate its proposal preferable to one which is subject of binding Board order—Not improper onus—(d) Board not disregarding evidence—Having regard to all evidence, Board determines own estimate—As long as estimate within range of estimates put forward in evidence and Board demonstrated it considered estimates, impossible for Board to have ignored evidence—Appeal

ENERGY—Concluded

dismissed—National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 21(1) (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 10), 22 (as am. *idem*, s. 11).

TRANSCANADA PIPELINES LTD. V. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (A-327-03, 2004 FCA 149, Rothstein J.A., judgment dated 5/4/04, 23 pp.)

HUMAN RIGHTS

Following numbers: H30947, H32471, H32637 and H47999 assigned by Canadian Human Rights Commission (Commission) to four complaints of racial discrimination, levied by Dr. Grover against employer, National Research Council (NRC)—Commission referred first complaint to Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) for inquiry—Tribunal found Dr. Grover discriminated against contrary to Canadian Human Rights Act (Act)—Commission dismissed next two complaints, H32471 and H32637—Dr. Grover successful in obtaining review of that decision on ground key witness (Dr. Vanier) not interviewed, i.e. breach of procedural fairness by not carrying out thorough, neutral evaluation—By then, Dr. Grover had filed complaint H47999—Commission decided to refer complaints H32471 and H32637 to Tribunal for inquiry—Commission not detailing circumstances which satisfied it that inquiry into complaints H32471, H32637 warranted, but investigator's report circulated and may be taken as setting out Commission's reasons—Dr. Vanier, who had control over Dr. Grover's work, interviewed following Motions Judge's decision—Although Tribunal had not completed investigation of complaint H47999, it joined it to other two complaints on grounds all three involved substantially same issues of fact and law—Now, NRC seeking judicial review of that decision and order directing Commission to provide sufficient reasons for decision—If Commission decides to conduct inquiry, inquiry must be both neutral and thorough—Act not requiring Commission to give reasons—However, procedural fairness requires reasons be given—If Commission concerned still aura of partiality, notwithstanding that Dr. Vanier interviewed, that concern misplaced—NRC entitled to know if Commission changed its mind and, if so, why—If Commission thought it could not, and should not, assess Dr. Vanier's credibility because found wanting once before by Tribunal, it was clearly wrong in law—Although Dr. Grover has not sought judicial review despite request investigation into three complaints be stayed pending outcome of Ontario Superior Court of Justice action, decision to cut short investigation process most peculiar—Obligation on part of Commission to investigate fourth complaint before deciding either to refer it to Tribunal or to dismiss it—Improper for Commission to be concerned about any possible adverse comment on its effectiveness by Ontario Superior Court of Justice—That there are parallel proceedings is Dr. Grover's doing, not Commission's—Insufficient reasons given

HUMAN RIGHTS—Concluded

to support decision with respect to complaints H30947 and H32637—As investigation into complaint H47999 incomplete, Commission could not have been satisfied referral to Tribunal warranted and that it should be joined to other two complaints—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. GROVER (T-1923-03, 2004 FC 704, Harrington J., order dated 14/5/04, 20 pp.

INCOME TAX**GIFTS**

Appeal from Tax Court of Canada's decision ([2004] 1 C.T.C. 2125) decision that in determining fair market value (FMV) of donation to public gallery, discount to take into account number of works donated (so-called blockage, bulk, volume or market absorption discount) could not be applied—Taxpayer donating 981 works of art by Canadian artist, Harold Feist, to Algoma Art Gallery—Canadian Cultural Property Export Review Board determining FMV for purposes of fixing amount of charitable donation under Income Act, s. 118.1—First determining provisional FMV and then applying volume or market absorption discount based on number of works, sales history of Feist's works—In reaching his conclusion, Tax Court Judge relied on fact legislation (Income Tax Act, Cultural Property Export and Import Act) refers to gift of "object" in singular and on *Whent v. Canada*, [1996] 3 C.T.C. 2542 (T.C.C.), which he read as holding blockage discounts could not be applied in determining FMV of cultural property—Fact blockage discount would not apply to donation of Renoir paintings not establishing such discount not appropriate in other circumstances—Tax Court Judge apparently overlooked respondent's concession that if blockage discount can be applied as matter of law, this was appropriate situation in which to apply such discount—Application of such discount function of supply and demand—Need to value each object individually, as respondent contends, not precluding application of blockage discount—When circumstances such that blockage discount must be applied, FMV of individual works cannot be arrived at without discount being applied—Nothing turning on constant use of "object" in singular in relevant legislation—Interpretation Act, s. 33(2) provides "words in the singular include the plural"—Furthermore, FMV of each gifted object cannot be arrived at without application of blockage discount—Scheme of Income Tax Act not authorizing departure from accepted valuation principles and methodology—When Parliament wishes to depart from accepted meaning of FMV it does so in express terms (see ss. 10(4), 69(6), 69(7))—Donations of cultural objects encouraged by means of credit against taxes computed by reference to FMV and by related capital gains exemption— But nothing supporting contention

INCOME TAX—Continued

Parliament intended to further enhance these incentives by attributing to gifted objects value beyond that determined in accordance with accepted valuation principles and methodology—Finally, decision in *Whent* not supporting view blockage discounts cannot be applied as matter of statutory construction—Appeal allowed—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 33(2)—Cultural Property Export and Import Act, R.S.C., 1985, c. C-51, ss. 32 (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 218; 1995, c. 38, s. 1), 33.1 (as enacted *idem*, s. 2)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 10(4), 69(6),(7), 118.1 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 88).

CANADA V. MALETTE (A-435-03, 2004 FCA 187, Noël J.A., judgment dated 18/5/04, 11 pp.)

INCOME CALCULATION*Capital Gains and Losses*

Appeal from Tax Court judgment ([2003] 3 C.T.C. 2114) in which appellant held subject to tax on deemed taxable capital gain of \$75,000 in respect of shares of his corporation—Taxpayer mistakenly filed election under Income Tax Act, s. 110.6(19)—Should not have attempted to make election as shares did not qualify for election—But as election valid, could not be revoked because of s. 110.6(28)(a)—Tax Court Judge erred as to effect of Income Tax Act, s. 4(4) (repealed and replaced by s. 248(28) effective July 19, 1995)—Election resulted in reduction of adjusted cost base of shares which, because of s. 40(3), resulted in taxable capital gain—Whether double reduction of adjusted cost base contravenes s. 4(4)—Tax Court Judge concluded s. 4(4) has no application in case because contrary intention evident—Reasoned s. 53(2) treats two adjustments (adjustments under ss. 110.6(21)(b) and 110.6(22)) differently and thus they are not same amounts—On facts of this case, adjustments under ss. 110.6(21)(b) and 110.6(22) same quantum and result from same event—Fact two statutory provisions have different objectives cannot justify inference double taxation intended—Two provisions of general application—Double taxation possible, but not necessary result of combined operation—Therefore, unreasonable to conclude Parliament intended both provisions to apply in taxpayer's situation—Nothing in language, context of provisions providing any evidence Parliament intended to displace statutory presumption against double taxation in s. 4(4)—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 4(4), 40(3) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 23), 53(2)(i) (as enacted by S.C. 1995, c. 3, s. 14), (v) (as enacted *idem*), 110.6(19) (as enacted *idem*, s. 32), (21)(b) (as enacted *idem*), (22) (as enacted *idem*), (28) (as enacted *idem*, 1998, c. 19, s. 130), 248(28) (as enacted by S.C. 1996, c. 21, s. 60).

HOLDER V. CANADA (A-654-02, 2004 FCA 188, Sharlow J.A., judgment dated 11/5/04, 5 pp.)

INCOME TAX—Concluded*Farming*

Appeal from Tax Court of Canada decision (*Grenier v. Canada*, 2003 DTC 227) dismissing appeals from reassessments by Minister of National Revenue for taxation years 1993 to 1996 inclusive—Appellant raised three issues—First appellant argued belongs to first of three classes of farmers referred to by Dickson J. (as he then was) in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, because is, so he says, “taxpayer, for whom farming may reasonably be expected to provide the bulk of income or the centre of work routine”—Tax Court Judge doubted whether first two *Moldowan* applicable in case at bar—Tax Court Judge determined that appellant failed to meet third criterion: present and future profitability of business—In terms of present profitability evidence showed that from 1980 to 2000, appellant’s forestry business constantly produced losses except for 1997, 1998 and 1999, when small incomes reported—If appellant deducted property taxes required to pay, these small incomes become losses—As for future profitability of business, appellant showed no interest in cutting wood—No objective element as basis to conclude that appellant could make large profits, even at time of retirement—Tax Court Judge rightly held appellant not considered farmer of first class because chief source of income for tax years 1993 to 1996 “neither farming nor a combination of farming and some other source of income” under Income Tax Act, s. 31(1)—With respect to second issue, no error by Tax Court Judge in holding that Minister could reassess for 1993 under Act, s. 152(4)—This provision allows Minister to reassess after normal reassessment period when taxpayer “has made any misrepresentation that is attributable to neglect, carelessness or wilful default”—Appellant’s failure to compare statements received from Régie de l’assurance maladie du Québec with bank deposits careless—Capping of remuneration not valid excuse in case at bar because letter from Association of Dermatologists of Quebec dated October 26, 1996, that appellant tried to introduce in evidence, addressing 1994-1995 professional practice year, whereas only 1993 taxation year at issue before this Court—Finally, appellant submitted pursuant to application of Act, s. 31(1), discriminated against for having two sources of income—Constitutional question not raised before Tax Court Judge—Thus no evidence at all on this point—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Suppl.), c. 1, ss. 31(1) (as am. by S.C. 1995, c. 21, s. 8), 152(4) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 149).

GRENIER v. CANADA (A-597-02, 2004 FCA 148, Desjardins J.A., judgment dated 1/4/04, 8 pp.)

JUDGES AND COURTS

Motion for disqualification by Mr. Charkaoui against designated Judge—Applicant based claim on apprehension

JUDGES AND COURTS—Concluded

designated Judge might not be completely impartial in continuation of ongoing proceeding and asked he be disqualified—Standard applicable to motion for disqualification stated in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484—Standard that of informed reasonable person with knowledge of all facts of situation, aim being to consider whether in such circumstances judge demonstrated bias or perceived bias—Presumption of judicial integrity such that it allows judge to act and make rulings in circumstances where he or she has already acquired knowledge in earlier proceedings and decisions involving same parties—It can be seen from careful reading of Immigration and Refugee Protection Act, ss. 76-85 that Parliament expressly contemplated possibility designated judge would hear “the matter”, that is, determine reasonableness of certificate and undertake review of reasons justifying detention—Parliament thus intended designated judge to rule on these two aspects of matter—Intention duly expressed by Parliament was as far as possible to entrust to one designated judge “the matter” arising out of filing of certificate in Federal Court and signature by Ministers of warrant for arrest and detention of person concerned—Careful reading of Act, ss. 33, 34, 80(1),(2), 82, 83 indicates important difference between functions of determining reasonableness of certificate and that of reviewing continued detention—Review of reasonableness of certificate and assessment of risk, which serve as basis for concluding whether detention should be continued, two separate exercises with different purposes—Separate functions which ultimately lead to different conclusions—Act, s. 83(3) asks designated judge to assess danger, and having made assessment, to consider release subject to conditions and sureties—Danger not assessed in vacuum—Applicant alleged six facts creating apprehension of bias—In his opinion, six facts as a whole created apprehension of bias or bias—Careful review of six facts led to conclusion did not establish reasonable apprehension of bias or perceived bias—Motion dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 34, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85.

CHARKAOUI (RE) (DES-3-03, 2004 FC 624, Noël J.A., order dated 28/4/04, 26 pp.)

LABOUR RELATIONS

Appeal from dismissal of application for judicial review of payment order—Russell Lyle McIvor (McIvor), former employee of Actton Transport Ltd. (Actton) complained to officials of respondent Minister of Labour (Minister) not paid overtime to which entitled—Because Actton federally regulated employer, McIvor’s entitlement to overtime depended upon Motor Vehicle Operators Hours of Work Regulations (Regulations)—Regulations distinguish between city, highway motor vehicle operator for purposes of overtime

LABOUR RELATIONS—Continued

—“Prevailing industry practice” used to determine whether driver one or other—Minister’s official concluded McIvor city motor vehicle operator based on how far from home terminals Calgary city motor vehicle operators typically worked—Concluded McIvor entitled to overtime after 45 hours per week—Issued payment order requiring Actton to pay McIvor approximately \$1,000 in overtime—Actton arguing definition of city motor vehicle operator in terms of prevailing industry practice in geographical area in which operator employed so uncertain as to make Regulations invalid—Actton argued that by leaving it to official to determine “prevailing industry practice”, Governor in Council transformed legislative power into administrative power, which amounts to unlawful delegation—Canada Labour Code authorizing Governor in Council to define standard hours of work for employees engaged in industries where application of general rules in ss. 169, 171 would be harmful to interests of employees, employers—Regulations withdraw employment of motor vehicle operators from general scheme and in doing so provide different rules for city and highway motor vehicle operators—After providing arbitrary criterion, 10-mile radius from operator’s home terminal, Regulations also allow for recognition of prevailing practice in industry—Distinguishing between city and highway motor vehicle operators on basis of prevailing industry practice satisfies legislative mandate since prevailing practice question of fact, not matter of administrative discretion—Official called upon to ascertain prevailing practice for purpose of applying it to given case engaged in fact-finding, not legislating—Cases relied upon by Actton establishing where delegated decision-maker authorized to decide certain questions by regulation, regulations promulgated in exercise of that power must actually decide questions—They cannot simply confer upon delegated decision-maker power to decide administratively which legislation requires it to decide legislatively—Requirement Governor in Council proceed by regulation satisfied when Governor in Council specified, by regulation, that distinction between city and highway motor vehicle operator to be drawn according to prevailing industry practice—Basis of distinction set out in Regulations—Official’s function to identify and then apply prevailing practice as it exists in geographical area—Rationale for such scheme that employers who do not have to pay overtime until employee has worked 60 hours enjoy significant advantage over those who must pay overtime after 45 hours—If law permitted employer to decide for itself whether it paid overtime after 45 or 60 hours, simply by dispatching employee beyond 10-mile radius, there would be very few city motor vehicle operators—Using prevailing industry practice as determining factor means of protecting employees from work assignments whose object simply to limit entitlement to overtime—Appeal dismissed—Motor Vehicle Operators Hours of Work Regulations, C.R.C.

LABOUR RELATIONS—Concluded

1978, c. 990, s. 20(4)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 169 (as am. by S.C. 1993, c. 42, s. 14), 171.

ACTTON TRANSPORT LTD. V. STEEVES (A-361-03, 2004 FCA 182, Pelletier J.A., judgment dated 5/5/04, 15 pp.)

NATIVE PEOPLES

Statutory appeal of Minister of Indian and Northern Affairs’ decision information received not sufficiently compelling to reverse approval of 1954 will, approve 1986 testamentary document—Appeal concerning powers purportedly exercised by Minister under Indian Act, s. 42 with respect to “probate” of will and purported will, each apparently executed by same person—Minister’s actions with respect to “wills” subject of order in *Morin v. Canada* (2001), 213 F.T.R. 291 (F.C.T.D.) in which Dawson J. made critical findings of law with respect to legal requirements expected of probate decisions made by Minister—As Dawson J. found, probate decision concerning purported second will must include determination of its validity—Since Minister required by law to make determination on validity of purported will, not possible to “read in” compliance with this requirement where no such determination appears on face of decision—Minister’s decision patently unreasonable—Appeal allowed—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 42.

MORIN V. CANADA (T-132-02, 2004 FC 699, Campbell J., order dated 13/5/04, 8 pp.)

PAROLE

National Parole Board denying applicant opportunity to make argument he was entitled to “accelerated parole” under provisions of Corrections and Conditional Release Act, Corrections and Conditional Release Regulations—Applicant challenging decision, also arguing provisions referred to worked to offend his rights under Charter, s. 7—Board correct in refusing to hear argument and, while applicant’s s. 7 rights engaged at that time, they were not breached—Applicant sentenced to 3 years, 10 months imprisonment for conspiracy to commit robbery—Applicant’s complaint exclusion provisions in Act, s. 125, when read with s. 126(2), unfair in creating more stringent standard for parole for him—As result, amending provision invalid as offending applicant’s right under Charter, s. 7—Act, s. 125 applying to persons sentenced—Therefore, if s. 125 survives Charter challenge, argument fails—Here, as in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, balance to be considered between interest of person claiming liberty limited, protection of public—Prior to December 2001 amendments, applicant qualified for accelerated parole consideration—However, by amendments

PAROLE—Concluded

to Act, as placed in category of persons, who, apparently in Parliament's opinion, danger to public, applicant excluded from accelerated parole consideration, thereby, benefit of less stringent test for parole—As found in *Cunningham*, change directly related to public interest in protecting society from persons who may commit serious harm—Statutory change complained of not violating principles of fundamental justice—Balance tips in favour of society's interest—Charter challenge dismissed—Applicant sentenced on Sch. 1 offence, therefore could not take benefits of accelerated parole provided in ss. 125, 126—In addition, process in Regulations, s. 159 not applying—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 125 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 39; 1997, c. 17, s. 24; 1998, c. 35, s. 116; 1999, c. 5, s. 50; 2001, c. 41, s. 90), 126 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 40)—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 159—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.

TESSIER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1672-02, 2004 FC 775, Campbell J., order dated 3/6/04, 15 pp.)

PATENTS

Judicial review of Minister of Health's decision refusing to add Canadian patent No. 2088376 ('376 patent) to Patent Register on grounds patent not containing claim to medicine verapamil hydrochloride, or its use, as required by Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations), s. 4(2)(b)—S. 4(2)(b) requiring patent list in respect of drug to set out any Canadian patent that contains a claim for the medicine itself—In particular, refusal based on grounds "dosage form" referred to in patent not claim for "medicine" within meaning of NOC Regulations, s. 4(2)(b)—Definition of "medicine" in NOC Regulations means "substance intended or capable of being used" for treating, diagnosing or preventing ailments—In *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.), Court held terms "drug" and "medicine" not intended to be interpreted in "contradistinction"—Objective of '376 patent to provide novel dosage form allowing for particular method of delivery of variety of different drugs—'376 patent addresses problem that prior art had not revealed delivery system for administration of drug in tablet form allowing "time-varying patterns of delivery"—No mention of verapamil or verapamil hydrochloride in introductory portions of specification—In fact, "verapamil" only mentioned twice in patent: in claim 2, as one of several possible drugs to use in dosage form described in claim 1, and also in examples 1 and 2 of specification—'376 patent not claiming protection for

PATENTS—Continued

"medicine" found in Pfizer's "Chronovera" tablet—Rather, patent is for delivery system for administration of any one of 27 listed drugs, including verapamil hydrochloride—"Essential elements" of invention are features of dosage form allowing for time-varying delivery of various drugs—Delivery system protected, not listed drugs—Fact tablets claimed in '376 patent ingested not altering their function in therapeutic process as device for administration of medicine, rather than medicine itself—Correct construction of patent focusses on purpose of patent, and function of invention at issue, being for system of delivery of medicine, over varying time intervals, making therapeutic effect of certain drugs more beneficial—'376 patent providing for discrete and separate components of "drug-free" layers, surrounding actual drug dose, and these parts of tablet should not be viewed as inactive ingredients of drug substance itself—Patent describing sustained release and time-varied nature of invention as well as ways of building invention, that is the tablet, using different medicines—But claims in patent not for "the medicine itself", as found in Pfizer's product for which NOC granted—Minister's decision correct and '376 patent not eligible for listing on Patent Register with respect to applicant's "Chronovera" tablets—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 4(2)(b) (as am. by SOR/98-166, s. 3).

PFIZER CANADA INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-441-03, 2004 FC 370, Mosley J., order dated 11/3/04, 22 pp.)

Appeals from Motions Judge's (2004 FC 465) determination underlying Supplemental New Drug Submission (SNDS) insufficient to support listing of Abbott's Canadian Patent No. 2261732 ('732 patent) on Patent Register—Whether Motions Judge properly interpreted and applied provisions of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations) concerning listing of patent in respect of pharmaceutical product—After making factual determinations, Motions Judge stated SNDS without substance—In her estimation, fact Abbott's product monograph amendment related to use of Biaxin (clarithromycin) in triple therapy for eradication of *Helicobacter pylori* bacteria, an established use, meant there was no new indication—Although not defined in Food and Drug Regulations (FD Regulations), indication essentially purpose for which pharmaceutical product used—For purposes of filing SNDS, indication does not have to be new or novel, in sense this term used in patent law—However, if manufacturer proposes to use its pharmaceutical product for purpose for which it has no prior approval, SNDS required—This is what occurred in present case—Thus, Motions Judge correct in stating SNDS related to eradication of *Helicobacter pylori* bacteria and Abbott had no prior

PATENTS—Continued

authorization to sell or market specific combination of Biaxin (clarithromycin), amoxicillin and lansoprazole to combat *Helicobacter pylori* bacteria infection—Fact TAP Pharmaceuticals had previously obtained approval for this combination immaterial, as TAP different manufacturer—SNDS filed by Abbott falls within FD Regulations, s. C.08.003(2)(h)(iii), as relating to new claim made for Biaxin—In filing SNDS, Abbott complied with regulatory requirement—SNDS in respect of new indication, because Abbott required Ministerial approval to sell or market combination of Biaxin (clarithromycin), amoxicillin and lansoprazole in Canada—As stated by Motions Judge, this was not an attempt by Abbott to circumvent time limitations set out in NOC Regulations—SNDS in current appeal necessary in order for Abbott to comply with FD Regulations, and Abbott entitled to file '732 patent for listing—Not for this Court to alter patent benefits to which manufacturer entitled after validly complying with various requirements set out in FD Regulations—Appeals allowed—Food and Drug Regulations C.R.C., c. 870, s. C.08.003(2)(h)(iii) (as am. by SOR/95-411, s. 6—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

ABBOTT LABORATORIES V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-49-04, A-50-04, A-51-04, 2004 FCA 154, Richard C.J., judgment dated 19/4/04, 16 pp.)

INFRINGEMENT

Application by AstraZeneca AB, AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Apotex Inc. in respect of Apo-Omeprazole capsules containing omeprazole in 20 mg strength for oral administration, until after expiration of Canadian Patent No. 2133762 ('762 Patent)—'762 Patent discloses certain antibiotic compounds affecting *Helicobacter pylori* degraded into non-antibacterial metabolites in presence of gastric acid, which drastically reduces antibacterial efficacy—AstraZeneca submitted Apotex's notice of allegation (NOA) fatally flawed because failing to allege non-infringement by patients, to address uses referred to in several of '762 Patent claims—Apotex submitted AstraZeneca failed to discharge burden of establishing Apotex's allegation of non-infringement unjustified, therefore, application must be dismissed—AstraZeneca's principal attack on credibility of Dr. Sherman based on evidence Apo-Omeprazole product monograph would not refer to co-administration with antibiotic (concomitant use) but in fact product monograph did contain such statements—In conclusion on this point, Dr. Sherman found credible based on comparison of cross-examination to statements contained in product monograph, knowledge of Apotex literature—As to sufficiency of

PATENTS—Continued

Apotex's NOA, AstraZeneca listed four reasons why Apotex's NOA fatally flawed—Second person's (Apotex's) allegation of non-infringement must let first person patentee (AstraZeneca) know grounds for stating issuance of NOC would not lead to infringement—AstraZeneca knew grounds of Apotex's allegations in sufficiently complete manner so as to enable them to decide whether to oppose issuance of NOC by Minister—AstraZeneca led evidence through licensed pharmacist, AstraZeneca executive, regarding third-party infringement—With respect to addressing all uses claimed in some of claims (composition versus combinations), AstraZeneca raised issue, alleged even with that aside and using proper construction, Apotex's Apo-Omeprazole still infringed '762 Patent—NOA not fatally deficient, NOA sufficient—Finally, whether Apotex's allegation of non-infringement justified on specific legal, factual basis set out in NOA involves issue of whether Apotex intends to make use of Apo-Omeprazole for use covered by AstraZeneca's '762 Patent—Product monograph consisting of various sections including "Actions and Clinical Pharmacology", "Indications and Clinical Use", "Information for the Patient", "Pharmacology"—None of statements impugned by AstraZeneca contained in "Indications and Clinical Use" section of Apo-Omeprazole product monograph—Obvious from Apotex's expert witness's cross-examination approved uses of product contained in "Indications and Clinical Uses" section of product monograph and uses contained therein only uses that can lawfully be promoted—Only uses that would be approved uses indicated in "Indications and Clinical Use" section—This appears logical as "Indications and Clinical Use" section particular section of monograph dealing with indications proposed for drug—AstraZeneca can only succeed on facts of case, if references to concomitant use, increases in bioavailability, other impugned product monograph references establish Apotex seeking approval to make use of Apo-Omeprazole concomitantly with antibiotic substances to increase bioavailability, that is to use Apo-Omeprazole with antibiotic such as clarithromycin to achieve better treatment—After consideration of matter, AstraZeneca did not discharge burden—Uses sought to be approved by Apotex limited to those contained in "Indications and Uses" section of product monograph—References to concomitant use, increases in bioavailability in "Actions and Clinical Pharmacology", "Pharmacology", "Information for the Patient" sections not indicating Apotex seeking approval for these uses—Application dismissed.

ASTRAZENECA AB V. APOTEX INC. (T-2311-01, 2004 FC 313, O'Keefe J., order dated 2/3/04, 37 pp.)

Applicants seeking order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance (NOC) to RhoxalPharma (Rhoxal) for diltiazem hydrochloride

PATENTS—Continued

capsules of strengths from 120mg to 360mg until after expiration of Canadian Patent No. 2111085 ('085 patent)—As to adequacy of Notice of Allegation (NOA) detailed statement in Rhoxal's NOA, with respect to allegation of non-infringement of claims 34 to 37 in NOA, meets requirement of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(3)(a)—Far from situation where second person makes bald statement of non-infringement unsupported by factual assertions—NOA contains sufficient information to make Biovail Corporation fully aware of grounds on which Rhoxal seeks NOC—As to claims 35 to 37 (dependent claims), sufficient for Rhoxal to state because it would not infringe independent claim 34, it would not infringe claims 35 to 37—No need for Rhoxal to address other element of claims unless variant on which it relies to support allegation of non-infringement relates to element specific to those claims—This was not the case since variant referred to in NOA absence of effective amount of wetting agent to maintain solubility of diltiazem in gastrointestinal tract, allegedly essential element of independent claim 34—Biovail also alleging NOA defective because not stating how Rhoxal maintains solubility of diltiazem in its beads if it does not use wetting agent—Argument based on misunderstanding of present proceeding—Rhoxal only needs to allege grounds supporting allegation of non-infringement—In conclusion, NOA complete, not ambiguous—As to scope of evidence filed by Rhoxal, no need to deal with Biovail's argument Dr. Weiner's evidence went beyond content of NOA because dealing with such argument irrelevant—As to allegation of non-infringement, Court bound to assume factual statements supporting allegation of non-infringement true—Biovail needed to establish that (i) even if those statements true, they would not in law give rise to conclusion patent would not be infringed by Rhoxal's capsule because variant not involving essential element of claims at issue, or (ii) all or most of statements wrong—Biovail appeared to concede presence of wetting agent essential element of claim 34—Unless Biovail establishes Rhoxal's factual assertions in NOA wrong, application will fail—Mrs. Khairo's affidavit only evidence produced by Biovail to contradict factual assertions made by Rhoxal to support position capsule will not contain essential element of claim 34—Biovail confirmed during Mrs. Khairo's cross-examination she was not put forth as expert, could not be asked questions of opinion—No weight given to this evidence, statements in NOA unchallenged—Biovail asserting Dr. Weiner, in cross-examination, confirmed theoretically possible for water to make way through Rhoxal's beads from outside to sugar in core without having to dissolve diltiazem first—Even if proposition accepted, it would have little impact on Biovail's case for it leaves intact most important factual assertions supporting Rhoxal's allegation of non-infringement—Biovail arguing Court should give little weight to Dr. Weiner's opinion, Rhoxal's allegation of non-

PATENTS—Concluded

infringement unjustified as implying one read words "in admixture" into claim 34—Words present in claims 1 to 33 but not included in claims 34 to 37—Thus, claim 34 should be given distinct meaning because of change in language—According to Dr. Weiner, words "an effective amount of wetting agent to maintain solubility of the diltiazem in gastrointestinal tract" necessarily imply use of dry sugar in admixture with diltiazem—No evidence dry sugar effective wetting agent even when not mixed with drug having solubility problem—No evidence sugar in solution effective wetting agent that could maintain solubility of diltiazem in gastrointestinal tract—No evidence dry sugar in core of Rhoxal's beads acts as effective wetting agent maintaining solubility of diltiazem in gastrointestinal tract—In absence of such evidence, Court could not simply disregard factual assertions assumed to be true—Biovail has not met burden of establishing Rhoxal's allegation of non-infringement unjustified—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5(3)(a) (as am. by SOR/99-379, s. 2).

BIOVAIL CORP. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH)
(T-472-02, 2004 FC 257, Gauthier J., judgment dated 20/2/04, 19 pp.)

PENSIONS

Appeal from dismissal of application for judicial review ((2003), 233 F.T.R. 182 (F.C.T.D.)) of decision of officer of Income Security Program Branch of Human Resources Development Canada (HRDC)—Appellant turning 60 in 1997, but not applying for Canada Pension Plan (CPP) benefits until 2000, when applied for retroactive payment of benefits for one year—Retroactive benefits refused under CPP, s. 67(2)(a),(b)—On appeal, applicant stated told on at least two occasions by CPP officer that could at any time request payment be made retroactive to 60th birthday—Officer exercising Minister's authority under s. 66(4) to remedy erroneous advice—Concluding applicant had not received erroneous advice—On judicial review before Federal Court appellant arguing officer had no jurisdiction to deal with s. 66(4) remedy, since had not specifically asked Minister to do so in letter of appeal, which said was directed to his entitlement under CPP, s. 67(2)—Also contended denied fair hearing because not given chance to make submissions to HRDC on "erroneous advice" issue—S. 66(4) provides authority for Minister or officer to correct loss of benefits due to erroneous advice, but prescribes no procedures—It simply requires Minister be "satisfied" such advice resulted in loss of benefits—Requiring separate and special communication to HRDC for s. 66(4) consideration could be seen as excessively formalistic and "bureaucratic red tape"—Based on sworn testimony of officer that she had advised appellant if he had any further information about alleged erroneous advice he

PENSIONS—Concluded

should send it in and officer would reconsider and on lack of contradictory sworn evidence, open to applications judge to conclude process fair—Appeal dismissed—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 66(4) (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 31), 67(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 36).

LESKIW V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-192-03, 2004 FCA 177, Strayer J.A., judgment dated 3/5/04, 5 pp.)

PRACTICE**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion to strike out all of defendants except Her Majesty the Queen and Parks Canada Agency, and motion to strike out action—Plaintiff, assignee of lease of Crown land in Banff National Park on which plaintiff operates gondola lift—Applied to Crown for business licence to operate gondola lift outside of ski season—By letter dated September 6, 2000, Crown denied plaintiff licence for out-of-season use on basis of 1997 Banff National Park Management Plan—That refusal subject of present action—Plaintiff previously denied business licence to operate gondola lift for summer sightseeing in 1996—On judicial review Campbell J. upheld 1996 denial of business licence ((1997), 132 F.T.R. 89 (F.C.T.D.))—Defendants seeking to strike out whole of statement of claim on issue estoppel argument—As to appropriate defendants, basic proposition Minister of the Crown may not be sued either in representative capacity or personally, unless actions done in personal capacity—No allegations in statement of claim of acts done personally—Officials said to have induced breach of contract and acted in tortious manner and abused their public office—No utility, need or legal basis on which to sue Attorney General of Canada, for Attorney General of Canada, just as much as Minister of Canadian Heritage and Parks Canada Agency, is really the Queen in right of Canada—As to individual defendants, starting point application of three-part test to found jurisdiction in Federal Court, established in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752—Disclosing nothing of sufficient substance upon which to found jurisdiction over various individual defendants—Claims against individual defendants in personal capacities struck out by reason of failure to satisfy second branch of *ITO* test (existing body of federal law essential to disposition of case and nourishing statutory grant of jurisdiction)—Further, presence of individual defendants would bring little or nothing to action—As to substance of action, claim against Crown and whether claim already litigated and determined, this was second proceeding commenced by plaintiff to try to obtain

PRACTICE—Continued

summer use of gondola ski lift at Mountain Norquay—Principle upon which issue estoppel based is that there should not be unnecessary re-litigation so as to vex defendant more than once over same issue and so as to needlessly strain resources of all concerned—To apply principle, must first isolate issue at stake—Central issue whether Crown properly refused plaintiff summer use of gondola lift at Mount Norquay—Issue estoppel prevents plaintiff from again litigating central issue even though earlier format of proceeding judicial review and present format action—Classic test for issue estoppel set out in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.)—Fundamental issue herein not radically different from fundamental issue Campbell J. dealt with—Fundamental issue in both cases summer use of Mount Norquay gondola by plaintiff—Even though clear foundation for issue estoppel, sometimes unjust to apply doctrine—Issue estoppel should not be mechanically applied—After determining preconditions for estoppel have been met, should consider whether, as matter of exercise of discretion, issue estoppel ought in fact to be applied—Relevant factors bearing on exercise of discretion in this case are availability of appeal, circumstances giving rise to earlier proceeding, and potential of injustice, from point of view of both sides—Certainly plaintiff in position to appeal Campbell J.'s decision, but discontinued appeal—Circumstances giving rise to earlier proceeding not giving rise to any vulnerabilities or perceived weakness in procedure—No grounds there to exercise discretion—As to potential for injustice, fact appeal abandoned indicating both procedure adopted by Campbell J. and decision fair—No utility in re-litigating same fundamental issue—Standard for striking out: must be plain, obvious and beyond doubt case will not succeed—No doubt either on jurisdictional or on issue estoppel basis that instant case will not succeed against balance of defendants because of want of jurisdiction and against Her Majesty the Queen and Parks Canada Agency by reason of issue of estoppel—Action struck out.

PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. V. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-363-01, 2004 FC 346, Hargrave P., order dated 4/3/04, 27 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Human Rights Commission (applicant), relying on Federal Courts Act, s. 50, asking to stay proceedings currently before Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) in cases bearing docket numbers T-633/2101 and T-634/2201 until F.C.A. disposes of appeal of dismissal of application for judicial review—Application stems from complaints filed against respondents, Télé-Métropole Inc. and Manon Malo by Ms. Nadia Caza, employee of Télé-Métropole claiming to be

PRACTICE—Continued

victim of discrimination based on racial or ethnic origin—To allow order staying proceedings, applicant must show that appeal raises serious question, that will suffer irreparable harm unless stay of proceedings ordered, and that balance of convenience favours applicant—First, appeal raises serious question—However, applicant failed to establish that irreparable harm would result from refusal to order stay of hearing before Tribunal—Neither applicant nor Ms. Caza will suffer irreparable harm if they have to take part in hearing before Tribunal resuming in January 2004—Participation in hearing cannot in itself constitute irreparable harm within meaning given to this expression in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—Applicant claims mere fact of being forced to participate in hearing that could be ruled invalid amounts to irreparable harm—Nothing in evidence or in arguments put forward by applicant establishes that applicant or Ms. Caza will suffer irreparable harm if application for stay not granted—Application dismissed—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14) 50 (as am. *idem*, c.8. s. 46).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. MALO (A-362-03, 2003 FCA 466, Nadon J.A., order dated 3/12/03, 9 pp.)

VARIATION OF TIME

Motion for extension of time to file notice of application against decision by Canada Industrial Relations Board (Board)—Board dismissed applicants' complaint that respondent Longshoremens' Union. Local 375 (Union) guilty of CUPE unfair practices toward applicants—Board dismissed complaint on grounds that filed beyond deadline and that applicants had no standing because not members of Union in question—In support of motion, applicants filed affidavit of counsel handling the matter—Counsel was therefore deponent and presenting arguments to Court based on affidavit, contrary to Federal Court Rules, 1998, r. 82—Counsel should not be subject of litigation—Counsel's affidavit inadmissible for purposes of motion for extension of time—Party claiming extension of time must meet test set out in *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.)—Decisive criteria herein showing that application valid—Question not whether motion to strike valid, but whether notice of application valid—Notice of application raises questions not appearing in motion to strike—Four grounds raised including absence of procedural fairness and fact that Board relied on report prepared by officer—Nothing in applicants' arguments dealing with validity of these allegations which had nothing to do with fact that Board dismissed applicants' complaint because applicants not members of Union accused of unfair practices toward them, and so no standing in matter—Nothing before Court to find

PRACTICE—Concluded

prima facie notice of application valid—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 82.

BELMONTE V. CUPE LONGSHOREMEN'S UNION, LOCAL 375 (A-470-03, 2004 FCA 141, Pelletier J.A., order dated 2/4/04, 5 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of Public Service Staff Relations Board's Adjudicator's decision dismissing applicant's grievance she had been performing duties of higher classification level from March 31, 1998 to July 30, 2001, on jurisdictional grounds—Applicant worked as veterinarian with Canadian Food Inspection Agency (CFIA) at St. Thomas, Ontario office until office closed in September 2001—When District Veterinarian, classified as VM-02, retired on March 31, 1998, applicant (VM-01) assumed many but not all of VM-02's duties—Grievance claiming acting pay pursuant to collective agreement—Adjudicator concluded not having jurisdiction to decide grievance as Public Service Staff Relations Act, s. 7 prohibited him from making decision that would reclassify applicant's position, result in reorganization of Public Service—Effect of granting grievance would be to reverse management's decision eliminating VM-02 position through reorganization—Adjudicator incorrect in interpreting grievance as one relating to reclassification of applicant's position, organization of Public Service—Applicant's grievance based on her belief collective agreement entitled her to acting pay during period substantially performing duties of VM-02 position at St. Thomas office—Adjudicator erred in refusing to accept, exercise jurisdiction of applicant's grievance—Dispute concerning remuneration rather than classification—Act, s. 7 cannot be used to relieve employers of financial commitments entrenched in collective agreement, voluntarily entered into through collective bargaining process (*Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)* (1987), 76 N.R. 229 (F.C.A.))—No evidence applicant had previously sought reclassification of position—Grievance not backdoor attempt to achieve indirectly through adjudication that which could only be achieved through different grievance procedure related to classification—Application allowed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 7.

CHADWICK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-957-03, 2004 FC 503, Mosley J., order dated 31/3/04, 13 pp.)

SELECTION PROCESS*Merit Principle*

Judicial review of second Appeal Board's decision dismissing appeal of applicant (Mr. Hiseler) and dismissing in

PUBLIC SERVICE—Continued

part appeal of applicant (Mr. Warren) (collectively applicants), from reassessment by Corrective Measures Board of participants in competition—Applicants employed as Foreign Service Officers with Department of Foreign Affairs and International Trade, occupied positions classified at FS-01 level prior to December 1, 1998—As result of competition, Hiseler promoted, Warren not promoted—Warren and other appealed—Appropriate standard of review on application correctness—Whether decision under review resulted in selections for appointment according to merit—Applicant Warren essentially successful at hearing resulting in decision under review in that appeal was allowed, albeit not on all grounds, even on most of grounds, presented on his behalf—In *GKO Engineering v. Canada* (2001), 268 N.R. 383 (F.C.A.), Court said unless seeking different disposition, respondent has no basis to bring its own judicial review application—Applicant seeking judicial review of Appeal Board's reasons, not disposition—On authority of *GKO Engineering*, judicial review of decision under review not open to Warren—On this ground alone, application dismissed—Applicants submitted Corrective Measures Board bound to implement findings of first Appeal Board—That position could not succeed—Public Service Employment Act, s. 21(3) empowering Commission to remedy defect determined by Appeal Board, but not requiring it do so: *Maassen v. Canada (Attorney General)*, [2001] F.C.J. No. 961 (T.D.) (QL)—Appeal Board correct in concluding appointments based on measures taken by Corrective Measures Board not resulting in selection(s) for appointment otherwise than in accordance with merit principle—Applications dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).

HISELER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1621-00, 2004 FC 614, Gibson J., order dated 26/4/04, 16 pp.)

Six months after deciding job competition held by Industry Canada failed to respect merit principle, Investigator appointed by Public Service Commission changed her mind—Investigator issued second report concluding merit principle respected—Applicant seeking judicial review of second report—Whether Investigator *functus officio* after rendering first report, thus without jurisdiction to reconsider report in light of additional information—Doctrine of *functus officio* providing once adjudicator has done everything necessary to perfect decision, barred from revisiting decision, other than to correct clerical error—Policy rationale underlying doctrine need for finality in proceedings—Doctrine not limited to judicial decisions, can apply to decisions of administrative tribunals—For doctrine to be engaged, necessary decision in issue final—Investigator not performing adjudicative function, but instead was carrying out investigation, making findings of fact, recommendations as to what corrective measures

PUBLIC SERVICE—Concluded

required—Completion of investigation would not result in binding decision—Rather, ultimate authority vests with Public Service Commission—Commission not obliged to take any specific course of action upon receipt of report from investigator—Doctrine of *functus officio* has no application to sort of informal fact-finding exercise in issue here—Investigator entitled to reconsider findings contained in original report had not completed her task, had not rendered final decision—Investigatory process calls for high degree of flexibility in application of doctrine—Prejudice to department in terms of delay, wasted resources if required to implement measures to correct situation that may not call for correction—Whether Investigator's second report consistent with merit principle—Public Service Employment Act, s. 10(2) providing merit principle may be measured against standard of competence established by Commission, rather than measured against competence of other people—Up to Selection Board to identify appropriate tools for identifying most meritorious candidates—Having initially identified reference checks as tool that would be used to assess ability A5, surely within discretion of Selection Board to reconsider decision, where, as here, it did so before contacting any of candidate's references—Investigator's real concern candidates had not been consistently assessed—Once Investigator realized all of candidates assessed in consistent manner, her initial concerns about selection process allayed—Hence, reasonable for her to conclude, in second report, merit principle respected—Application dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10(2) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10).

CRUICKSHANK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-805-03, 2004 FC 470, Mactavish J., order dated 26/3/04, 16 pp.)

TRADE-MARKS**EXPUNGEMENT**

Appeal pursuant to Trade-marks Act (Act), s. 56 from Registrar of Trade-marks' decision expunging registration for trade-mark "Woolworth" pursuant to Act, s. 45—Whether use of trade-mark during relevant period can be attributed to registered owner—Applicant showing use of trade-mark during relevant period but not showing who user was—No connection made between owner of trade-mark and store where used in Toronto, and no explicit connection between sales figures and owner of trade-mark—Hearing officer found that "It is true that from the sales figures, it appears that retail store services were provided by the registrant during relevant period"—Decision not specifically stating sales figures attributable to registrant in some way—Officer merely assumed so—Applicant not providing specifics regarding nexus between Toronto store where trade-mark appears, sales

TRADE-MARKS—Continued

figures and registered owner, Venator Group Canada Inc.—When looking at use issues, reasonable inferences can be drawn from less than perfect affidavits—No reason why inferences should not be drawn in present situation where use established but issue whether use by registered owner—Registrar had clear evidence from register that Venator Group Canada Inc. registered owner of trade-mark at material time—Because applicant chose to demonstrate use during relevant period by reference to specific store at specific location and by reference to sales figures, particularly crucial to connect registered owner of trade-mark to those specific facts—Gap in affidavits to connect such use with registered owner too great—Issue so fundamental that omission to deal with it suspicious—While no particular kind of evidence must be provided in response to s. 45 notice, and all registrant must do is establish *prima facie* case of use, evidence not showing *prima facie* use by registrant—Decision not unreasonable because, on basis of evidence before Registrar, no nexus established between claimed uses during relevant period and trade-mark owner—Appeal dismissed—Trade-mark expunged—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 232; 1994, c. 47, s. 200), 56(1).

FOOTLOCKER GROUP CANADA INC. v. STEINBERG (T-2094-02, 2004 FC 717, Russell J., order dated 18/5/04, 23 pp.)

REGISTRATION

Application pursuant to Trade-marks Act, s. 56(1) to appeal Registrar of Trade-marks' decision granting respondent's request under Act, s. 45 to expunge registration of trade-mark "Hot Chilly's" for use in association with clothing and accessories—Registrar holding unsworn affidavit not evidence of use for purposes of s. 45 proceeding—Importance of "showing", as opposed to "telling" use in s. 45 proceeding—On one hand, Registrar should be satisfied by relatively low threshold of use—As to meaning of "relatively low threshold of use", in *Union Electric Supply Co. Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1982] 2 F.C. 263 (T.D.), Mahoney J. stated "absolutely no justification in putting a trade-mark owner to the expense and trouble of showing his use of the trade mark by evidentiary overkill when it can be readily proved in a simple, straightforward, fashion"—On other hand, *Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 F.C. 679 (C.A.) holding affidavit or statutory declaration required to describe use being made of trade-mark within definition of "trade-mark" in s. 2 and "use" in s. 4, i.e. not merely state, but show, use—Mere assertion by owner that trade-mark in use not sufficient and owner must show how, when and where trade-mark used—Need sufficient evidence to be able to form opinion under s. 45 and apply provision—At same time, need to maintain sense of proportion and avoid evidentiary

TRADE-MARKS—Concluded

overkill—Required evidence will vary from case to case, depending upon range of factors such as trade-mark owners' business and merchandising practices—Applicant not showing use of trade-mark in association with pants—Evidence little more than bald assertions—Because all clothing items bundled together, but "representative" samples only provided for some of items, not clear representative samples cover pants—As number of items in trade-mark description relatively few, not evidentiary overkill to require affiant to "show" examples for each item—Applicant not establishing use in association with turtlenecks, vests and shirts—Only sales evidence for relevant period in invoices refers to "Solarmax Top"—No evidence in invoices regarding turtlenecks and vests—Invoices refer to crew tops—Examination of crew neck garment revealed it was thermal underwear—Even taking into account current vagaries of fashion, decision to wear it as shirt would be decision to wear underwear as shirt—As to use in association with neck warmers, hats and scarves, only evidence refers to "Hot Hood" which applicant said was combined neck warmer, woven hat, knitted hat and scarf—Court found it was balaclava intended to cover whole head and neck—Neckwarmer not covering head—If anything, "Hot Hood" is hat, or knitted balaclava—Applicant says distinction between woven and knitted too detailed for s. 45 proceedings, but Court of view people clearly know difference between knitted and woven hat—Applicant showing use of trade-mark in association with knitted hat for relevant period—Application dismissed—Registration valid for socks, underwear, suspenders and knitted hats—Registration expunged for all other wares and services—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "trade-mark" 4 "use", 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200), 56(1).

UVEX TOKO CANADA LTD. v. PERFORMANCE APPAREL CORP. (T-2115-02, 2004 FC 448, Russell J., order dated 25/3/04, 25 pp.)

VETERANS

Judicial review of decision by Veterans Review and Appeal Board (VRAB) refusing to award additional retroactive pension to applicant under Pension Act (Act), s. 39(2)—VRAB denied application for reconsideration because applicant had not claimed additional retroactive pension and because delays incurred when applicant exercising rights before Federal Court not delays for purposes of Act, s. 39(2)—VRAB erred in interpreting s. 39(2)—VRAB wrongly made exercise of discretion conferred upon it by provision in question dependent upon specific request for additional compensation by pensioner—Nothing in s. 39(2) restricts discretionary powers given to VRAB in such a way—Only requirement that VRAB be "of the opinion that the pension should be awarded from a day earlier than the day prescribed

VETERANS—Continued

... by reason of delays in securing service or other records or other administrative difficulties beyond the control of the applicant”—Interpretation of s. 39(2) supported by duty imposed upon VRAB by Veterans Review and Appeal Board Act, s. 3 (VRABA) to interpret the provisions of the VRABA liberally “to the end that the recognized obligation of the people and Government of Canada to those who have served their country so well and to their dependants may be fulfilled”—Act, s. 2 requires that provisions of Act be

VETERANS—Concluded

liberally construed and interpreted—Patently unreasonable for VRAB not to award additional compensation to applicant on ground that delays resulting from exercising rights before Court not construed as administrative delays under s. 39(2)—Application allowed— Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 2, 39(2) (as am. by S.C. 1995, c. 18, s. 57)—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, s. 3.

RIVARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1308-03, 2003 FC 1490, Pinard J., order dated 19/12/03, 6 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et 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 consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/caf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada (le défendeur) de communiquer des parties de certains documents relatifs à la demanderesse sous forme expurgée, au motif que ces documents faisaient l'objet d'une dispense partielle de communication en vertu de l'art. 20(1)b) de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi)—La question de savoir si les documents sont dispensés de communication en vertu de l'art. 20(1)b) (renseignements commerciaux ou techniques de nature confidentielle) et de l'art. 20(1)c) (la divulgation risquerait de nuire à la compétitivité de la demanderesse)—Le fardeau de démontrer qu'un document fait partie d'une catégorie dispensée incombe à la partie qui s'oppose à la communication—Pour ce qui est de la dispense de l'art. 20(1)b), les documents constituent des «renseignements commerciaux» au sens courant de ce terme, mais l'information concernée n'est pas de nature confidentielle, eu égard aux critères de confidentialité décrits dans *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1^{re} inst.)—Bien que les renseignements semblent avoir été colligés de manière confidentielle, la façon dont ils ont été communiqués au défendeur ne dénote pas de la part de la demanderesse une attente raisonnable de non-divulgaration dans l'avenir—Le troisième critère prévu dans *Air Atonabee* (la question de savoir si la relation entre l'institution fédérale et le tiers serait renforcée, à l'avantage du public, par la préservation du caractère confidentiel des renseignements) n'est pas applicable—Les renseignements en cause concernaient une soumission de la demanderesse pour obtenir un marché public—Aucun avantage pour le public disparaîtrait du fait qu'on ne divulgue pas les renseignements concernés—L'objectif d'intérêt public qui sous-tend la Loi c'est que la communication des renseignements fournis à une institution fédérale doit constituer la règle et non l'exception—Le responsable de l'institution fédérale a correctement évalué la nature des renseignements en question—La décision portant que certaines parties des documents pouvaient être expurgées a été valablement prise—La demanderesse n'a pas produit de preuve concluante selon laquelle le reste des

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

documents n'ont pas à être communiqués en application de l'art. 20(1)b) de la Loi—Pour faire valoir la dispense de communication en vertu de l'art. 20(1)c), il faut prouver par prépondérance des probabilités l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice probable—Une preuve par affidavit vague ou de nature spéculative ne suffit pas pour démontrer le risque vraisemblable de préjudice probable requis aux fins de l'art. 20(1)c)—La demanderesse ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve—Les renseignements dans les documents en cause, en leur forme expurgée, ne sont pas de nature telle que leur communication risquerait vraisemblablement de nuire à la compétitivité de la demanderesse ou d'entraîner des profits financiers pour l'un ou l'autre de ses concurrents—Il n'y a aucun fondement pour accorder la dispense de communication pour le document stratégique contesté—Demande rejetée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1).

LA SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1265-02, 2004 CF 270, juge Heneghan, ordonnance en date du 24-2-04, 20 p.)

Appel interjeté contre la décision d'un juge de la Cour fédérale d'accueillir la demande de contrôle judiciaire présentée par la société Hi-Rise Group Inc. (l'intimée) à l'égard d'une décision prise par le responsable du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada (l'appelant), laquelle autorisait la communication de certains documents, conformément à une demande sous le régime de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi)—La question en litige est de savoir si des documents dont la communication révélerait les loyers payés annuellement par l'appelant pour un édifice à bureaux contiennent des renseignements qui sont exemptés de la divulgation en vertu de l'art. 20(1)b) de la Loi—La Cour fédérale a conclu que les cinq documents en cause étaient exclus de la divulgation au motif que leur divulgation révélerait des renseignements confidentiels—Il ressort clairement de l'art. 2(1) que le législateur avait l'intention de

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

consacrer le principe de la communication des renseignements de l'administration fédérale et de limiter et de préciser le nombre d'exceptions—Il appartient à la partie qui s'objecte à la divulgation de prouver que les dossiers demandés sont visés par une exception—L'intimée doit prouver que les renseignements demandés étaient: a) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques; b) des renseignements confidentiels; c) des renseignements qu'elle avait fournis à une institution fédérale; d) des renseignements qu'elle avait traités comme confidentiels de façon constante—L'appelant admet que les critères a) et d) sont respectés—Quant au deuxième critère, la Cour fédérale a reconnu que pour établir que les renseignements avaient été communiqués confidentiellement dans l'assurance raisonnable qu'ils ne seraient pas divulgués, il fallait une preuve objective—La Cour fédérale a décidé que le paragraphe 12 de la Demande de propositions soulevait chez l'intimée une attente raisonnable selon laquelle les renseignements qui n'étaient pas énumérés demeureraient confidentiels—La Cour fédérale a conclu que les renseignements en cause avaient été transmis confidentiellement dans l'assurance raisonnable qu'ils ne seraient pas divulgués—La Cour fédérale a commis une erreur en n'appliquant pas les principes de *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État du Canada)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1^{re} inst.) et en décidant que l'intimée pouvait raisonnablement s'attendre que les dossiers en cause soient gardés confidentiels et que cette confidentialité était dans l'intérêt public—La question qui se posait donc était de savoir si l'intimée, en prenant pour acquis que sa proposition serait retenue, pouvait raisonnablement s'attendre que les montants payables ou payés à même les fonds publics en conformité avec le contrat qui en découlerait demeureraient confidentiels en raison du fait que le processus qui avait mené au contrat était confidentiel—L'entrepreneur potentiel qui tente d'obtenir un contrat du gouvernement en participant à un processus de soumission confidentiel ne peut s'attendre à ce que les conditions financières demeurent confidentielles si sa proposition est retenue—La confidentialité d'un renseignement n'est justifiée en vertu de la Loi que si elle favorise un rapport de confidentialité, dans l'intérêt public (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1^{re} inst.))—En tirant cette conclusion qu'il était nécessaire de favoriser la confidentialité pour garantir l'intégrité du processus d'appel d'offres, la Cour fédérale a peut-être perdu de vue le fait que l'appelante, l'institution publique qui est la première concernée en matière d'intégrité du processus d'appel d'offres, avait peut-être une opinion différente de ce qu'est «l'intérêt public»—Il y a de bonnes raisons de préserver le caractère confidentiel des renseignements pendant le processus d'appel d'offres, mais des considérations différentes entrent en jeu une fois le contrat accordé et les fonds publics engagés—L'intérêt public ne pourrait pas bénéficier de la confidentialité des montants

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

payés ou payables par le gouvernement conformément à des obligations contractuelles avec des tiers—L'intimée savait que l'appelant agissait au nom du gouvernement et que des deniers publics allaient être versés si sa proposition était retenue—Le droit du public de savoir comment le gouvernement dépense les fonds publics comme moyen de le tenir responsable de ses dépenses est un principe fondamental bien connu en matière de responsabilité gouvernementale—L'intimée ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les montants payés ou payables en vertu du contrat qui fut obtenu demeurent confidentiels—La Cour fédérale ne pouvait conclure que les documents en cause étaient des renseignements confidentiels au sens de l'art. 20(1)b)—Appel accueilli—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 20(1)b).

HI-RISE GROUP INC. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (A-225-03, 2004 CAF 99, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 12-3-04, 15 p.)

AGRICULTURE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des grains (intimée) a refusé la réclamation de la demanderesse visant une garantie détenue en vertu de la Loi sur les grains du Canada (Loi)—La demanderesse a conclu une entente prévoyant la vente de blé à API Grain Processors Limited Partnership (API)—Par suite de la livraison, API a posté un chèque daté du 29 octobre 2002 à la demanderesse, que celle-ci a reçu le 4 décembre 2002—Le 5 décembre 2002, la demanderesse a appris qu'API était en faillite—Elle n'avait pas encore déposé le chèque d'API—Le 12 décembre 2002, la demanderesse a fait parvenir à la défenderesse une réclamation à l'encontre de la garantie de 750 000 \$ que celle-ci détenait relativement à API—La défenderesse a refusé la réclamation au motif que celle-ci avait été déposée après le délai de 30 jours fixé à l'art. 49(6)e) de la Loi—En appel, la défenderesse a refusé la réclamation en raison de l'application des art. 49(3)b) et 49(6) de la Loi—Selon l'art. 49(6), lorsqu'un chèque est remis au producteur et que la banque sur laquelle il est tiré refuse de l'honorer, l'omission de la part du titulaire de licence de respecter ses obligations de paiement envers le producteur survient à la date de la remise—Le chèque est daté du 29 octobre 2002—Pour que l'art. 49(6) s'applique, il faut que la banque ou l'institution financière sur laquelle le chèque a été tiré refuse d'honorer celui-ci—Il n'y a aucun élément de preuve indiquant que le chèque a été présenté à la banque—L'avis du syndic de faillite de ne pas encaisser le chèque ne constitue pas un refus par la banque de l'honorer—L'art. 49(6) ne s'applique pas—Subsidiairement, le chèque n'a été remis au producteur que lorsque celui-ci l'a reçu, soit le 4 décembre 2002—La Loi n'indique pas de façon précise la date à laquelle

AGRICULTURE—Fin

un producteur est réputé avoir reçu un chèque—Les seules dates concrètes existant sont la date du chèque et la date de réception de celui-ci, et non la date à laquelle le chèque a été posté—L'art. 49(6) de la Loi ne s'applique pas de façon à faire obstacle à la réclamation de la demanderesse—Selon l'art. 49(3)a), le producteur doit remettre à la défenderesse un avis écrit du refus ou manquement du titulaire de licence dans les 30 jours suivant celui-ci—Le Règlement sur les grains du Canada prévoit que le paiement doit être fait dans les 90 jours suivant la livraison du grain au titulaire de licence—Le grain a été livré le 18 octobre 1992—Le 5 décembre 2002, le syndic de faillite a dit au représentant de la demanderesse de ne pas déposer le chèque d'API, qui était daté du 29 octobre 2002—Le manquement ou le refus de payer de la part du titulaire de licence est survenu vers le 5 décembre 2002—La demanderesse a présenté sa réclamation par écrit à la défenderesse le 12 décembre 2002, soit à l'intérieur du délai de 30 jours prescrit par la Loi—La défenderesse a commis une erreur lorsqu'elle a refusé la réclamation de la demanderesse au motif que celle-ci avait été faite en dehors du délai prescrit par la Loi—Demande accueillie—Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), ch. G-10, art. 49 (mod. par L.C. 1998, ch. 22, art. 6)—Règlement sur les grains du Canada, C.R.C., ch. 889.

PENDER FARMS LTD. c. CANADA (COMMISSION DES GRAINS) (T-856-03, 2004 CF 641, juge O'Keefe, ordonnance en date du 29-4-04, 19 p.)

ANCIENS COMBATTANTS

Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal des anciens combattants (TAC) refusant d'octroyer au demandeur une pension rétroactive additionnelle en vertu de l'art. 39(2) de la Loi sur les pensions (Loi)—Le TAC a refusé la demande de réexamen parce que le demandeur n'avait pas présenté de demande pour une rétroactivité additionnelle et parce que les délais encourus lorsqu'un demandeur exerce ses droits devant la Cour fédérale ne sont pas les délais prévus à l'art. 39(2) de la Loi—Ici, le TAC a commis une erreur dans l'interprétation de l'art. 39(2)—Le TAC a eu tort de faire dépendre l'exercice de la discrétion qui lui est accordé par la disposition en cause d'une demande expresse, par le pensionné, d'une compensation supplémentaire—Rien dans l'art. 39(2) ne limite ainsi l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé au TAC—La seule exigence requise est celle que le TAC soit d'avis «que, en raison soit de retards dans l'obtention des dossiers militaires ou autres, soit d'autres difficultés administratives indépendantes de la volonté du demandeur, la pension devrait être accordée à partir d'une date antérieure»—Cette interprétation est renforcée par l'obligation imposée au TAC, par l'art. 3 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) (LTAC), d'interpréter les dispositions de la LTAC de façon large, «compte tenu des

ANCIENS COMBATTANTS—Fin

obligations que le peuple et le gouvernement du Canada reconnaissent avoir à l'égard de ceux qui ont si bien servi leur pays et des personnes à leur charge»—De plus, l'art. 2 de la Loi requiert que les dispositions de cette même loi soient interprétées de façon libérale—En l'espèce, il était manifestement déraisonnable pour le TAC de ne pas accorder au demandeur de compensation supplémentaire au motif que les délais découlant de l'exercice de ses droits devant cette Cour ne pouvaient constituer des délais administratifs au sens de l'art. 39(2)—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 2, 39(2) (mod. par L.C. 1995, ch. 18, art. 57)—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3.

RIVARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1308-03, 2003 CF 1490, juge Pinard, ordonnance en date du 19-12-03, 6 p.)

BREVETS

Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de refuser d'inscrire le brevet canadien n° 2088376 (brevet '376) au registre des brevets pour le motif qu'il ne contient pas de revendication pour le médicament ou pour l'utilisation du médicament chlorhydrate de vérapamil comme l'exige l'art. 4(2)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement sur les AC)—L'art. 4(2)b) prévoit que la liste de brevet au sujet d'une drogue doit contenir tout brevet canadien qui comporte une revendication pour le médicament en soi—En particulier, le refus reposait sur le motif que la «forme posologique» mentionnée dans le brevet ne constituait pas une revendication pour le «médicament» au sens de l'art. 4(2)b) du Règlement sur les AC—Suivant la définition contenue dans le Règlement sur les AC, «médicament» s'entend d'une «substance destinée à servir ou pouvant servir» au traitement, au diagnostic ou à la prévention de maladies—Dans *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.), la Cour a statué que les mots «drogue» et «médicament» ne doivent pas être interprétés comme s'ils se «contredisent»—L'objectif du brevet '376 est de présenter une nouvelle forme posologique permettant l'utilisation d'une méthode d'administration particulière pour divers médicaments—Le brevet '376 cherche à corriger le problème de la technique antérieure qui n'a pas révélé de mode d'administration du médicament sous forme de comprimé qui permettrait «des schémas d'administration variables dans le temps»—Nulle mention n'est faite du vérapamil ou du chlorhydrate de vérapamil dans les dispositions introductives du mémoire descriptif—En fait, le «vérapamil» n'est mentionné que deux fois dans le brevet: dans la revendication 2 comme faisant partie des drogues qui pourraient être utilisées sous la forme posologique décrite à la

BREVETS—Suite

revendication 1, et dans les exemples 1 et 2 du mémoire descriptif—Le brevet '376 ne revendique pas une protection pour le «médicament» que l'on trouve dans les comprimés «Chronovera» de Pfizer—Au contraire, le brevet concerne un mode d'administration de n'importe quelle des 27 drogues énumérées, dont le chlorhydrate de vérapamil—Les «éléments essentiels» de l'invention sont les caractéristiques de la forme posologique qui permet une administration variable dans le temps de diverses drogues—Le mode d'administration est protégé, mais non les drogues énumérées—Le fait qu'il y ait ingestion des comprimés revendiqués dans le brevet '376 ne modifie en rien leur rôle dans le traitement thérapeutique à titre de mode d'administration du médicament plutôt que de médicament en soi—L'interprétation correcte du brevet consiste à insister sur l'objet du brevet et sur le rôle de l'invention en litige, à savoir un mode d'administration du médicament, à intervalles variables, qui permet d'améliorer l'effet thérapeutique de certaines drogues—Le brevet '376 prévoit des éléments distincts et séparés pour les couches «non médicamentées» renfermant le médicament lui-même et ces parties du comprimé ne devraient pas être considérées comme des ingrédients inactifs du médicament—Le brevet indique que l'invention permet une libération progressive et une administration variable dans le temps tout en précisant les manières d'obtenir l'invention, c'est-à-dire le comprimé, en utilisant différents médicaments—Toutefois, les revendications contenues dans le brevet ne concernent pas «le médicament en soi» comme on l'a conclu pour le produit de Pfizer pour lequel un avis de conformité a été délivré—La décision du ministre était correcte et le brevet '376 n'est pas admissible à l'inscription au registre des brevets en ce qui a trait aux comprimés «Chronovera» de la demanderesse—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(2)b) (mod. par DORS/98-166, art. 3).

PFIZER CANADA INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-441-03, 2004 CF 370, juge Mosley, ordonnance en date du 11-3-04, 22 p.)

Appels d'une décision (2004 CF 465) par laquelle la juge des requêtes a estimé que le supplément à la présentation de drogue nouvelle (le SPDN) soumis par Abbott ne suffisait pas à justifier l'inscription de son brevet canadien n° 2261 732 (le brevet '732) au registre des brevets—Il s'agit de savoir si la juge des requêtes a bien interprété et appliqué les dispositions du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) en ce qui concerne l'inscription au registre d'un brevet portant sur un produit pharmaceutique—Après avoir tiré certaines conclusions de fait, la juge des requêtes a précisé que le SPDN n'était pas justifié—Selon elle, le fait que la modification apportée par Abbott à la monographie de son produit se rapportait à l'utilisation du

BREVETS—Suite

Biaxin (clarithromycine) dans une trithérapie visant à éradiquer la bactérie *Helicobacter pylori* – une utilisation établie – permettait de penser qu'il n'y avait aucune nouvelle indication—Bien que ce terme ne soit pas défini dans le Règlement sur les aliments et drogues (le Règlement AD), une indication est essentiellement le but dans lequel un produit pharmaceutique est utilisé—Dans le cas du dépôt d'un SPDN, il n'est pas nécessaire que l'indication soit nouvelle, au sens où ce terme est employé en droit des brevets—Toutefois, si un fabricant se propose d'utiliser son produit pharmaceutique dans un but qui n'a pas déjà été approuvé, il doit soumettre un SPDN—C'est bien ce qui s'est produit en l'espèce—C'est donc à bon droit que la juge des requêtes a déclaré que le SPDN se rapportait à l'éradication de la bactérie *Helicobacter pylori* et que Abbott n'avait pas été autorisée auparavant à vendre ou à commercialiser la combinaison de Biaxin (clarithromycine), d'amoxicilline et de lansoprazole pour combattre les infections à cette bactérie—Le fait que TAP Pharmaceuticals avait déjà obtenu l'approbation requise pour utiliser cette combinaison est sans intérêt, étant donné que TAP est un autre fabricant—Le SPDN produit par Abbott tombe sous le coup de l'art. C.08.003(2)h(iii) du Règlement AD, étant donné qu'il se rapporte à une nouvelle demande portant sur le Biaxin—En déposant le SPDN, Abbott se conformait à une exigence réglementaire—Le SPDN visait une nouvelle indication, car Abbott devait obtenir l'approbation du ministre pour pouvoir vendre ou commercialiser au Canada la combinaison de Biaxin (clarithromycine), d'amoxicilline et de lansoprazole—Ainsi que la juge des requêtes l'a signalé, Abbott n'essayait pas de contourner les délais prescrits par le Règlement—En l'espèce, le SPDN était nécessaire pour permettre à Abbott de se conformer au Règlement AD, et Abbott avait le droit de déposer le brevet '732 en vue de son inscription au registre—Il n'appartient pas à la Cour de modifier les avantages conférés par un brevet auxquels un fabricant a droit après s'être valablement conformé aux diverses exigences énumérées dans le Règlement AD (mod. par DORS/95-411, art. 6—Appels accueillis—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.003(2)h(iii)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

ABBOTT LABORATORIES C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-49-04, A-50-04, A-51-04, 2004 CAF 154, juge en chef Richard, jugement en date du 19-4-04, 18 p.)

CONTREFAÇON

Demande présentée par AstraZeneca AB et AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. relativement à des gélules d'Apo-

BREVETS—Suite

oméprazole contenant de l'oméprazole en doses de 20 mg pour administration par voie orale avant l'expiration du brevet canadien n° 2133762 (brevet '762)—Le brevet '762 divulgue que certains composés antibiotiques ayant un effet sur *Helicobacter pylori* sont dégradés en métaboliques non antibactériens en présence d'acide gastrique, ce qui réduit considérablement leur efficacité comme antibactériens—AstraZeneca a soutenu que l'avis de conformité d'Apotex souffrait d'un vice fatal parce qu'il n'alléguait pas la non-contrefaçon par les patients et ne traitait pas des utilisations mentionnées dans plusieurs des revendications du brevet '762—Apotex a soutenu qu'AstraZeneca n'avait pas démontré, comme il le lui incombait, que son allégation de non-contrefaçon n'était pas fondée, et donc, que la demande devait être rejetée—Le principal argument invoqué par AstraZeneca pour attaquer la crédibilité de M. Sherman était qu'il avait déclaré que la monographie de l'Apo-oméprazole ne mentionnerait pas son administration avec un antibiotique (utilisation des deux en même temps), mais il est apparu qu'elle en faisait effectivement mention—Il a été conclu sur ce point que M. Sherman était digne de foi compte tenu de la comparaison de ses déclarations lors du contre-interrogatoire et des affirmations faites dans la monographie de produit ou de sa connaissance des documents produits par Apotex—Pour ce qui est du caractère suffisant de l'avis d'allégation d'Apotex, AstraZeneca a fourni quatre raisons pour lesquelles cet avis était irrémédiablement insuffisant—L'allégation de non-contrefaçon de la seconde personne (Apotex) doit faire connaître au breveté (AstraZeneca) les motifs pour lesquels elle affirme que la délivrance d'un avis de conformité n'entraînerait pas contrefaçon—AstraZeneca connaissait suffisamment en détail les motifs à l'origine des allégations d'Apotex pour être en mesure de décider s'il y avait lieu de s'opposer à la délivrance d'un avis de conformité par le ministre—AstraZeneca a fait témoigner un pharmacien licencié, qui était dirigeant d'AstraZeneca, quant à la contrefaçon par un tiers—Pour ce qui est de l'analyse de toutes les utilisations revendiquées dans certaines des revendications (composition par rapport à combinaisons), AstraZeneca a soulevé cette question et a allégué que, même si on écarte cette question et si on utilise l'interprétation appropriée, l'Apo-oméprazole d'Apotex contrefait toujours le brevet '762—L'avis d'allégation n'est pas irrémédiablement insuffisant, il est plutôt suffisant—Enfin, quant à la question de savoir si l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex est fondée compte tenu de l'énoncé du droit et des faits dans l'avis d'allégation, il convient de déterminer si Apotex a l'intention de faire de l'Apo-oméprazole une utilisation qui est visée par le brevet '762 d'AstraZeneca—Une monographie comprend diverses sections, notamment «Mode d'action et pharmacologie clinique», «Indications et usage clinique», «Information destinée au patient» et «Pharmacologie»—Aucune des déclarations contestées par AstraZeneca ne

BREVETS—Suite

figurait dans la section «Indications et usage clinique» de la monographie de l'Apo-oméprazole—Il ressort du contre-interrogatoire du témoin-expert d'Apotex que les utilisations approuvées d'un produit figurent dans la section «Indications et usage clinique» de la monographie de produit et qu'il s'agit des seules utilisations qui peuvent légalement être promues—Les seules utilisations qui seraient approuvées sont celles qui sont précisées dans la section «Indications et usage clinique»—Cela semble logique puisque la section «Indications et usage clinique» est une section particulière de la monographie qui traite des indications proposées pour la drogue—Compte tenu des faits, AstraZeneca ne peut obtenir gain de cause que si les références à l'utilisation concomitante et à l'accroissement de la biodisponibilité et les autres références contestées de la monographie de produit établissent qu'Apotex cherche à obtenir l'autorisation d'utiliser l'Apo-oméprazole en même temps que des substances antibiotiques pour accroître la biodisponibilité, c'est-à-dire utiliser l'Apo-oméprazole avec un antibiotique comme la clarithromycine pour obtenir un meilleur traitement—Après examen de l'affaire, il ressort qu'AstraZeneca ne s'est pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait—Les utilisations dont Apotex demande l'approbation se limitent à celles énoncées dans la section «Indications et usage clinique» de la monographie de produit—Les mentions de l'utilisation concomitante et de l'accroissement de la biodisponibilité dans les sections «Mode d'action et pharmacologie clinique», «Pharmacologie» ou «Information destinée au patient» n'indiquent pas qu'Apotex cherchait à obtenir l'approbation de ces utilisations—Demande rejetée.

ASTRAZENECA AB C. APOTEX INC. (T-2311-01, 2004 CF 313, juge O'Keefe, ordonnance en date du 2-3-04, 43 p.)

Les demanderesse sollicitent une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à Rhoxal Pharma (Rhoxal) un avis de conformité pour des capsules de chlorhydrate de diltiazem dont les formes posologiques varient de 120 mg à 360 mg avant l'expiration du brevet canadien n° 2111085 (brevet '085)—Pour ce qui est de l'exhaustivité de l'avis d'allégation, l'énoncé détaillé contenu dans l'avis d'allégation de Rhoxal, en ce qui concerne son allégation de non-contrefaçon des revendications 34 à 37, satisfait aux exigences de l'art. 5(3)a) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—C'est loin d'être un cas où la seconde personne allègue simplement la non-contrefaçon sans que cela ne soit étayé par des allégations de faits—L'avis d'allégation comporte assez de renseignements pour que Biovail Corporation soit parfaitement au courant des motifs qu'invoque Rhoxal pour demander un avis de conformité—Pour ce qui est des revendications 35 à 37 (revendications tributaires), il suffisait pour Rhoxal d'affirmer qu'elle ne contrefait pas les revendications 35 à 37

BREVETS—Suite

puisque'elle ne contrefaisait pas la revendication indépendante 34—Il n'est pas nécessaire pour Rhoxal d'examiner d'autres éléments des revendications, sauf si la variante qu'elle invoque pour étayer son allégation de non-contrefaçon concerne un élément précis de ces revendications—Ce n'est pas le cas puisque la variante invoquée dans l'avis d'allégation est l'absence d'une quantité suffisante d'un agent mouillant pour maintenir la solubilité du diltiazem dans le tractus gastro-intestinal, ce qui serait un élément essentiel de la revendication indépendante 34—Biovail affirme en outre que l'avis d'allégation est vicié parce qu'il ne précise pas comment Rhoxal maintient la solubilité du diltiazem dans ses granules si elle n'utilise pas d'agent mouillant—Cet argument repose sur une méprise quant à la nature de la présente instance—Rhoxal n'a qu'à alléguer les motifs étayant son allégation de non-contrefaçon—En conclusion, l'avis d'allégation est complet et non ambigu—Pour ce qui est de la portée de la preuve produite par Rhoxal, il est inutile d'examiner l'argument de Biovail selon lequel le témoignage de M. Weiner s'écarterait du contenu de l'avis d'allégation puisqu'il portait sur des questions non pertinentes—Quant à l'allégation de non-contrefaçon, la Cour était tenue de présumer que les énoncés factuels étayant l'allégation de non-contrefaçon étaient exacts—Biovail devait établir que i) même si les énoncés étaient exacts, ils ne permettraient pas de conclure en droit que le brevet ne serait pas contrefait par les capsules de Rhoxal parce que la variante ne comporte pas un élément essentiel des revendications en cause, ou ii) tous les énoncés ou la majorité de ceux-ci sont erronés—Il semble que Biovail a admis que la présence d'un agent mouillant est un élément essentiel de la revendication 34—À moins que Biovail n'établisse que les allégations de fait de Rhoxal dans l'avis d'allégation sont erronées, sa demande doit être rejetée—L'affidavit de M^{me} Khairo est le seul élément de preuve produit par Biovail pour contredire les allégations de fait invoquées par Rhoxal au soutien de sa prétention que ses capsules ne contiendront aucun des éléments essentiels de la revendication 34—Biovail a confirmé lors du contre-interrogatoire de M^{me} Khairo que celle-ci n'a pas été présentée comme expert et qu'on ne pouvait lui poser de questions visant à obtenir son avis—Aucun poids n'a été accordé à ce témoignage et les déclarations contenues dans l'avis d'allégation sont non-contredites—Biovail a prétendu que, lorsqu'il a été contre-interrogé, M. Weiner a confirmé qu'il était possible en théorie que l'eau passe à travers les granules de Rhoxal pour atteindre le noyau sans devoir d'abord dissoudre le diltiazem—Même si cette proposition était acceptée, elle aurait peu d'incidence sur la preuve de Biovail parce qu'elle ne touche pas les allégations de fait les plus importantes étayant l'allégation de non-contrefaçon de Rhoxal—Biovail a prétendu que la Cour devait accorder peu de poids à l'avis de M. Weiner et considérer que l'allégation de non-contrefaçon de Rhoxal n'est pas fondée parce qu'elle

BREVETS—Fin

signifie qu'il convient d'interpréter la revendication 34 comme si elle comportait le mot «mêlé»—Ce mot se trouve dans les revendications 1 à 33 mais non dans les revendications 34 à 37—Il faudrait donc accorder un sens distinct à la revendication 34 en raison du changement de libellé—Selon M. Weiner, les mots [TRADUCTION] «une quantité efficace d'un agent mouillant pour maintenir la solubilité du diltiazem dans le tractus gastro-intestinal» emportent obligatoirement l'utilisation de sucre sec mélangé au diltiazem—Aucune preuve n'indique qu'à l'état sec, le sucre est un agent mouillant efficace même lorsqu'il n'est pas mélangé au médicament dont la solubilité pose problème—Il n'y a aucune preuve que, lorsqu'il est en solution, le sucre est un agent mouillant efficace qui pourrait maintenir la solubilité du diltiazem dans le tractus gastro-intestinal—Il n'y a aucune preuve que le sucre à l'état sec qui se trouve dans le noyau des granules de Rhoxal agit comme un agent mouillant efficace qui maintient la solubilité du diltiazem dans le tractus gastro-intestinal—En l'absence de tels éléments de preuve, la Cour ne pouvait tout simplement pas écarter les allégations de fait tenues pour exactes—Biovail n'a pas démontré, comme il le lui incombait, que l'allégation de non-contrefaçon de Rhoxal n'est pas fondée—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(3)a) (mod. par DORS/99-379, art. 2).

BIOVAIL CORP. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)
(T-472-02, 2004 CF 257, juge Gauthier, jugement en date du 20-2-04, 20 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Contrôle judiciaire qui vise le refus par un agent d'immigration (l'agent) d'une demande de résidence permanente parce que le demandeur était une personne visée à l'art. 35(1)b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)—Le demandeur a servi dans les forces gouvernementales en Afghanistan—Le régime marxiste d'Afghanistan, sous lequel le demandeur a servi dans l'armée et a agi à titre de dirigeant de Kaboul, est un régime désigné par le ministre en 1994 comme un gouvernement qui «s'était livré à des violations graves ou répétées des droits de la personne»—Par conséquent, le demandeur était interdit de territoire au Canada suivant l'art. 35(1)b) de la LIPR—La désignation dans la présente affaire a été faite avant l'entrée en vigueur de la LIPR—Les dispositions réglementaires transitoires sont muettes sur la question de savoir si le ministre est tenu de procéder à de nouvelles désignations—Le demandeur prétend que l'agent a outrepassé sa compétence parce qu'il a appliqué une désignation faite sous l'ancienne Loi—Il affirme

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

que depuis l'entrée en vigueur de la LIPR, la désignation faite suivant l'ancienne Loi n'a plus d'effet—Il n'existe pas de dispositions précises qui renvoient directement à une désignation ministérielle suivant l'ancienne Loi et cette question ne semble pas avoir été traitée par la Cour—L'examen de l'art. 317(2) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et de l'art. 44 de la Loi d'interprétation donne à penser qu'une désignation ministérielle de la sorte de celle en litige dans la présente affaire est reportée et continue d'avoir effet suivant la LIPR—Demande rejetée—En l'absence d'une décision qui fait jurisprudence à cet égard, la question suivante est certifiée: Une désignation ministérielle faite suivant l'art. 19(1)l) de l'ancienne Loi sur l'immigration continue-t-elle d'avoir effet pour l'application de l'art. 35(1)b) de la LIPR ou le ministre est-il tenu de faire une nouvelle désignation suivant la LIPR? —Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 35(1)b)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)l) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 317(2).

ZAHERI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1145-03, 2004 CF 446, juge Russell, ordonnance en date du 25-3-04, 32 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'un délégué du ministre qui a confirmé un avis de danger délivré précédemment selon lequel le demandeur avait commis des actes de grande criminalité et constituait un danger pour le public au Canada—Le demandeur conteste cette décision pour deux motifs: 1) le délégué du ministre a commis une erreur en concluant qu'il était membre d'une organisation criminelle; 2) le délégué du ministre a commis une erreur en concluant qu'il ne risquait pas d'être persécuté ou d'être torturé s'il était renvoyé au Sri Lanka—Le demandeur est arrivé au Canada en 1989, et il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention peu de temps après—Il a obtenu le statut de résident permanent en 1990—En ce qui concerne le premier motif, aucune disposition de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés n'exige que le défendeur se serve de l'art. 44(2) lorsqu'il considère qu'une personne constitue un danger pour le public à cause de son appartenance à une organisation criminelle—Le défendeur pouvait donc utiliser l'art. 115—Un avis de danger ne peut être émis en application de l'art. 115 que si deux éléments sont établis—L'intéressé doit être interdit de territoire pour grande criminalité et il doit, selon le ministre, constituer un danger pour le public au Canada—Il n'est pas contesté que le demandeur a été déclaré coupable de plusieurs infractions criminelles, dont l'une est punissable d'un emprisonnement maximal de dix ans—Cela suffit à

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

établir l'élément de «grande criminalité» exigé par l'art. 115(2)—Le délégué du ministre pouvait-il se fonder sur des allégations non prouvées concernant la prétendue appartenance du demandeur à un gang pour conclure que ce dernier constituait un danger présent ou futur pour autrui au Canada?—Le fait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction criminelle grave n'est pas suffisant en soi pour justifier un avis de danger—Le délégué du ministre a conclu que le demandeur constituait clairement un danger présent et futur pour le public au Canada en raison du poste élevé qu'il occupait au sein d'un gang criminel—La première question qui se pose est de savoir si un délégué du ministre peut fonder un avis de danger sur des accusations qui n'ont pas entraîné une condamnation—Il faut établir une distinction entre le fait de se fonder sur le fait qu'une personne a été accusée d'une infraction criminelle et le fait de se fonder sur la preuve qui sous-tend les accusations en question—Le fait qu'une personne a été accusée d'une infraction ne prouve rien car il s'agit seulement d'une allégation—Par contre, la preuve sous-tendant l'accusation peut être suffisante pour justifier qu'un avis selon lequel une personne constitue un danger présent ou futur pour autrui au Canada soit émis de bonne foi—Le demandeur n'a pas été accusé d'appartenir à une organisation criminelle, et aucune preuve ne permettait de croire qu'il fait actuellement l'objet d'autres types d'accusations criminelles—On ne peut donc pas se fonder sur l'existence d'accusations en l'espèce—En fait, la question qui se pose est de savoir si la preuve dont il disposait permettait au délégué du ministre de conclure que le demandeur constituait un danger présent ou futur pour autrui au Canada en raison du poste élevé qu'il occupait au sein d'un gang criminel—La conclusion du délégué du ministre était étayée par la preuve—En ce qui concerne le deuxième motif, l'art. 115 prévoit une exception au principe du non-refoulement—Une personne qui s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution—L'évaluation des risques excède largement l'expertise des tribunaux de révision et ne possède pas une dimension juridique importante—Par conséquent, l'évaluation des risques doit faire l'objet d'une grande retenue—Pour évaluer le risque que courrait le demandeur s'il était renvoyé au Sri Lanka, le délégué du ministre a examiné la situation générale des réfugiés tamouls qui retournent dans ce pays, et il a conclu que cette situation s'était grandement améliorée et que des mesures étaient prises afin de faciliter la vie des personnes expulsées qui reviennent au Sri Lanka—La situation particulière du demandeur n'a pas été prise en compte, ni le risque précis qu'il courait d'être la cible des autorités sri-lankaises—L'avis de danger est annulé—L'affaire est renvoyée au délégué du ministre pour qu'une nouvelle évaluation des risques soit effectuée—Demande accueillie—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 44(2), 115.

THURASINGAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4506-03, 2004 CF 607, juge Mactavish, ordonnance en date du 26-4-04, 20 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision du tribunal de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) autorisant le défendeur (le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) à retirer sa demande de procéder à une enquête sur l'admissibilité—Le demandeur, qui est originaire d'Ukraine, détient le statut de résident permanent depuis décembre 1999—En mars 2002, un agent d'immigration a transmis au sous-ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, conformément à l'ancienne loi sur l'immigration, un rapport dans lequel il l'informait que le demandeur avait commis en Ukraine un acte qui constituait une infraction criminelle au Canada—Si l'enquête sur l'admissibilité débouchait sur une décision défavorable, le demandeur pourrait être renvoyé du Canada—Le rapport de l'agent d'immigration était basé sur un rapport établi par le bureau du procureur ukrainien, selon lequel le demandeur avait fraudé la banque commerciale de dépôt par actions «INVESTBANK» en émettant de fausses déclarations quant à l'inventaire d'une société et en amenant ainsi la banque à avancer des fonds—Le demandeur conteste la validité des accusations criminelles qui ont été portées contre lui en Ukraine, plus particulièrement, il nie avoir signé quelque déclaration que ce soit au cours de la période en cause, et il demande la production des documents qu'il est censé avoir signés—Lorsqu'est venu le temps d'instruire l'enquête sur l'admissibilité, le ministre a retiré sa demande—L'avocat du demandeur s'est opposé au retrait—Le retrait a été autorisé conformément à l'art. 5 des Règles de la Section de l'immigration—La Commission a mentionné qu'aucun élément de preuve n'ayant été accepté, la demande de retrait ne constituait pas un abus de procédure—En effet, on n'a fait que surseoir aux accusations contre le demandeur, qui n'ont pas été rejetées—Le demandeur sollicite une ordonnance enjoignant à la Commission de contraindre le ministre à procéder à l'enquête sur l'admissibilité sans délai, ou une ordonnance écartant la demande d'examen des motifs de la détention, ainsi qu'une ordonnance d'interdiction enjoignant à l'agent d'immigration de ne prendre aucune autre mesure—Le ministre a le droit de demander le rétablissement de la demande de procéder à une enquête sur l'admissibilité—La question de l'interprétation correcte de l'art. 5 est une

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

question de droit—La Commission a eu raison de conclure que les deux phrases de l'art. 5(1) doivent être interprétées ensemble—La Commission était d'avis que le retrait de la demande ne constituait pas un abus de procédure parce qu'il n'y avait pas eu de délais excessifs—Toutefois, la Commission n'a pas tenu compte du fait que les documents que le demandeur était censé avoir signés et qui sont au cœur des accusations criminelles qui ont été portées contre lui en Ukraine n'ont pas été produits—Soit ces documents existent, soit ils n'existent pas—Si la Commission avait tenu compte de cet élément et du fait qu'aucune limite n'avait été imposée au ministre quant au délai à l'intérieur duquel il pouvait décider de demander le rétablissement de la demande de procéder à une enquête sur l'admissibilité, elle aurait ajourné l'enquête et entendu les observations des parties concernant l'établissement d'une nouvelle date—La Commission aurait également pu autoriser le retrait de la demande tout en fixant le délai à l'intérieur duquel une demande de rétablissement pouvait être présentée—Demande accueillie—Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, art. 5.

SHEREMETOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1076-03, 2004 CF 569, juge Harrington, ordonnance en date du 15-4-04, 8 p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) statuant que les défendeurs sont des «réfugiés» au sens de la Convention selon l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Le défendeur Bueno est citoyen de la Colombie et la défenderesse Munagorri est citoyenne de l'Uruguay—Le défaut de revendiquer le statut de réfugié lorsque le revendicateur se trouve dans un pays de protection, est un élément qui touche au fond de la revendication et qui est à considérer dans l'évaluation de la crédibilité de la crainte subjective du revendicateur—Généralement, l'État est présumé être capable de protéger ses citoyens, sauf si une preuve contraire est présentée par le revendicateur—Il revient au revendicateur de démontrer par une preuve claire et convaincante que la protection de l'État a été recherchée et qu'elle n'a pas été obtenue (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689)—En l'espèce, les défendeurs n'ont présenté aucune preuve sur ce point—La CISR n'a posé aucune question aux défendeurs à cet égard, lors de l'audience, avant de conclure expressément à l'incapacité de l'État de les protéger—La CISR a totalement ignoré la question de la protection des États-Unis à l'égard des filles des défendeurs qui sont citoyennes de ce pays—Demande

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. BUENO (IMM-4606-03, 2004 CF 509, juge Pinard, ordonnance en date du 6-4-04, 3 p.)

Résidents permanents

Demande de révision de la décision de l'agente des visas refusant la demande de résidence permanente du demandeur dans la catégorie des immigrants investisseurs qui entendent résider au Québec—Le demandeur, citoyen de la République Populaire de Chine, a allégué que l'agente des visas a eu une attitude et un ton agressifs à son égard—Il a prétendu que les doutes de l'agente des visas relevaient d'un préjugé très répandu concernant les candidats investisseurs d'un pays comme la Chine où le degré de corruption administrative semble assez élevé—Le demandeur ne s'est pas déchargé de son fardeau d'établir que l'agente des visas n'a pas respecté son obligation d'équité procédurale ou encore qu'il existe une crainte raisonnable de partialité—En dépit du ton agressif de l'agente des visas, «une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique» (*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369), conclurait que, dans les circonstances présentes, un tel comportement ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité—Il incombait au demandeur de prouver que son admission ne contreviendrait pas à la législation applicable—C'est l'agent des visas qui délivre les visas dans la mesure où il est convaincu que l'établissement du demandeur ne contreviendrait pas à la législation applicable—Le demandeur devait fournir à l'agente des visas toute la preuve nécessaire afin de démontrer qu'il n'était pas inadmissible au Canada—Il était loisible au demandeur de présenter toute preuve documentaire additionnelle avant que l'agente des visas ne rende sa décision—Or, le demandeur n'a jamais demandé à l'agente des visas un délai pour fournir des documents supplémentaires—Celle-ci n'a donc pas agi de façon déraisonnable—Le demandeur a également soutenu que l'agente des visas a tiré des conclusions factuelles erronées et que sa décision est «déraisonnable» car le demandeur a fourni toute la documentation disponible et a donné des explications sur ses revenus antérieurs et la source de ses fonds—L'agent des visas a toujours compétence pour requérir d'un demandeur de visa qu'il fournisse des preuves concernant la source de ses fonds—L'agent des visas doit être en mesure de décider si un demandeur de visa est effectivement admissible en vertu de la législation applicable—La décision de refuser la demande de résidence permanente était fondée sur plusieurs contradictions, invraisemblances et lacunes notées dans la preuve du demandeur concernant l'accumulation de sa fortune—Lors

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

d'une demande de contrôle judiciaire, il s'agit de déterminer si la décision était raisonnable compte tenu de la preuve qui était devant le décideur—En l'espèce, les inférences et les conclusions de fait tirées par l'agente des visas n'étaient ni capricieuses ni arbitraires et son raisonnement se justifiait dans les circonstances—Demande rejetée.

LU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-306-02, 2004 CF 239, juge Martineau, ordonnance en date du 16-2-04, 10 p.)

CONCURRENCE

Appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a jugé que les appelants avaient eu un comportement susceptible d'examen en violation des art. 74.01(1)a) et b) de la Loi sur la concurrence—Le Tribunal a estimé que les appelants avaient donné des indications fausses ou trompeuses sur l'augmentation du rendement de combustion d'un moteur, sur la diminution de la consommation de carburant et sur la réduction des émissions, le tout en vue de faire la promotion d'un économiseur de carburant appelé «platinum vapor injector» (PVI) utilisé dans des moteurs à essence et diesel—Le Tribunal a interdit aux appelants de répéter ces fausses indications et il les a condamnés à une sanction administrative pécuniaire relativement aux fausses indications données au sujet des moteurs à essence—Le commissaire de la concurrence a formé un appel incident au motif que le Tribunal avait commis une erreur de droit en refusant d'ordonner aux appelants, en vertu de l'art. 74.1(1)b), de diffuser un avis corrigeant les fausses indications données et en refusant d'infliger une sanction administrative pécuniaire en vertu de l'art. 74.1(1)c) en ce qui concerne les moteurs diesel concernés—Quant à l'appel, le tribunal n'a pas commis d'erreur donnant lieu à révision—Il n'appartient pas à la Cour d'appel de réévaluer la preuve ou de substituer son avis à celui du Tribunal, qui dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne sa procédure—Appel rejeté—L'appel incident est motivé par la crainte que les motifs invoqués par le Tribunal pour refuser certaines des réparations réclamées par le commissaire puissent être considérés comme un précédent à l'avenir, d'autant plus qu'il s'agit de la première demande introduite en vertu de la partie VII.1 de la Loi, qui porte sur les pratiques commerciales trompeuses—Le Tribunal a fondé sa décision sur le fait qu'aux États-Unis, la Federal Trade Commission n'ordonne ce genre de mesure correctrice que dans peu de cas—Le dossier ne renferme toutefois aucun élément de preuve en ce sens et, si le Tribunal se proposait de prendre connaissance d'office de la coutume suivie aux États-Unis pour justifier sa propre décision, il lui fallait le préciser et accorder aux parties la possibilité de répondre—Le Tribunal a expliqué qu'un avis correcteur ne convenait pas, en raison de la complexité des

CONCURRENCE—Fin

affirmations—Le Tribunal a estimé que l'avis doit contenir une explication des affirmations ainsi que les éléments de preuve démontrant en quoi elles sont fausses ou trompeuses—Ni l'art. 74.1(1)*b*), ni l'art. 74.1(4), qui précise le but général visé par l'ordonnance prévue à l'art. 74.1(1)*b*), ne requièrent le genre de détails qu'envisageait selon toute vraisemblance le Tribunal et, en tenant compte d'un facteur non pertinent, le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Vu le temps écoulé, renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il réexamine la façon dont il a exercé son pouvoir discrétionnaire aurait peu d'utilité sur le plan pratique—Le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit lorsque, dans l'exercice de son vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder réparation, il a refusé d'infliger une sanction administrative en ce qui concerne les fausses indications données au sujet des moteurs diesel—Appel incident accueilli en partie—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), 74.01 (édicte par L.C.1999, ch. 2, art. 22), 74.1 (édicte, *idem*).

P.V.I. INTERNATIONAL INC. C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) (A-408-02, 2004 CAF 197, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19-5-04, 11 p.)

DROIT D'AUTEUR**VIOLATION**

Les défendeurs sollicitent un jugement sommaire et le rejet de l'action des demandeurs au motif que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable—Ils font valoir que le moyen tiré de la responsabilité repose exclusivement sur des allégations de violation du droit d'auteur portant sur certains dessins de bijoux et que, vu l'art. 64(2) de la Loi sur le droit d'auteur, les dessins de bijoux sont susceptibles d'être enregistrés en tant que dessins industriels—Les défendeurs soutiennent en conséquence qu'il n'y a pas matière à procès—Le mot «dessin» est défini à l'art. 64(1) de la Loi—On retrouve la même définition du mot «dessin» dans la Loi sur les dessins industriels (la LDI)—Le dessin revendiqué par les demandeurs peut-il ou non faire l'objet d'un droit d'auteur?—Aux termes de l'art. 34.1(1) de la Loi, la protection du droit d'auteur est, jusqu'à preuve contraire, présumée—Par l'effet de cet article, les dessins en question pourraient donc être protégés par le droit d'auteur—Comme les dessins de bijoux sont tridimensionnels, ils sont susceptibles d'être enregistrés conformément à la LDI et ils ne peuvent faire l'objet d'une exception, étant donné que l'œuvre n'est pas achetée purement et simplement en raison de ses propriétés artistiques, mais à cause de son utilité, indépendamment de sa conception—La Cour est convaincue que le dessin de bijoux constitue un dessin au sens des deux

DROIT D'AUTEUR—Fin

lois—Le dessin est protégé par le droit d'auteur et l'objet a été reproduit à plus de 50 exemplaires—Les défendeurs ont clairement démontré que l'art. 64(2) de la Loi s'applique et qu'aucune des exceptions énumérées à l'art. 64(3) n'a pour effet d'annuler son application—Il ne reste donc aucune question pertinente à trancher—Action rejetée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 34.1(1) (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 20), 64 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 11)—Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9.

PYRRA DESIGN INC. C. 623735 SASKATCHEWAN LTD. (T-531-02, 2004 CF 423, juge Rouleau, ordonnance en date du 23-3-04, 9 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([2003] G.S.T.C. 138) portant que la fourniture par l'appelante d'une licence d'exploitation d'une propriété intellectuelle ne constituait pas une fourniture exonérée au sens de l'art. 2c) de la Partie VI de l'Annexe V de la Loi sur la taxe d'accise—La juge rejetait en conséquence l'appel interjeté à l'encontre d'une cotisation établie en octobre 1998—Cette cotisation faisait état d'une pénalité imposée selon l'art. 280 de la Loi—En rejetant l'appel, la juge a implicitement confirmé l'imposition de la pénalité—L'appelante est une institution d'enseignement public de niveau universitaire affiliée à l'Université de Montréal—Elle se qualifiait, à l'époque pertinente, comme «organisme de bienfaisance» au sens de l'art. 123 de la Loi—À l'automne 1991, l'appelante a signé des conventions de recherche avec quatre sociétés de placement dans l'entreprise québécoise—Elle s'y engageait à exécuter des projets de recherche pour le bénéfice des dites sociétés—La Convention de recherche-type prévoyait que les droits de propriété intellectuelle eu égard aux résultats des recherches étaient «l'entière propriété» de la société de placement—L'appelante a acquitté la taxe sur les produits et services (TPS) lors de l'achat de la propriété intellectuelle. En raison de son statut d'«organisme du secteur public», l'appelante n'a par la suite obtenu qu'un remboursement partiel représentant 67 p. cent de la TPS qu'elle avait acquittée—La seule disposition de la Loi dont puisse espérer se prévaloir l'appelante est l'art. 2c) en question—Cette disposition suppose au départ qu'un organisme de bienfaisance peut s'adonner à une activité commerciale et permet à cet organisme, s'il remplit les conditions d'application de cet article, de récupérer le plein montant de la TPS qu'il a payé—Ces conditions d'application sont: 1) la fourniture d'un bien, 2) qui n'a pas été acquis en vue de le fournir, 3) et qui était utilisé autrement que pour

DOUANES ET ACCISE—Suite

effectuer la fourniture et 4) dans le cadre des activités commerciales de l'appelante—Relativement au premier élément, le bien qui a été fourni n'est pas la propriété intellectuelle dans son sens global, mais cette partie de la propriété intellectuelle que constitue la licence des droits d'exploitation et de commercialisation—Il s'ensuit que le bien acquis (la propriété intellectuelle incluant les droits d'exploitation et de commercialisation) est distinct du bien fourni (la licence des droits d'exploitation et de commercialisation)—En l'espèce, le bien acquis et fourni est la licence des droits d'exploitation et de commercialisation—Relativement au deuxième élément, les droits d'exploitation et de commercialisation n'ont jamais été utilisés par l'appelante entre le moment de leur acquisition et le moment de leur cession—Ces droits ont de toute évidence été acquis en vue d'être fournis, sans qu'intervienne quelque forme d'utilisation que ce soit par l'appelante entre le moment de l'acquisition et le moment de la fourniture—Relativement au troisième élément, il n'est pas possible de dire que le bien (la licence) a été utilisé par l'appelante de quelque manière que ce soit ni en quelque temps que ce soit autrement que pour effectuer la fourniture—L'appelante ne remplit pas les deuxième et troisième exigences de l'art. 2c) et en conséquence, la cotisation du ministre à cet égard est bien fondée—Rien ne s'oppose à ce que le moyen de défense de la diligence raisonnable, dont une personne peut se prévaloir à l'encontre d'infractions de responsabilité stricte, puisse être invoqué à l'encontre de pénalités administratives—Plus spécifiquement, l'art. 280 de la Loi, par son libellé et son contenu, donne ouverture à cette défense—La défense de diligence raisonnable permet à une personne d'éviter l'imposition d'une pénalité si elle fait la preuve qu'elle n'a pas été négligente—Cette défense permet l'exonération d'une personne qui a commis une erreur de fait raisonnable—La personne invoquant une erreur raisonnable doit satisfaire un double test: subjectif et objectif—Elle doit d'abord établir qu'elle s'est elle-même méprise quant à la situation factuelle (test subjectif)—La défense échoue en l'absence d'une preuve que la personne qui l'invoque a, de fait, été induite en erreur et que cette erreur a mené au geste posé—Elle doit ensuite établir que son erreur était raisonnable dans les circonstances (test objectif)—En l'espèce, la seule preuve de diligence raisonnable qu'a faite l'appelante se résume à la réponse donnée par le témoin Blais—Cette preuve ne satisfait pas aux exigences requises en matière de diligence raisonnable—La preuve d'événements subséquents à la préparation d'un projet de cotisation ne saurait être pertinente pour établir la diligence raisonnable, laquelle doit être évaluée au moment de la fourniture du bien—De plus, un examen des contrats révèle qu'au moment où ces contrats ont été conclus, l'appelante était consciente du fait qu'elle n'aurait vraisemblablement pas droit à un remboursement de 100 p. cent—Un contribuable sachant que sa position est vulnérable, qui ne cherche pas à la

DOUANES ET ACCISE—Fin

confirmer le moment venu auprès des autorités compétentes et qui insère dans des contrats des clauses visant à faire assumer par d'autres la responsabilité qui lui échoit de payer la TPS ne fait pas preuve de diligence raisonnable—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), c. E-15, art. 123 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), 280 (édicte, *idem*; L.C. 1997, ch. 10, art. 235), annexe V, partie VI, art. 2c) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 18; 1997, ch. 10, art. 104).

CORP. DE L'ÉCOLE POLYTECHNIQUE C. CANADA
(A-452-03, 2004 CAF 127, juges Décary et Létourneau,
J.C.A., jugement en date du 26-3-04, 24 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

La Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a attribué les numéros H30947, H32471, H32637 et H47999 à quatre plaintes de discrimination raciale déposées par Dr Grover contre son employeur, le Conseil national de recherches du Canada (le CNRC)—La Commission a déféré la première plainte au Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) pour qu'il l'instruise—Le Tribunal a conclu que Dr Grover avait été victime de discrimination en violation de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la Loi)—La Commission a rejeté les deux autres plaintes portant les numéros H32471 et H32637—Dr Grover a réussi à obtenir le contrôle judiciaire de cette décision au motif qu'un témoin clé (Dr Vanier) n'avait pas été interrogé et que la Commission avait manqué à l'équité procédurale en ne procédant pas à une évaluation neutre et exhaustive—Dans l'intervalle, Dr Grover avait déposé la plainte H47999—La Commission a décidé de transmettre les plaintes H32471 et H32637 au Tribunal pour qu'il les instruise—La Commission n'a pas précisé les circonstances qui l'avaient convaincue que l'instruction des plaintes H32471 et H32637 était justifiée, mais le rapport des enquêteurs a été distribué et il pourrait être considéré comme énonçant les motifs de la Commission—Dr Vanier, de qui relevait Dr Grover, a été interrogé à la suite de la décision du juge des requêtes—Malgré le fait qu'il n'avait pas terminé son enquête sur la plainte H47999, le Tribunal a joint celle-ci aux deux autres plaintes au motif qu'elles soulevaient pour l'essentiel les mêmes questions de fait et de droit—C'est au tour du CNRC de solliciter un contrôle judiciaire; il réclame une ordonnance annulant la décision ou, à défaut, une ordonnance enjoignant à la Commission de motiver suffisamment sa décision—Si la Commission décide d'instruire une plainte, l'instruction doit être à la fois neutre et exhaustive—La Loi n'oblige pas la Commission à motiver ses décisions—Toutefois, l'équité procédurale exige qu'une décision soit motivée—Si la Commission craint qu'il subsiste des doutes quant à son impartialité malgré le fait que Dr Vanier a été interrogé, ces doutes ne sont pas fondés—Le CNRC avait le

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

droit de savoir si la Commission avait changé d'idée et, dans l'affirmative, pour quelle raison—Si elle estime qu'elle ne pouvait pas et ne devait pas évaluer la crédibilité du Dr Vanier parce que son témoignage avait déjà été jugé insatisfaisant par le Tribunal, la Commission commet de toute évidence une erreur de droit—Même si Dr Grover n'a pas réclamé le contrôle judiciaire malgré sa demande de suspension de l'enquête sur les trois plaintes en attendant l'issue de l'action intentée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la décision de mettre fin à l'enquête était pour le moins inusitée—La Commission est tenue d'enquêter sur la quatrième plainte avant de décider de la déférer au Tribunal ou de la rejeter—Il serait inacceptable que la Commission s'inquiète des commentaires défavorables que la Cour supérieure de justice de l'Ontario pourrait formuler au sujet de son efficacité—L'existence d'une procédure parallèle est le fait du Dr Grover et non celui de la Commission—La Commission n'a pas suffisamment motivé sa décision en ce qui concerne les plaintes H30947 et H32637—Comme son enquête sur la plainte H47999 est incomplète, la Commission ne pouvait être convaincue que le renvoi de la plainte au Tribunal était justifié et que cette plainte devait être jointe aux deux autres plaintes—Demande accueillie—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. GROVER (T-1923-03, 2004 CF 704, juge Harrington, ordonnance en date du 14-5-04, 23 p.)

ÉNERGIE

Appel d'une décision par laquelle l'Office national de l'énergie (l'Office) avait refusé de modifier une décision antérieure—L'Office réglemente les droits exigés pour le transport du gaz naturel en se fondant sur le coût du service—L'Office estime les coûts qui seront engagés—Les droits sont destinés à générer des recettes suffisantes pour recouvrer les coûts autorisés et à imputer d'une façon équitable les frais aux usagers à l'égard des coûts et avantages de différents services—Le coût du capital est inclus dans le coût du service—Le coût du capital correspond au taux de rendement global que les investisseurs doivent obtenir à l'égard de leurs placements afin de garder leurs capitaux investis dans le service public—Ce rendement est obtenu sous la forme d'intérêts sur les titres d'emprunt ainsi que de dividendes et d'appréciation du capital à l'égard du capital-actions—Le taux de rendement du capital-actions ne peut pas être déterminé à l'avance avec exactitude—Diverses méthodes sont employées—En 1994, l'Office a tenu une audience publique portant sur le coût du capital de certains pipelines du Groupe 1, dont le réseau principal de l'appelante—L'audience visait à permettre de fixer le coût du capital lié à ces pipelines à compter du 1^{er} janvier 1995 et à établir, si possible, un mécanisme

ÉNERGIE—Suite

automatique permettant de rajuster le taux de rendement du capital-actions dans l'avenir afin d'éviter les frais d'un litige portant sur les modifications annuelles ou bisannuelles apportées aux taux de rendement du capital-actions—L'Office a fixé à 12,25 p. cent le taux de rendement du capital-actions du réseau principal pour l'année d'essai 1995 en se fondant sur une structure présumée de capital composée à 70 p. cent de la dette et à 30 p. cent des capitaux propres—L'Office a également établi un mécanisme de rajustement selon lequel le taux de rendement du capital-actions serait rajusté le 1^{er} janvier de l'année 1996 et de chaque année civile subséquente—Ce mécanisme était fondé sur la méthode de la prime de capital-risque par laquelle l'Office estime un taux hors risque fondé sur les taux des obligations du gouvernement et ajoute une prime de risque—En 2001, l'appelante avait conclu que l'application de la formule sous-estimait le taux de rendement requis du capital—Aux termes de l'art. 21(1) de la Loi sur l'Office national de l'énergie, l'appelante a donc demandé la révision et la modification de la décision de 1995 afin que soit fixé un rendement équitable pour les années 2001 et 2002—L'appelante a soutenu que l'Office devait approuver une nouvelle méthode afin de déterminer le coût du capital du réseau principal, la méthode du coût du capital moyen pondéré net d'impôt (CCMPNI)—Elle a subsidiairement déclaré que si la méthode du CCMPNI n'était pas retenue, le taux de rendement requis du capital-actions du réseau principal devait être de 12,5 p. cent pour les années 2001 et 2002 et que, compte tenu du risque, la composante présumée des capitaux propres de la structure du capital du réseau principal devrait être portée à 40 p. cent—L'Office a rejeté la proposition de l'appelante concernant le CCMPNI—À la suite d'une demande de révision et de modification de la décision de 2002, l'Office a conclu que l'appelante n'avait pas mis en doute le bien-fondé de la décision de 2002 et il a rejeté la demande—L'appelante a obtenu l'autorisation d'interjeter appel devant la présente cour de la décision rendue par l'Office en 2003—1) Question de savoir si l'Office a commis une erreur en tenant compte des intérêts du client ou du consommateur lorsqu'il a déterminé le taux de rendement du capital du réseau principal—a) La Loi ne renferme aucune disposition ou directive obligeant l'Office à déterminer le taux de rendement du capital d'un pipeline—La Loi exige uniquement que tous les droits soient justes et raisonnables—Le pouvoir de l'Office de déterminer des droits justes et raisonnables n'est pas limité par des directives législatives—L'Office a adopté une méthode fondée sur le coût du service pour déterminer les droits liés au réseau principal—b) Selon une méthode fondée sur le coût du service, le réseau principal doit être dédommagé, en touchant des droits, des frais qu'il a engagés avec prudence, y compris le coût du capital et en particulier, le coût des capitaux propres—Le coût des capitaux propres pour une année future ne peut pas être directement calculé et il doit donc être fondé sur des estimations—

ÉNERGIE—Suite

L'Office doit choisir une estimation qui permet au réseau principal d'obtenir un rendement équitable—Lorsque la méthode du coût du service est employée pour déterminer des droits justes et raisonnables, si l'Office ne permet pas au réseau principal de recouvrer ses coûts parce qu'il a sous-estimé le coût des capitaux propres du réseau principal, ce dernier ne pourra pas obtenir un rendement équitable à l'égard des capitaux propres—Les droits doivent également être justes et raisonnables du point de vue des clients du réseau principal et des consommateurs ultimes qui comptent sur les services du réseau—Les clients et les consommateurs ont intérêt à faire en sorte que le coût des capitaux propres du réseau principal ne soit pas surestimé—c) L'appelante affirme que le taux de rendement requis du capital-actions doit uniquement être fondé sur le coût des capitaux propres du réseau principal et que les répercussions de toute augmentation des droits en résultant pour les clients ou les consommateurs ne constituent pas une considération pertinente dans la détermination du rendement requis du capital-actions—Il est tenu compte du niveau de risque applicable au réseau principal au moyen des rajustements apportés à sa structure présumée du capital—L'appelante n'a pas démontré que l'Office avait tenu compte des répercussions pour les clients ou les consommateurs en déterminant le taux de rendement requis du réseau principal à l'égard du capital-actions—d) Les répercussions pour les clients ou les consommateurs ne peuvent pas constituer un facteur dans la détermination du coût des capitaux propres, mais toute augmentation des droits en résultant peut constituer un facteur pertinent dont l'Office tient compte en déterminant la façon dont un service public doit recouvrer ses coûts—Les droits échelonnés devraient indemniser le service public qui a reporté le recouvrement du coût du capital—Lorsqu'une méthode fondée sur le coût du service est utilisée, le service public doit recouvrer ses coûts sur une période raisonnable, indépendamment des répercussions que ces coûts peuvent avoir pour les clients ou les consommateurs—Rien ne donne à entendre que l'Office ait voulu échelonner ou sous-estimer par ailleurs le coût du capital du réseau principal—2)a) L'appelante a soutenu que l'Office lui avait imposé d'une façon inappropriée l'obligation de démontrer que la formule de rajustement du coût des capitaux propres qu'il avait établie dans sa décision de 1995, mais non énoncée dans la Loi ou dans une décision judiciaire, devait s'appliquer à moins qu'elle ne réussisse à convaincre l'Office du contraire—b) Quant à la durée prévue du mécanisme de rajustement automatique, l'ordonnance ne prévoyait aucun délai d'exécution et elle continue donc à s'appliquer tant qu'elle ne sera pas révisée ou modifiée par l'Office—c) L'appelante a soutenu que lorsqu'elle avait présenté sa demande en vue d'obtenir un taux de rendement équitable en 2001, l'Office était tenu de ne faire aucun cas du mécanisme de rajustement automatique et de recommencer à nouveau à déterminer la

ÉNERGIE—Fin

méthode qu'il convenait d'employer pour estimer le coût du capital du réseau principal—Toutefois, la formule de rajustement faisait partie d'une ordonnance qui continuait à lier l'appelante—Ni la décision rendue par l'Office en 1995 ni l'ordonnance donnant suite à cette décision n'ont été portées en appel—La formule de rajustement continuait donc à s'appliquer tant que l'appelante ne démontrait pas à l'Office qu'elle devait être remplacée—L'Office n'a pas limité son pouvoir discrétionnaire et n'a pas imposé une obligation inappropriée à l'appelante—Dans sa décision de 1995, l'Office a dit que la formule de rajustement automatique visait à assurer une procédure simplifiée permettant de déterminer les rajustements annuels à apporter aux taux de rendement des sociétés pipelinaires sur le capital-actions ordinaire—Cette formule continue donc à s'appliquer pour une période indéfinie—L'intéressé qui veut changer le processus doit démontrer que sa proposition est préférable à celle qui fait l'objet d'une ordonnance obligatoire de l'Office—Il ne s'agit pas d'une obligation inappropriée—d) L'Office n'a pas omis de tenir compte de la preuve—Compte tenu de l'ensemble de la preuve, l'Office établit sa propre estimation—Dans la mesure où cette estimation fait partie de l'éventail des estimations préconisées dans la preuve et où l'Office démontre qu'il a tenu compte des estimations, on ne peut pas conclure qu'il a laissé la preuve de côté—Appel rejeté—Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 21(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 10), 22 (mod., *idem*, art. 11).

TRANS CANADA PIPELINES LTD. C. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (A-327-03, 2004 CAF 149, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 5-4-04, 27 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Principe du mérite*

Six mois après avoir décidé qu'un concours lancé par Industrie Canada ne respectait pas le principe du mérite, l'enquêteuse chargée par la Commission de la fonction publique d'examiner le processus de sélection est revenue sur sa décision—L'enquêteuse a produit un deuxième rapport dans lequel elle a conclu que le principe du mérite avait été respecté—Le demandeur sollicitait le contrôle judiciaire du deuxième rapport—L'enquêteuse était-elle dessaisie de l'affaire après avoir produit son premier rapport et était-elle donc dépourvue de compétence pour revoir son rapport à la lumière de renseignements additionnels?—Le principe du dessaisissement veut qu'une fois qu'un arbitre a fait tout ce qui est nécessaire pour parfaire sa décision il ne peut plus revenir sur celle-ci, sauf pour corriger des erreurs matérielles—Ce principe se justifie par le caractère définitif

FONCTION PUBLIQUE—Suite

que les procédures doivent avoir—Ce principe n'est pas limité aux décisions judiciaires et il peut s'appliquer aux décisions des tribunaux administratifs—Pour que le principe s'applique, il faut que la décision en cause soit définitive—L'enquêteuse n'exerçait pas une fonction juridictionnelle: elle effectuait une enquête, tirait des conclusions de fait et recommandait les mesures de redressement nécessaires—Une enquête n'entraînerait pas une décision exécutoire—L'autorité suprême appartient à la Commission de la fonction publique—La Commission n'est pas tenue d'adopter une ligne de conduite particulière lorsqu'elle reçoit le rapport d'un enquêteur—Le principe du dessaisissement ne s'applique pas à un exercice informel de détermination des faits comme celui en cause en l'espèce—L'enquêteuse pouvait réexaminer les conclusions contenues dans son premier rapport, elle n'avait pas terminé son travail et elle n'avait pas encore rendu de décision définitive—Le processus d'enquête exige que le principe soit appliqué avec une grande souplesse—Le ministère subirait un préjudice en termes de retard et de gaspillage des ressources s'il devait mettre en œuvre des mesures visant à rectifier une situation qui n'a peut-être pas besoin de l'être—Le deuxième rapport de l'enquêteuse était-il conforme au principe du mérite?—L'art. 10(2) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique prévoit que la sélection au mérite peut être fondée sur des normes de compétence fixées par la Commission plutôt que sur un examen comparatif des candidats—Il appartient au jury de sélection de choisir les outils qui lui permettent de trouver les candidats les plus méritoires—Après avoir décidé au début que les références seraient vérifiées aux fins de l'évaluation de la capacité C5, le jury de sélection avait certainement le pouvoir de revenir sur sa décision si, comme en l'espèce, il l'a fait avant de communiquer avec l'un ou l'autre des répondants désignés par les candidats—L'enquêteuse était préoccupée en réalité par le fait que l'évaluation des candidats n'avait pas été uniforme—Le fait de s'être rendu compte que tous les candidats avaient été évalués de manière uniforme a apaisé les préoccupations de l'enquêteuse au sujet du processus de sélection—Par conséquent, il était raisonnable qu'elle conclue, dans son deuxième rapport, que le principe du mérite avait été respecté—Demande rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10).

CRUICKSHANK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-805-03, 2004 CF 470, juge Mactavish, ordonnance en date du 26-3-04, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la deuxième décision prise par le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique dans laquelle elle a rejeté l'appel interjeté par le demandeur (M. Hiseler) et en partie l'appel interjeté par l'autre demandeur (M. Warren) (collectivement, les demandeurs),

FONCTION PUBLIQUE—Suite

d'une réévaluation des candidats par le comité de promotion établi par la Commission de la fonction publique afin d'appliquer des mesures correctives—Les deux demandeurs étaient des agents du service extérieur au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) et ils occupaient des postes de niveau FS-01 avant le 1^{er} décembre 1998—À la suite du concours, Wiseler a été promu contrairement à Warren—Warren a interjeté appel avec d'autres employés—La norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte—La décision faisant l'objet du présent contrôle a-t-elle oui ou non entraîné une sélection qui serait contraire au principe du mérite?—Le demandeur Warren a essentiellement eu gain de cause à l'audience qui a entraîné la décision visée par le présent contrôle, puisque son appel a été accueilli. Cependant, il n'a pas eu gain de cause relativement à tous les motifs ni même à la plupart des motifs présentés en son nom—Dans *GKO Engineering c. Canada* (2001), 268 N.R. 383 (C.A.F.), la Cour a affirmé que, à moins qu'il ne recherche un dispositif différent, un intimé n'a pas de fondement lui permettant de présenter sa propre demande de contrôle judiciaire—Le demandeur demande le contrôle judiciaire des motifs du Comité d'appel et non de sa décision—En se fondant sur *GKO Engineering*, la Cour conclut que M. Warren ne peut demander le contrôle judiciaire de la décision en cause—Pour ce seul motif, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée—Les demandeurs ont fait valoir que le comité des mesures collectives était tenu d'appliquer les conclusions du premier Comité d'appel—Cette position ne saurait prévaloir—L'art. 21(3) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique confère à la Commission le pouvoir de remédier à une irrégularité signalée par le comité d'appel, sans l'obliger à y remédier: *Maassen c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. no 961 (1^{re} inst.) (QL)—Le Comité d'appel a eu raison de conclure que les nominations qui ont suivi les mesures prises par le comité des mesures correctives n'ont pas entraîné une sélection ou des sélections en vue d'une nomination qui serait contraire au principe du mérite—Demande rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1995), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).

HISELER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1621-00,
2004 CF 614, juge Gibson, ordonnance en date du
26-4-04, 16 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique par laquelle il a rejeté, pour des raisons de compétence, le grief de la demanderesse selon lequel elle avait exécuté les fonctions d'un employé d'un niveau de classification

FONCTION PUBLIQUE—Fin

supérieur entre le 31 mars 1998 et le 30 juillet 2001—La demanderesse a travaillé comme vétérinaire au bureau de St. Thomas (Ontario) de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA) jusqu'à ce que ce qu'il soit fermé le 30 septembre 2001—Lorsque le vétérinaire de district, un poste classé VM-02, a pris une retraite anticipée le 31 mars 1998, la demanderesse (VM-01) s'est occupée d'une grande partie, mais non pas de l'ensemble des tâches d'un poste de niveau VM-02—Dans le grief qu'elle a déposé, la demanderesse a allégué que selon sa convention collective elle devait recevoir une rémunération provisoire correspondant au niveau de rémunération d'un poste de niveau VM-02—L'arbitre a conclu qu'il n'avait pas compétence pour juger le grief car l'art. 7 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique lui interdisait de prendre une décision qui aurait pour effet de reclassifier le poste de la demanderesse et occasionnerait une réorganisation de la fonction publique—L'accueil du grief aurait pour effet d'infirmier la décision de la direction d'éliminer le poste de niveau VM-02 par le biais de la réorganisation—L'arbitre a conclu à tort que le grief avait trait à la reclassification du poste de la demanderesse ou à l'organisation de la fonction publique—Le grief de la demanderesse était fondé sur sa croyance que sa convention collective lui donnait droit à une rémunération provisoire pour la durée de la période pendant laquelle elle a exécuté en grande partie les fonctions d'un poste de niveau VM-02 au bureau de St. Thomas—L'arbitre a commis une erreur en refusant d'accepter et d'exercer sa compétence quant au grief de la demanderesse—Le présent litige a trait à la rémunération plutôt qu'à la classification—L'art. 7 ne peut pas être utilisé pour dégager les employeurs des engagements financiers qui sont inscrits dans une convention collective et contractés librement grâce au processus de la négociation collective (*Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)* (1987), 76 N.R. 229 (C.A.F.))—Aucune preuve que la demanderesse avait demandé antérieurement une reclassification de son poste—Grief n'était pas une tentative détournée de faire indirectement par le biais de l'arbitrage ce qui ne pouvait être fait que par une procédure de grief différente portant sur la classification—Demande accueillie—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 7.

CHADWICK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-957-03, 2004 CF 503, juge Mosley, ordonnance en date du 31-3-04, 13 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Entreprises agricoles*

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (*Grenier c. Canada*, 2003 DTC 227) rejetant les appels de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national pour les années d'imposition 1993 à 1996 inclusivement—L'appelant a soulevé trois questions—Sur le premier point, il plaide qu'il appartient à la première des trois catégories d'agriculteurs, dont le juge Dickson (tel était alors son titre) fait référence dans l'affaire *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, puisqu'il est, dit-il, un «contribuable qui peut raisonnablement s'attendre à tirer de l'agriculture la plus grande partie de son revenu ou à ce que ce soit le centre de son travail habituel»—Le juge de première instance a mis en doute l'application en l'espèce des deux premiers critères de l'affaire *Moldowan*—Il est arrivé à la conclusion que l'appelant n'avait pas satisfait au troisième critère, à savoir la rentabilité présente et future de l'entreprise—Quand à la rentabilité présente, la preuve a démontré que de 1980 à 2000, l'entreprise forestière de l'appelant n'a cessé de produire des pertes sauf pour les années 1997, 1998 et 1999, où de faibles revenus ont été enregistrés—Ces faibles revenus se seraient transformés en perte si l'appelant avait déduit les taxes foncières qu'il a dû acquitter—Quant à la rentabilité future de son entreprise, l'appelant n'a démontré aucun intérêt pour effectuer des coupes de bois—Aucun élément objectif ne permettait de conclure que l'appelant pouvait réaliser des profits importants, même au moment de sa retraite—C'est donc à bon droit que le juge de première instance a conclu que l'appelant ne pouvait être considéré comme un agriculteur de la première catégorie puisque son revenu pour les années d'imposition 1993 à 1996 ne provenait «principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source» suivant l'art. 31(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Quant à la deuxième question, le juge de première instance n'a commis aucune erreur en décidant que le ministre pouvait établir une nouvelle cotisation pour l'année 1993, sous l'autorité de l'art. 152(4) de la Loi—Cette disposition permet au ministre d'établir une nouvelle cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation lorsque le contribuable «a fait une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire»—Le fait pour l'appelant de ne pas avoir comparé les relevés reçus de la Régie de l'assurance-maladie du Québec avec ses dépôts bancaires constituait un geste d'inattention—Le plafonnement de sa rémunération ne constitue pas une excuse valable en l'espèce puisqu'une lettre de l'Association des dermatologues du Québec datant du 26 octobre 1996, que l'appelant a tenté de présenter comme preuve, traite de l'année de pratique professionnelle 1994-1995 alors que seule l'année financière 1993 fait l'objet d'un débat devant cette Cour—Finalement, l'appelant a allégué qu'il fait l'objet de discrimination, par suite de l'application de l'art. 31(1) de la Loi, du fait qu'il détient deux sources de revenus—Cette question constitutionnelle n'a pas été soulevée devant le juge de première instance—Il y avait donc absence totale de la preuve sur le sujet—Appel

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), art. 31(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 21, art. 8), 152(4) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 149).

GRENIER C. CANADA (A-597-02, 2004 CAF 148, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 1-4-04, 8 p.)

Gains et pertes en capital

Appel d'un jugement de la Cour de l'impôt ([2003] 3 C.T.C. 2114) dans lequel il a été décidé que l'appelant était assujéti à l'impôt sur un gain en capital réputé de 75 000 \$ relativement aux actions de sa société—Le contribuable a commis l'erreur de produire un formulaire de choix au titre de l'art. 110.6(19) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Il n'aurait pas dû faire de choix relativement à ses actions parce qu'elles ne pouvaient faire l'objet d'un tel choix—Comme le choix était valide, il ne pouvait être révoqué en application de l'art. 110.6(28)a—Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur quant à l'effet de l'art. 4(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu (abrogé et remplacé par l'art. 248(28), qui est entré en vigueur le 19 juillet 1995)—Le Choix a entraîné un prix de base rajusté, ce qui, en application de l'art. 40(3), a donné lieu à un gain en capital imposable—La double réduction du prix de base rajusté contrevient-elle à l'art. 4(4)?—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'art. 4(4) ne s'appliquait pas en l'espèce en raison d'une intention contraire évidente—Il a fondé cette conclusion sur le fait que l'art. 53(2) traitait différemment les deux rajustements (c'est-à-dire le rajustement au titre de l'art. 110.6(21)b) et celui au titre de l'art. 110.6(22)); il ne s'agissait donc pas à son avis de la même somme—Vu les faits de l'espèce, les rajustements au titre de l'art. 110.6(21)b) et de l'art. 110.6(22) sont identiques—Le fait que deux dispositions législatives ont des objectifs différents ne peut justifier une conclusion selon laquelle une double imposition est envisagée—Les deux dispositions sont d'application générale—La double imposition est possible, mais il ne s'agit pas de la conséquence inévitable de l'effet conjugué des deux dispositions—Par conséquent, il est déraisonnable de conclure que le législateur voulait que les deux dispositions s'appliquent à la situation du contribuable—Il n'y a rien dans le libellé, ni dans le contexte des dispositions en cause, qui prouve que le législateur envisageait d'écarter la présomption contre la double imposition contenue à l'art. 4(4)—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 4(4), 40(3) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 23), 53(2)u) (édicte par L.C. 1995, ch. 3, art. 14), v) (édicte *idem*), 110.6(19) (édicte, *idem*, art. 32), (21)b) (édicte, *idem*), (22) (édicte, *idem*) (28) (édicte, *idem*, 1998, ch. 19, art. 130), 248(28) (édicte par L.C. 1996, ch. 21, art. 60).

HOLDER C. CANADA (A-654-02, 2004 CAF 188, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-5-04, 5 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**DONS**

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([2004] 1 C.T.C. 2125) portant qu'un rabais tenant compte du nombre d'œuvres données (ce que l'on appelle le rabais pour accroissement de l'offre, la remise pour achats massifs, la ristourne ou l'escompte d'absorption par le marché) ne pouvait pas être appliqué aux fins de l'estimation de la juste valeur marchande (JVM) d'une donation faite à un musée public—Le contribuable a fait don de 981 œuvres d'art d'un artiste canadien, Harold Feist, au Musée des beaux-arts d'Algoma—La Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels a établi la JVM, aux fins de la fixation de la déduction pour don de bienfaisance pouvant être réclamée en vertu de l'art. 118.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Une JVM a été établie à titre provisoire et une ristourne ou un escompte d'absorption par le marché a ensuite été appliqué en fonction du nombre d'œuvres concernées et de l'historique des ventes d'œuvres d'art de Feist—Pour arriver à sa conclusion, le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur le fait que la législation (la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels) parle du don d'un «objet» au singulier et sur la décision *Whent c. Canada*, [1996] 3 C.T.C. 2542 (C.C.I.), qui, selon lui, signifiait que l'on ne pouvait appliquer de rabais pour accroissement de l'offre dans l'estimation de la JVM de biens culturels—Le fait qu'un rabais pour accroissement de l'offre ne s'appliquerait pas à la donation d'œuvres de Renoir ne prouve pas qu'un tel rabais ne sera pas justifié dans d'autres cas—Le juge de la Cour de l'impôt semble avoir oublié l'admission de l'intimé selon laquelle, si un rabais du genre est applicable en droit, alors son cas se prêtait à l'application d'un tel rabais—L'application d'un tel rabais est fonction de l'offre et de la demande—La nécessité de faire expertiser chaque objet individuellement, ainsi que le prétend l'intimé, n'empêcherait pas l'application d'un rabais pour accroissement de l'offre—Lorsque les circonstances sont telles qu'un rabais du genre doit être appliqué, on ne saurait arriver à la juste valeur marchande de chaque œuvre sans appliquer ce rabais—L'emploi constant du mot «objet», au singulier, dans les lois applicables n'a aucune importance en l'espèce—L'art. 33(2) de la Loi d'interprétation prévoit que «le pluriel ou le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité»—On ne saurait arriver à la JVM de chaque objet donné sans que soit appliqué un rabais pour accroissement de l'offre—L'économie de la Loi de l'impôt sur le revenu n'autorise pas une dérogation aux principes et méthodes reconnus d'expertise—Lorsque le législateur souhaite s'écarter du sens reconnu de la JVM, il le fait en des termes exprès (voir les art. 10(4), 69(6) et 69(7))—Les donations d'objets culturels sont encouragées au moyen d'un crédit d'impôt calculé par référence à leur JVM, et au moyen de l'exemption dont bénéficient les gains en capital s'y

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

rapportant—Rien ne permet cependant d'affirmer que le législateur voulait accroître encore les stimulants en question en attribuant aux objets donnés une valeur au-delà de celle qui est déterminée en application des principes et méthodes reconnus d'expertise—Finalement, la décision *Whent* ne permet nullement de prétendre que, par interprétation de la loi, un rabais pour accroissement de l'offre ne peut être appliqué—Appel accueilli—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch I-21, art. 33(2)—Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels, L.R.C. (1985), ch. C-51, art. 32 (mod par L.C. 1991, ch. 49, art. 218; 1995, ch. 38, art. 1), 33.1 (édicte, *idem*; art. 2)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 2, art. 10(4), 69(6),(7), 118.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 88).

CANADA C. MALETTE (A-435-03, 2004 CAF 187, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 18-5-04, 12 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Requête en récusation par M. Charkaoui à l'encontre du juge désigné—Le requérant fonde sa prétention sur la crainte que le juge désigné ne soit pas complètement impartial pour la continuation de l'affaire en cours et demande sa récusation—Le critère applicable à la requête en récusation est énoncé dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484—Il s'agit de la personne raisonnable, bien informée, possédant les éléments factuels de la situation et qui a comme objectif de se demander si un juge, dans de telles circonstances, fait preuve de partialité ou d'une partialité apparente—La présomption d'intégrité judiciaire est telle qu'elle reconnaît au juge la possibilité d'agir et de décider dans des circonstances où celui-ci a déjà acquis une connaissance dans le cadre de procédures et de décisions antérieures impliquant les mêmes parties—Une lecture attentive des arts. 76 à 85 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés permet de constater que le législateur a prévu expressément la possibilité que le juge désigné entende «l'affaire», c'est-à-dire la possibilité de déterminer le caractère raisonnable du certificat et d'effectuer le contrôle des motifs justifiant la détention—Le législateur a donc voulu permettre que le juge désigné se prononce sur ces deux aspects de l'affaire—L'intention dûment exprimée par le législateur est de confier autant que possible à un même juge désigné «l'affaire» découlant du dépôt d'un certificat à la Cour fédérale et de la signature par les ministres d'un mandat pour l'arrestation et la mise en détention de la personne concernée—Une lecture attentive des arts. 33, 34, 80(1), (2), 82, 83 de la Loi démontre qu'il y a une différence importante entre la tâche d'établir le caractère raisonnable du certificat et celle du contrôle du maintien de la détention—L'étude du caractère raisonnable du certificat et celle de l'évaluation du danger qui servent de fondement pour conclure ou non au maintien de la détention sont deux exercices différents qui

JUGES ET TRIBUNAUX—Fin

n'ont pas les mêmes objectifs—Ce sont des tâches distinctes qui aboutissent à des décisions différentes—L'art. 83(3) de la Loi demande au juge désigné d'évaluer le danger et, une fois l'évaluation faite, d'envisager la remise en liberté sous conditions et caution—Le danger ne s'évalue pas en vase clos—Le requérant a allégué six faits soulevant une crainte de partialité—Selon lui, les six faits dans leur totalité créaient une crainte de partialité ou encore de la partialité—Une étude attentive des six faits permettait de conclure que ceux-ci ne soulevaient pas une crainte raisonnable de partialité ou apparence de partialité—Requête rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 34, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85.

CHARKAOUI (RE) (DES-3-03, 2004 CF 624, juge Noël, J.C.A., ordonnance en date du 28-4-04, 26 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

La Commission nationale des libérations conditionnelles a refusé d'accorder au demandeur la possibilité de présenter l'argument voulant qu'il eût le droit de bénéficier de la «procédure d'examen expéditif» prévue par les dispositions de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Le demandeur conteste cette décision et fait également valoir que les dispositions en question enfreignent les droits que lui confère l'art. 7 de la Charte—La Commission a eu raison de refuser d'entendre l'argument du demandeur et, même si les droits que l'art. 7 confère au demandeur sont entrés en jeu à l'époque en cause, ils n'ont pas été violés—Le demandeur a été condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans et dix mois pour complot en vue de commettre un vol—Le demandeur se plaint du fait que les dispositions d'exclusion de l'art. 125, lorsqu'elles sont interprétées de concert avec l'art. 126(2), sont injustes du fait qu'elles rendent plus exigeantes les conditions auxquelles il doit satisfaire pour obtenir une libération conditionnelle—La disposition modificative est donc nulle parce qu'elle porte atteinte aux droits que l'art. 7 de la Charte confère au demandeur—L'art. 125 de la Loi s'applique aux personnes qui ont été condamnées—Par conséquent, si l'art. 125 résiste à la contestation fondée sur la Charte, l'argument ne tient pas—En l'espèce, comme dans l'affaire *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, l'équilibre qu'il faut prendre en considération est l'équilibre entre l'intérêt de la personne qui affirme que sa liberté a été limitée et la protection du public—Avant l'entrée en vigueur des modifications en décembre 2001, le demandeur pouvait bénéficier de la procédure d'examen expéditif—Toutefois, les modifications apportées à la Loi ont fait en sorte que, ayant été placé dans la catégorie des personnes qui, apparemment de l'avis du Parlement, constituent un danger pour le public, le demandeur a été privé

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

de la possibilité de voir son cas examiné dans le cadre de la procédure d'examen expéditif et n'a ainsi pas pu bénéficier de conditions d'octroi de la libération conditionnelle plus souples—À l'instar de la conclusion tirée dans l'arrêt *Cunningham*, le changement découle directement de l'intérêt public dans la protection de la société contre les personnes susceptibles de causer un tort considérable—La modification législative en cause n'enfreint pas les principes de justice fondamentale—L'intérêt qu'il faut privilégier est celui de la société—La contestation fondée sur la Charte est rejetée—Le demandeur ne peut bénéficier de la procédure d'examen expéditif prévue aux art. 125 et 126 parce qu'il purge une peine pour une infraction qui figure à l'annexe I—De plus, le processus visé à l'art. 159 du Règlement ne s'applique pas—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 125 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 39; 1997, ch. 17, art. 24; 1998, ch. 35, art. 116; 1999, ch. 5, art. 50; 2001, ch. 41, art. 90), 126 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 40)—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 159—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.

TESSIER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1672-02, 2004 CF 775, juge Campbell, ordonnance en date du 3-6-04, 17 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Demande en vertu de l'art. 56(1) de la Loi sur les marques de commerce en appel d'une décision du registraire des marques de commerce ayant accueilli la demande de la défenderesse en vue d'obtenir, au titre de l'art. 45, la radiation de l'enregistrement de la marque de commerce «Hot Chilly's» pour emploi en liaison avec des vêtements et accessoires—Le registraire a conclu qu'un affidavit non fait sous serment n'était pas recevable en preuve dans le cadre de la procédure visée à l'art. 45—Importance d'établir l'emploi, par opposition à l'affirmer, dans la procédure relevant de l'art. 45—D'une part, un critère d'emploi relativement peu exigeant devrait suffire à convaincre le registraire—Quant à savoir ce qu'il faut entendre par un «critère d'emploi relativement peu exigeant», le juge Mahoney a, dans *Union Electric Supply Co. Ltd. c. Registraire des marques de commerce*, [1982] 2 C.F. 263 (1^{re} inst.), estimé qu'il «était absolument injustifiable de demander au propriétaire d'une marque de commerce de faire des dépenses et des efforts pour indiquer, par une preuve surabondante, l'emploi qu'il fait de sa marque de commerce, lorsque cet emploi peut être facilement prouvé de manière

MARQUES DE COMMERCE—Suite

simple et directe»—D'autre part, l'arrêt *Plough (Canada) Ltd c. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 C.F. 679 (C.F.), exige qu'il soit fourni un affidavit ou une déclaration solennelle «indiquant», et non simplement énonçant, si la marque de commerce est employée, c'est-à-dire décrivant l'emploi de cette marque de commerce au sens de la définition de l'expression «marque de commerce» à l'art. 2 et de l'expression «emploi» à l'art. 4—La simple affirmation par le propriétaire de l'emploi de sa marque de commerce ne suffit pas et le propriétaire doit indiquer comment, quand et où la marque a été employée—Il faut des éléments de preuve suffisants pour être en mesure de se former une opinion au titre de l'art. 45 et d'appliquer cette disposition—Également, il faut maintenir le sens des proportions et éviter la preuve surabondante—Le genre de preuve exigée variera d'une affaire à l'autre, en fonction d'une gamme de facteurs tels que la nature du commerce et les pratiques commerciales du propriétaire de la marque—La demanderesse n'a pas établi l'emploi de la marque en liaison avec des pantalons—La preuve se limite pratiquement à de simples assertions—Comme il regroupe ensemble tous les articles vestimentaires, mais ne fournit que des échantillons «représentatifs» de quelques-uns, il n'est pas clair du tout si les échantillons représentatifs ou typiques concernent les pantalons—Le nombre d'articles figurant dans l'état des marchandises étant relativement peu élevé, ce n'est pas exiger une preuve surabondante que de demander d'«indiquer» des exemples de chacun—La demanderesse n'établit pas l'emploi de la marque à l'égard des cols roulés, des vestes et des chemises—Les seuls éléments de preuve de ventes au cours de la période pertinente dans les factures font mention du «haut Solarmax»—Les factures ne contiennent aucune preuve au sujet des cols roulés et des vestes—Elles font mention de hauts à encolure montante—L'examen du haut à encolure montante fait clairement ressortir qu'il s'agit d'un sous-vêtement thermique—Même si l'on tient compte des fantaisies actuelles de la mode, la décision de le porter comme une chemise serait une décision de porter un sous-vêtement comme chemise—S'agissant des cache-cols, bonnets et écharpes, les seuls éléments de preuve visent un article désigné «Hot Hood», lequel est, selon la demanderesse, une combinaison de cache-col, de bonnet tissé et d'écharpe—Selon la Cour, il s'agit d'un passe-montagne destiné à couvrir entièrement la tête et le cou—Le cache-col ne couvre pas la tête—S'il faut caractériser l'article, il s'agit d'un bonnet ou d'un passe-montagne tricoté—La demanderesse dit que la distinction entre le tissage et le tricot est trop détaillée pour la procédure visée à l'art. 45, mais la Cour est d'avis qu'on sait clairement la différence entre un bonnet tricoté et un bonnet tissé—La demanderesse a établi l'emploi de sa marque de commerce en liaison avec un bonnet tricoté au cours de la période pertinente—Demande rejetée—L'enregistrement demeure valide pour les chaussettes, sous-vêtements, bretelles et bonnets tricotés—

MARQUES DE COMMERCE—Suite

L'enregistrement est radié à l'égard des autres marchandises et services—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «marque de commerce», 4 «emploi», 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200), 56(1).

UVEX TOKO CANADA LTD. C. PERFORMANCE APPAREL CORP. (T-2115-02, 2004 CF 448, juge Russell, ordonnance en date du 25-3-04, 28 p.)

RADIATION

Appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce (la Loi) contre une décision du registraire des marques de commerce radiant l'enregistrement visant la marque de commerce «Woolworth» en vertu de l'art. 45 de la Loi—Il s'agit de savoir si un emploi de la marque de commerce durant la période pertinente peut être attribué au propriétaire inscrit—La demanderesse a démontré l'emploi de la marque de commerce durant la période pertinente, mais n'indique pas qui l'a employée—Aucun lien n'est établi entre le propriétaire de la marque de commerce et le magasin où celle-ci est employée à Toronto, et il n'existe aucun lien explicite entre les chiffres de ventes et le propriétaire de la marque de commerce—L'agent d'audience a conclu ce qui suit: [TRADUCTION] «Il est vrai que les chiffres de ventes semblent indiquer que des services de vente au détail ont été fournis par le propriétaire inscrit durant la période pertinente»—La décision ne mentionne pas expressément que les chiffres de ventes sont attribuables de quelque façon que ce soit au propriétaire inscrit—L'agent d'audience a simplement présumé que c'était le cas—La demanderesse ne donne pas de détails sur le lien qui existe entre le magasin de Toronto où la marque de commerce est montrée, les chiffres de ventes et le propriétaire inscrit, Venator Group Canada Inc.—Lorsque l'on examine des questions relatives à l'emploi, des inférences peuvent être tirées d'affidavits qui ne sont pas parfaits—Il n'y a aucune raison de ne pas en tirer dans le cas où, comme en l'espèce, l'emploi est démontré, mais où il faut déterminer s'il s'agit d'un emploi par le propriétaire inscrit—Le registraire pouvait clairement déduire du registre que Venator Group Canada Inc. était le propriétaire inscrit de la marque de commerce à la date pertinente—La demanderesse ayant choisi de démontrer l'emploi durant la période pertinente en faisant référence à un magasin précis situé à un endroit précis ainsi qu'à des chiffres de ventes, il était particulièrement important d'établir un lien entre le propriétaire inscrit de la marque de commerce et ces faits précis—Les lacunes que comportent les affidavits sont trop importantes pour qu'un lien entre l'emploi et le propriétaire inscrit puisse être établi—Il s'agit d'une question si fondamentale que l'omission de l'aborder semble suspecte—Bien qu'aucun type particulier de preuve ne soit exigé en réponse à un avis donné en vertu de l'art. 45 et que

MARQUES DE COMMERCE—Fin

tout ce que le propriétaire inscrit doit faire, c'est de fournir une preuve *prima facie* d'emploi, la preuve fournie en l'espèce n'établit aucun emploi *prima facie* par le propriétaire inscrit—La décision n'est pas déraisonnable parce que, selon la preuve présentée au registraire, aucun lien n'a été établi entre les emplois allégués durant la période pertinente et le propriétaire de la marque de commerce—Appel rejeté—L'enregistrement de la marque de commerce est radié—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 232; 1994, ch. 47, art. 200), 56(1).

FOOTLOCKER GROUP CANADA INC. C. STEINBERG (T-2094-02, 2004 CF 717, juge Russell, ordonnance en date du 18-5-04, 23 p.)

PENSIONS

Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire ((2003), 233 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.)) d'une décision d'une agente de la Direction des programmes de sécurité du revenu de Développement des ressources humaines Canada (DRHC)—L'appelant a eu 60 ans en 1997, mais ce n'est qu'en 2000 qu'il a fait sa demande de pension de retraite en vertu du Régime de pensions du Canada (le RPC) et qu'il a demandé un versement rétroactif des prestations remontant jusqu'à un an—Le versement rétroactif des prestations a été refusé en vertu des art. 67(2)a) et b) du RPC—En appel, l'appelant a affirmé qu'un agent chargé du RPC lui avait dit à au moins deux reprises qu'il pouvait en tout temps demander un versement qui serait rétroactif à son 60^e anniversaire—L'agente a exercé le pouvoir que confère au ministre l'art. 66(4) et qui lui permet de prendre des mesures correctives en cas d'avis erroné—Elle a conclu que l'appelant n'avait pas reçu d'avis erroné—Dans le cadre d'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, l'appelant a prétendu que l'agente n'avait pas compétence pour examiner sa demande au regard de l'art. 66(4), qui permet de prendre des mesures correctives, et ce, parce qu'il n'avait fait aucune demande expresse en ce sens au ministre dans sa lettre d'appel, laquelle, selon ses allégations, se rapportait à son droit à pension conformément à l'art. 67(2)—Il a également soutenu qu'il avait été privé de son droit à une audience équitable, parce qu'il n'avait pas eu la possibilité de présenter à DRHC ses observations relativement à la question de l'«avis erroné»—L'art. 66(4) autorise le ministre ou son représentant à prendre des mesures correctives lorsqu'un avis erroné a entraîné une perte de prestations, mais ne prévoit aucune procédure—Il exige tout simplement que le ministre soit «convaincu» que l'avis en question a donné lieu à une perte de prestations—Il pourrait être considéré excessivement formaliste d'exiger, pour les besoins d'un examen fondé sur l'art. 66(4), la communication d'éléments distincts et particuliers à DRHC; une telle exigence pourrait également être considérée comme une «lourdeur administrative»—Vu le témoignage sous serment de l'agente

PENSIONS—Fin

selon lequel elle avait informé l'appelant que s'il avait d'autres renseignements à fournir quant à l'avis erroné qu'il aurait reçu, il devait les lui envoyer, et qu'elle réexaminerait alors la question, et compte tenu de l'absence de tout témoignage sous serment indiquant le contraire, il était loisible à la juge ayant entendu la demande de conclure que le processus respectait les règles de l'équité—Appel rejeté—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 66(4) (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 31), 67(2) (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 36).

LESKIW C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-192-03, 2004 CAF 177, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 3-5-04, 6 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Appel prévu par la loi d'une décision rendue par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien selon laquelle les renseignements reçus n'étaient pas impérieux au point d'annuler l'approbation antérieure du testament de 1954 et d'approuver le document testamentaire de 1986—L'appel porte sur les pouvoirs censément exercés par le ministre en vertu de l'art. 42 de la Loi sur les Indiens quant à l'«homologation» d'un testament et d'un testament présumé, lesquels auraient été chacun exécutés par la même personne—Les mesures que le ministre a prises concernant les «testaments» ont fait l'objet d'une ordonnance rendue par la juge Dawson dans la décision *Morin c. Canada* (2001), 213 F.T.R. 291 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle la juge Dawson a tiré des conclusions de droit importantes concernant les obligations juridiques auxquelles on peut s'attendre dans les décisions rendues par le ministre en matière d'homologation—Comme l'a conclu la juge Dawson, une décision en matière d'homologation concernant un prétendu deuxième testament doit comprendre une détermination de sa validité—Comme le ministre est tenu par la loi de déterminer si le prétendu testament est valide, il n'est pas possible de «considérer» que cette exigence a été observée car aucune détermination de la sorte n'apparaît à la lecture d'une décision comme celle en l'espèce—La décision du ministre est manifestement déraisonnable—Appel accueilli—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 42.

MORIN C. CANADA (T-132-02, 2004 CF 699, juge Campbell, ordonnance en date du 13-5-04, 8 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Requête en vue d'obtenir la radiation de tous les défendeurs à l'exception de Sa Majesté la Reine et de l'Agence Parcs

PRATIQUE—Suite

Canada et requête en radiation de l'action—La demanderesse est cessionnaire d'un bail relatif à des terres de la Couronne situées dans le parc national Banff sur lesquelles elle exploite une télécabine—Elle a demandé à la Couronne un permis d'exploitation de la télécabine en dehors de la saison de ski—Dans une lettre du 6 septembre 2000, la Couronne a refusé la demande de permis d'exploitation en dehors de la saison de ski en se fondant sur le Plan directeur du parc national du Canada Banff—La présente action porte sur ledit refus—Une demande de permis d'exploitation de la télécabine en vue d'organiser des visites touristiques à l'été avait déjà été refusé à la demanderesse en 1996—Saisi d'une demande de contrôle judiciaire de ce refus, le juge Campbell a confirmé le refus d'accorder un permis d'exploitation ((1997), 132 F.T.R. 89 (C.F. 1^{re} inst.))—Les défendeurs sollicitent la radiation de la déclaration en se fondant sur l'exception de chose jugée—Quant aux choix des défendeurs, le principe général veut qu'un ministre de la Couronne ne peut être poursuivi en sa capacité de représentant, ni en sa capacité personnelle, s'il n'a pas posé de gestes à titre personnel—La déclaration ne contient aucune allégation d'actes posés à titre personnel—Il est affirmé que les représentants du gouvernement ont incité certaines personnes à rompre un contrat, ont agi de façon délictuelle et abusé de leurs fonctions publiques—Il est inutile de poursuivre le procureur général du Canada et il n'existe aucune base juridique pour le faire, étant donné que le procureur général du Canada, tout comme le ministre du Patrimoine canadien et l'Agence Parcs Canada, est en fait la Reine du chef du Canada—Quant aux défendeurs désignés individuellement, le point de départ de la compétence de la Cour fédérale est l'application du critère à trois volets exposé dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752—Absence d'éléments suffisamment solides pour fonder la compétence de la Cour à l'égard des divers particuliers défendeurs—Les demandes présentées contre les défendeurs pris individuellement sont radiées parce que le second volet du critère *ITO* n'est pas rempli (existence d'un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence)—En outre, la présence des défendeurs désignés individuellement n'apporterait pas grand-chose à la présente action—Quant au fond de la demande, à la réclamation contre la Couronne et à la question de savoir si la demande a déjà été tranchée judiciairement, c'est la seconde action qu'institue la demanderesse pour essayer d'obtenir l'autorisation d'exploiter pendant l'été la télécabine du mont Norquay—Le principe de la chose jugée vise à éviter qu'un défendeur soit poursuivi plusieurs fois pour la même raison, et que soient gaspillées inutilement les ressources de toutes les parties concernées—Pour appliquer ce principe, il faut d'abord préciser la nature de la question en litige—La question fondamentale est celle de savoir si la Couronne avait le droit d'interdire à la

PRATIQUE—Suite

demanderesse d'exploiter la télécabine du mont Norquay pendant l'été—Le principe de la chose jugée interdit au défendeur de soumettre à nouveau la question fondamentale même si la forme de la demande antérieure était une demande de contrôle judiciaire et la forme actuelle une action—La formulation classique de l'exception de chose jugée est celle que l'on trouve dans *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.)—La question fondamentale ici n'est pas radicalement différente de la question fondamentale qu'avait examinée le juge Campbell—La question fondamentale dans les deux affaires était l'exploitation estivale de la télécabine du Mont Norquay par la demanderesse—Même lorsque les conditions d'application de l'exception de chose jugée sont réunies, il peut être parfois injuste de l'appliquer—Le principe de la chose jugée ne doit pas être appliqué automatiquement—Après avoir déterminé que les conditions d'application du principe sont remplies, le tribunal doit décider s'il est opportun d'appliquer en l'espèce l'exception de chose jugée—Les facteurs à prendre en compte pour exercer le pouvoir discrétionnaire sont l'existence d'un droit d'appel, les circonstances ayant entouré l'instance précédente et le risque d'injustice, du point de vue des deux côtés—Il est évident que la demanderesse aurait pu porter en appel la décision du juge Campbell mais elle s'est désistée de cet appel—Les circonstances ayant donné naissance à la première affaire ne montrent pas qu'il y ait eu des lacunes ou des manquements sur le plan de la procédure—En l'espèce, absence de motif d'exercer ce pouvoir discrétionnaire—Quant au risque d'injustice, le désistement de la demanderesse indique que la procédure adoptée par le juge Campbell et sa décision étaient toutes deux équitables—Inutilité de rejuger la même question fondamentale—Critère en matière de radiation: il doit être clair, manifeste et indubitable que la demande est vouée à l'échec—Absence de doute que la présente action puisse réussir sur le plan de la compétence ou de l'exception de chose jugée contre les autres défendeurs, étant donné l'absence de compétence à leur égard, et contre Sa Majesté la Reine et l'Agence Parcs Canada en raison de l'exception de chose jugée—Action radiée.

PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. C. CANADA
(MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-363-01, 2004
CF 346, notaire Hargrave, ordonnance en date du
4-3-04, 27 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête en prorogation de délai pour déposer un avis de demande à l'encontre d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles (Conseil)—Le Conseil a rejeté la plainte des demandeurs selon laquelle le défendeur, Syndicat des débardeurs SCFP, section locale 375 (Syndicat), aurait été coupable de pratiques déloyales envers les demandeurs—Le Conseil a rejeté la plainte pour les motifs qu'elle a été déposée

PRATIQUE—Suite

hors délai et que les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir, n'étant pas membres du Syndicat en question—Les demandeurs ont déposé, à l'appui de leur requête, l'affidavit du procureur chargé du dossier—Ce dernier se trouvait donc à être l'auteur d'un affidavit et à présenter à la Cour des arguments fondés sur cet affidavit, contrairement à la règle 82 des Règles de la Cour fédérale (1998)—L'avocat ne doit pas devenir lui-même l'objet du litige—L'affidavit du procureur est irrecevable pour les fins de la requête en prorogation de délai—Les critères auxquels il faut satisfaire pour obtenir une prorogation de délai ont été énoncés dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (C.A.F.)—Le critère déterminant en l'espèce consiste à démontrer que la demande est bien fondée—Il ne s'agit pas de décider si la requête est bien fondée, mais plutôt de savoir si l'avis de demande est bien fondé—L'avis de demande soulevait des questions ne paraissant pas à la requête en radiation—Il soulevait quatre motifs dont l'absence d'équité procédurale et le fait que le Conseil s'en remettait au rapport préparé par son agent—Rien ne paraissait dans les prétentions des demandeurs portant sur le bien-fondé de ces allégations qui ne rejoignent pas le fait que le Conseil a rejeté la plainte des demandeurs parce que ceux-ci n'étaient pas membres du Syndicat qu'ils accusaient d'actes déloyaux à leur égard, et n'avaient donc pas qualité pour agir—Rien ne permettait de conclure au bien fondé de l'avis de la demande—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 82.

BELMONTE C. SYNDICAT DES DÉBARDEURS SCFP,
SECTION LOCALE 375 (A-470-03, 2004 CAF 141, juge
Pelletier, J.C.A., ordonnance en date du 2-4-04, 5 p.)

SUPENSION D'INSTANCE

La Commission des droits de la personne (requérante), s'appuyant sur l'art. 50 de la Loi sur les Cours fédérales, demande de suspendre les procédures présentement en cours devant le Tribunal canadien des droits de la personne (Tribunal) dans les dossiers portant les numéros de greffe T-633/2101 et T-634/2201 jusqu'à ce que la C.A.F. dispose de l'appel du rejet de la demande de contrôle judiciaire—La demande résulte de plaintes déposées à l'encontre des intimées, Télé-Métropole Inc. et Manon Malo, par M^{me} Nadia Caza, une employée de Télé-Métropole qui allègue avoir été victime de discrimination fondée sur son origine raciale ou ethnique—Pour accorder une ordonnance de suspension des procédures, la requérante doit démontrer que son appel soulève une question sérieuse, qu'elle subira un préjudice irréparable à moins que la suspension des procédures ne soit ordonnée et que la balance des inconvénients la favorise—Tout d'abord, l'appel soulève une question sérieuse—Cependant, la requérante n'a pas su démontrer qu'un préjudice irréparable résultera d'un refus d'ordonner la suspension de l'audition devant le Tribunal—Ni la requérante, ni M^{me} Caza,

PRATIQUE—Fin

ne subiront un préjudice si elle doivent participer à l'audition devant le tribunal qui doit reprendre au mois de janvier 2004—Le fait de participer à cette audition ne peut, en soit, constituer un préjudice au sens donné à cette expression dans *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—La requérante affirme que le simple fait de devoir participer à une audition qui pourrait être invalidée constitue un préjudice—Rien dans la preuve ni dans les arguments de la requérante ne démontre que la requérante ou M^{me} Caza subiront un préjudice irréparable si la demande de suspension n'est pas accueillie—Demande rejetée—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50 (mod., *idem*, art. 46).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. MALO (A-362-03, 2003 CAF 466, juge Nadon, J.C.A., ordonnance en date du 3-12-03, 9 p.

RELATIONS DU TRAVAIL

Appel interjeté contre le rejet d'une demande de contrôle judiciaire d'une ordonnance de paiement—Russell Lyle McIvor (McIvor), un ex-employé d'Acton Transport Ltd. (Acton), s'est plaint aux fonctionnaires du ministre du Travail défendeur (le ministre) qu'on ne lui avait pas payé les heures supplémentaires auxquelles il avait droit—Comme Acton est un employeur régi par les lois fédérales, le droit de McIvor à des heures supplémentaires relevait du Règlement sur la durée du travail des conducteurs de véhicules automobiles (le Règlement)—Pour ce qui est des heures supplémentaires, le Règlement fait une distinction entre un conducteur urbain de véhicule automobile et un conducteur routier de véhicule automobile—C'est la «pratique courante de l'industrie» qui dira si un chauffeur est l'un ou l'autre—Une représentante du ministre a conclu que McIvor était un conducteur urbain de véhicule automobile, après avoir fait une enquête pour savoir à quelle distance de leurs terminus d'attache travaillaient en général les conducteurs urbains de véhicules automobiles dans la région de Calgary—Elle a conclu que McIvor avait droit à des heures supplémentaires après avoir travaillé 45 heures par semaine—Elle a émis un ordre de paiement enjoignant à Acton de payer à McIvor environ 1 000 \$ en heures supplémentaires—Selon Acton, la définition de «conducteur urbain de véhicule automobile» en fonction de la pratique courante de l'industrie dans le secteur géographique où travaille le conducteur était incertaine au point de rendre invalide le Règlement—Acton a fait valoir que, en laissant à un fonctionnaire le soin de déterminer la «pratique courante de l'industrie», le gouverneur en conseil a transformé un pouvoir législatif en un pouvoir administratif, ce qui équivaut à une délégation illicite—Le Code canadien du travail autorise le gouverneur en conseil à définir la durée normale de travail des employés travaillant dans des secteurs où l'application des règles générales exposées aux articles 169 et 171 serait

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

préjudiciable aux intérêts des employés ou des employeurs—Le Règlement soustrait au régime général l'emploi des conducteurs de véhicules automobiles et prévoit donc des règles différentes pour les conducteurs urbains et routiers de véhicules automobiles—Après avoir fixé un critère arbitraire, c'est-à-dire un rayon de 10 milles à partir du terminus d'attache du conducteur, le Règlement tient compte également de la reconnaissance de la pratique qui a cours dans l'industrie—La distinction entre les conducteurs urbains et les conducteurs routiers de véhicules automobiles d'après la pratique courante de l'industrie s'accorde avec l'intention du législateur, puisque la pratique courante est une question de fait et non une question de pouvoir administratif—Lorsqu'un fonctionnaire est appelé à constater ce qu'est la pratique courante, en vue de l'appliquer à un cas donné, il ne légifère pas, il établit un fait—Le principe établi dans les précédents invoqués par Acton est que, lorsqu'un décideur est par délégation autorisé à décider certaines questions par règlement, le règlement qu'il prend dans l'exercice de son pouvoir doit effectivement décider les questions—Le règlement ne peut simplement conférer au décideur le pouvoir de décider administrativement ce que la loi l'oblige à décider par règlement—L'obligation pour le gouverneur en conseil de procéder par règlement a été accomplie lorsque le gouverneur en conseil a précisé dans un règlement que la distinction entre un conducteur urbain et un conducteur routier de véhicule automobile devait se faire selon la pratique courante de l'industrie—La base de la distinction est précisée dans le Règlement—Le rôle du fonctionnaire est de constater l'existence d'une pratique courante telle qu'elle existe dans le secteur géographique, puis d'appliquer la pratique en question—La raison d'être d'un tel régime, c'est que l'employeur qui n'est pas tenu de payer des heures supplémentaires à son employé tant qu'il n'a pas travaillé 60 heures jouit d'un avantage significatif sur celui qui doit payer des heures supplémentaires après 45 heures—Si la loi autorisait l'employeur à décider par lui-même de payer ou non des heures supplémentaires après 45 ou 60 heures, en se limitant à envoyer en mission un employé au-delà d'un rayon de 10 milles, il y aurait très peu de conducteurs urbains de véhicules automobiles—Le recours à la pratique courante de l'industrie comme facteur déterminant est un moyen de prémunir les employés contre des affectations dont l'objet serait simplement de limiter leur droit à des heures supplémentaires—Appel rejeté—Règlement sur la durée du travail des conducteurs de véhicules automobiles, C.R.C. 1978, ch. 990, art. 20(4)—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 169 (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 14), 171.

ACTON TRANSPORT LTD. C. STEEVES (A-361-03, 2004 CAF 182, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 5-5-04, 15 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison, retourner à:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>