



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 2, Part 1

1995, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [1995] 2 F.C., 3-213

Renvoi [1995] 2 C.F., 3-213

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

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

Editorial Board

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

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER
Secretary
DENISE CÔTÉ

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Digests	D-1
Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works) (C.A.).....	110

Access to information — Appeal from F.C.T.D. decision documents compiled by Public Works Canada as agent of Canada Post Corporation under control of government institution — Word “control” in Access to Information Act, s. 4(1) undefined, unlimited — Act giving citizen meaningful right of access to government information — PWC owner of records constituted by it in execution of contract with CPC — Records collected by government institution in performance of official duties.

Continued on next page

Bureau des arrêtiistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Arrêtiiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Arrêtiistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.B.
YWE JOHN LOOPER, B.Sc., LL.B.

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER
Secrétaire
DENISE CÔTÉ

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

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Fiches analytiques.....	F-1
Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics) (C.A.)	110

Accès à l'information — Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a déclaré que les documents constitués par Travaux Publics Canada en sa qualité de mandataire de la Société canadienne des postes relevaient d'une institution fédérale — L'expression ‘relevant de» l'art. 4(1) de la Loi sur l'accès à l'information n'est pas définie et n'est assujettie à aucune limite — La Loi confère aux citoyens un droit efficace d'accès aux documents de l'administration fédérale — Les documents que TPC constitue dans le cadre de l'exécution

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Casetellanos v. Canada (Solicitor General) (T.D.)..... 190

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of denial of Convention refugee status to wife, daughters of Convention refugee — Wife born in part of U.S.S.R. now Ukraine — Moved to Cuba, retaining U.S.S.R. passport — Neither Cuban nor Ukrainian citizen — Board erred in holding Ukrainian citizen — Uncertain applicant could become Ukrainian citizen — Daughters Cuban citizens — Family unity, family as social group, indirect persecution considered — Convention refugee definition not to be extended to incorporate concept of family unity — Although family social group, must be nexus between persecution of one and that against other family members — No evidence daughters persecuted — Indirect persecution extended to economic considerations not part of Canadian refugee law.

Casetellanos v. Canada (Solicitor General) (T.D.)..... 211

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision denying refugee status to daughters of Convention refugee dismissed — Whether principle of family unity applies in determination of Convention refugee status in Canadian refugee law, and if so, whether applies to find daughters Convention refugees by reason of fact father, joined claimant, so found, certified question of general importance.

Kaisersingh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)..... 20

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Judicial review of landing denial as applicants “unable . . . to support themselves” (Immigration Act, s. 19(1)(b)) — Living in subsidized public housing — Part of backlog class — Act, s. 6(2) providing member of designated class “may” be granted admission subject to regulations — “May” permissive — Specific exclusion from backlog class of those within inadmissible classes in s. 19(1)(c) to (g) and (j) not preventing operation of s. 19(1)(b) to refuse admission — Backlog class not equal to class having refugee status —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de son contrat avec la SCP appartiennent à TPC — Documents recueillis par une institution fédérale dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles.

Casetellanos c. Canada (Solliciteur général) (1^{re} inst.) 190

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le statut de réfugié au sens de la Convention a été refusé à la femme et aux filles d'un réfugié au sens de la Convention — La femme est née dans une partie de l'U.R.S.S. qui est maintenant l'Ukraine — Elle est allée s'installer à Cuba et a conservé son passeport de l'U.R.S.S. — Elle n'est ni citoyenne cubaine, ni citoyenne ukrainienne — La Commission a commis une erreur en statuant qu'elle était citoyenne ukrainienne — Il n'est pas certain que la requérante pourrait devenir citoyenne ukrainienne — Les filles sont des citoyennes cubaines — Examen des notions d'unité de la famille, de famille en tant que groupe social et de persécution indirecte — La définition de réfugié au sens de la Convention ne doit pas être élargie pour incorporer la notion de l'unité de la famille — Bien que la famille constitue un groupe social, il doit exister un lien entre la persécution dont est victime l'un des membres de la famille et celle dont les autres membres de la même famille font l'objet — Rien ne permet de conclure que les filles ont été persécutées — En droit canadien, on ne peut étendre la portée du principe de la persécution indirecte pour tenir compte de considérations d'ordre économique.

Casetellanos c. Canada (Solliciteur général) (1^{re} inst.) 211

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Rejet d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le statut de réfugié au sens de la Convention a été refusé aux filles d'un réfugié au sens de la Convention — Est certifiée la question grave de portée générale suivante: le principe de l'unité de la famille s'applique-t-il en droit canadien en matière de réfugiés pour déterminer le statut de réfugié au sens de la Convention et, dans l'affirmative, ce principe s'applique-t-il pour reconnaître le statut de réfugiées aux filles en raison du fait que leur père, un revendicateur qui a été mis en cause en l'espèce et à qui ce statut a été accordé?

Kaisersingh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 20

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire du refus d'accorder le droit d'établissement pour le motif que les requérants «n'ont pas la capacité . . . de subvenir à leurs besoins» (Loi sur l'Immigration, art. 19(1)(b)) — Les requérants vivent dans un logement subventionné par le gouvernement — Ils appartiennent à la catégorie de l'arriéré — L'art. 6(2) de la Loi prévoit que les personnes appartenant à une catégorie désignée «peuvent» être admises, sous réserve des règlements pris — Le verbe «may» de la version anglaise («peuvent» dans la version française)

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Within immigration officer's jurisdiction to decide whether s. 19(1)(b) applicable.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Reliance on public housing meaning persons "unable or unwilling to support themselves" within Act, s. 19(1)(b) — Applicability to those in refugee claimants backlog class — Immigration officer having jurisdiction to decide.

Kishinchand & Sons (Hong Kong) Ltd. v. Wellcorp Container Lines Ltd. (T.D.) 37

Maritime law — Carriage of goods — Plaintiff exporting clothing from Hong Kong to Montréal — Defendant ordering release of cargo without receiving bills of lading — Plaintiff unpaid as consignee bankrupt — Limitation of liability clause in bills of lading not applicable as no loss or damage to goods.

Maritime law — Torts — Negligence — Cargo delivered without receipt of endorsed bills of lading — Carrier not entitled to limit liability under bills of lading where wilful negligence.

Ludmer v. Canada (C.A.)..... 3

Income tax — Income calculation — Deductions — Appellants deducting interest payments on money borrowed to buy shares in offshore companies — Allowed in earlier years, later disallowed — Appeal from decision granting motion to strike parts of statement of claim — Estoppel — Interpretation Bulletins — Treatment of other taxpayers irrelevant — British case law distinguished as different taxation system.

Narvaez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)..... 55

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of CRDD decision applicant, children, not Convention refugees — Applicant from Ecuador — Abused, raped by husband during marriage, separation — Record of only complaint to police deleted from register when police bribed by husband — CRDD holding applicant victim of personal violence, not member of particular social group —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

confère une faculté — L'exclusion explicite de la catégorie de l'arriéré des personnes qui appartiennent aux catégories non admissibles prévues aux art. 19(1)c) à g) et j) n'empêche pas l'application de l'art. 19(1)b) en vue de refuser l'admission — La catégorie des personnes qui font partie de l'arriéré n'est pas équivalente à la catégorie des personnes qui ont le statut de réfugié — Il relève de la compétence de l'agent d'immigration de déterminer si l'art. 19(1)b) s'applique.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Le fait de requérir un logement subventionné par le gouvernement signifie que les personnes 'n'ont pas la capacité ou la volonté de subvenir à leurs besoins» au sens de l'art. 19(1)b) de la Loi — Applicabilité aux personnes qui appartiennent à la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié — L'agent d'immigration est compétent pour prendre une décision.

Kishinchand & Sons (Hong Kong) Ltd. c. Wellcorp Container Lines Ltd. (1^{re} inst.)..... 37

Droit maritime — Transport de marchandises — Exportation par la demanderesse de vêtements de Hong Kong à Montréal — La défenderesse a ordonné la remise des marchandises sans recevoir de connaissements — La demanderesse n'a pas été payée en raison de la faillite du consignataire — La clause de limitation de responsabilité des connaissements ne s'applique pas, parce qu'il n'y a pas eu de perte ou de dommages causés aux marchandises.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Négligence — Livraison de la cargaison sans la réception des connaissements endossés — Le transporteur n'a pas le droit de limiter sa responsabilité aux termes des connaissements en cas de négligence volontaire.

Ludmer c. Canada (C.A.)..... 3

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Les appelants ont déduit les intérêts sur de l'argent emprunté pour acheter des actions dans des sociétés étrangères — Le ministre a accordé la déduction pour les premières années, mais l'a par la suite refusée — Appel d'une décision faisant droit à une requête en radiation de certaines parties de la déclaration — Fin de non-recevoir — Bulletins d'interprétation — Le traitement des autres contribuables n'est pas pertinent — Distinction faite avec la jurisprudence britannique, au motif que le régime fiscal britannique est différent.

Narvaez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.)..... 55

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR refusant à la requérante et à ses enfants le statut de réfugié au sens de la Convention — La requérante venait de l'Équateur — Elle était victime de violence de la part de son mari et avait été violée par celui-ci pendant le mariage et après la séparation — La seule plainte déposée devant la police avait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Women in Ecuador subject to domestic violence belong to particular social group — CRDD misinterpreting own guidelines on gender-related persecution — Failing to consider all documentary evidence in deciding state's ability, willingness to protect applicant — Claimant need not risk further abuse by seeking ineffective state protection.

Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority (C.A.)..... 132

Contracts — Appeal from trial judgment awarding damages for breach of contract for failure to award respondent pilot boat service contract for Strait of Canso — Respondent submitting lowest bid, but Authority concerned about monopoly as related company awarded North Sydney contract — Trial Judge concluding monopoly prevention undisclosed precondition of tendering process; finding breach of contractual term — Monopoly prevention not condition of tendering process, but relevant consideration in exercise of discretion under rejection clause to reject any tender in public interest — Trial Judge misconstrued evidence in finding appellant wanted to unfairly favour competitor — No evidence of bias — Burden on bidder to address potential monopoly, conflict of interest in bid — No obligation to give bidder opportunity to rebut concerns.

Corporations — Respondent's bid to provide pilot boat services for Strait of Canso rejected — Pilotage Authority considering financial stability of related company, monopoly issue as related company awarded contract in same area — Judicial test for piercing corporate veil not applicable to prevent Authority from assessing financial condition of potential contractor especially where threat to public safety.

Competition — Pilotage Authority, in considering pilot boat service bids, exercising discretion in advertised rejection clause to prevent monopoly — No obligation to expressly advertise tendering Authority will not assist in creation of monopoly to public detriment — Monopoly issue legitimate consideration which should, in public interest, be taken into account.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

été effacée du registre lorsque le mari avait soudoyé la police — La SSR a statué que la requérante était victime de violence à titre d'individu, et non à titre de membre d'un groupe social — Les femmes équatoriennes victimes de violence familiale appartiennent à un groupe social — La SSR a interprété d'une façon erronée ses propres directives sur la persécution fondée sur le sexe — Elle a omis de tenir compte de toute la preuve documentaire en décidant si l'État pouvait et voulait protéger la requérante — L'intéressée n'a pas à risquer de continuer à être victime d'autres actes de violence en cherchant la protection inefficace de l'État.

Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique (C.A.)..... 132

Contrats — Appel d'un jugement de première instance accordant des dommages-intérêts pour rupture de contrat par suite de l'omission d'attribuer à l'intimée un contrat de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso — L'intimée avait présenté la soumission la plus basse, mais l'Administration se préoccupait de l'existence d'un monopole étant donné qu'une société liée s'était vu attribuer un contrat à North Sydney — Le juge de première instance a conclu que la condition relative au monopole était une condition requise non divulguée du processus d'appel d'offres; il a conclu à la violation d'une condition contractuelle — La Condition relative au monopole n'était pas une condition du processus de l'appel d'offres, mais une considération se rapportant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de rejeter une offre dans l'intérêt du public en vertu de la clause de rejet — Le juge de première instance a interprété la preuve de façon erronée en concluant que l'appelante voulait favoriser d'une façon injuste un concurrent — Absence de preuve de parti pris — Il incombe au soumissionnaire de résoudre la question du monopole et du conflit d'intérêts possibles dans sa soumission — Absence d'obligation de donner au soumissionnaire la possibilité d'apaiser pareilles préoccupations.

Corporations — La soumission de l'intimée en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote dans le détroit de Canso a été rejetée — L'Administration de pilotage a tenu compte de la stabilité financière d'une société liée et de la question du monopole, étant donné que la société liée s'était vu attribuer un contrat dans la même région — Le critère judiciaire, lorsqu'il s'agit de contourner le paravent d'une société, ne peut pas servir à empêcher l'Administration d'évaluer la situation financière d'un entrepreneur éventuel, en particulier lorsque cela peut mettre en danger la sécurité publique.

Concurrence — L'Administration de pilotage, en examinant la soumission en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote, exerçait son pouvoir discrétionnaire au moyen de la clause de rejet qui avait été publiée en ce qui concerne le monopole — Aucune obligation de mentionner expressément que l'autorité adjudicative n'aidera pas à la création d'un monopole au détriment du public — La question du monopole est une considération légitime qui devrait, dans l'intérêt du public, être prise en compte.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Maritime law — Pilotage — Pilotage Authority rejecting lowest bid for pilot boat service for Strait of Canso — Concerned about monopoly as related company awarded North Sydney contract, financial stability as related company had suffered property foreclosure — Relevant commercial considerations Authority, in public interest, properly took into account.

Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General) (T.D.)..... 73

Judicial review — Order in Council P.C. 1993-1868, made pursuant to Public Sector Compensation Act, adjusting wage rates in master agreement from 3% to 0% for groups opting out of master bargaining — As long as Order in Council within scope of Act, not subject to judicial review unless “egregious” i.e. passed solely in bad faith — Governor in Council acting with dual purpose: (1) implementation of wage restraint policy, and (2) prevention of P.S.S.R.A., s. 99 reference hearings — Application dismissed.

Public Service — Labour relations — Collective Agreements — Order in Council P.C. 1993-1868 made pursuant to Public Sector Compensation Act adjusting wage rates in master agreement from 3% to 0% — Not subject to judicial review as one purpose to implement wage restraint policy although second purpose to forestall P.S.S.R.A., s. 99 reference.

SOMMAIRE (Fin)

Droit maritime — Pilotage — L'Administration de pilotage a rejeté la soumission la plus basse qui avait été présentée en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote dans le détroit de Canso — Elle se préoccupait de l'existence d'un monopole étant donné qu'une société liée s'était vu attribuer un contrat à North Sydney, ainsi que de la stabilité financière de la société car la société liée avait fait l'objet d'une forclusion de biens — Considérations commerciales pertinentes dont l'Administration, dans l'intérêt du public, a tenu compte d'une façon légitime.

Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.)..... 73

Contrôle judiciaire — Le Décret C.P. 1993-1868, qui a été pris en vertu de la Loi sur la rémunération du secteur public, a ramené de 3 % à 0 % certains taux de salaire prévus par une convention collective cadre pour les groupes qui désiraient se retirer de la négociation cadre — Tant que le Décret relève de la Loi, il n'est pas susceptible de contrôle judiciaire à moins qu'il ne s'agisse d'un cas «flagrant», c.-à-d. à moins qu'il ait été pris uniquement de mauvaise foi — Le gouverneur en conseil visait une double fin: (1) mettre en œuvre sa politique de compression salariale; (2) empêcher l'audition d'un renvoi fondé sur l'art. 99 de la L.R.T.F.P. — La demande est rejetée.

Fonction publique — Relations du travail — Conventions collectives — Le Décret C.P. 1993-1868 pris en vertu de la Loi sur la rémunération du secteur public a ramené de 3 % à 0 % certains taux de salaire prévus par une convention collective cadre — Le Décret n'est pas susceptible de contrôle judiciaire, étant donné qu'un de ses objets était de mettre en œuvre une politique de compression salariale, bien que son second objectif était d'empêcher l'audition d'un renvoi fondé sur l'art. 99 de la L.R.T.F.P.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 2, Part 1

1995, Vol. 2, 1^{er} fascicule

<p>David Ludmer (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p> <p>Cindy Ludmer (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p> <p>Ludco Enterprises Ltd. (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p> <p>Brian Ludmer (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p>	<p>A-688-93</p> <p>A-689-93</p> <p>A-690-93</p> <p>A-691-93</p> <p>A-691-93</p>	<p>David Ludmer (<i>appelant</i>)</p> <p>c.</p> <p>^a Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p> <p>Cindy Ludmer (<i>appelante</i>)</p> <p>^b c.</p> <p>Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p> <p>^c Ludco Enterprises Ltd. (<i>appelante</i>)</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p> <p>^d</p> <p>Brian Ludmer (<i>appelant</i>)</p> <p>c.</p> <p>^e Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p>	<p>A-688-93</p> <p>A-689-93</p> <p>A-690-93</p> <p>A-691-93</p>
---	---	---	---

INDEXED AS: LUDMER v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: LUDMER c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen and Décary JJ.A. and Chevalier D.J.—Montréal, November 29; Ottawa, December 21, 1994.

^f Cour d'appel, juges Hugessen et Décary, J.C.A. et juge suppléant Chevalier—Montréal, 29 novembre; Ottawa, 21 décembre 1994.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appellants deducting interest payments on money borrowed to buy shares in offshore companies — Allowed in earlier years, later disallowed — Appeal from decision granting motion to strike parts of statement of claim — Estoppel — Interpretation Bulletins — Treatment of other taxpayers irrelevant — British case law distinguished as different taxation system.

^g *Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Les appelants ont déduit les intérêts sur de l'argent emprunté pour acheter des actions dans des sociétés étrangères — Le ministre a accordé la déduction pour les premières années, mais l'a par la suite refusée — Appel d'une décision faisant droit à une requête en radiation de certaines parties de la déclaration — Fin de non-recevoir — Bulletins d'interprétation — Le traitement des autres contribuables n'est pas pertinent — Distinction faite avec la jurisprudence britannique, au motif que le régime fiscal britannique est différent.*

Between 1977 and 1979, the appellants bought shares in offshore companies. When the shares were sold, the appellants reported the gains as capital gains. For the years 1977 to 1985, the appellants deducted the interest on the money they borrowed to buy the shares pursuant to paragraph 20(1)(c) of the *Income Tax Act* (deduction of interest on money borrowed to earn income from a business or property). The Minister allowed the deduction for the years previous to 1981 but in reassessments made in 1986 and 1987, he disallowed it for the years 1981 to 1985.

^h Entre 1977 et 1979, les appelants ont acheté des actions dans des sociétés étrangères. Lors de la vente des actions, les appelants ont déclaré le profit réalisé à titre de gain en capital. Pour les années 1977 à 1985, les appelants ont déduit les intérêts sur l'argent qu'ils avaient emprunté pour acheter les actions conformément à l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (déduction des intérêts sur l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien). Le ministre a accordé la déduction pour les années antérieures à 1981 mais, dans les nouvelles cotisations établies en 1986 et 1987, il a refusé la déduction pour les années 1981 à 1985.

When their appeal to the Tax Court of Canada was dismissed, the appellants took their case to the Federal Court Trial Division, arguing that the assessments were arbitrary and seeking a declaration that the reassessments were void. In their statements of claim, the appellants stated the facts they intended to prove in order to establish (1) that in allowing the deduction for the years prior to 1981, the Minister made an admission binding upon him for the years 1981 to 1985; (2) that the doctrine of estoppel applied because the appellants relied on the assessments of the previous years in organizing their affairs; (3) that the Minister was bound by his previous interpretation of paragraph 20(1)(c) as set out in interpretation bulletins and other releases; (4) that they were discriminated against because other taxpayers in similar circumstances were allowed the deduction; and (5) that the Minister, for the same reason as in (4), failed in his duty to act fairly.

This was an appeal from the Trial Division decision allowing a motion to strike certain paragraphs of the statements of claim.

Held, the appeal should be dismissed but, with respect to relevant documents emanating from the Minister, evidence will be allowed only to establish how paragraph 20(1)(c) was interpreted by the Minister at the material times.

(1) Evidence to establish that the Minister allowed the deduction for the taxation years prior to 1981 and that this was a binding admission was inadmissible on the ground that it did not constitute a reasonable cause of action. Previous assessments were not an admission, but, at most, an acting upon the then accepted interpretation of paragraph 20(1)(c). Furthermore, an admission cannot settle a question of law. Finally, subsection 152(4) of the Act, which allows the Minister to assess tax for a taxation year independently of any other taxation year, would be negated if the appellants' arguments were accepted.

(2) The doctrine of estoppel was not applicable. Prior assessments cannot be considered as a promise that the appellants would be allowed the deduction in all subsequent assessments. The (related) doctrine of legitimate expectation cannot create substantive rights. In both cases, a public authority may be bound by its undertakings as to the procedure it will follow, but in no case can it place itself in conflict with its duty and forego the requirements of the law.

(3) Interpretation Bulletins and other releases are nothing more than the Minister's opinion as to the meaning of the Act and bind neither the Minister, the taxpayer nor the courts. However, evidence in this respect should be allowed only to the extent that the aim is to establish that the interpretation therein is correct and should be adopted. The court hearing the appellants' application will have to decide, in the circum-

À la suite du rejet de leur appel par la Cour canadienne de l'impôt, les appelants se sont adressés à la Section de première instance de la Cour fédérale en faisant valoir que les cotisations étaient arbitraires et en sollicitant un jugement déclarant nulles les nouvelles cotisations. Dans leur déclaration, les appelants ont exposé les faits dont ils entendaient faire la preuve pour établir (1) que la décision du ministre de leur permettre de déduire les intérêts pour les années antérieures à 1981 constituait de sa part un aveu qui le liait pour les années 1981 à 1985; (2) que la théorie de la fin de non-recevoir s'appliquait parce que les appelants s'étaient fiés sur les cotisations des années précédentes pour organiser leurs affaires; (3) que le ministre était lié par l'interprétation antérieure qu'il avait donnée à l'alinéa 20(1)c dans des bulletins d'interprétation et d'autres publications; (4) qu'ils avaient été victimes de discrimination parce que d'autres contribuables se trouvant dans une situation semblable avaient été autorisés à se prévaloir de cette déduction; (5) que, pour la même raison que celle qui est évoquée en (4), le ministre avait manqué à son obligation d'agir avec équité.

Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle la Section de première instance a fait droit à une requête en radiation de certains paragraphes des déclarations.

Arrêt: l'appel doit être rejeté, mais en ce qui concerne les documents pertinents émanant du ministre, des éléments de preuve pourront être produits uniquement pour établir de quelle manière le ministre a interprété l'alinéa 20(1)c à l'époque en cause.

(1) La preuve tendant à établir que le ministre a accordé la déduction pour les années antérieures à 1981 et que cette décision constituait de sa part un aveu qui le liait est irrecevable parce qu'elle ne révèle pas l'existence d'une cause raisonnable d'action. Les cotisations antérieures ne constituent pas un aveu mais tout au plus une suite de l'interprétation que le ministre a donnée à cette époque à l'alinéa 20(1)c. Qui plus est, un aveu ne peut permettre de résoudre une question de droit. Finalement, le paragraphe 152(4) de la Loi, qui permet au ministre de fixer l'impôt dû pour une année d'imposition indépendamment de toute autre année d'imposition, serait nié si la thèse des appelants était retenue.

(2) La théorie de la fin de non-recevoir ne s'applique pas. Les cotisations antérieures ne peuvent être considérées comme une promesse que les appelants auront droit à la déduction dans toutes les cotisations subséquentes. La théorie (connexe) de l'expectative légitime ne peut créer des droits fondamentaux. Dans les deux cas, une autorité publique se trouve peut-être liée par ses engagements quant à la procédure qu'elle va suivre, mais elle ne peut en aucun cas se mettre en situation de conflit avec ses obligations et faire fi des exigences de la loi.

(3) Les bulletins d'interprétation et les autres publications ne constituent rien d'autre que l'opinion du ministre sur le sens de la Loi et ils ne lient ni le ministre, ni le contribuable, ni les tribunaux. Cependant, la présentation d'éléments de preuve ne peut être permise à cet égard que si elle vise à établir que l'interprétation que ces documents contiennent est la bonne et qu'elle devrait être retenue. Il appartiendra au tribunal saisi de

stances of the case, whether or not the Minister's interpretation contradicts the Supreme Court of Canada's extremely detailed analysis of paragraph 20(1)(c) in *Bronfman Trust v. The Queen*.

(4) Whatever the Minister does with respect to other taxpayers is completely irrelevant and cannot justify an allegation of discrimination. What matters is whether, upon a reasonable interpretation of the Act, the appellants are entitled to the deduction or not. Furthermore, if the appellants were allowed to produce other taxpayers as witnesses to establish different treatment, the Minister would be at a great disadvantage given the secrecy of taxpayer information in his possession.

(5) The principles of natural justice, recognized in British case law on to tax collection in Great Britain, have no application here, given the difference between the Canadian and British taxation systems. Under the British system, the Commissioners are given extensive powers and a wide discretion to settle each case. In Canada, the Minister of National Revenue and his officers have no discretion at all in the enforcement of the *Income Tax Act*. The Act must be applied as it is and equity does not enter the picture. And whereas the British system limits appeals from Commissioners' decisions to questions of law, the Canadian system provides for appeals to the Tax Court of Canada on issues of both fact and law.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(c), 152(4) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; c. 45, s. 59).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sécurité Saglac (1992) inc. (Syndic de), [1994] R.J.Q. 95 (S.C.); *Alain Lavoie Limitée c. Léo Lisi Limitée*, [1981] R.L. 346 (C.A.); *First Torland Investments Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 3; (1969), 69 DTC 5109; affd (1970), 70 DTC 6354 (S.C.C.); *Gelber (A.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2319; (1991), 91 DTC 1031 (T.C.C.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621; (1992), 136 N.R. 254 (C.A.); *M.N.R. v. Inland Industries Ltd.* (1971), 72 DTC 6013 (S.C.C.); *Stickel v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 672 (T.D.); *Granger v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 3 F.C. 70; (1986), 29 D.L.R. (4th) 501; 69 N.R. 212 (C.A.); *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); (1991), 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.); *Hokhold (A.N.) v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 99; (1993), 93 DTC 5339

la demande des appelants de décider si, compte tenu des particularités du cas à lui soumis, l'interprétation du ministre contredit ou non l'analyse extrêmement circonstanciée de l'alinéa 20(1)(c) que la Cour suprême a faite dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*.

(4) La façon dont le ministre traite d'autres contribuables n'a aucune pertinence et ne peut justifier une accusation de discrimination. Ce qui importe, c'est la question de savoir si, selon une interprétation raisonnable de la Loi, les appelants ont droit ou non à la déduction. En outre, s'il était permis aux appelants de citer comme témoins des contribuables pour établir la différence de traitement, le ministre se retrouverait dans une position très défavorable, étant lié par l'interdiction qui lui est faite de révéler le secret des renseignements qu'il possède.

(5) Les principes de justice naturelle que reconnaît la jurisprudence britannique en ce qui concerne la perception des impôts en Grande-Bretagne ne s'appliquent pas ici, compte tenu de la différence qui existe entre le régime fiscal canadien et le régime fiscal britannique. Dans le régime britannique, les *commissioners* se voient conférer des pouvoirs étendus et un large pouvoir discrétionnaire pour régler chaque cas. Au Canada, le ministre du Revenu national et ses fonctionnaires n'ont aucune discrétion en ce qui concerne l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La Loi doit être appliquée telle qu'elle est et l'équité n'entre pas en ligne de compte. Et, tandis que le régime britannique limite les appels interjetés des décisions des *commissioners* aux questions de droit, le régime canadien permet d'interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt tant sur des questions de fait que sur des questions de droit.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)(c), 152(4) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; ch. 45, art. 59).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Sécurité Saglac (1992) inc. (Syndic de), [1994] R.J.Q. 95 (C.S.); *Alain Lavoie Limitée c. Léo Lisi Limitée*, [1981] R.L. 346 (C.A.); *First Torland Investments Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 3; (1969), 69 DTC 5109; conf. par (1970), 70 DTC 6354 (C.S.C.); *Gelber (A.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2319; (1991), 91 DTC 1031 (C.C.I.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621; (1992), 136 N.R. 254 (C.A.); *M.R.N. c. Inland Industries Ltd.* (1971), 72 DTC 6013 (C.S.C.); *Stickel c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 672 (1^{re} inst.); *Granger c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 70; (1986), 29 D.L.R. (4th) 501; 69 N.R. 212 (C.A.); *Vaillancourt c. Sous-ministre M.N.R.*, [1991] 3 C.F. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (angl.); (1991), 91 DTC 5352 (fr.) (C.A.); *Hokhold (A.N.) c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 99; (1993), 93 DTC 5339 (C.F. 1^{re} inst.);

(F.C.T.D.); *Ford Motor Co. of Canada v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1994] F.C.J. No. 1579 (T.D.) (QL).

DISTINGUISHED:

R. v. Langille, [1977] 2 F.C. 380; [1977] C.T.C. 144 (T.D.); *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.); *Preston v IRC*, [1985] 2 All ER 327 (H.L.); *Matrix-Securities Ltd v IRC*, [1994] 1 All ER 769 (H.L.).

CONSIDERED:

Bronfman Trust v. The Queen, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

REFERRED TO:

Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec, [1978] 1 S.C.R. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91; *Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1982] 1 S.C.R. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

APPEAL from the Trial Division decision (*sub nom. Ludco Enterprises Ltd. et al. v. Minister of National Revenue* (1993), 72 F.T.R. 175) allowing M.N.R.'s application to strike out portions of the statements of claim. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Guy Du Pont and *François Barrette* for appellants.

Pierre Cossette and *Sophie-Lynne Lefebvre* for respondent.

SOLICITORS:

Phillips & Vineberg, Montréal, for appellants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

CHEVALIER D.J.: Between 1977 and 1979 David, Cindy and Brian Ludmer (the Ludmers) and Ludco Enterprises Ltd. (Ludco) bought shares in companies having their headquarters outside Canada. They obtained loans to pay for these shares. In their tax returns made annually up to 1985 inclusive they

Ford Motor Co. of Canada c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.), [1994] F.C.J. n° 1579 (1^{re} inst.) (QL).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Langille, [1977] 2 C.F. 380; [1977] C.T.C. 144 (1^{re} inst.); *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.); *Preston v IRC*, [1985] 2 All ER 327 (H.L.); *Matrix-Securities Ltd v IRC*, [1994] 1 All ER 769 (H.L.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Bronfman Trust c. La Reine, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec, [1978] 1 R.C.S. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91; *Bryden c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

APPEL d'une décision (*sub nom. Les Entreprises Ludco Ltée et autres c. Ministre du Revenu national* (1993), 72 F.T.R. 175) par laquelle la Section de première instance a fait droit à la demande présentée par le M.R.N. en vue de faire radier certaines parties de la déclaration. L'appel est rejeté.

AVOCATS:

Guy Du Pont et *François Barrette* pour les appelants.

Pierre Cossette et *Sophie-Lynne Lefebvre* pour l'intimée.

PROCUREURS:

Phillips & Vineberg, Montréal, pour les appelants.

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

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Entre les années 1977 et 1979, David, Cindy et Brian Ludmer (les Ludmer) et les Entreprises Ludco Ltée (Ludco) ont acheté des actions dans des sociétés ayant leur siège social à l'extérieur du Canada. Pour en acquitter le coût ils ont contracté des emprunts. À chaque année

claimed a deduction for the interest they had to pay on those loans.

Following an audit the Minister accepted the amounts in question for the taxation years prior to 1981 as deductible and credited the appellants accordingly. Subsequently, by two assessments dated January 7, 1986 and April 29, 1987, he did an about-face and disallowed these deductions for the 1981 to 1985 taxation years inclusive.

The appellants appealed these decisions to the Tax Court of Canada, which dismissed their appeal [[1993] 2 C.T.C. 2494]. They then filed an action in the Federal Court Trial Division [*Ludco Enterprises Ltd. et al. v. Minister of National Revenue* (1993), 72 F.T.R. 175]. The respondent made a preliminary motion to strike certain allegations contained in this proceeding. The judgment allowing that application is now before this Court.

This opinion will deal with the motions made in each of the four cases. The texts involved are contained in paragraphs 8 to 15 inclusive, 17, 19, 20, 25, 26 and 28(b) and (c) of the Ludmers' statements of claim and in paragraphs 12 to 19 inclusive, 21, 22, 23, 27, 28 and 30(b) and (c) of the Ludco statement of claim.

In the course of this opinion I shall group for analysis and decision the paragraphs or subparagraphs setting out each of the facts alleged which the respondent is seeking to have struck from the record, with the consequence that the proof of their existence will be declared inadmissible.

To begin with, the issue which the Trial Division will have to decide must be explained.

In support of their right to deduct the interest claimed by them the appellants relied on paragraph 20(1)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act), which reads as follows:

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of

jusqu'à 1985 inclusivement, ils ont dans leur déclaration au fisc, réclamé une déduction pour les intérêts qu'ils ont dû payer sur ces emprunts.

Après vérification, le ministre a, pour les années d'imposition antérieures à 1981, accepté comme déductibles les sommes en question et en a donné crédit aux appelants. Subséquemment et par deux cotisations en date du 7 janvier 1986 et du 29 avril 1987, il a fait volte face et a refusé ces déductions pour les années d'imposition 1981 à 1985 inclusivement.

Les appelants se sont pourvus de ces décisions devant la Cour canadienne de l'impôt qui a rejeté leur appel [[1993] 2 C.T.C. 2494]. Ils ont alors déposé une demande auprès de la Section de première instance de la Cour fédérale [*Les Entreprises Ludco Ltée et autres c. Ministre du Revenu national* (1993), 72 F.T.R. 175]. L'intimée a présenté une requête préliminaire visant à faire radier certaines allégations contenues dans cette procédure. Nous sommes saisis du jugement qui a accueilli cette demande.

La présente opinion traitera des requêtes faites dans chacune des quatre instances. Les textes impliqués sont contenus aux paragraphes 8 à 15 inclusivement, 17, 19, 20, 25, et 26 et aux alinéas 28b) et c) des déclarations des Ludmer et aux paragraphes 12 à 19 inclusivement, 21, 22, 23, 27 et 28 et aux alinéas 30b) et c) de la déclaration de Ludco.

Dans la suite de cette opinion, seront groupés, pour fins d'analyse et de détermination, les paragraphes ou alinéas qui énoncent chacun des faits allégués dont l'intimée demande qu'ils soient écartés du dossier et qu'en conséquence la preuve de leur existence soit déclarée non admissible.

Il y a d'abord lieu de situer le litige dont aura à adjuger la Cour de première instance.

Pour faire valoir leur droit à la déduction des intérêts qu'ils réclament, les appelants invoquent l'alinéa 20(1)(c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi) qui se lit comme suit:

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)(a), (b) et (h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent

the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

The appellants argued, first, that the interest they had to pay was paid on investments (share purchases) made for the purpose of earning income from a business and that as such they were entitled to the deduction permitted by the preceding paragraph.

In addition to this central allegation, the appellants wished to present evidence of other facts in support of the conclusions sought by them. In the course of this opinion I will summarize and analyse these facts and determine whether they are admissible in the case as presented.

1. As to paragraphs 8, 9, 10, 11, 12, 13 and 15 of the Ludmers' statement of claim and 12, 13, 14, 15, 16, 17 and 19 of Ludco's statement of claim

The appellants seek to show that:

(a) the Minister's decision to allow their request to deduct interest for the taxation years prior to 1981 constitutes an admission by him which is binding on him for 1981 to 1985 inclusive;

(b) as a consequence of this initial approach by the Minister, and assuming that it would continue in the years subsequent to 1981, the appellants organized their affairs so as to continue to benefit from the said deduction for the years in question.

According to the Trial Judge, evidence of these facts is not admissible on the ground that they do not disclose a reasonable cause of action. In my opinion he is right.

First, I feel that the argument based on what the appellants regard as an "admission" by the Minister

entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

c) Une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie),

Les appelants plaident d'abord que les intérêts qu'ils ont été appelés à payer l'ont été à l'égard d'investissements (achats d'actions) faits dans le but de tirer un revenu d'une entreprise et qu'à ce titre, ils ont droit à la déduction que permet l'alinéa précité.

En outre de cette allégation centrale et au soutien des conclusions qu'ils recherchent, les appelants veulent faire la preuve d'autres faits. Dans la suite de cette opinion, j'en ferai le résumé et l'analyse et j'en déterminerai la recevabilité dans le cadre du litige tel qu'il se présente.

1. Quant aux paragraphes 8, 9, 10, 11, 12, 13 et 15 de la déclaration des Ludmer et 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 19 de celle de Ludco:

Les appelants veulent établir:

a) que la décision du ministre d'accueillir leur demande de déduction d'intérêts pour les années d'imposition antérieures à 1981 constitue de sa part un aveu qui le lie pour les années 1981 à 1985 inclusivement;

b) qu'en conséquence de cette attitude initiale du ministre et prenant pour acquis qu'elle se perpétuerait durant les années subséquentes à 1981, les appelants ont organisé leurs affaires de façon à continuer de profiter de la même déduction pour les années en question.

Selon le juge de première instance, la preuve de ces faits n'est pas admissible au motif qu'ils ne constituent pas une cause raisonnable d'action. Je suis d'avis qu'il a raison.

En premier lieu j'estime que l'argument tiré de ce que les appelants considèrent comme un «aveu» de la

is inadmissible. At most, his allowing the deduction for the years prior to 1981 constitutes an extension of the interpretation he gave at that time to paragraph 20(1)(c) in respect of the appellants' request. If at that time he was in error in this regard, this means that he misinterpreted legislation. Both academic opinion and decisions by the courts have unanimously concluded that an admission cannot affect a point of law:

— *Sécurité Saglac (1992) inc. (Syndic de)*, [1994] R.J.Q. 95 (S.C.);

— *Alain Lavoie Limitée c. Léo Lisi Limitée*, [1981] R.L. 346 (C.A.), at page 367, opinion of Lajoie J.A.

Secondly, if accepted the appellants' proposition and the conclusion that they seek to draw therefrom would have the effect of depriving the Minister of the undoubted right conferred on him by subsection 152(4) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; c. 45, s. 59] of the Act to assess, and even to reassess, a taxpayer at any time for each of the taxation years independently of each other, the only limitation on this power being that he must do so within the time limits laid down in that Act. As Cattanach J. pointed out in *First Torland Investments Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 3 (affirmed by the Supreme Court of Canada, (1970), 70 DTC 6354), at page 27:

... as I pointed out in *Admiral Investment Ltd. v. M.N.R.*, [1967] 2 Ex. C.R. 308 a concession made in one year in the absence of any statutory provisions to the contrary, does not preclude the Minister from taking a different view in a later year. An assessment is conclusive as between the parties only in relation to the assessment for the year [in] which it was made.

In *Gelber (A.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2319 (T.C.C.), Judge Rip took the same approach (at page 2323):

The treatment for tax purposes of expenses claimed in earlier years is not before me and I am not bound by how the respondent may have treated similar claims in previous years; after all, the respondent is not the arbiter of what is right or wrong in tax law.

Finally, as to the fact that the Minister's initial approach regarding the deductibility of interest for

part du ministre est irrecevable. Tout au plus son acceptation de la déduction pour les années antérieures à 1981 constitue une suite de l'interprétation qu'il a pu donner à cette époque à l'alinéa 20(1)c) à l'égard de la demande des appelants. S'il s'est alors trompé à ce sujet, c'est qu'il a mal interprété un texte de loi. Or la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à décider qu'un aveu ne peut porter sur une question de droit:

— *Sécurité Saglac (1992) inc. (Syndic de)*, [1994] R.J.Q. 95 (C.S.);

— *Alain Lavoie Limitée c. Léo Lisi Limitée*, [1981] R.L. 346 (C.A.), à la page 367, opinion du juge Lajoie, J.C.A.

En second lieu, si elles étaient admises la proposition des appelants et la conclusion qu'ils veulent en tirer auraient pour effet de priver le ministre du droit indiscutable que lui confère le paragraphe 152(4) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; ch. 45, art. 59] de la Loi de cotiser, voire même de recotiser un contribuable en tout temps pour chacune des années d'imposition et en toute indépendance de l'une à l'autre, la seule restriction à ce pouvoir étant qu'il le fasse dans les limites du délai imparti dans la même Loi. Comme le souligne le juge Cattanach dans *First Torland Investments Ltd. et al v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 3 (confirmé par la Cour suprême du Canada, (1970), 70 DTC 6354), à la page 27:

[TRADUCTION] ... comme je l'ai dit dans *Admiral Investment Ltd. v. M.N.R.*, [1967] 2 R.C.É. 308, le fait d'avoir accordé une déduction au cours d'une année en l'absence de toute disposition législative contraire n'empêche pas le ministre d'adopter une opinion différente au cours d'une année ultérieure. Une cotisation est définitive entre les parties seulement en ce qui concerne la cotisation établie pour l'année en cause.

Dans *Gelber (A.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2319 (C.C.I.) le juge Rip adopte la même attitude (à la page 2323):

Je ne sais pas de quelle façon les dépenses demandées au cours des années antérieures ont été traités aux fins d'impôt, et comment l'intimé a traité les demandes du même genre au cours des années antérieures ne me lie pas. Après tout, l'intimé n'est pas l'arbitre de ce qui est fondé ou non en matière de droit fiscal.

Enfin, en ce qui a trait au fait que l'attitude initiale du ministre, quant à la déductibilité des intérêts pour

the years prior to 1981 created a legitimate expectation in the minds of the appellants that they would be able to rely on the same benefit for the future, I concur in the view of the Trial Judge that even if the actions the appellants may have taken were in evidence they could not give rise to the remedy sought by the appellants.

In support of their proposition the appellants cited the decision in *R. v. Langille*, [1977] 2 F.C. 380 (T.D.), in which the theory of estoppel was considered and applied. It should at once be noted that in the aforesaid case the situation was that before concluding a contract the taxpayer had obtained an assurance from an employee of the Department that if he acted in a certain way in concluding the contract he would be entitled to benefit from a favourable provision in the Act. In particular, the judgment in *Langille* contained the following passage (at page 386):

Such statement was not an opinion of law but a statement of fact descriptive of the type of contract offered to him. If the statement had been an opinion or interpretation of section 146 of the Act, estoppel would not lie against the Minister. (See *Stichel v. M.N.R.* [1972] F.C. 672 at page 681.) [My emphasis.]

The aforementioned distinction is especially relevant in deciding the case at bar. Unlike *Langille*, the situation here is not one in which before doing something, namely obtaining an interest-bearing loan, the appellants sought and obtained from the Department a formal assurance that they would benefit from deductibility of that interest. In the case at bar the appellants prepared their own assessment and at that time claimed a deduction in reliance on what they took to be a favourable legal provision. In accepting their returns for the years prior to 1981 without alteration the Department did not make any promise to them. It therefore cannot be blamed for inducing them to act on the basis of any promise whatever.

In *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.), Marceau J.A. wrote (at page 625):

The doctrine of estoppel cannot be invoked to preclude the exercise of a statutory duty—here, the duty of the officer to deal with the application as it was presented—or to confer a statutorily defined status on a person who clearly does not fall

les années antérieures à 1981, a créé dans l'esprit des appelants une expectative légitime que, pour l'avenir ils pouvaient compter sur le même avantage, je partage l'avis du premier juge à l'effet que même si les gestes posés éventuellement par les appelants étaient mis en preuve, ils ne pourraient donner ouverture au remède qu'ils sollicitent.

À l'appui de leur proposition, les appelants citent la décision dans *R. c. Langille*, [1977] 2 C.F. 380 (1^{re} inst.) dans laquelle la théorie de l'estoppel ou de la fin de non-recevoir a été étudiée et appliquée. Il faut tout de suite préciser que, dans les deux cas précités, il s'agissait d'une circonstance où, avant de passer un contrat, le contribuable avait obtenu d'un fonctionnaire du ministère l'assurance que s'il procédait d'une certaine façon pour le conclure, il aurait droit de bénéficier d'une disposition favorable de la loi. En particulier dans *Langille*, le jugement comportait l'extrait suivant (à la page 386):

Il ne s'agissait pas d'un conseil sur un point de droit, mais d'une déclaration de fait décrivant le type de contrat proposé. Si la déclaration avait été une opinion juridique ou une interprétation de l'article 146 de la Loi, le Ministre ne pourrait se voir opposer une exception d'irrecevabilité. (Voir *Stichel c. M.R.N.* [1972] C.F. 672 à la page 681.) [C'est moi qui souligne.]

La distinction précitée est éminemment pertinente pour juger du cas en litige. Contrairement à l'affaire *Langille*, il ne s'agit pas ici d'une situation où, avant de poser un geste, soit de contracter un emprunt porteur d'intérêts, les appelants ont recherché et obtenu du Ministère une assurance formelle qu'ils bénéficieraient de leur déductibilité. Dans la présente instance, les appelants se sont autocotisés et ont, à cette occasion, réclamé une déduction en se prévalant de ce qu'ils considéraient être une disposition légale favorable. En acceptant, pour les années antérieures à 1981, leurs déclarations sans modification, le Ministère ne leur a rien promis. Il ne peut donc lui être reproché de les avoir incités à agir à la faveur d'une promesse quelconque.

Dans l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.), le juge Marceau, J.C.A. écrit (à la page 625):

On ne saurait invoquer la théorie de la fin de non-recevoir pour empêcher l'exercice d'une obligation prévue par la loi—en l'occurrence, l'obligation pour l'agent de traiter la demande présentée—ni pour conférer un statut défini par la loi à une

within the statutory definition. Indeed, common sense would dictate that one cannot fail to apply the law due to the misstatement, the negligence or the simple misrepresentation of a government worker.

It was suggested in the course of the argument that, if the doctrine of estoppel could not apply, maybe the related doctrine of "reasonable or legitimate expectation" could. The suggestion was to no avail because this doctrine suffers from the same limitation that restricts the doctrine of estoppel. A public authority may be bound by its undertakings as to the procedure it will follow, but in no case can it place itself in conflict with its duty and forego the requirements of the law. As was repeated by Sopinka J. recently in writing the judgment of the Supreme Court in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pages 557-558:

There is no support in Canadian or English cases for the position that the doctrine of legitimate expectations can create substantive rights. It is a part of the rules of procedural fairness which can govern administrative bodies. Where it is applicable, it can create a right to make representations or to be consulted. It does not fetter the decision following the representations or consultation. [My emphasis.]

The same conclusion appears in *M.N.R. v. Inland Industries Ltd* (1971), 72 DTC 6013 (S.C.C.) and in *Stickel v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 672 (T.D.), in which Cattnach J. wrote (at page 685):

It therefore follows that if approval and registration given by the Minister to a pension plan does not give rise to estoppel then *a fortiori* an information bulletin cannot either.

In short, estoppel is subject to the one general rule that it cannot override the law of the land.

In *Granger v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 3 F.C. 70 (C.A.), Lacombe J.A. said the following (at pages 88-89):

In accepting the applicant's argument of estoppel by representation on grounds of equity, the Court would thereby be setting aside the decision of the respondent Commission rather than that of the Umpire, and the Court is not sitting in equity in connection with the remedy currently being sought by the applicant.

If necessary the applicant might, by a more appropriate procedure, argue that by its decision of April 13, 1984 the respondent Commission was seeking to apply the law in a manner

personne qui n'est pas, à l'évidence, visée par la définition légale. En fait, le bon sens dicterait qu'on ne puisse omettre d'appliquer la règle en raison de la déclaration fautive, de la négligence ou de la simple présentation inexacte des faits de la part d'un fonctionnaire gouvernemental.

^a Au cours du débat, on a laissé entendre que si la théorie de la fin de non-recevoir ne pouvait s'appliquer, la théorie connexe de «l'expectative raisonnable ou légitime» le pourrait peut-être. Cette proposition était vaine parce que cette théorie connaît la même limite qui restreint la théorie de la fin de non-recevoir. Une autorité publique se trouve peut-être liée par ses engagements quant à la procédure qu'elle va suivre, mais elle ne peut en aucun cas se mettre en situation de conflit avec ses obligations et faire fi des exigences de la loi. Comme l'a récemment répété le juge Sopinka lorsqu'il a rédigé l'arrêt de la Cour suprême *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pages 557 et 558:

^d Or, ni la jurisprudence canadienne, ni celle d'Angleterre, n'appuient la position suivant laquelle la théorie de l'expectative légitime peut créer des droits fondamentaux. Cette théorie fait partie des règles de l'équité procédurale auxquelles peuvent être soumis les organismes administratifs. Dans les cas où elle s'applique, elle peut faire naître le droit de présenter des observations ou d'être consulté. Elle ne vient pas limiter la portée de la décision rendue à la suite de ces observations ou de cette consultation. [C'est moi qui souligne.]

^e La même conclusion apparaît dans *M.R.N. c. Inland Industries Ltd* (1971), 72 DTC 6013 (C.S.C.) et dans *Stickel c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 672 (1^{re} inst.) où le juge Cattnach écrit (à la page 685):

Il s'ensuit donc que si l'approbation et l'enregistrement d'un régime de pensions par le Ministre ne donne pas ouverture à une fin de non-recevoir, un bulletin d'information ne peut pas *a fortiori* le faire.

En bref, les fins de non-recevoir sont soumises à une règle générale: elle ne peuvent aller à l'encontre des lois d'application générale.

^f Dans l'arrêt *Granger c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 70 (C.A.), le juge Lacombe, J.C.A. se prononce comme suit (aux pages 88 et 89):

ⁱ En faisant droit à l'argument de l'estoppel par représentation du requérant, pour des raisons d'équité, il faudrait annuler par le biais, la décision de la Commission intimée plutôt que celle du juge-arbitre, alors que la Cour ne siège pas en équité dans les cadres du recours présentement exercé par le requérant.

^j C'est par une procédure plus appropriée que le requérant pourrait, le cas échéant, faire valoir que par sa décision du 13 avril 1984, la Commission intimée a voulu appliquer la loi

which in his case was unfair, inequitable and indeed so wrongful as to constitute an abuse of power.

In conclusion, I consider that paragraphs 8, 9, 10, 11, 12, 13 and 15 (Ludmer) and 12, 13, 14, 15, 16, 17 and 19 (Ludco) should be excluded from the argument and that the appellants should be barred from presenting evidence of the facts referred to therein.

2. As to paragraphs 14 (Ludmer) and 18 (Ludco)

The appellants wished to file various documents (pamphlets and so on) originating with the Minister of National Revenue or his employees. The paragraph involved reads as follows:

Prior to and during the relevant taxation years, the Minister abided by a widely-known and well established policy of allowing the deduction of interest expenses incurred on money borrowed to purchase common shares of corporations even where those shares were precluded from paying dividends.

In his oral argument counsel for the appellants told the Court that in seeking to present such evidence he had two purposes in mind, namely:

(1) to use them as a basis for the argument that by his interpretation bulletins for paragraph 20(1)(c) and the various communications which had come to the attention of these appellants, or even the public in general, the Minister had bound himself in respect of them and of necessity his actions had to be consistent with that interpretation;

(2) to show that the interpretation given was valid and legally correct.

Considering only the first purpose mentioned, I would be absolutely opposed to allowing the documents and exhibits in question to be filed. When the Minister states what he believes to be the meaning and scope of legislation, he is simply giving an opinion. If it proves to be incorrect (and it is not he but the courts who have the duty of deciding as to this interpretation), he has committed an error which does not bind him either for the present or the future. As Décary J.A. noted in *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663 (C.A.), at page 674:

It is well settled that Interpretation Bulletins only represent the opinion of the Department of National Revenue, do not bind either the Minister, the taxpayer or the courts . . .

d'une manière qui a été pour lui injuste, inéquitable sinon abusive au point de constituer un abus de pouvoir.

En conclusion, j'estime que les paragraphes 8, 9, 10, 11, 12, 13 et 15 (Ludmer) et 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 19 (Ludco) doivent être exclus du débat et qu'il doit être interdit aux appelants de faire la preuve des faits auxquels ils réfèrent.

2. Quant aux paragraphes 14 (Ludmer) et 18 (Ludco)

Les appelants voudraient produire différents documents (bulletins etc.) originant du ministre du revenu ou de ses proposés. Le paragraphe impliqué se lit comme suit:

[TRADUCTION] Avant et pendant les années d'imposition en cause, le ministre s'en est tenu à une politique bien établie autorisant la déduction des frais d'intérêt engagés à l'occasion d'emprunts contractés dans le but d'acquérir des actions ordinaires de compagnie même lorsque ces actions ne pouvaient pas donner droit à des dividendes.

Dans sa plaidoirie orale, le procureur des appelants nous a indiqué qu'en cherchant à faire cette preuve, il poursuit deux objectifs savoir:

1) en tirer l'argument que par ses bulletins d'interprétation de l'alinéa 20(1)c) et les communications diverses qui sont venues à la connaissance de ces appelants ou même du public en général, le ministre s'est lié à leur égard et qu'il devait inexorablement se conformer dans sa conduite à cette interprétation;

2) établir que l'interprétation donnée était valable et légalement correcte.

S'il n'en était que du premier objectif précité, je serais résolument contre l'admissibilité de la production des documents et pièces en question. Lorsque le ministre énonce ce qu'il croit être le sens et la portée d'un texte de loi, il émet une simple opinion. Si elle s'avère incorrecte (et ce n'est pas à lui mais aux tribunaux qu'incombe la tâche de déterminer cette interprétation), il commet une erreur qui ne l'engage ni pour le présent ni pour l'avenir. Comme le souligne le juge Décary, J.C.A. dans *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663 (C.A.), à la page 674:

Il est acquis que les bulletins d'interprétation ne constituent que l'opinion du ministère du Revenu national, ne lient ni le ministre, ni le contribuable, ni les tribunaux . . .

On the other hand, if the purpose sought by the appellants is eventually to establish that the interpretation in question is correct and accordingly should be allowed, I feel that such evidence should be permitted but only for that purpose. In *Vaillancourt*,^a *supra*, after stating that such evidence is only useful if some doubt exists in the Court's mind as to the interpretation of legislation, Décary J.A. added (at page 674):

Having said that, I note that the courts are having increasing recourse to such Bulletins and they appear quite willing to see an ambiguity in the statute—as a reason for using them—when the interpretation given in a Bulletin squarely contradicts the interpretation suggested by the Department in a given case or allows the interpretation put forward by the taxpayer. When a taxpayer engages in business activity in response to an expressed inducement by the Government and the legality of that activity is confirmed in an Interpretation Bulletin, it is only fair to seek the meaning of the legislation in question in that bulletin also.

See also

— *Harel v. Dep. M. Rev. Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at pages 858-859;

— *Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1982] 1 S.C.R. 443, at page 450;

— *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 37.

I therefore conclude that for this latter purpose, the material evidence indicating the Minister's interpretation of paragraph 20(1)(c) of the Act during the years relevant to the case should be permitted and that the wording of the judgment should be varied accordingly.

Before concluding on this point, however, I cannot help noting that in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, the country's highest court gave an extremely detailed interpretation of paragraph 20(1)(c) (see pages 45 and 46). It will be for the Court hearing the appellants' action to decide whether on the special features of the case before it the Minister's interpretation runs counter to that of the Supreme Court.

D'autre part si le but poursuivi par les appelants consiste à établir éventuellement que l'interprétation en question est la bonne et qu'en conséquence elle doit être retenue, je suis d'avis que cette preuve devrait être permise mais uniquement à cette fin. Dans l'arrêt *Vaillancourt* précité, après avoir énoncé qu'une telle preuve n'est utile que si, dans l'esprit du tribunal il existe un doute quant à l'interprétation d'un texte, le juge Décary, J.C.A. ajoute (à la page 674):

Cela dit, je constate que les tribunaux recourent de plus en plus souvent à ces bulletins et qu'ils paraissent facilement enclins à voir une ambiguïté dans la Loi—ce qui permet d'y recourir—lorsque l'interprétation donnée dans un bulletin contredit carément l'interprétation que le ministère propose dans un cas donné ou permet l'interprétation que propose le contribuable. Lorsque le contribuable s'adonne à une activité commerciale en réponse à une invitation expresse de l'Administration et que la légalité de cette activité est confirmée dans un bulletin d'interprétation, ce n'est que justice que de rechercher accessoirement dans ce bulletin le sens de la législation en cause.

Voir aussi

— *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, aux pages 858 et 859;

— *Bryden c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 443, à la page 450;

— *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la page 37.

Je conclus donc que pour cette dernière fin, la preuve matérielle qui indiquait, durant les années pertinentes au litige, l'interprétation du ministre en regard de l'alinéa 20(1)c) de la Loi devrait être permise et que le dispositif du jugement y donne effet.

Avant de clore sur ce sujet, je ne peux m'empêcher cependant de souligner que dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, le plus haut tribunal du pays a donné une interprétation extrêmement circonstanciée de l'alinéa 20(1)c) (voir pages 45 et 46). Il appartiendra au tribunal saisi de la demande des appelants de décider si, compte tenu des particularités du cas à lui soumis, l'interprétation du ministre contredit ou non celle de la Cour suprême.

3. As to paragraphs 17, 19 and 25 (Ludmer) and 21, 22 and 27 (Ludco)

These paragraphs contain two parts, namely:

- (1) an account of certain facts which is a repetition of those already set forth in the preceding paragraphs;
- (2) propositions of law drawn therefrom.

The “facts” section of these paragraphs is superfluous in that it is a duplication. As to the conclusions of law, they are the same as those which I have earlier said I do not consider to be relevant to the case and would accordingly exclude from the discussion.

4. As to paragraphs 20 (Ludmer) and 23 (Ludco)

The appellants sought to present evidence that other taxpayers had benefited from the interest deduction under paragraph 20(1)(c) of the Act for loans obtained in identical circumstances. They made the argument that the Minister was guilty of discrimination against them.

In my opinion this allegation does not give rise to the conclusions of the action and the evidence is accordingly not admissible. In *Hokhold (A.N.) v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 99 (F.C.T.D.), a case which specifically involved a motion to dismiss allegations, Rothstein J. said in this regard (at page 106):

The plaintiff’s concern seems to be that other taxpayers were treated differently than was he by Revenue Canada. Whatever the reasons for Revenue Canada’s action in respect of other taxpayers, they are not relevant to the plaintiff’s situation.

In the same case, after citing *Ford Motor Co. of Canada v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (unreported, October 26, 1994, No. T-3700-82) [[1994] F.C.J. No. 1579 (T.D.) (QL)], which applied the same rule in a similar case, he added (at page 106):

While it is understandable that the plaintiff considers it unfair that Revenue Canada appears to have treated taxpayers in similar circumstances differently, that cannot be the basis for the plaintiff’s appeal. The plaintiff is either entitled on a reasonable interpretation of the words of subparagraph 110(1)(f)(iii) of

3. Quant aux paragraphes 17, 19 et 25 (Ludmer) et 21, 22 et 27 (Ludco)

Ces paragraphes contiennent deux éléments savoir:

- ^a 1) une relation de certains faits qui est la répétition de ceux qui ont déjà été récités dans des paragraphes précédents;
- ^b 2) des propositions de droit qui en sont la conclusion.

La partie «faits» de ces paragraphes est superflète en ce qu’elle fait double emploi. Quant aux affirmations de droit, elles sont de la même nature que celles dont j’ai précédemment opiné qu’elles étaient non pertinentes au litige et qu’en conséquence j’exclurais du débat.

4. Quant aux paragraphes 20 (Ludmer) et 23 (Ludco)

^d Les appellants veulent faire la preuve qu’à l’occasion d’emprunts contractés dans des circonstances identiques d’autres contribuables ont bénéficié de la déduction des intérêts en vertu de l’alinéa 20(1)c) de la Loi. Ils en tirent l’argument que le ministre a été coupable de discrimination à leur égard.

À mon avis cette allégation ne donne pas ouverture aux conclusions de la demande et en conséquence la preuve n’en est pas recevable. Dans *Hokhold (A.N.) c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 99 (C.F. 1^{re} inst.), où il s’agissait précisément d’une requête en rejet d’allégations le juge Rothstein s’exprime à ce sujet (à la page 106):

^g Le demandeur semble se préoccuper de ce que d’autres contribuables ont connu un traitement différent de celui que Revenu Canada lui a réservé. Quels que soient les motifs de l’action de Revenu Canada à l’égard d’autres contribuables, ils ne se rapportent pas au cas du demandeur.

^h Dans la même décision, après avoir cité *Ford Motor Co. of Canada c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)* (décision inédite en date du 26 octobre 1994, no. T-3700-82) [[1994] F.C.J. n° 1579 (1^{re} inst.) (QL)] qui affirmait le même principe dans une affaire semblable, il ajoutait (à la page 106):

Bien qu’on comprenne que le demandeur trouve injuste le fait que Revenu Canada semble avoir traité différemment les contribuables se trouvant dans des circonstances semblables, cela ne peut constituer le fondement de l’appel du demandeur. Le demandeur ou bien a droit, selon une interprétation raisonnable

the Income Tax Act, to the social assistance deduction or he is not. I have found that it is clear that he is not.

There is another reason arising from the rule of procedural fairness which seems to me to favour this conclusion. If by chance the appellants were allowed to call as witnesses taxpayers whom they knew or thought they knew had benefited from preferential treatment by the Minister it can be seen what an unfavourable position the latter would be placed in, as he could in no case present opposing evidence since he is firmly bound by the prohibition imposed on him against directly or indirectly disclosing the secret information he has in this connection. While the right to present contrary arguments is accepted as one of the fundamental principles of our judicial system, I feel that this reason alone would suffice to dismiss the appellants' request.

5. As to paragraphs 26 (Ludmer) and 28 (Ludco)

These paragraphs contain three subparagraphs which repeat what was already said earlier in the action. The preamble reads as follows:

The plaintiff further submits that these reassessments were arbitrary and discriminatory and issued in breach of the Minister's duty to act fairly and were consequently null and void because:

- (a) . . .
- (b) . . .
- (c) . . .

This position taken by the appellants is an alternative one. In the event that the interpretation and application of paragraph 20(1)(c) to their case does not allow them victory on this point, they put forward the argument based on what they considered to be the Minister's duty to act in accordance with the rules of natural justice. In their submission, he contravened those rules by misleading them as to the meaning and scope he gave to legislation, by acting in a discriminatory manner and by not himself following a fiscal policy he had stated for taxpayers in general.

I tend to think *a priori* that we are going back to the beginning here and, to use a popular expression, going in circles.

du texte du sous-alinéa 110(1)f(iii) de la Loi de l'impôt sur le revenu, à la déduction d'assistance sociale ou bien n'y a pas droit. J'ai conclu que, à l'évidence, il n'y a pas droit.

Un autre motif qui relève du principe d'équité procédurale me paraît militer en faveur de cette conclusion. Si d'aventure il était permis aux appelants de citer comme témoins des contribuables dont ils savent ou croient savoir qu'ils ont bénéficié d'un traitement préférentiel de la part du ministre, on voit d'ici la position défavorable de ce dernier qui ne pourrait en aucune circonstance faire une preuve contraire, étant inexorablement lié par l'interdiction qui lui est faite de révéler, directement ou indirectement, le secret des renseignements qu'il possède à ce sujet. Si on accepte le droit à la contradiction qui est un des principes fondamentaux de notre système judiciaire, j'estime qu'à lui seul ce motif serait suffisant pour faire rejeter la demande des appelants.

5. Quant aux paragraphes 26 (Ludmer) et 28 (Ludco)

Ces paragraphes contiennent trois alinéas qui répètent ce qui a déjà été dit auparavant dans la procédure. Le préambule est rédigé comme suit:

[TRADUCTION] Le demandeur soutient également que ces nouvelles cotisations sont arbitraires et discriminatoires, qu'en les établissant, le ministre n'a pas respecté son obligation d'agir équitablement et que, par conséquent, elles sont nulles et non avenues parce que:

- (a) . . .
- (b) . . .
- (c) . . .

En l'occurrence, cette position des appelants en est une de repli. Dans l'éventualité où l'interprétation et l'application à leur cas de l'alinéa 20(1)(c) ne leur permettrait pas de vaincre sur ce terrain, ils invoquent le moyen tiré de ce qu'ils considèrent être l'obligation du ministre de se conduire conformément aux principes de la justice naturelle. Selon eux, celui-ci y a contrevenu en les induisant en erreur sur le sens et la portée qu'il donnait à une disposition légale, en se comportant d'une façon discriminatoire et en ne suivant pas lui-même une politique fiscale qu'il avait énoncée à l'égard des contribuables en général.

Je serais *a priori* enclin à trouver qu'on retourne ici à la case départ et que, pour utiliser une expression populaire, on tourne en rond.

In their submission the appellants discussed this point at length. Citing an impressive number of English cases, their counsel sought to persuade the Court that it was time for us to adopt in Canada, for the first time, as he noted, this new approach to the application of legislation governing us. In this regard he cited in particular *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.); *Preston v IRC*, [1985] 2 All ER 327 (H.L.); *Matrix-Securities Ltd v IRC*, [1994] 1 All ER 769 (H.L.).

It should be noted at the outset that this concept of natural justice and of the duty to act fairly has varying limits. In my opinion, as such it cannot be applied here because the way in which the taxpayer is treated in Canada is quite different from the United Kingdom. This can be seen from the following parallel.

Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd explains the way in which the collection of taxes is administered in the United Kingdom. Per Lord Wilberforce it states (at page 98):

The 1970 Act provides (s 1) that 'Income Tax . . . shall be under the care and management of the Commissioners'. This Act contains the very wide powers of the Board and of inspectors of taxes to make assessments on persons designated by Parliament as liable to pay income tax.

Per Lord Diplock it reads (at page 101):

All that I need to say here is that the Board are charged by statute with the care, management and collection on behalf of the Crown of income tax, corporation tax and capital gains tax. In the exercise of these functions the Board have a wide managerial discretion as to the best means of obtaining for the national exchequer from the taxes committed to their charge the highest net return that is practicable having regard to the staff available to them and the cost of collection.

In *Matrix*, Lord Jauncey said the following (at page 787):

Dans leur mémoire d'argumentation, les appelants ont longuement traité de ce sujet. Leur procureur a, en invoquant une impressionnante série de décisions anglaises, tenté de nous convaincre qu'il était temps, et pour la première fois souligne-t-il, que nous adoptions au Canada cette façon nouvelle d'aborder l'application des lois statutaires qui nous régissent. Il nous a cité en particulier à ce sujet les arrêts *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.); *Preston v IRC*, [1985] 2 All ER 327 (H.L.); *Matrix-Securities Ltd v IRC*, [1994] 1 All ER 769 (H.L.).

Il faut souligner au départ que ce concept de la justice naturelle et cette obligation d'agir équitablement, comportent des normes variables. À mon avis il ne peut comme tel s'appliquer en l'occurrence parce que la façon de traiter le justiciable en matière fiscale n'est pas du tout le même au Canada qu'au Royaume-Uni. J'en prends à témoin le parallèle suivant.

L'arrêt *Inland Revenue Comrs v National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd* nous éclaire sur la façon dont est gérée au Royaume-Uni la perception des impôts. Sous la plume de lord Wilberforce, on lit ce qui suit: (à la page 98)

[TRADUCTION] La Loi de 1970 prévoit (art. 1) que 'la gestion de l'impôt sur le revenu . . . est confiée aux Commissaires.' Cette Loi mentionne les pouvoirs très vastes de la Commission et des inspecteurs du fisc d'établir des cotisations relativement aux personnes que le Parlement désigne comme étant tenues de payer l'impôt sur le revenu.

Sous la plume de lord Diplock, on lit ce qui suit (à la page 101):

[TRADUCTION] J'ai seulement besoin de dire ici que les membres de la Commission se voient confier par la loi la gestion et la perception, pour le compte de la Couronne, de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les compagnies et de l'impôt sur les gains en capital. Les membres de la Commission ont, dans l'exercice de ces fonctions, un grand pouvoir discrétionnaire de gestion quant aux meilleurs moyens d'obtenir pour l'administration nationale des finances les rentrées nettes les plus élevées possible à l'égard des impôts confiés à leur charge, compte tenu du personnel dont ils disposent et des frais de perception.

Dans l'arrêt *Matrix*, lord Jauncey s'exprime comme suit (à la page 787):

... the Court may properly review a decision of the Revenue to exercise their statutory powers if the decision is so unfair as to amount to an abuse of power ...

In *Preston* (at page 337) Lord Templeman wrote concerning the remedies available to British taxpayers:

In most cases in which the commissioners are said to have fallen into error, the remedy of the taxpayer lies in the appeal procedures provided by the tax statutes to the General Commissioners or the Special Commissioners. This appeal structure provides an independent and informed tribunal which meets in private so that the taxpayer is not embarrassed in disclosing his affairs and the commissioners are not inhibited by their duty of confidentiality. The commissioners and the tribunal established to hear appeals from the commissioners have wide knowledge and experience of fiscal law and practice. Appeals from the General Commissioners or the Special Commissioners lie, but only on questions of law, to the High Court by means of a case stated and the High Court can then correct all kinds of errors of law including errors which might otherwise be the subject of judicial review proceedings: see *Edwards (Inspector of Taxes) v Bairstow* [1955] 3 All ER 48, [1956] AC 14. Judicial review process should not be allowed to supplant the normal statutory appeal procedure. [Emphasis added.]

The situation in Canada is fundamentally different. Neither the Minister of National Revenue nor his employees have any discretion whatever in the way in which they must apply the *Income Tax Act*. They are required to follow it absolutely, just as taxpayers are also required to obey it as it stands. The institution of Commissioners equipped with broad powers and an extensive discretion to deal with particular cases does not exist here. Accordingly, it is not possible to judge their actions by varying and flexible criteria such as those required by the rules of natural justice. In determining whether their decisions are valid the question is not whether they exercised their powers properly or wrongfully, but whether they acted as the law governing them required them to act.

On this point I cannot do better than to repeat what Pratte J.A. said in *Granger* (at pages 76-77):

To begin with, the rules of natural justice have nothing to do with this issue. The phrase "rules of natural justice" means the

[TRADUCTION] ... la Cour peut dûment réviser une décision du ministère du Revenu d'exercer les pouvoirs que lui confère la loi si cette décision est injuste au point d'équivaloir à un abus de pouvoir ...

En ce qui a trait aux recours accessibles aux contribuables britanniques, lord Templeman écrit dans l'arrêt *Preston* (à la page 337):

[TRADUCTION] Dans la plupart des cas où les commissaires seraient tombés dans l'erreur, le contribuable peut recourir aux procédures d'appel auprès des commissaires généraux ou des commissaires spéciaux, qui sont prévues par les lois fiscales. Cette structure d'appel prévoit un tribunal indépendant et informé qui siège en privé afin que le contribuable ne soit pas embarrassé de divulguer ses affaires et que les commissaires puissent respecter leur obligation de garder le secret. Les commissaires et le tribunal nommés en vue d'entendre les appels formés contre les décisions des commissaires ont une vaste connaissance et une grande expérience du droit et de la pratique en matière fiscale. Les appels contre les décisions des commissaires généraux ou des commissaires spéciaux sont interjetés, mais seulement sur des questions de droit, devant la Haute Cour au moyen d'un exposé de cause, et la Haute Cour peut alors corriger les erreurs de droit de tout genre, notamment celles qui, sinon, pourraient faire l'objet d'une procédure de contrôle judiciaire: voir *Edwards (Inspector of Taxes) v Bairstow* [1955] 3 All ER 48, [1956] AC 14. Il ne faudrait pas que le processus de contrôle judiciaire puisse en venir à remplacer la procédure normale d'appel prévue par la loi. [C'est moi qui souligne.]

La situation au Canada est essentiellement différente. Ni le ministre du Revenu ni ses préposés n'ont quelque discrétion que ce soit dans l'application qu'ils doivent faire de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ils sont tenus de la suivre d'une manière absolue comme d'ailleurs les contribuables sont obligés d'y obéir telle qu'elle est. L'institution des *commissioners* dotés de vastes pouvoirs et d'une généreuse discrétion pour régler chaque cas d'espèce n'existe pas ici. En conséquence, il n'est pas possible de juger leur conduite selon des critères mouvants et variables comme le sont ceux que dicte le principe de la justice naturelle. Pour déterminer si leurs décisions sont valides ou non il ne s'agit pas de se demander s'ils ont exercé leurs pouvoirs d'une façon correcte ou abusive, mais bien s'ils ont agi comme la loi qui les gouverne leur prescrit d'agir.

À ce sujet, je ne peux faire mieux que de répéter ce qu'a écrit le juge Pratte, J.C.A. dans l'arrêt *Granger* (aux pages 76 et 77):

En premier lieu, il faut dire que les principes de justice naturelle n'ont rien à voir dans ce débat. L'expression «principes

fundamental rules of procedure which all who are required to make quasi-judicial, and in many cases administrative, decisions must observe. The applicant's real complaint against the Umpire is not that he infringed the rules of natural justice, simply that he did not apply equity rather than the law. It is beyond question that the Commission and its representatives have no power to amend the law, and that therefore the interpretations which they may give of that law do not themselves have the force of law. It is equally certain that any commitment which the Commission or its representatives may give, whether in good or bad faith, to act in a way other than that prescribed by the law would be absolutely void and contrary to public order. The applicant's argument therefore comes down to this: the Umpire erred because, so as to avoid causing injury to the applicant, he should have refused to apply the law.

Once the applicant's argument is seen in its true light it is clear that it must be dismissed. A judge is bound by the law. He cannot refuse to apply it, even on grounds of equity.

The second difference between the concepts applicable in the British and Canadian systems lies in the way in which taxpayer complaints against the Treasury are dealt with. Unlike the approach taken by the British legislature, which only authorizes someone with a complaint to make about the use made by the Commissioners of their discretion to do so by an appeal on a point of law, a Canadian taxpayer has a procedure which by an action in the Tax Court of Canada allows him the benefit of a full trial in which both the facts and the law will be canvassed.

I therefore conclude that the appellants' argument is not admissible and that the allegation contained in paragraphs 26 (Ludmer) and 28 (Ludco) should be struck from the record.

6. As to paragraphs 28(b) and (c) (Ludmer) and 30(b) and (c) (Ludco)

In subparagraph (a) of the paragraphs in question the appellants asked that the assessments for the 1981 to 1985 taxation years inclusive be set aside and that the matter be referred back to the Minister for reconsideration. This conclusion still remains before the Trial Division.

Subparagraphs (b) and (c) read as follows:

(The Plaintiff(s) seek(s) the following relief(s):

de justice naturelle» désigne en effet les principes fondamentaux de procédure que doivent observer ceux qui ont à prononcer des décisions quasi judiciaires et, dans bien des cas, des décisions administratives. Le véritable reproche que le requérant fait au juge-arbitre, ce n'est pas d'avoir violé les principes de justice naturelle, c'est tout simplement de n'avoir pas appliqué l'équité plutôt que la loi. Il est certain en effet que la Commission et ses représentants n'ont pas le pouvoir de modifier la loi et que, en conséquence, les interprétations qu'ils peuvent faire de la loi n'ont pas elles-mêmes force de loi. Il est également certain que l'engagement que prendrait la Commission ou ses représentants, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, d'agir autrement que ne le prescrit la loi, serait absolument nul et contraire à l'ordre public. En conséquence, la prétention du requérant ne peut être autre chose que celle-ci: le juge-arbitre s'est trompé parce qu'il aurait dû, pour éviter de causer préjudice au requérant, refuser d'appliquer la loi.

Il suffit de voir la prétention du requérant sous son vrai jour pour constater qu'elle doit être rejetée. Le juge est lié par la loi. Il ne peut, même pour des considérations d'équité, refuser de l'appliquer.

La seconde différence entre les notions applicables aux systèmes britannique et canadien réside dans la façon de traiter les griefs des contribuables à l'égard du fisc. Contrairement à l'attitude du législateur britannique qui n'autorise celui qui a à se plaindre de l'usage que les *commissioners* ont fait de leur discrétion, que par le moyen d'un appel impliquant une question de droit, le contribuable canadien jouit d'une procédure qui lui permet, par le moyen d'une demande à la Cour canadienne de l'impôt de bénéficier d'un véritable procès où les faits autant que le droit font partie intégrante du paysage.

Je conclus donc que l'argument des appelants n'est pas recevable et que l'allégation contenue aux paragraphes 26 (Ludmer) et 28 (Ludco) devrait être retranchée du dossier.

6. Quant aux alinéas 28b) et c) (Ludmer) et 30b) et c) (Ludco);

À l'alinéa a) des paragraphes en question, les appelants demandent que les cotisations pour les années d'imposition 1981 à 1985 inclusivement soient mises de côté et que l'affaire soit renvoyée au ministre pour reconsidération. Cette conclusion reste tenante devant la Section de première instance.

Les alinéas b) et c) se lisent comme suit:

[TRADUCTION] (Le(s) demandeur(s) sollicite(nt) les mesures de redressement suivantes):

- (b) a declaration that the reassessments issued by the Minister against the Plaintiff for the 1981 to 1985 taxation years were null and void and consequently of no force or effect because the Minister had no authority to issue them, because they were arbitrary and discriminatory and because they were issued in breach of the Minister's duty to act fairly;
- (c) such other relief as this Honourable Court deems just . . .

In view of the reasons given and the conclusions arrived at above, it is clear that these two remedies are also not available.

Conclusion:

I therefore propose that the appeal be dismissed with costs (limited, however, to the costs of a single appeal). However, the wording of the subject judgment should be:

1. amended to read that in paragraphs 28 (Ludmer) and 30 (Ludco) only subparagraphs (b) and (c) are struck out; and
2. varied to state that the appellants may be permitted to present evidence of any document issued by the Minister which may be relevant solely for the purpose of using the content thereof to determine the meaning and scope given by the Minister of National Revenue at the times material to the case to the provision in paragraph 20(1)(c) of the *Income Tax Act*.

HUGESSEN J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I concur.

- b) un jugement déclaratoire portant que les nouvelles cotisations établies par le ministère à l'encontre du demandeur pour les années d'imposition 1981 à 1985 étaient nulles et non avenues et donc inopérantes parce que le ministre n'avait pas le pouvoir de les établir, parce qu'elles étaient arbitraires et discriminatoires et parce qu'en les établissant, le ministre n'a pas respecté son obligation d'agir équitablement;
- c) toute autre mesure de redressement que la Cour estimera juste . . .

Vu les considérations énoncées et les conclusions prises ci-haut, il est évident que ces deux remèdes ne sont plus accessibles.

Conclusion:

Je propose donc que l'appel soit rejeté avec dépens. Cependant, le dispositif du jugement entrepris devrait:

1. être corrigé pour préciser qu'aux paragraphes 28 (Ludmer) et 30 (Ludco) seuls les alinéas b) et c) seront rayés; et
2. être modifié pour statuer qu'il sera permis aux appelants de faire la preuve de tout document émanant du ministre qui pourra s'avérer pertinent aux seules fins d'en utiliser le contenu pour déterminer le sens et la portée que le ministre du Revenu a donnés, aux époques matérielles au litige, à la disposition de l'alinéa 20(1)(c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

IMM-4272-93

Shanti Kaisersingh, Sagar Kaisersingh, Varindra Kaisersingh, Rajendra Kaisersingh, Shiva Kaisersingh (*Applicants*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

INDEXED AS: KAISERSINGH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, Reed J.—Toronto, December 2 and 13, 1994.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Judicial review of landing denial as applicants “unable . . . to support themselves” (Immigration Act, s. 19(1)(b)) — Living in subsidized public housing — Part of backlog class — Act, s. 6(2) providing member of designated class “may” be granted admission subject to regulations — “May” permissive — Specific exclusion from backlog class of those within inadmissible classes in s. 19(1)(c) to (g) and (j) not preventing operation of s. 19(1)(b) to refuse admission — Backlog class not equal to class having refugee status — Within immigration officer’s jurisdiction to decide whether s. 19(1)(b) applicable.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Reliance on public housing meaning persons “unable or unwilling to support themselves” within Act, s. 19(1)(b) — Applicability to those in refugee claimants backlog class — Immigration officer having jurisdiction to decide.

This was an application for judicial review of an immigration officer’s refusal to grant landing in that the applicants were unable to support themselves, as evidenced by the fact that they required subsidized public housing, and were accordingly inadmissible under *Immigration Act*, paragraph 19(1)(b). The applicants argued that, as members of the backlog class, they did not have to meet that statutory requirement.

Act, subsection 6(2) provides that a member of a designated class “may” be granted admission subject to such regulations as may be established with respect thereto. The Refugee Claimants Designated Class includes individuals in Canada on

IMM-4272-93

Shanti Kaisersingh, Sagar Kaisersingh, Varindra Kaisersingh, Rajendra Kaisersingh, Shiva Kaisersingh (*requérants*)

a

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (*intimé*)

b

RÉPERTORIÉ: KAISERSINGH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

c

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 2 et 13 décembre 1994.

d

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire du refus d’accorder le droit d’établissement pour le motif que les requérants «n’ont pas la capacité . . . de subvenir à leurs besoins» (Loi sur l’Immigration, art. 19(1)(b)) — Les requérants vivent dans un logement subventionné par le gouvernement — Ils appartiennent à la catégorie de l’arriéré — L’art. 6(2) de la Loi prévoit que les personnes appartenant à une catégorie désignée «peuvent» être admises, sous réserve des règlements pris — Le verbe «may» de la version anglaise («peuvent» dans la version française) confère une faculté — L’exclusion explicite de la catégorie de l’arriéré des personnes qui appartiennent aux catégories non admissibles prévues aux art. 19(1)(c) à (g) et (j) n’empêche pas l’application de l’art. 19(1)(b) en vue de refuser l’admission — La catégorie des personnes qui font partie de l’arriéré n’est pas équivalente à la catégorie des personnes qui ont le statut de réfugié — Il relève de la compétence de l’agent d’immigration de déterminer si l’art. 19(1)(b) s’applique.

e

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Le fait de requérir un logement subventionné par le gouvernement signifie que les personnes «n’ont pas la capacité ou la volonté de subvenir à leurs besoins» au sens de l’art. 19(1)(b) de la Loi — Applicabilité aux personnes qui appartiennent à la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié — L’agent d’immigration est compétent pour prendre une décision.

f

Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire du refus d’un agent d’immigration d’accorder le droit d’établissement pour le motif que les requérants n’avaient pas la capacité de subvenir à leurs besoins, ce qui est étayé par le fait qu’ils requéraient un logement subventionné par le gouvernement et, partant, étaient non admissibles en application de l’alinéa 19(1)(b) de la *Loi sur l’Immigration*. Les requérants ont fait valoir qu’à titre de personnes appartenant à la catégorie de l’arriéré, ils ne sont pas tenus de satisfaire à cette exigence de la Loi.

g

Le paragraphe 6(2) de la Loi prévoit que les personnes appartenant à une catégorie désignée «peuvent» être admises, sous réserve des règlements pris à cette fin. La catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié est constituée

h

i

j

January 1, 1989 who had not had their refugee claims finally determined but who had been found to have a credible basis for their claim, and excludes individuals described in Act, paragraphs 19(1)(c) to (g) and (j) (individuals who have been convicted of certain criminal offences or who are believed to be involved in or may commit certain criminal offences). Subsection 6(1) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* provides that an immigration officer may grant landing to members of the class if they meet the requirements of the Act and the *Immigration Regulations, 1978*, except those from which they are exempted by section 5. Section 5 exempts members of the class from subsection 9(1), which requires every immigrant to obtain a visa before appearing at a port of entry.

The applicants argued that (1) "may" subsection 6(2) means "shall"; (2) by exempting individuals from the requirements of subsection 9(1), they are exempted from the requirements of section 19; (3) the specific exclusion from the backlog class of those who fall within the inadmissible classes in paragraphs 19(1)(c) to (g) and (j) indicates an intention not to exclude those who fall within paragraphs 19(1)(a) and (b) from admissibility; (4) such an interpretation would be consistent with the treatment accorded to individuals who have been granted refugee status after a full hearing. Alternatively, applicants submitted that the decision as to the applicability paragraph 19(1)(b) had to be made by an adjudicator. Finally, it was argued that the immigration officer improperly interpreted paragraph 19(1)(b).

Held, the application should be dismissed.

(1) "May" in subsection 6(3) does not mean "shall", but even if it did, by the terms of the subsection, admission is "subject to such regulations as may be established."

(2) Exemption from the requirement to obtain a visa before arriving at a port of entry (section 9) merely allows the members of the backlog to apply for landing from within Canada. It does not necessarily exempt an applicant for admission from the provisions of subsection 19(1).

(3) There is no inconsistency in having some aspects of subsection 19(1) operate to define the backlog class (paragraphs 19(1)(c) to (g) and (j)) and others (paragraphs 19(1)(a) and (b)) having to be met at a later date, when the application for admission is processed.

(4) The backlog class is not equal to the class of persons who have obtained a positive determination on a refugee claim. An individual in the backlog class has demonstrated only a credible basis to his or her claim. The Regulatory Impact Analysis Statement which accompanied publication of the Backlog Regulations made it clear that the requirements of

des personnes qui se trouvaient au Canada le 1^{er} janvier 1989, et dont la revendication du statut de réfugié n'avait pas été tranchée définitivement, mais dont il avait été déterminé qu'elle avait un minimum de fondement, et sont exclues les personnes visées à l'un des alinéas 19(1)c) à g) et j) de la Loi (les personnes qui ont été déclarées coupables de certains actes criminels ou dont on peut penser qu'elles sont impliquées dans certains actes criminels ou pourraient en commettre). Le paragraphe 6(1) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* prévoit que l'agent d'immigration peut accorder le droit d'établissement au membre de la catégorie admissible qui satisfait aux exigences de la Loi et du *Règlement sur l'immigration de 1978*, sauf celles dont il est dispensé aux termes de l'article 5. L'article 5 dispense les membres de la catégorie admissible des exigences du paragraphe 9(1), aux termes duquel les immigrants doivent demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée.

Les requérants ont fait valoir que (1) le verbe «*may*» de la version anglaise («*peuvent*» dans la version française) du paragraphe 6(2) signifie «*shall*» («*doivent*»); (2) les personnes dispensées des exigences du paragraphe 9(1) ne sont pas tenues de respecter les exigences de l'article 19; (3) l'exclusion explicite de la catégorie de l'arriéré des personnes qui appartiennent aux catégories non admissibles prévues aux alinéas 19(1)c) à g) et j) indique une intention de ne pas exclure de la catégorie des personnes admissibles les personnes visées par les alinéas 19(1)a) et b); (4) une telle interprétation est conforme au traitement réservé aux personnes qui ont été reconnues réfugiées à la suite d'une audience approfondie. Subsidiellement, les requérants ont soutenu que la décision relative à l'applicabilité de l'alinéa 19(1)b) appartenait à un arbitre. Enfin, ils ont fait valoir que l'agent d'immigration a incorrectement interprété la signification de l'alinéa 19(1)b).

Jugement: la demande doit être rejetée.

(1) Le verbe «*may*» de la version anglaise («*peuvent*» dans la version française) du paragraphe 6(3) ne signifie pas «*shall*» («*doivent*»), mais même si c'était le cas, l'admission est accordée, aux termes du paragraphe même, «*sous réserve des règlements pris*».

(2) L'exemption de l'obligation d'obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée (article 9) permet simplement aux personnes qui relèvent de l'arriéré de demander, au Canada, le droit d'établissement. Elle ne dispense pas nécessairement la personne qui demande l'admission des exigences du paragraphe 19(1).

(3) Il n'y a rien d'illogique dans le fait que certains aspects du paragraphe 19(1) s'appliquent pour définir la catégorie de l'arriéré (alinéas 19(1)c) à g) et j)) alors que d'autres aspects (alinéas 19(1)a) et b)) doivent être respectés à une date ultérieure, lorsque la demande d'admission est traitée.

(4) La catégorie des personnes qui font partie de l'arriéré n'est pas équivalente à la catégorie des personnes dont la revendication du statut de réfugié a été accueillie. La personne appartenant à l'arriéré a uniquement établi le minimum de fondement de sa revendication. Il est très clair, selon l'étude d'impact de la réglementation qui accompagnait la publication du

paragraph 19(1)(b) were intended to apply to an application for landing made by a member of the backlog class.

The provisions relied upon for the assertion that only an adjudicator can decide whether the applicants fell within paragraph 19(1)(b) related to the removal of a person from Canada, not to applications for permanent resident status.

The addition of "other than those that involve social assistance" to paragraph 19(1)(b) by S.C. 1992, c. 49, s. 11 was not a change in the law, but a clarification thereof. A person who requires public assistance, in the form of government subsidized housing is unable to support himself.

The following question was certified: Does a person who meets the requirements of the designated class under subsection 3(1) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* (the "Backlog Regulations"), SOR/90-40, and who is not excluded by subsection 3(2) of the same regulations have a statutory right of landing (e.g. is not required to meet the requirements of paragraph 19(1)(b) of the *Immigration Act* to obtain landing)?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 6(2), 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19(1)(b) (as am. *idem*, s. 11), (c) (as am. *idem*), (d) (as am. *idem*, c. 47, s. 77), (e) (as am. *idem*, c. 49, s. 11), (f) (as am. *idem*), (g), (j) (as am. by R.S.C., 1985 (3d Supp.), c. 30, s. 3), 20(1), 23(3),(4),(7), 27(2)(c), 29(1), 32(1),(3).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40, ss. 3(1),(2), 4, 5, 6, Regulatory Impact Analysis Statement.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage, [1994] F.C.J. No. 1637 (C.A.) (QL).

DISTINGUISHED:

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers, [1993] 1 F.C. 154; (1992), 97 D.L.R. (4th) 729; 150 N.R. 60 (C.A.); *Bitumar Inc. v. Minister of Energy Mines and Resources* (1986), 4 F.T.R. 98 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Kandasamy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1994] F.C.J. No. 1918 (T.D.) (QL); *Kusi v. The Secretary of State of Canada*, IMM-1790-94, 11/4/94, no reasons; *Mungeni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1387 (T.D.) (QL); *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*

Règlement sur l'arriéré, que les exigences de l'alinéa 19(1)(b) devaient s'appliquer à la demande de droit d'établissement présentée par une personne appartenant à la catégorie de l'arriéré.

Les dispositions qu'invoquent les requérants à l'appui de leur prétention que seul un arbitre peut déterminer si les requérants sont visés par l'alinéa 19(1)(b) concernent le renvoi d'une personne du Canada, et non la demande du statut de résident permanent.

L'ajout de la phrase «n'impliquant pas l'aide sociale» à l'alinéa 19(1)(b) par L.C. 1992, ch. 49, art. 11, n'emportait pas un changement du droit, mais visait à clarifier la disposition. La personne qui requiert l'aide du gouvernement sous la forme d'un logement subventionné est incapable de subvenir à ses besoins.

La question suivante a été certifiée: la personne qui satisfait aux exigences de la catégorie désignée en vertu du paragraphe 3(1) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* (le «Règlement sur l'arriéré»), DORS/90-40, et qui n'est pas exclue par le paragraphe 3(2) du même Règlement a-t-elle le droit d'obtenir le droit d'établissement (savoir qu'elle n'est pas tenue de satisfaire aux exigences de l'alinéa 19(1)(b) de la *Loi sur l'immigration* pour obtenir le droit d'établissement)?

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 6(2), 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 19(1)(b) (mod., *idem*, art. 11), c) (mod., *idem*), d) (mod., *idem*, ch. 47, art. 77), e) (mod., *idem*, ch. 49, art. 11), f) (mod., *idem*), g), j) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3), 20(1), 23(3),(4),(7), 27(2)c), 29(1), 32(1),(3).

Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40, art. 3(1),(2), 4, 5, 6, Résumé de l'étude d'impact de la réglementation.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage, [1994] F.C.J. n° 1637 (C.A.) (QL).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers, [1993] 1 C.F. 154; (1992), 97 D.L.R. (4th) 729; 150 N.R. 60 (C.A.); *Bitumar Inc. c. Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources* (1986), 4 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Kandasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1994] F.C.J. n° 1918 (1^{re} inst.) (QL); *Kusi c. Le secrétaire d'État du Canada*, IMM-1790-94, 11-4-94, aucun motif; *Mungeni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 1387 (1^{re} inst.) (QL); *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et*

(1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43; 129 N.R. 391 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of a denial of landing because the applicants did not meet the requirements of the *Immigration Act*, paragraph 19(1)(b), in that they were unable to support themselves. Application dismissed.

COUNSEL:

Rocco Galati for applicants.
Kevin Lunney for respondent.

SOLICITORS:

Rocco Galati, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The applicants challenge a decision made by an immigration officer on June 28, 1993. The decision effectively decided that they could not be granted landing in Canada because they did not meet the requirements of paragraph 19(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as amended (the Act). That paragraph states that persons shall not be admitted to Canada if "there are reasonable grounds to believe . . . [they] will be unable or unwilling to support themselves."¹ The applicants are part of what is referred to as the backlog class. This is defined by the *Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40 (Backlog Regulations). It is argued that there is no requirement for individuals who fall into that class to meet the requirements of paragraph 19(1)(b). In addition, it is argued that if there is such an obligation, the decision must be made by an adju-

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

(b) persons who there are reasonable grounds to believe are or will be unable or unwilling to support themselves and those persons who are dependent on them for care and support, except persons who have satisfied an immigration officer that adequate arrangements, other than those that involve social assistance, have been made for their care and support.

de l'Immigration) (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43; 129 N.R. 391 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus d'accorder le droit d'établissement pour le motif que les requérants ne satisfaisaient pas aux exigences de l'alinéa 19(1)b) de la *Loi sur l'Immigration*, puisqu'ils n'avaient pas la capacité de subvenir à leurs besoins. Demande rejetée.

AVOCATS:

Rocco Galati pour les requérants.
Kevin Lunney pour l'intimé.

PROCUREURS:

Rocco Galati, Toronto, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: Les requérants contestent une décision prise le 28 juin 1993 par un agent d'immigration. Par cette décision, les requérants se voyaient refuser le droit d'établissement au Canada parce qu'ils ne satisfaisaient pas aux exigences de l'alinéa 19(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée (la Loi). Aux termes de cet alinéa, ne sont pas admissibles au Canada les personnes «dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles n'ont pas la capacité ou la volonté . . . de subvenir . . . à leurs besoins . . . »¹. Les requérants appartiennent à ce qu'on appelle l'arriéré, catégorie établie dans le *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40 (Règlement sur l'arriéré). Ils font valoir que quiconque fait partie de cette catégorie n'est pas tenu de satisfaire aux exigences de l'alinéa 19(1)b). En cas contraire, soutien-

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

b) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles n'ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir tant à leurs besoins qu'à ceux des personnes à leur charge et qui ne peuvent convaincre l'agent d'immigration que les dispositions nécessaires—n'impliquant pas l'aide sociale—ont été prises en vue d'assurer leur soutien.

dicator, not an immigration officer. Lastly, it is argued that, in any event, the immigration officer, in this case, improperly interpreted the meaning of paragraph 19(1)(b) and improperly applied it to the facts of this case.

Backlog Class—Backlog Regulations

It is necessary to describe the relevant statutory framework in order to assess the arguments which are made on behalf of the applicants. At the relevant time, subsection 6(2) of the Act² referred to the Governor in Council's authority to designate classes of persons who may be admitted to Canada in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted. That subsection provided:

6. . . .

(2) Any Convention refugee and any person who is a member of a class designated by the Governor in Council as a class, the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, may be granted admission subject to such regulations as may be established with respect thereto and notwithstanding any other regulations made under this Act. [Underlining added.]

Pursuant to that subsection, the Governor in Council issued the Backlog Regulations. The class defined by those Regulations, set out in subsection 3(1), comprises individuals who were in Canada as of January 1, 1989 and who had not had their refugee claims finally determined, but who had been found to have a credible basis for their claim.³ The class is further defined by excluding therefrom individuals who fall

² Although the Act was amended on February 1, 1993, by S.C. 1992, c. 49, and subsection 6(2) became 6(3), the applicants' right to apply for landing arose and their application for landing was made under the earlier legislation. Thus throughout this judgment references to the pre-February 1, 1993 legislation occur.

³ 3. (1) Subject to subsection (2), the Refugee Claimants Designated Class is hereby designated for the purposes of subsection 6(2) of the Act as a class the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, and shall consist of those persons who

(Continued on next page)

nent-ils par ailleurs, la décision appartient à un arbitre et non à un agent d'immigration. Ils font enfin valoir que, quoi qu'il en soit, l'agent d'immigration a en l'espèce incorrectement interprété la signification de l'alinéa 19(1)b) et a incorrectement appliqué celui-ci aux faits de la présente affaire.

Catégorie des personnes faisant partie de l'arriéré— Règlement sur l'arriéré

Pour juger les arguments avancés pour le compte des requérants, il est nécessaire d'exposer le cadre législatif pertinent. À l'époque en cause, le paragraphe 6(2) de la Loi² renvoyait au pouvoir du gouverneur en conseil de désigner une catégorie de personnes admissibles au Canada conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées. Il portait que:

6. . . .

(2) Les réfugiés au sens de la Convention et les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible par le gouverneur en conseil conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées peuvent être admis, sous réserve des règlements pris à cette fin et par dérogation aux règlements d'application générale. [Non souligné dans l'original.]

C'est en application de ce paragraphe que le gouverneur en conseil a pris le Règlement sur l'arriéré. La catégorie établie par ce règlement au paragraphe 3(1) est constituée des personnes qui se trouvaient au Canada le 1^{er} janvier 1989, et dont la revendication du statut de réfugié n'avait pas été tranchée définitivement, mais dont il avait été déterminé qu'elle avait un minimum de fondement³. Sont

² Bien que la Loi ait été modifiée le 1^{er} février 1993 par L.C. 1992, ch. 49, et que le paragraphe 6(2) soit devenu le paragraphe 6(3), le droit des requérants de faire une demande d'établissement ainsi que leur demande d'établissement relèvent de la Loi antérieure à cette modification. Par conséquent, on trouvera dans les présents motifs des références à la Loi antérieure au 1^{er} février 1993.

³ 3. (1) Sous réserve du paragraphe (2), conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées, la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié est établie pour l'application du paragraphe 6(2) de la Loi et est constituée des personnes, à la fois:

(Suite à la page suivante)

into certain categories. These exclusion categories are set out in subsection 3(2) of the Backlog Regulations. They include individuals who are described in paragraphs 19(1)(c) to (g) [as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 77; *idem*, c. 49, s. 11], (j) [as am. by R.S.C., 1985 (3d Supp.), c. 30, s. 3] or 27(2)(c) of the Act.⁴ There is no dispute that the applicants fall within the

(Continued from previous page)

(a) were in Canada on January 1, 1989 or had been directed back, prior to that date, to the United States pursuant to subsection 23(5) of the Act, to await the availability of an adjudicator for an inquiry scheduled to be held on or after that date;

(b) signified, before January 1, 1989, an intention to make a claim to be a Convention refugee

(i) to an immigration officer, who recorded that intention before that date, or to a person acting on behalf of an immigration officer, who an immigration officer is satisfied recorded that intention before that date, or

(ii) to an adjudicator prior to the conclusion of an inquiry respecting those persons' status in Canada; and

(c) have been determined to have a credible basis for their claim to be a Convention refugee pursuant to

(i) subsection 46.01(6) or (7) of the Act, or

(ii) subsection 43(1) of an Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof, R.S., c. 28 (4th Supp.).

⁴ 3. . . .

(2) The Refugee Claimants Designated Class shall not include a person who

(a) has been determined to be a Convention refugee under the Act as it read before January 1, 1989;

(b) is the subject of a removal order or a departure notice and has not been removed from or otherwise left Canada;

(c) has made an application for landing pursuant to these Regulations or the *Refugee Claims Backlog Regulations*, as it read before its revocation by Order in Council P.C. 1989-467 on March 23, 1989, which application has been refused;

(d) has failed to appear for

(i) an examination that was adjourned pursuant to subsection 12(3) of the Act,

(ii) an inquiry respecting that person's status in Canada or for the continuation of such an inquiry for which the person was given an appointment, or

(iii) an examination under oath with respect to a claim to be a Convention refugee or for the continuation of

(Continued on next page)

ensuite exclues les personnes appartenant à certaines catégories, lesquelles figurent au paragraphe 3(2) du Règlement sur l'arriéré. Ce sont notamment les personnes visées à l'un des alinéas 19(1)c) à g) [mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 77; *idem*, ch. 49, art. 11] et j) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3] et 27(2)c) de la Loi⁴. Personne ne conteste que les

(Suite de la page précédente)

a) qui se trouvaient au Canada le 1^{er} janvier 1989 ou qui avaient reçu l'ordre avant cette date, en application du paragraphe 23(5) de la Loi, de retourner aux États-Unis et d'attendre qu'un arbitre puisse mener une enquête dont la tenue était fixée pour cette date ou après celle-ci;

b) qui ont manifesté, avant le 1^{er} janvier 1989, leur intention de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention qui, selon le cas:

(i) a été communiquée à un agent d'immigration qui l'a consignée avant cette date ou à une personne agissant au nom d'un agent d'immigration, laquelle a, de l'avis d'un agent d'immigration, consigné cette intention avant cette date,

(ii) a été communiquée à l'arbitre au cours de l'enquête concernant leur statut au Canada;

c) dont la revendication a un minimum de fondement selon ce qui a été conclu ou déterminé conformément:

(i) soit aux paragraphes 46.01(6) ou (7) de la Loi,

(ii) soit au paragraphe 43(1) de la Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.R., ch. 28 (4^e suppl.).

⁴ 3. . . .

(2) Les personnes suivantes ne peuvent faire partie de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié:

a) celles qui ont été reconnues réfugiées au sens de la Convention en vertu de la Loi, dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 1989;

b) celles qui font l'objet d'une mesure de renvoi ou d'un avis d'interdiction de séjour et qui n'ont pas été renvoyées du Canada ou qui n'ont pas quitté le pays;

c) celles dont la demande de droit d'établissement présentée en application du présent règlement ou du Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié, dans sa version antérieure à son abrogation par le décret C.P. 1989-467 du 23 mars 1989, a été rejetée;

d) celles qui ne se sont pas présentées, selon le cas:

(i) à l'interrogatoire ajourné conformément au paragraphe 12(3) de la Loi,

(ii) à l'enquête concernant leur statut au Canada ou à la reprise d'une telle enquête après y avoir été convoquées,

(iii) à l'interrogatoire sous serment concernant leur revendication du statut de réfugié au sens de la Conven-

(Suite à la page suivante)

class described by subsection 3(1) of the Backlog Regulations and are not with the exclusions set out in subsection 3(2). Consequently, the applicants obtain the benefit of section 4 of the Backlog Regulations and are entitled to apply for landing:

4. A member of the Refugee Claimants Designated Class may make an application for landing to an immigration officer.

Section 6 of the Backlog Regulations⁵ provides that, on such an application for landing, an immigration officer may grant landing to members of the class if they meet the requirements of the Act and the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172],

(Continued from previous page)

such an examination for which the person was given an appointment;

(e) is described in any of paragraphs 19(1)(c) to (g), (j) or 27(2)(c) of the Act;

(f) left Canada after the coming into force of these Regulations and remained outside Canada for more than seven days; or

(g) is determined by the Refugee Division not to be a Convention refugee.

⁵ 6. (1) Subject to subsections (2) to (4), where a member of the Refugee Claimants Designated Class makes an application for landing, an immigration officer may grant landing to the member and the member's dependants if the member and the dependants meet the requirements of the Act and of the *Immigration Regulations, 1978* except those from which they are exempt under section 5.

(2) An immigration officer may refuse to grant landing to a member of the Refugee Claimants Designated Class and the member's dependants if the member or any of the member's dependants refuses to be photographed or fingerprinted under subsection 44(2) of the *Immigration Regulations, 1978*.

(3) Where an immigration officer is of the opinion that the information provided to that officer by a member of the Refugee Claimants Designated Class or a dependant of the member in respect of the member's application for landing is insufficient or where the officer has reasonable grounds to doubt the accuracy of the information, that officer may request additional information or verification of the information before granting or refusing landing.

(4) An immigration officer who grants landing may subject the landing to the term or condition that the person report for medical observation or treatment at a time and place specified by the officer.

requérants font partie de la catégorie décrite au paragraphe 3(1) du Règlement sur l'arriéré et qu'ils ne sont pas exclus par le paragraphe 3(2). Ils peuvent ainsi se prévaloir de l'article 4 du Règlement sur l'arriéré et présenter une demande de droit d'établissement:

4. Tout membre de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié peut présenter à l'agent d'immigration une demande de droit d'établissement.

L'article 6 du Règlement sur l'arriéré⁵ prévoit que l'agent d'immigration peut accorder le droit d'établissement au membre de la catégorie admissible qui a présenté une demande à cet effet, si le membre satisfait aux exigences de la Loi et du *Règlement sur*

(Suite de la page précédente)

tion ou à la reprise d'un tel interrogatoire après y avoir été convoqués;

e) celles qui sont visées à l'un des alinéas 19(1)(c) à (g) ou j) et 27(2)(c) de la Loi;

f) celles qui ont quitté le Canada après l'entrée en vigueur du présent règlement et qui sont demeurées hors du Canada pendant plus de sept jours;

g) celles à qui la section du statut refuse le statut de réfugié au sens de la Convention.

⁵ 6. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (4), l'agent d'immigration peut accorder le droit d'établissement au membre de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié qui a présenté une demande à cet effet, ainsi qu'aux personnes à sa charge, si le membre et les personnes à sa charge satisfont aux exigences de la Loi et du *Règlement sur l'immigration de 1978*, sauf celles dont ils sont dispensés aux termes de l'article 5.

(2) L'agent d'immigration peut refuser d'accorder le droit d'établissement au membre de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié et aux personnes à sa charge, si le membre ou l'une des personnes à sa charge refuse de se faire photographier ou de se soumettre à la dactyloscopie en vertu du paragraphe 44(2) du *Règlement sur l'immigration de 1978*.

(3) L'agent d'immigration qui juge insuffisants les renseignements qui lui ont été fournis par le membre de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié ou l'une des personnes à sa charge au sujet de la demande de droit d'établissement présentée par le membre ou qui a des motifs raisonnables de douter de l'exactitude de ces renseignements peut exiger des renseignements supplémentaires ou faire vérifier l'exactitude des renseignements fournis avant de statuer sur la demande.

(4) L'agent d'immigration qui accorde le droit d'établissement peut l'assortir de conditions, à savoir que la personne en cause se présente pour observation ou traitement médical aux dates, heures et lieux fixés par l'agent.

except for those requirements from which they have been exempted by virtue of section 5. Section 5 of the Backlog Regulations exempts members of the class from subsection 9(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4] of the Act.⁶ Subsection 9(1) of the Act states that every immigrant and visitor shall obtain a visa before appearing at a port of entry. The obtaining of such visa, in normal circumstances, requires that a visa officer determine whether the person may be granted landing or entry to Canada and this includes an assessment as to whether the person falls within any of the inadmissible classes set out in section 19 of the Act.

Applicability of the Requirements of Paragraph 19(1)(b)

Counsel for the applicants argues that as a result of these provisions, once a person is determined to fall within the backlog class, that person does not need to meet the requirements of paragraph 19(1)(b) of the Act in order to obtain landing. This position is based on a number of arguments. Firstly, subsection 6(2) of the Act states that any person falling within a designated class “may be granted admission” [underlining added]. It is argued that in this context, “may” means shall. This interpretation relies upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154 and the decision in *Bitumar Inc. v. Minister of Energy Mines and Resources* (1986), 4 F.T.R. 98 (F.C.T.D.). Secondly, it is argued that if subsection 6(2) of the Act is not read in this way no one is in the backlog: the class is an empty one. This follows, it is said, because by exempting individuals from the requirements of subsection 9(1) of the Act, they are exempted from being required to meet the requirements of section 19 in order to come into the country. Thirdly, the Regulations specifically exclude from the definition of the backlog class those individuals who fall within the inadmissible classes described in

⁶ 5. For the purpose of an application for landing made pursuant to section 4, a member of the Refugee Claimants Designated Class and the dependants of that member are exempt from the requirements of subsection 9(1) of the Act and sections 4 to 11 and subsection 14(1) of the *Immigration Regulations, 1978*.

l'immigration de 1978 [DORS/78-172], sauf celles dont il est dispensé aux termes de l'article 5. L'article 5 du Règlement sur l'arriéré dispense les membres de la catégorie admissible des exigences du paragraphe 9(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4] de la Loi⁶. Aux termes de ce dernier paragraphe, les immigrants et les visiteurs doivent demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée. Dans des circonstances normales, il faut, pour obtenir ce visa, qu'un agent des visas détermine si la personne peut obtenir le droit d'établissement ou une autorisation de séjour au Canada. Dans le cadre de cette évaluation, l'agent doit déterminer si la personne relève de l'une des catégories non admissibles énoncées à l'article 19 de la Loi.

Applicabilité des exigences prévues à l'alinéa 19(1)b)

L'avocat des requérants fait valoir que, du fait de ces dispositions, la personne que l'on considère comme faisant partie de l'arriéré n'est pas tenue de satisfaire aux exigences de l'alinéa 19(1)b) de la Loi pour obtenir le droit d'établissement. Il fonde sa position sur plusieurs arguments. D'une part, le paragraphe 6(2) de la Loi prévoit que les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible «peuvent être admis[es]». L'avocat soutient que, dans ce contexte, le verbe «may» de la version anglaise («peuvent» dans la version française) signifie «shall» (doivent). Il invoque, à l'appui de cette interprétation, la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers*, [1993] 1 C.F. 154 et dans *Bitumar Inc. c. Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources* (1986), 4 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.). D'autre part, l'avocat fait-il valoir, si le paragraphe 6(2) de la Loi n'est pas interprété de cette façon, personne n'appartient à la catégorie de l'arriéré: elle est vide. Il en est ainsi, dit-on, parce que les personnes dispensées des exigences du paragraphe 9(1) de la Loi ne sont pas tenues de respecter les exigences de l'article 19 pour entrer au pays. Par ailleurs, le Règlement exclut expressément

⁶ 5. Tout membre de la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié et les personnes à sa charge sont dispensés des exigences du paragraphe 9(1) de la Loi ainsi que des articles 4 à 11 et du paragraphe 14(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, relativement à la demande de droit d'établissement présentée par le membre en application de l'article 4.

paragraphs 19(1)(c) to (g) and (j). Implicit in that definition, is an intention not to exclude from the category of individuals admissible to Canada, as part of the backlog, those who fall within the inadmissible classes described in paragraphs 19(1)(a) and (b). If it had been intended that backlog refugees had to meet those requirements, they would have been among the inadmissible classes set out as part of the definition of the class in subsection 3(2) of the Backlog Regulations. Fourthly such an interpretation is consistent with the treatment accorded to individuals who have been granted refugee status after a full hearing.

With respect to the argument that “may” in subsection 6(2) of the Act must be read as “shall,” I am not persuaded that this is so. Counsel for the applicants relies upon a statement by Mr. Justice Mahoney, at pages 157-158, in the *Mayers* decision, *supra*. Mr. Justice Mahoney said:

[T]he favourable decision of one member of the tribunal being conclusive, and the respondent being in the so-called “backlog”, the determination of the adjudicator entitled her to be admitted to Canada. [Underlining added.]

Counsel relies on the underlined words and argues that once his clients have been found to fall within the backlog class they are entitled to be landed. In my view, Mr. Justice Mahoney’s statement cannot be taken so far. The Court of Appeal was dealing, in that case, with a situation in which the issue was the proper disposition of a credible basis decision when the panel members reached opposite conclusions. Their minds were not directed to whether falling within the backlog class gave an automatic right of admission to Canada, as counsel now argues. What is more, if the particular applicant in the *Mayers* decision had in fact already been determined to meet all the requirements of the Act and regulations, she would be entitled to be landed and, thus, Mr. Justice Mahoney’s statement would be merely a description

de la définition de la catégorie des personnes faisant partie de l’arriéré celles qui appartiennent aux catégories non admissibles prévues aux alinéas 19(1)c) à g) et j). Il ressort implicitement de cette définition une intention de ne pas exclure de la catégorie des personnes qui sont admissibles au Canada parce qu’elles appartiennent à l’arriéré, les personnes qui font partie des catégories non admissibles prévues aux alinéas 19(1)a) et b). Si on avait eu l’intention de contraindre les réfugiés faisant partie de l’arriéré à respecter ces exigences, elles auraient fait partie des catégories non admissibles qui figurent dans la définition de la catégorie au paragraphe 3(2) du Règlement sur l’arriéré. Enfin, une telle interprétation est conforme au traitement réservé aux personnes qui ont été reconnues réfugiées à la suite d’une audience approfondie.

En ce qui concerne l’argument portant que le verbe «may» de la version anglaise («peuvent» dans la version française) du paragraphe 6(2) de la Loi doit signifier «shall» (doivent), je ne suis pas convaincue que ce soit le cas. L’avocat des requérants invoque les propos du juge Mahoney aux pages 157 et 158 de la décision *Mayers* (précitée). Le juge Mahoney a dit ceci:

La décision favorable d’un membre du tribunal était concluante, et l’intimée faisant partie du soi-disant «arriéré», la décision de l’arbitre lui a permis d’être admise au Canada. [Non souligné dans l’original.]

L’avocat se fonde sur le passage souligné pour soutenir qu’une fois que ses clients ont été jugés appartenir à la catégorie de l’arriéré, il leur est permis d’obtenir le droit d’établissement. À mon avis, on ne peut prêter une telle portée aux propos du juge Mahoney. La Cour d’appel devait déterminer, dans cette affaire, le sort d’une décision relative au minimum de fondement dans laquelle les membres du tribunal avaient tiré des conclusions contraires. Les juges n’avaient pas à déterminer si le fait d’appartenir à l’arriéré conférait automatiquement le droit d’être admis au Canada, comme le soutient maintenant l’avocat. En outre, si on avait effectivement déjà déterminé que la requérante dans l’affaire *Mayers* satisfaisait à toutes les exigences de la Loi et du Règlement, cela lui aurait permis d’obtenir le droit d’établissement, et

of the particular consequences for that applicant. The description of the consequences of falling within the backlog class, in all circumstances, cannot be taken as having been decided by Mr. Justice Mahoney in *Mayers*. In this larger context his decision is dicta ^a only.

The *Bitumar* decision, *supra*, describes the law ^b respecting the circumstances in which the word “may” is interpreted as carrying a mandatory connotation. It refers to the principle that when a public officer has authority to exercise a power, for the benefit of persons who are specifically described in the legislation, the power ought to be so exercised. In this case, however, even if the word “may” in subsection 6(2) of the Act is interpreted to mean “shall,” the admission to Canada which “shall” be granted, in accordance with that subsection, is, by the terms of the subsection itself, “subject to such regulations as may be established”. Thus, even if counsel’s argument is correct, his interpretation does not lead to an escape from the need to comply with the regulations. ^c ^d ^e

With respect to counsel’s second argument, I do ^f not read the statutory framework in the same way that he does. Subsection 6(2) of the Act provides for the designating of classes of persons who “may be granted admission subject to such regulations as may be established” (underlining added). Section 3 of the Backlog Regulations defines the class and section 6 of the Backlog Regulations describes the conditions which must be met by class members in order to become landed. One of those conditions is that the individual must meet the requirements of the Act and the *Immigration Regulations, 1978*. Those requirements include paragraph 19(1)(b) of the Act. The requirement that all the conditions of the Act must be met does not empty the backlog class of all members, as counsel for the applicants argues. Section 5 of the Backlog Regulations removes the need for class members to comply with subsection 9(1) of the Act. Class members are not required to have obtained a visa before arriving at a port of entry. They may make an application for landing from within the ^g ^h ⁱ ^j

donc les propos du juge Mahoney ne constitueraient qu’un simple exposé des conséquences particulières pour cette requérante. On ne peut induire que, dans *Mayers*, le juge Mahoney a fixé les conséquences qu’engendre le fait d’appartenir à l’arriéré dans toutes les situations. Dans ce contexte élargi, sa décision n’est qu’une remarque incidente.

La décision dans *Bitumar* (précitée) expose le droit ^b relativement aux circonstances dans lesquelles le verbe «*may*» (peut) est interprété comme comportant une connotation impérative. Elle renvoie au principe portant que, lorsqu’un fonctionnaire est habilité à exercer un pouvoir, pour le bénéfice des personnes qui sont expressément énumérées dans la loi, le pouvoir doit être ainsi exercé. En l’espèce, toutefois, même si le verbe «*may*» de la version anglaise («*peuvent*» dans la version française) du paragraphe 6(2) de la Loi est interprété comme signifiant «*shall*» (doivent), l’admission au Canada qui «doit» être accordée conformément à ce paragraphe l’est, aux termes du paragraphe même, «sous réserve des règlements pris». Ainsi, même si l’argument de l’avocat est juste, son interprétation ne permet pas de contourner l’obligation de respecter les règlements. ^c ^d ^e

Quant au second argument de l’avocat, je n’interprète pas le cadre législatif comme il le fait. Le paragraphe 6(2) de la Loi prévoit la désignation de catégories de personnes qui «peuvent être admis[es], sous réserve des règlements pris» (non souligné dans l’original). L’article 3 du Règlement sur l’arriéré définit la catégorie et l’article 6 du même Règlement énumère les conditions qui doivent être remplies par les personnes appartenant à la catégorie qui désirent obtenir le droit d’établissement. Elles doivent notamment respecter les exigences de la Loi et du *Règlement sur l’immigration de 1978*. L’alinéa 19(1)b) de la Loi est au nombre de ces exigences. L’obligation de respecter toutes les conditions de la Loi ne vide pas la catégorie des personnes faisant partie de l’arriéré de tous ses membres, comme le soutient l’avocat des requérants. L’article 5 du Règlement sur l’arriéré soustrait les membres de la catégorie à l’obligation de respecter le paragraphe 9(1) de la Loi. Ils ne sont donc pas requis d’obtenir un visa avant de se présenter à un point d’entrée. Ils peuvent solliciter, ^f ^g ^h ⁱ ^j

country. I am not persuaded that in the context of the relevant provisions, exemption from the requirement to obtain a visa (subsection 9(1) of the Act) necessarily exempts an applicant for admission from the requirements of subsection 19(1). I read the exemption, in section 5 of the Backlog Regulations, as doing no more than allowing the members of the backlog to apply for landing from within Canada.

Counsel's third argument is that since falling within some of the paragraphs of subsection 19(1) (i.e. paragraphs (c) to (g) and (j)) automatically excludes an applicant from the backlog class this means that the other paragraphs of subsection 19(1) cannot be taken into account at a later stage, as grounds for refusing admission. I am not persuaded that this is so. Paragraphs 19(1)(c) to (g) and (j) exclude from the backlog class those individuals who have been convicted of certain criminal offences or with respect to whom there are reasons to believe they are involved in or may commit certain criminal offences, including subversion, espionage and terrorism. It may seem an unusual and a redundant way of drafting legislation, to use certain requirements of subsection 19(1) of the Act to exclude individuals from the class and other requirements thereof as grounds upon which an individual can be refused admission, at a later stage, but I am not persuaded that this excludes the latter from operating. The exclusions which define the class operate as of the date of the coming into force of the Backlog Regulations. They would not, for example, exclude individuals subsequently convicted of a criminal offence described in paragraph 19(1)(c) of the Act. The application of Backlog Regulation 6(1), however, would exclude from admissibility for landing individuals who committed offences between the time they became members of the class and the time their application for landing was processed. Similarly, the requirements of paragraphs 19(1)(a) and (b) do not lead to an automatic exclusion as of the date the individual falls within the backlog class. Those requirements (medical admissibility and financial independence) are matters that can change over time. They were left for consideration by an immigration officer, in the normal way, at the time the application for

au Canada, le droit d'établissement. Je ne suis pas convaincue que, dans le contexte des dispositions pertinentes, l'exemption de l'obligation d'obtenir un visa (paragraphe 9(1) de la Loi) dispense nécessairement la personne qui demande l'admission des exigences du paragraphe 19(1). À mon sens, l'exemption prévue à l'article 5 du Règlement sur l'arriéré permet simplement aux personnes qui relèvent de l'arriéré de demander, au Canada, le droit d'établissement.

L'avocat des requérants soutient en troisième lieu que, puisque le requérant visé par l'un ou l'autre des alinéas du paragraphe 19(1) (soit les alinéas c) à g) et j)) est automatiquement exclu de l'arriéré, les autres alinéas du paragraphe 19(1) ne peuvent être invoqués à une étape ultérieure, comme motifs du refus de l'admission. Je ne suis pas convaincue de la justesse de cet argument. Aux termes des alinéas 19(1)c) à g) et j), sont exclues de l'arriéré les personnes qui ont été déclarées coupables de certains actes criminels, ou dont il y a des motifs de croire qu'elles sont impliquées ou risquent de commettre certains actes criminels, dont des actes de subversion, d'espionnage et de terrorisme. Cette méthode de rédaction législative, qui consiste à utiliser certaines exigences du paragraphe 19(1) de la Loi pour exclure des personnes de la catégorie et d'autres exigences du même paragraphe pour refuser l'admission à une personne à une étape ultérieure, peut sembler inhabituelle et redondante, mais je ne suis pas persuadée que cela fasse obstacle à l'application de ces dernières exigences. Les exclusions qui déterminent la catégorie s'appliquent à la date de l'entrée en vigueur du Règlement sur l'arriéré. Ainsi, elles n'excluraient pas les personnes qui sont subséquentement déclarées coupables d'un acte criminel prévu à l'alinéa 19(1)c) de la Loi. L'application du paragraphe 6(1) du Règlement sur l'arriéré rendrait cependant inadmissible au droit d'établissement les personnes qui ont commis un acte criminel entre le moment où elles sont devenues membres de la catégorie et le moment où leur demande de droit d'établissement a été traitée. De même, les exigences des alinéas 19(1)a) et b) n'entraînent pas automatiquement l'exclusion à compter du moment où une personne devient membre de l'arriéré. Ces exigences (admissibilité médicale et indépendance financière) sont des questions qui peuvent

landing is processed.⁷ Therefore, I do not see an inconsistency in having some aspects of subsection 19(1) operate to define the backlog class and others having to be met at a later date, when the application for admission is processed.

Counsel argues that a member of the backlog class was, by the legislation, being equated to a person who had been granted refugee status after a full hearing (i.e. he states that medical inadmissibility and financial independence are not grounds for refusing landing). I have not been persuaded that this is the case. The backlog class is not equal to the class of persons who have obtained a positive determination on a refugee claim. An individual in the backlog class has demonstrated only a credible basis to his or her claim—there has been no inferences or conclusions drawn with regard to the essential elements of the claim.⁸ The backlog category was created to solve administrative problems which had arisen because of the large number of claims that were being received which the system could not process in a timely way. The creation of the backlog class was intended to allow individuals to apply for landing from within Canada. I am not persuaded it was intended to give those individuals a status similar to Convention refugees. I am further persuaded in this view on reading the Regulatory Impact Analysis Statement which accompanied the publication of the Backlog Regulations. That statement makes it abundantly clear that the requirements of paragraph 19(1)(b) of the Act were intended to apply to an application for landing made by a member of the backlog class:

varier avec le temps. Il appartient à l'agent d'immigration de les examiner, normalement, au moment où la demande d'établissement est traitée⁷. Par conséquent, je ne vois rien d'illogique dans le fait que certains aspects du paragraphe 19(1) s'appliquent pour définir la catégorie de l'arriéré alors que d'autres aspects doivent être respectés à une date ultérieure, lorsque la demande d'admission est traitée.

L'avocat fait valoir que la personne qui fait partie de l'arriéré est, du fait de la loi, assimilée à une personne ayant obtenu le statut de réfugié à la suite d'une audition approfondie (il déclare donc que l'inadmissibilité médicale et l'indépendance financière ne peuvent motiver le refus du droit d'établissement). On ne m'a pas persuadée que ce soit le cas. La catégorie des personnes qui font partie de l'arriéré n'est pas équivalente à la catégorie des personnes dont la revendication du statut de réfugié a été accueillie. La personne appartenant à l'arriéré a uniquement établi le minimum de fondement de sa revendication—il n'a été tiré aucune inférence ni conclusion relativement aux éléments essentiels de sa revendication⁸. La catégorie de l'arriéré a été créée pour résoudre les difficultés d'ordre administratif qu'a engendrées le grand nombre de revendications reçues, et que le système n'était pas en mesure de traiter dans des délais raisonnables. La création de la catégorie de l'arriéré visait à permettre aux personnes de demander, au Canada, le droit d'établissement. Je ne suis pas convaincue qu'elle ait été destinée à accorder à ces personnes un statut semblable aux réfugiés au sens de la Convention. Je suis renforcée dans cette opinion par la lecture du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui accompagnait la publication du Règlement sur l'arriéré. Il est très clair, selon ce résumé, que les exigences de l'alinéa 19(1)b) de la Loi devaient s'appliquer à la demande de droit d'établissement présentée par une personne appartenant à la catégorie de l'arriéré:

⁷ Subsequent to the hearing of this application, (on hearing the application for judicial review in *Kandasamy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1918 (T.D.) (QL)), I was referred to the decisions in *Kusi v. The Secretary of State of Canada* (IMM-1790-94, April 11, 1994) and *Mungeni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1387 (T.D.) (QL), which came to a similar conclusion.

⁸ *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (F.C.A.).

⁷ Après l'audition de la présente demande (lors de l'audience sur la demande de contrôle judiciaire dans *Kandasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 1918 (1^{re} inst.) (QL)), on m'a renvoyée aux décisions dans *Kusi c. Le secrétaire d'État du Canada* (IMM-1790-94, le 11 avril 1994) et *Mungeni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 1387 (1^{re} inst.) (QL), où on en est arrivé à une conclusion semblable.

⁸ *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (C.A.F.).

The Government's intervention is required to clear the backlog of refugee claims, which accumulated prior to the implementation of the new determination system, through an expedited process parallel to the new refugee determination system. In this way, it will be possible to protect the refugee determination system from becoming overwhelmed and thus ineffective in terms of meeting Canada's obligations to genuine refugees in a timely manner.

In order to preserve the efficiency and effectiveness of the new determination system, particularly in the infancy of its implementation, claimants who are defined in the backlog population will have their cases considered under a process separate from the new determination system. . . .

Where a credible basis for the refugee claim can be established, the claimant will be allowed to apply for landing from within Canada. To qualify for landing, the applicant must meet statutory requirements (security, criminal, health) and must not be dependent on public welfare assistance. Those claimants who have a credible basis for their claims, but who are not eligible for landing for the foregoing reasons, will be referred for full hearings of their refugee claims before a panel of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (IRB). [Underlining added.]

Immigration Officer or Adjudicator to make the Decision

Counsel for the applicants asserts that it was not for the immigration officer to make a decision as to whether the applicants fall within paragraph 19(1)(b), that only an adjudicator can make that decision. He relies for his argument on paragraph 19(1)(b), subsections 20(1), 23(3),(4),(7), 29(1), 32(1), and (3) of the Act.

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

(b) persons who there are reasonable grounds to believe are or will be unable or unwilling to support themselves . . .

20. (1) Where an immigration officer is of the opinion that it would or may be contrary to this Act or the regulations to grant admission to a person examined by the officer or otherwise let that person come into Canada, the officer may detain or make an order to detain that person and shall

(a) subject to subsection (2), report that person in writing to a senior immigration officer . . .

Le gouvernement doit intervenir pour supprimer l'arriéré des revendications du statut de réfugié qui se sont accumulées avant la mise en place du nouveau processus de détermination du statut de réfugié. En ayant recours à un processus accéléré parallèle au nouveau processus, il sera possible de protéger ce dernier et d'empêcher qu'il devienne engorgé et inefficace au point où le Canada ne pourrait plus s'acquitter de ses obligations à l'égard des réfugiés authentiques dans des délais raisonnables.

Pour préserver l'efficacité et l'efficacité du nouveau processus de détermination du statut de réfugié, surtout dans les premiers temps de sa mise en œuvre, les cas de l'arriéré seront examinés suivant un processus distinct du nouveau processus. . . .

S'il est établi que la revendication comporte un minimum de fondement, le demandeur sera autorisé à solliciter, au Canada, le droit d'établissement. Pour obtenir le droit d'établissement, le demandeur doit satisfaire aux exigences statutaires (sécurité, criminalité, santé) et ne doit pas être bénéficiaire de l'aide sociale. Les demandeurs dont la revendication comporte un minimum de fondement, mais qui ne sont pas admissibles au droit d'établissement pour les raisons précitées, seront déférés à la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) en vue d'une audience approfondie. [Non souligné dans l'original.]

Décision appartenant à un agent d'immigration ou à un arbitre

L'avocat des requérants soutient qu'il n'appartenait pas à l'agent d'immigration de déterminer si les requérants étaient visés par l'alinéa 19(1)(b), et que seul un arbitre peut prendre cette décision. Il invoque à l'appui de son argument l'alinéa 19(1)(b) et les paragraphes 20(1), 23(3),(4),(7), 29(1), 32(1) et (3) de la Loi.

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

b) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles n'ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir . . . à leurs besoins . . .

20. (1) L'agent d'immigration qui, après interrogatoire, estime que le fait d'admettre ou de laisser entrer l'intéressé au Canada contreviendrait ou pourrait contrevenir à la présente loi ou à ses règlements peut le retenir ou prendre une mesure à cet effet. Il est tenu:

a) soit, sous réserve du paragraphe (2), de signaler son cas dans un rapport écrit, à un agent principal; . . .

23. . . .

(3) Where a senior immigration officer does not let a person come into Canada pursuant to section 22 and does not grant admission to or otherwise authorize the person to come into Canada pursuant to subsection (1) or (2), the officer may, subject to subsections (4) and (6),

- (a) detain or make an order to detain the person; or
- (b) release the person from detention subject to such terms and conditions as the officer deems appropriate . . .

(4) In the cases described in subsection (3), the senior immigration officer shall

- (a) subject to subsection (5), cause an inquiry to be held concerning the person . . . as soon as is reasonably practicable

. . . .

(7) Where a senior immigration officer causes an inquiry to be held concerning a person with respect to whom a report has been made pursuant to paragraph 20(1)(a), the officer shall make a copy of the report available to that person.

. . . .

29. (1) An inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

. . . .

32. (1) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 14(1) or a person who has a right to remain in Canada, the adjudicator shall let that person come into Canada or remain in Canada, as the case may be.

. . . .

(3) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person who, at the time of his examination, was seeking landing and that it would not be contrary to any provision of this Act or the regulations to grant landing to that person, the adjudicator shall

- (a) grant landing to that person, in which case the adjudicator may impose terms and conditions of a prescribed nature;

Counsel for the respondent, in my view, easily answered this contention. The provisions to which counsel for the applicants refers all relate to the process of removing a person from Canada. They do not relate to the procedure for making a decision with respect to a person's application for permanent resident status. Counsel for the respondent notes that in order to remove the present applicants from Canada an inquiry will have to be undertaken and the adjudicator, at that stage, will have to agree that the applicants are not entitled to remain in Canada. That does not, however, mean that the immigration officer was

23. . . .

(3) S'il n'accorde à l'intéressé ni la permission d'entrer au Canada en vertu de l'article 22 ni l'admission ou l'autorisation d'entrer au Canada en vertu du paragraphe (1) ou (2), l'agent principal peut, sous réserve des paragraphes (4) et (6):

- a) soit le retenir ou prendre une mesure à cet effet contre lui;
- b) soit le mettre en liberté aux conditions qu'il juge appropriées en l'occurrence, . . .

(4) Dans les cas visés au paragraphe (3), l'agent principal est tenu:

- a) soit, sous réserve du paragraphe (5), de faire procéder à une enquête dès que les circonstances le permettent; . . .

. . . .

(7) En cas d'enquête, l'agent principal met un exemplaire du rapport à la disposition de l'intéressé.

. . . .

29. (1) L'arbitre mène l'enquête, dans la mesure du possible, en présence de l'intéressé.

. . . .

32. (1) S'il conclut que l'intéressé se trouve dans l'une des situations visées au paragraphe 14(1) ou a le droit de demeurer au Canada, l'arbitre le laisse entrer ou demeurer au Canada.

. . . .

(3) S'il constate que l'intéressé avait sollicité l'établissement au moment de son interrogatoire et conclut que l'octroi de ce droit ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements, l'arbitre est tenu:

- a) soit de le lui accorder en l'assortissant éventuellement de conditions réglementaires; . . .

L'avocat de l'intimé a, à mon avis, facilement réfuté cette prétention. Les dispositions qu'invoque l'avocat des requérants portent toutes sur le processus de renvoi d'une personne du Canada. Elles ne portent pas sur la procédure de prise de décision relative à la demande de statut de résident permanent. L'avocat de l'intimé signale que, pour qu'ils soient renvoyés du Canada, les requérants devront faire l'objet d'une enquête, à l'étape de laquelle l'arbitre devra convenir que les requérants n'ont pas le droit de demeurer au Canada. Cela ne signifie toutefois pas que l'agent d'immigration n'avait pas la compétence pour rendre

without jurisdiction to make the decision she did on June 28, 1993. That decision was made in the context of reviewing and deciding upon the applicants' application for admission. I accept that argument.

Interpretation and Application of Paragraph 19(1)(b)

The applicants were assessed for landing some time prior to September, 1992. On September 9 they were sent a letter informing them that they were inadmissible to Canada, pursuant to paragraph 19(1)(b) of the Act. The adult applicants were determined to be unable to support themselves. This conclusion was based on the fact that they had been receiving social assistance since March 1990. At the same time, an immigration officer indicated that their situation would be kept under review and if they could demonstrate an ability to support themselves before their claim for refugee status was heard, by the Refugee Division, the negative decision which had been given would be rescinded.

The applicants ceased receiving social assistance after the first week of September 1992 and were reassessed for landing again sometime prior to mid-June 1993. A letter was sent, dated June 28, 1993, (the decision under challenge in these proceedings) again informing the applicants that they were not admissible because they were unable to support themselves. The letter indicated that this conclusion was evidenced by the fact that the applicants required subsidized public housing and were residing in an Ontario Housing Unit. The subsidy was approximately \$525 per month.

Counsel argues that paragraph 19(1)(b), as it read at the relevant time, did not exclude applicants for permanent residence, who were receiving social assistance, from landing on the ground that they were unable or unwilling to support themselves. In addition, it is argued that in determining that the applicants did not meet the requirements of paragraph 19(1)(b) the immigration officer ignored the Minister's guidelines which state that only in the most extreme cases should refugees be excluded from landing for inability to support themselves.

la décision qu'elle a rendue le 28 juin 1993. Cette décision a été rendue dans le contexte de l'examen et de la détermination de la demande d'admission des requérants. J'accepte cet argument.

Interprétation et application de l'alinéa 19(1)b)

La demande de droit d'établissement des requérants a été étudiée quelque temps avant septembre 1992. Le 9 septembre, ils ont reçu une lettre les informant qu'ils n'étaient pas admissibles au Canada du fait de l'alinéa 19(1)b) de la Loi. Les requérants adultes ont été jugés incapables de subvenir à leurs besoins puisqu'ils étaient bénéficiaires de l'aide sociale depuis mars 1990. Au même moment, un agent d'immigration a indiqué que leur situation serait revue et que, s'ils pouvaient démontrer leur capacité de subvenir à leurs besoins avant que leur revendication du statut de réfugié soit entendue par la section du statut, la décision défavorable serait annulée.

Les requérants ont cessé d'être prestataires de l'aide sociale après la première semaine de septembre 1992 et leur demande de droit d'établissement a de nouveau été examinée, quelque temps avant la mi-juin 1993. Ils ont reçu une lettre datée du 28 juin 1993 (la décision contestée dans les présentes procédures), les informant de nouveau qu'ils n'étaient pas admissibles parce qu'ils étaient dans l'incapacité de subvenir à leurs besoins. La lettre indiquait que cette conclusion était motivée par le fait que les requérants avaient requis une habitation subventionnée et qu'ils résidaient dans un logement d'habitation de l'Ontario. La subvention s'élevait approximativement à 525 \$ par mois.

L'avocat fait valoir que l'alinéa 19(1)b), tel qu'il était libellé à l'époque concernée, n'empêchait pas les personnes qui avaient demandé la résidence permanente et qui étaient prestataires de l'aide sociale d'obtenir le droit d'établissement pour le motif qu'elles n'avaient pas la capacité ou la volonté de subvenir à leurs besoins. En outre, on soutient qu'en concluant que les requérants ne satisfaisaient pas aux exigences de l'alinéa 19(1)b), l'agent d'immigration a passé outre aux directives du ministre portant qu'on ne peut refuser le droit d'établissement aux réfugiés pour incapacité de subvenir à leurs besoins que dans les cas les plus extrêmes.

The first argument is based on paragraph 19(1)(b) as it now reads:

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

(b) persons who there are reasonable grounds to believe are or will be unable or unwilling to support themselves and those persons who are dependent on them for care and support, except persons who have satisfied an immigration officer that adequate arrangements, other than those that involve social assistance, have been made for their care and support. [Underlining added.]

The underlined words were added by S.C. 1992, c. 49, s. 11.

I do not interpret the change to paragraph 19(1)(b), which was added by the 1992 amendment, as being a change in the law. Rather, I think it is clearly one made for clarification purposes. A person who requires public assistance, in the form of government subsidized housing, falls within the plain meaning of the words of being unable to support oneself. In this case, I note as well that the applicants apparently did not disclose the total amount of the family income to the Ontario Housing Authority. Thus, they demonstrated, as well, an unwillingness to support themselves. This was not, however, the basis of the immigration officer's decision.

Counsel for the applicants argues that the immigration officer incorrectly determined that the applicants should be denied admission for failing to demonstrate an ability to be financially independent because the Ministers' policy guidelines instruct immigration officers to refuse landing to refugees only in "the most extreme cases, where there appears to be no hope of the refugee ever becoming self-sufficient." This policy, however, relates to individuals who have been found to be Convention refugees, after a full hearing of the merits of their claim by the Refugee Division. For the reasons set out above, members of the backlog class do not fall into that category. For the reasons given the application will be dismissed.

Certification

Counsel for the applicants asks that I certify the following question:

Le premier argument repose sur l'alinéa 19(1)b), tel qu'il est présentement libellé:

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

b) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles n'ont pas la capacité ou la volonté présente ou future de subvenir tant à leurs besoins qu'à ceux des personnes à leur charge et qui ne peuvent convaincre l'agent d'immigration que les dispositions nécessaires—n'impliquant pas l'aide sociale—ont été prises en vue d'assurer leur soutien. [Non souligné dans l'original.]

Le passage souligné a été ajouté dans L.C. 1992, ch. 49, art. 11.

Je ne crois pas que la modification apportée à l'alinéa 19(1)b) en 1992 emporte un changement du droit. J'estime plutôt qu'elle visait à clarifier la disposition. La personne qui requiert l'aide du gouvernement sous la forme d'un logement subventionné est incapable de subvenir à ses besoins, selon le sens ordinaire de ces mots. En l'espèce, je remarque également que les requérants n'ont apparemment pas divulgué le montant total de leur revenu familial à la Société de logement de l'Ontario. Ils ont ainsi fait preuve également d'un manque de volonté à subvenir à leurs besoins. Ce n'était toutefois pas le fondement de la décision de l'agent d'immigration.

L'avocat des requérants fait valoir que c'est à tort que l'agent d'immigration a déterminé que les requérants ne pouvaient être admis pour le motif qu'ils n'ont pas établi leur capacité d'être financièrement indépendants, car les lignes directrices de la politique du ministre commandent aux agents d'immigration de refuser l'établissement aux réfugiés uniquement [TRADUCTION] «dans les cas les plus extrêmes, lorsqu'il ne paraît y avoir aucun espoir que le réfugié devienne un jour indépendant». Cette politique vise toutefois les personnes qui ont été déclarées réfugiées au sens de la Convention, après audition approfondie sur le fond de leur revendication par la section du statut. Pour les motifs qui précèdent, les personnes appartenant à l'arriéré ne relèvent pas de cette catégorie. Pour ces motifs, la demande sera rejetée.

Certification

L'avocat des requérants me demande de certifier la question suivante:

Does a person who meets the requirements of the designated class under subsection 3(1) of the Backlog Regulations and who is not excluded by subsection 3(2) of the same regulations have a statutory right of landing?

I find it somewhat difficult to make a decision on this request. Clearly, from the reasons set out above, I am convinced that the legal position is clear. At the same time, counsel for the applicants is strongly of the other view and he informs me that there are a number of similar cases before the Court with leave having been granted and stays of proceedings entered. The question is clearly one which comes within the criteria set out by the Court of Appeal in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage*, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL). It transcends the interest of the immediate parties and relates to an issue of broad application. It is one which would be determinative of the appeal.

The process of certifying a question is essentially the granting, to one of the parties, by the judge who has rendered a decision, the right to appeal that decision. In such circumstances, I think it is preferable to be generous in granting certification. This will avoid blocking the appeal of an arguable question merely because the judge who is being asked to certify has already reached a conclusion thereon. Certification will be given but I have rephrased the question slightly to make it more explicit. The following question will be certified:

Does a person who meets the requirements of the designated class under subsection 3(1) of the *Refugee Claimants Designated Class Regulations* (the "Backlog Regulations"), SOR/90-40, and who is not excluded by subsection 3(2) of the same regulations have a statutory right of landing (e.g. is not required to meet the requirements of paragraph 19(1)(b) of the *Immigration Act* to obtain landing)?

[TRANSLATION] La personne qui satisfait aux exigences de la catégorie désignée en vertu du paragraphe 3(1) du Règlement sur l'arriéré et qui n'est pas exclue par le paragraphe 3(2) du même Règlement a-t-elle le droit d'obtenir le droit d'établissement?

^a J'éprouve quelque difficulté à trancher cette demande. Il ressort clairement des motifs exposés précédemment que je suis convaincue de la clarté de la position juridique. L'avocat des requérants est toutefois fermement d'avis contraire, et il m'avise qu'il existe de nombreuses affaires semblables devant la Cour, où l'autorisation a été accordée, et un arrêt de procédures prononcé. La question relève clairement du critère énoncé par la Cour d'appel dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] F.C.J. n° 1637 (QL). Elle transcende l'intérêt des parties à l'affaire et porte sur une question d'application générale. En outre, elle réglerait le sort de l'appel.

La certification d'une question consiste essentiellement, pour un juge qui a rendu une décision, à accorder à l'une des parties le droit d'en appeler de cette décision. Dans de telles circonstances, j'estime préférable d'être généreuse et d'accorder la certification. Ainsi, on ne fermera pas la porte à l'appel d'une question défendable simplement parce que le juge à qui l'on demande la certification a déjà tiré une conclusion à cet égard. La certification sera accordée, mais j'ai légèrement modifié la question afin de la rendre plus explicite. La question suivante sera certifiée:

^g La personne qui satisfait aux exigences de la catégorie désignée en vertu du paragraphe 3(1) du *Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié* (le «Règlement sur l'arriéré»), DORS/90-40, et qui n'est pas exclue par le paragraphe 3(2) du même Règlement a-t-elle le droit d'obtenir le droit d'établissement (savoir qu'elle n'est pas tenue de satisfaire aux exigences de l'alinéa 19(1)(b) de la *Loi sur l'immigration* pour obtenir le droit d'établissement)?

T-271-93

T-271-93

Kishinchand & Sons (Hong Kong) Ltd. (Plaintiff)**Kishinchand & Sons (Hong Kong) Ltd. (demanderesse)**

v.

a c.

Wellcorp Container Lines Ltd. and Wellcorp Express (Canada) Inc. (Defendants)**Wellcorp Container Lines Ltd. et Wellcorp Express (Canada) Inc. (défenderesses)***INDEXED AS: KISHINCHAND & SONS (HONG KONG) LTD. v. b WELLCORP CONTAINER LINES LTD. (T.D.)**RÉPERTORIÉ: KISHINCHAND & SONS (HONG KONG) LTD. c. WELLCORP CONTAINER LINES LTD. (1^{re} INST.)*

Trial Division, Noël J.—Toronto, November 29; Ottawa, December 14, 1994.*

Section de première instance, juge Noël—Toronto, 29 novembre; Ottawa, 14 décembre 1994*.

*Maritime law — Carriage of goods — Plaintiff exporting clothing from Hong Kong to Montréal — Defendant ordering release of cargo without receiving bills of lading — Plaintiff unpaid as consignee bankrupt — Limitation of liability clause in bills of lading not applicable as no loss or damage to goods.**c Droit maritime — Transport de marchandises — Exportation par la demanderesse de vêtements de Hong Kong à Montréal — La défenderesse a ordonné la remise des marchandises sans recevoir de connaissements — La demanderesse n'a pas été payée en raison de la faillite du consignataire — La clause de limitation de responsabilité des connaissements ne s'applique pas, parce qu'il n'y a pas eu de perte ou de dommages causés aux marchandises.**Maritime law — Torts — Negligence — Cargo delivered without receipt of endorsed bills of lading — Carrier not entitled to limit liability under bills of lading where wilful negligence.**e Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Négligence — Livraison de la cargaison sans la réception des connaissements endossés — Le transporteur n'a pas le droit de limiter sa responsabilité aux termes des connaissements en cas de négligence volontaire.*

Both sides moved for summary judgment under Rule 432.3. The plaintiff, which carries on a textile export business in Hong Kong, sent a shipment of clothing to a Montréal import business, and one of the defendants, Wellcorp Express (Canada) Inc. (Wellcorp Canada), was designated as the shipper. Wellcorp Canada was to release the cargo to the consignee upon the surrender of the bills of lading, but one of its customer service representatives ordered the release without receiving the bills of lading. She did not obtain authorization from her superiors to do so. The consignee went bankrupt and the plaintiff was unpaid. Under clause 6(3) of the bills of lading, the carrier was entitled to limit its liability "for loss or damage to the Goods occurring from the time that the Goods are taken into his charge until the time of delivery." Two issues were raised herein: 1) whether the defendants were entitled to limit their liability to US \$14,850 by virtue of the terms of the bills of lading and 2) whether Wellcorp Hong Kong was jointly liable for the damages resulting from the failure of Wellcorp Canada to obtain the bills of lading prior to the delivery of the cargo.

f Les deux parties ont demandé un jugement sommaire en se fondant sur la Règle 432.3. La demanderesse, qui exploite une entreprise d'exportation de textile à Hong Kong, a fait parvenir une cargaison de vêtements à une entreprise d'importation de Montréal et une des défenderesses, Wellcorp Express (Canada) Inc. (Wellcorp Canada), a été désignée à titre de transporteur. Wellcorp Canada devait remettre la cargaison au consignataire sur réception des connaissements, mais l'une de ses représentantes du service à la clientèle a ordonné la remise de la cargaison sans avoir reçu les connaissements ni obtenu l'autorisation de ses supérieurs. Le consignataire a fait faillite et la demanderesse n'a pas été payée. Selon la clause 6(3) des connaissements, le transporteur avait le droit de limiter sa responsabilité à l'égard «de la perte ou des dommages causés aux marchandises à compter du moment où le transporteur en prend la charge jusqu'au moment de la livraison». Deux questions ont été soulevées en l'espèce: 1) la question de savoir si les défenderesses avaient le droit de limiter leur responsabilité à un montant de 14 850 \$ US aux termes des connaissements et 2) la question de savoir si Wellcorp Hong Kong était conjointement responsable du préjudice découlant de l'omission de Wellcorp Canada d'obtenir les connaissements avant la livraison de la cargaison.

Held, summary judgment should be granted against defendant Wellcorp Canada.*Jugement*: un jugement sommaire est rendu contre la défenderesse Wellcorp Canada.

* Editor's Note: See [1995] 2 F.C. D-9, correcting the amount of damages.

* Note de l'arrêstiste: Voir [1995] 2 C.F. F-12, où le montant des dommages-intérêts est corrigé.

1) Wellcorp Canada's main obligation was to obtain the surrender of the duly endorsed bills of lading in exchange for the goods. That is precisely what it failed to do knowingly. It could not dissociate itself from the alleged unauthorized act of its employee. Her actions bound her employer to the fullest extent. Clear, precise and unambiguous words are required to exempt or limit one's liability as against the failure to perform the very obligation which forms the object of a contractual undertaking. Considering that limitation clauses are to be strictly construed against those in favour of whom they are made, the limitation clause herein was of no assistance to the defendants. There had been no "loss or damage to the goods" so as to trigger the operation of the limitation clause. The whereabouts of the goods was known at the time of delivery and even thereafter. The goods were delivered to the consignee which admitted to having them; as such they were not lost, nor were they at any time removed from the bailee's possession without his knowledge. The act complained of could be described as wilful negligence. The limitation clause falls substantially short of protecting the defendant from the liability it has incurred. It would take much clearer words to hold that the parties contemplated that the defendant could limit its liability in the face of a wilful breach of the very obligation it had undertaken. In the absence of such language, the general limitation against liability did not shield Wellcorp Canada from acts of wilful negligence, and any ambiguity in this regard should be resolved in favour of the plaintiff.

2) Wellcorp Hong Kong could no more claim the benefit of the limitation clause than could Wellcorp Canada. The assertion that both carried on business as one entity raised a pure question of fact which could not be determined upon an application for summary judgment. The issue of the joint and several liability of Wellcorp Hong Kong should proceed to trial.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 432.1 (as enacted by SOR/94-41, s. 5), 432.3 (as enacted *idem*), 432.5 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd., [1959] A.C. 576 (H.L.); *Raymor Painting Contractors (Canada) Limited c. Purolator Courier Ltd.*, [1976] C.S. 468; *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.

1) La principale obligation de Wellcorp Canada consistait à obtenir les connaissements dûment endossés en échange des marchandises. C'est précisément ce qu'elle a omis de faire en toute connaissance de cause. Elle ne peut pas se dissocier de l'acte non autorisé commis par son employée. Les actes de celle-ci lient entièrement son employeur. Il faut utiliser des termes très clairs, précis et dépourvus de toute ambiguïté pour exclure ou restreindre la responsabilité d'une partie à l'égard de l'inexécution de l'obligation qui constitue l'objet de l'entente contractuelle. Étant donné que les clauses de limitation de responsabilité doivent être interprétées de façon restrictive à l'encontre des parties en faveur desquelles elles sont stipulées, la clause de limitation n'aide nullement les défenderesses en l'espèce. Il n'y a pas eu de «perte ou de dommages causés aux marchandises» de façon à déclencher l'application de ladite clause de limitation. L'endroit où se trouvaient les marchandises était connu au moment de la livraison et est même demeuré connu après celle-ci. Les marchandises ont été livrées au consignataire, qui a admis les avoir en sa possession; elles n'étaient donc pas perdues ni n'ont été enlevées au dépositaire à son insu. L'acte reproché pourrait être décrit comme une négligence volontaire. La clause de limitation de responsabilité est loin de protéger la défenderesse de la responsabilité qu'elle a engagée. Il faudrait des termes beaucoup plus clairs pour conclure que les parties avaient envisagé la possibilité que la défenderesse restreigne sa responsabilité malgré une violation délibérée de l'obligation même qu'elle avait contractée. En l'absence de termes de cette nature, la clause générale de limitation de responsabilité ne protège pas Wellcorp Canada des actes de négligence volontaire et tout doute sur ce point doit être résolu en faveur de la demanderesse.

2) Wellcorp Hong Kong ne peut davantage invoquer la clause de limitation de responsabilité que Wellcorp Canada. L'allégation selon laquelle Wellcorp Canada et Wellcorp Hong Kong ne constituaient qu'une seule entité soulève une question de fait pure qui ne peut être tranchée dans le cadre d'une requête en vue d'obtenir un jugement sommaire. La question de la responsabilité conjointe et solidaire de la défenderesse Wellcorp Hong Kong devrait être instruite de la façon habituelle.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 432.1 (éditée par DORS/94-41, art. 5), 432.3 (éditée, *idem*), 432.5 (éditée, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd., [1959] A.C. 576 (H.L.); *Raymor Painting Contractors (Canada) Limited c. Purolator Courier Ltd.*, [1976] C.S. 468; *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.

DISTINGUISHED:

Johnston, W.R. and Company Limited et al. v. Inter-City Forwarders Limited et al., [1964] O.R. 754; [1947] 1 D.L.R. 8 (C.A.).

REFERRED TO:

Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd., [1980] A.C. 827 (H.L.).

APPLICATIONS by each party for summary judgment under Rule 432.3. Summary judgment granted against defendant, Wellcorp Canada, in the amount of \$201,776.89 plus interest.

COUNSEL:

George J. Pollack for plaintiff.
Jeffrey S. Klein for defendants.

SOLICITORS:

Marler, Sproule, Castonguay, Montréal, for plaintiff.
Spencer, Romberg Associates, Toronto, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

NOËL J.: Each party moves for summary judgment by way of distinct applications made pursuant to Rule 432.3 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/94-41, s. 5)]:

1. the plaintiff moves for damages to be awarded condemning the defendants jointly and severally to pay the plaintiff \$201,776.89 plus interest from August 31, 1992; and

2. the defendants move for damages to be awarded condemning the defendant Wellcorp Express (Canada) Inc. to pay the plaintiff an amount sufficient to purchase US \$14,850 plus interest from August 31, 1992.

The plaintiff carries on a textile export business in Hong Kong. It contracted with Equip Canada Inc. (Equip), a textile import business located in Montréal, for the sale of CAN \$210,776.89 worth of men's shirts, jackets and top coats (the cargo). Equip designated Wellcorp Express (Canada) Inc. (Wellcorp

DISTINCTION FAITE AVEC:

Johnston, W.R. and Company Limited et al. v. Inter-City Forwarders Limited et al., [1964] O.R. 754; [1947] 1 D.L.R. 8 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd., [1980] A.C. 827 (H.L.).

DEMANDES présentées par chaque partie en vue d'obtenir un jugement sommaire en application de la Règle 432.3. Jugement sommaire rendu contre la défenderesse, Wellcorp Canada, au montant de 201 776,89 \$ ainsi que les intérêts.

AVOCATS:

George J. Pollack pour la demanderesse.
Jeffrey S. Klein pour les défenderesses.

PROCUREURS:

Marler, Sproule, Castonguay, Montréal, pour la demanderesse.
Spencer, Romberg Associates, Toronto, pour les défenderesses.

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

LE JUGE NOËL: Chaque partie demande un jugement sommaire au moyen de requêtes distinctes fondées sur la Règle 432.3 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/94-41, art. 5)]:

1. la demanderesse demande à la Cour de condamner les défenderesses à lui verser conjointement et solidairement, à titre de dommages-intérêts, la somme de 201 776,89 \$ et les intérêts courus depuis le 31 août 1992;

2. les défenderesses demandent à la Cour de condamner la défenderesse Wellcorp Express (Canada) Inc. à verser à la demanderesse, à titre de dommages-intérêts, un montant suffisant pour couvrir la somme de 14 850 \$ US et les intérêts courus depuis le 31 août 1992.

La demanderesse, qui exploite une entreprise d'exportation de textile à Hong Kong, a conclu une entente avec Equip Canada Inc. (Equip), entreprise d'importation de textile située à Montréal, aux fins de la vente de chemises, de blousons et de manteaux pour hommes d'une valeur de 210 776,89 \$ CAN (la

Canada) as the shipper to transport the goods from Hong Kong to Montréal. The goods were sent f.o.b. Hong Kong under two bills of lading in August 1992. The shipment travelled by way of combined transport to Montréal through Vancouver. Wellcorp Canada was only to release the cargo to Equip upon the surrender of the bills of lading, showing that Equip's bank had credited the bank account of the plaintiff.

Wellcorp Canada had never before released goods without delivery of the bills of lading. In this case, however, a customer service representative of Wellcorp Canada, Tammy Pelley, ordered the release of the cargo on August 31, 1992 before receiving the bills of lading. She did so without obtaining any authorization from her superiors. She states that she ordered the release of the cargo under pressure from a Michel Lasary of Equip who stated that he needed the goods urgently. Wellcorp Canada had not had problems during their two-year relationship with Equip and are not owed any money by Equip, but Wellcorp Canada was in this instance unsuccessful in obtaining the bills of lading. Equip eventually went bankrupt. It ceased carrying on business in September or October of 1993. The bills of lading have since been returned to plaintiff's bank in Hong Kong by the Canadian Imperial Bank of Commerce which held them unendorsed at the time the goods were released.

Rules 432.1 *et seq.* [Rules 432.1 and 432.5 (as enacted *idem*)] of the *Federal Court Rules*, providing for the issuance of summary judgment, were promulgated on January 13, 1994. In so far as they are relevant to the present matter, they provide:

Rule 432.1 (1) A plaintiff may, after the defendant has filed a defence, or earlier with leave of the Court, and at any time prior to the fixing of the time and date for trial, make a motion to a judge, with supporting affidavit material or other evidence, for summary judgment on all or part of the claim in the statement of claim.

(2) A defendant may, after filing and serving a defence and at any time prior to the fixing of the time and date for trial,

cargaison). Equip a désigné Wellcorp Express (Canada) Inc. (Wellcorp Canada) à titre de société de transport maritime chargée de transporter les marchandises de Hong Kong à Montréal. Les marchandises ont été envoyées FOB Hong Kong conformément à deux connaissements en août 1992 et acheminées par transport combiné à Montréal après une escale à Vancouver. Wellcorp Canada devait remettre la cargaison à Equip uniquement sur réception des connaissements indiquant que la banque de la société Equip avait crédité le compte bancaire de la demanderesse.

Wellcorp Canada n'avait jamais, auparavant, remis de marchandises sans obtenir de connaissements. Cependant, dans la présente affaire, une représentante du service à la clientèle de Wellcorp Canada, Tammy Pelley, a ordonné la remise de la cargaison le 31 août 1992 avant de recevoir les connaissements. Elle a agi de cette façon sans obtenir l'autorisation de ses supérieurs. Elle mentionne qu'elle a ordonné la remise de la cargaison par suite des pressions exercées par un dénommé Michel Lasary, de la société Equip, qui désirait de toute urgence obtenir les marchandises. Au cours des deux années pendant lesquelles Wellcorp Canada a fait affaires avec Equip, elle n'a eu aucun problème et Equip ne lui doit aucun montant; cependant, Wellcorp Canada n'a pas réussi dans ce cas-ci à obtenir les connaissements. Equip a finalement fait faillite, après avoir mis fin à ses activités en septembre ou octobre 1993. Par la suite, la Banque Canadienne Impériale de Commerce a retourné les connaissements à la banque de la demanderesse située à Hong Kong sans que les connaissements aient été endossés lorsque les marchandises ont été remises.

Les Règles 432.1 et suivantes [Règles 432.1 et 432.5 (éditées, *idem*)] des *Règles de la Cour fédérale*, qui concernent les jugements sommaires, ont été promulguées le 13 janvier 1994. Voici le libellé des règles pertinentes en l'espèce:

Règle 432.1 (1) Le demandeur peut, après le dépôt par le défendeur de sa défense ou avant ce dépôt si la Cour le lui permet, et à tout moment avant que l'heure et la date de l'instruction soient fixées, présenter au juge une requête, appuyée d'un affidavit ou d'un autre élément de preuve, en vue d'obtenir un jugement sommaire sur tout ou partie de la réclamation contenue dans la déclaration comportant allégués.

(2) Le défendeur peut, après avoir déposé et signifié une défense, et à tout moment avant que l'heure et la date de l'ins-

make a motion to a judge, with supporting affidavit material or other evidence, for summary judgment on all or part of the claim in the statement of claim.

Rule 432.3 (1) Where a judge is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the judge shall grant summary judgment accordingly.

(3) Where a judge is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the judge may determine the question and grant summary judgment accordingly.

(4) Where a judge decides that there is a genuine issue with respect to a claim or defence, the judge may nevertheless grant summary judgment in favour of any party, either upon an issue or generally, unless

(a) the judge is unable on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact or law; or

(b) the judge considers that it would be unjust to decide the issues on the motion for summary judgment.

Rule 432.5 Where summary judgment is refused or is granted only in part, the judge may make an order specifying what material facts are not in dispute and defining the issues to be tried, and may give such directions or impose such terms as the judge deems just, including an order

(a) for payment into Court of all or part of the claim;

(b) for security for costs; and

(c) limiting the nature and scope of discovery, if any, to matters not covered by the affidavits filed on the motion for summary judgment and any cross-examination on them, and providing for the use of the affidavits and cross-examination at the trial in the same manner as an examination for discovery.

Wellcorp Canada admits that the cargo was delivered to Equip without receipt of the endorsed bills of lading such that as between it and the plaintiff, the only issue to be decided is the extent of the damages payable. This in turn raises a pure question of law as the defendants contend that they are entitled to limit their liability to US \$14,850 by virtue of the terms of the bills of lading, whereas the plaintiff maintains that this contractual limitation is inapplicable on the admitted facts and that, accordingly, the defendants are liable for the full value of the cargo in the agreed amount of CAN \$201,776.89. Hence the issue of

truction soient fixées, présenter au juge une requête, appuyée d'un affidavit ou d'un autre élément de preuve, en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant tout ou partie de la réclamation contenue dans la déclaration comportant allégués.

Règle 432.3 (1) Lorsque le juge est convaincu qu'il n'existe aucune question sérieuse à instruire à l'égard d'une réclamation ou d'une défense, il rend un jugement sommaire en conséquence.

(3) Lorsque le juge est convaincu que la seule question sérieuse en est une de droit, il peut statuer sur celle-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence.

(4) Lorsque le juge décide qu'il existe une question sérieuse à l'égard de la réclamation ou de la défense, il peut néanmoins rendre un jugement sommaire en faveur d'une partie, soit sur une question ou en général, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(a) l'ensemble de la preuve ne comporte pas les faits nécessaires pour qu'il puisse trancher les questions de fait ou de droit;

(b) il estime injuste de trancher les questions dans le cadre de la requête en vue d'obtenir un jugement sommaire.

Règle 432.5 Lorsqu'un jugement sommaire est refusé ou qu'il n'est accordé qu'en partie, le juge peut, par ordonnance, préciser les faits pertinents qui ne sont pas en litige et déterminer les questions qui doivent être instruites, et il peut donner les directives ou imposer les modalités qu'il estime justes, notamment une ordonnance:

(a) qui exige la consignation en argent à la Cour d'une partie ou de la totalité de la réclamation;

(b) qui exige un cautionnement pour dépens;

(c) qui limite la nature et l'étendue de l'interrogatoire préalable, le cas échéant, aux questions non soulevées par les affidavits déposés à l'appui de la requête en vue d'obtenir un jugement sommaire et par tout contre-interrogatoire s'y rapportant, et qui permet l'utilisation des affidavits et de tout contre-interrogatoire à l'instruction de la même manière qu'un interrogatoire préalable.

Wellcorp Canada admet que la cargaison a été remise à Equip malgré l'absence de connaissements endossés, de sorte que, entre elle et la demanderesse, la seule question à trancher concerne le montant de l'indemnité à payer. Cette question soulève à son tour une question de droit pure, les défenderesses soutenant qu'elles ont le droit de limiter leur responsabilité à un montant de 14 850 \$ US conformément aux conditions des connaissements, tandis que la demanderesse fait valoir que cette limite contractuelle est inapplicable, compte tenu des faits admis, et que les défenderesses doivent payer la pleine valeur de la

damages falls squarely within the ambit of subsection 432.3(3).

The other issue which I am asked to decide by way of summary judgment is whether Wellcorp Container Lines Ltd. (Wellcorp Hong Kong) is jointly liable for the damages resulting from the failure of Wellcorp Canada to obtain the bills of lading prior to the delivery of the cargo to Equip.

Turning to the first issue, it is acknowledged that the cargo was to be released on a cash against documents basis and that Wellcorp Canada is liable for surrendering the cargo without receiving the bills of lading. Wellcorp Canada nevertheless relies on the terms and conditions of the bills of lading to limit its liability to \$50 per package or US \$14,850. The relevant provisions of the bills of lading are as follows:

“Carriage” means the whole of the operations and services undertaken or performed by or on behalf of the Carrier in respect of the Goods.

. . .

“Combined Transport” arises where the Carriage called for by this Bill of Lading is not a Port to Port Shipment.

. . .

“COGSA” means the Carriage of Goods by Sea Act of the United States of America approved on April 16th, 1936.

. . .

“COGWA” means the Carriage of Goods by Water Act 1936 of Canada.

. . .

6. CARRIER'S RESPONSIBILITY

(1) CLAUSE PARAMOUNT

(A) Subject to Clause 13 below, this Bill of Lading insofar as it relates to sea carriage by any vessel (. . .) shall have effect (. . .) and the provisions of the Hague Rules or applicable legislation shall be deemed incorporated herein. The Hague Rules (or COGSA or COGWA if this Bill of Lading is subject to U.S. or Canadian law respectively) shall apply to the carriage of Goods by inland waterways and reference to carriage by sea in such Rules or legislation shall be deemed to include reference to inland waterways. If and to the extent that the provisions of the Harter Act of the United States of America 1893 would otherwise be compulsorily applicable to regulate the Carrier's responsibility for the Goods during any period prior to loading on or after discharge from the vessel the Carrier's responsibility shall instead be determined by the provisions of 6(3) below

cargaison selon le montant convenu de 201 776,89 \$ CAN. La question de l'indemnité est donc visée par le paragraphe 432.3(3).

L'autre question que je dois trancher au moyen d'un jugement sommaire est celle de savoir si Wellcorp Container Lines Ltd. (Wellcorp Hong Kong) est conjointement responsable du préjudice découlant du fait que Wellcorp Canada n'a pas obtenu les connaissements avant la remise de la cargaison à Equip.

En ce qui a trait à la première question, il est reconnu que la cargaison devait être remise sur une base de paiement contre documents et que Wellcorp Canada est responsable, ayant remis la cargaison sans avoir reçu les connaissements. Néanmoins, Wellcorp Canada invoque les conditions des connaissements pour limiter sa responsabilité à 50 \$ le colis ou 14 850 \$ US. Voici les dispositions pertinentes des connaissements:

[TRADUCTION] «Transport» L'ensemble des activités entreprises et des services assurés par le transporteur ou en son nom à l'égard des marchandises.

. . .

«Transport combiné» Les cas où le transport exigé par le présent connaissement n'est pas un envoi de port à port.

. . .

«COGSA» La loi des États-Unis intitulée «Carriage of Goods by Sea Act», qui a été approuvée le 16 avril 1936.

. . .

«LTME» La Loi sur le transport des marchandises par eau du Canada.

. . .

6. RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR

(1) CLAUSE PARAMOUNT

(A) Sous réserve de la clause 13 qui suit, le présent connaissement, dans la mesure où il concerne le transport maritime (. . .), s'applique (. . .) et les dispositions du règlement de la Haye ou de toute autre loi applicable sont présumées être intégrées aux présentes. Le règlement de la Haye (ou encore la COGSA ou la LTME, selon que le présent connaissement est assujéti aux lois américaines ou canadiennes, le cas échéant), s'applique au transport de marchandises par des cours d'eau intérieurs et le renvoi au transport maritime dans ce règlement ou ces lois est présumé comprendre les cours d'eau intérieurs. Dans la mesure où les dispositions de la loi intitulée «Harter Act» des États-Unis d'Amérique de 1893 s'appliqueraient obligatoirement par ailleurs pour réglementer la responsabilité du transporteur à l'égard des marchandises au cours de toute

but if such provisions are found to be invalid such responsibility shall be subject to COGSA.

(B) The Carrier shall be entitled to (and nothing in this Bill of Lading shall operate to deprive or limit such entitlement) the full benefit, and rights to all limitations of and exclusions from liability and all rights conferred or authorised by any applicable (*sic*) law, statute or regulation available to the Owner of the vessel(s) on which the Goods are carried.

(2) PORT TO PORT SHIPMENT

The responsibility of the Carrier is limited to that part of the Carriage from and during loading onto the vessel up to and during discharge from the vessel and the Carrier shall not be liable for any loss or damage whatsoever in respect of the Goods or for any other matter arising during any other part of the Carriage even though Charges for the whole Carriage have been charged by the Carrier. The Merchant constitutes the Carrier as agent to enter into contracts on behalf of the Merchant with others for transport, storage, handling or any other services in respect of the Goods prior to loading and subsequent to discharge of the Goods from the vessel without responsibility for any act or omission whatsoever on the part of the Carrier or others and the Carrier may as such agent enter into contracts with others on any terms whatsoever including terms less favourable than the terms of this Bill of Lading.

(3) COMBINED TRANSPORT

Save as is otherwise provided in this Bill of Lading, the Carrier shall be liable for loss or damage to the Goods occurring from the time that the Goods are taken into his charge until the time of delivery to the extent set out below.

(A) Where the stage of Carriage where the loss or damage (*sic*) occurred cannot be proved:

(i) The carrier shall be entitled to rely upon all exclusions from liability under the Rules or legislation that would have been applied under 6(1)(A) above had the loss or damage occurred at sea or, if there was no carriage by sea, under the Hague Rules (or COGSA or COGWA if this Bill of Lading is subject to U.S. or Canadian law respectively).

(ii) Where under (i) above, the Carrier is not liable in respect of some of the factors causing the loss or damage, he shall only be liable to the extent that those factors for which he is liable have contributed to the loss or damage.

(iii) Subject to 6(4) below, where the Hague Rules or any legislation applying such Rules or the Hague-Visby Rules

période précédant le chargement à bord du navire ou suivant le déchargement du navire, la responsabilité du transporteur sera plutôt déterminée par les dispositions du paragraphe 6(3) qui suit; cependant, si ces dispositions sont déclarées invalides, cette responsabilité sera assujettie à la COGSA.

^a (B) Le transporteur a droit à tous les avantages découlant des limitations et exonérations de responsabilité ainsi qu'à tous les droits accordés ou autorisés par une loi ou un règlement applicable qui peut invoquer le propriétaire du navire à bord duquel les marchandises sont transportées (et aucune disposition du présent connaissement n'a pour effet d'annuler ou de restreindre ces droits).

(2) ENVOI DE PORT À PORT

^c La responsabilité du transporteur se limite à la partie du transport allant du chargement de la cargaison à bord du navire jusqu'à la fin du déchargement et le transporteur ne sera pas responsable de la perte ou des dommages causés aux marchandises ou de quelque autre sinistre survenant pendant une autre partie du transport, même si le transporteur a facturé des frais pour l'ensemble du transport. Le commerçant désigne le transporteur son mandataire pour conclure avec des tiers des contrats au nom dudit commerçant aux fins du transport, de l'entreposage, de la manutention ou de tout autre service se rapportant aux marchandises avant le chargement et après le déchargement du navire sans engager sa responsabilité à l'égard des actes ou omissions du transporteur ou des tiers, ledit transporteur pouvant, à titre de mandataire, conclure des ententes avec les tiers selon toute condition qu'il détermine, y compris des conditions moins favorables que celles du présent connaissement.

(3) TRANSPORT COMBINÉ

^f Sauf s'il en est prévu autrement dans le présent connaissement, le transporteur est responsable de la perte ou des dommages causés aux marchandises à compter du moment où le transporteur en prend la charge jusqu'au moment de la livraison dans la mesure indiquée ci-après.

^g (A) Lorsqu'il est impossible de déterminer l'étape du transport au cours de laquelle la perte ou les dommages ont été causés,

(i) Le transporteur pourra invoquer toutes les exonérations de responsabilité qui sont énoncées dans les règles ou les lois et qui se seraient appliquées aux termes de l'alinéa 6(1)(A) qui précède si la perte ou les dommages étaient survenus pendant le transport maritime ou, s'il n'y a pas eu de transport maritime, aux termes du règlement de la Haye (ou de la COGSA ou la LTME, selon que le présent connaissement est assujetti aux lois américaines ou canadiennes, le cas échéant).

ⁱ (ii) Lorsque, conformément à la clause (i) qui précède, le transporteur n'est pas responsable à l'égard de certains des facteurs qui ont causé la perte ou les dommages, il ne sera responsable que dans la mesure des facteurs dont il est responsable et qui constituent l'une des causes de la perte ou des dommages en question.

^j (iii) Sous réserve du paragraphe 6(4) qui suit, lorsque le règlement de la Haye ou les lois visant à appliquer ce règle-

(such as COGSA or COGWA) is not compulsorily applicable the Carriers liability shall not exceed \$50 per package or shipping unit.

(iv) The value of the Goods shall be determined according to the commodity exchange price at the place and time of delivery to the Merchant or at the place and time when they should have been so delivered or if there is no such price according to the current market price by reference to the normal value of Goods of the same kind and quality, at such place and time.

(B) Where the stage of Carriage where the loss or damage occurred can be proved:

(i) The liability of the Carrier shall be determined by the provisions contained in any international convention or national law of the country which provisions

(a) cannot be departed from by private contract to the detriment of the Merchant, and

(b) would have applied if the Merchant had made a separate and direct contract with the Carrier in respect of the particular stage of Carriage where the loss or damage occurred and had received as evidence thereof any particular document which must be issued in order to make such international convention or national law applicable.

(ii) With respect to the transportation in the United States of America or in Canada to the Port of Loading or from the Port of Discharge the responsibility of the Carrier shall be to procure transportation by carriers (one or more) and such transportation shall be subject to the inland carriers contracts of carriage and tariffs and any law compulsorily applicable. The Carrier guarantees the fulfilment of such inland carriers' obligations under their contracts and tariffs.

(iii) Where neither (i) or (ii) above apply, any liability of the Carrier shall be determined by 6(3)(A) above.

(4) GENERAL PROVISIONS

(C) Ad Valorem: Declared Value of Package or Shipping Unit

The Carrier's liability may be increased to a higher value by a declaration in writing of the value of the Goods by the shipper upon delivery to the Carrier of the Goods for shipment, such higher value being inserted on the front of this Bill of Lading in the space provided and, if required by the Carrier, extra freight paid. In such case, if the actual value of the Goods shall exceed such declared value, the value shall nevertheless be deemed to be the declared value and the Carrier's liability, if any, shall not exceed the declared value and any partial loss or damage shall be adjusted pro rata on the basis of such declared value. [Emphasis added.]

ment ou les règles la Haye-Visby (notamment la COGSA ou la LTME) ne sont pas obligatoirement applicables, la responsabilité du transporteur ne dépassera pas 50 \$ par colis ou unité.

(iv) La valeur des marchandises sera déterminée conformément au prix de la bourse des marchandises en vigueur au lieu et à la date de livraison au commerçant ou au lieu et à la date auxquels elles auraient dû être ainsi livrées ou encore, si aucun prix de cette nature n'existait, conformément à la valeur marchande d'après la valeur normale de marchandises de nature et de qualité similaires à cette date et à cet endroit.

(B) Lorsqu'il est possible de déterminer l'étape du transport au cours de laquelle la perte ou les dommages sont survenus,

(i) La responsabilité du transporteur sera déterminée conformément aux dispositions qui sont énoncées dans une convention internationale ou une loi nationale du pays et qui

a) ne peuvent faire l'objet d'une dérogation dans un contrat sous seing privé au détriment du commerçant;

b) se seraient appliquées si le commerçant avait conclu un contrat distinct avec le transporteur à l'égard de l'étape du transport au cours de laquelle la perte ou les dommages sont survenus et s'il avait reçu comme preuve un document particulier qui doit être délivré pour rendre cette convention internationale ou cette loi nationale applicable.

(ii) En ce qui a trait au transport aux États-Unis d'Amérique ou au Canada vers le port de chargement ou depuis le port de déchargement, la responsabilité du transporteur consistera à assurer le transport par des transporteurs, lequel transport sera assujéti aux contrats et aux tarifs des transporteurs intérieurs ainsi qu'à toute loi obligatoirement applicable. Le transporteur garantit l'exécution des obligations de ces transporteurs intérieurs selon leurs contrats et leurs tarifs.

(iii) Lorsque ni l'une ni l'autre des clauses (i) et (ii) ne s'appliquent, la responsabilité du transporteur sera déterminée conformément à l'alinéa 6(3)(A) qui précède.

(4) DISPOSITIONS GÉNÉRALES

(C) Ad Valorem: valeur déclarée du colis ou de l'unité.

La responsabilité du transporteur peut être portée à une valeur supérieure au moyen d'une déclaration écrite de la valeur des marchandises par l'expéditeur sur remise au transporteur des marchandises aux fins de leur envoi, ladite valeur supérieure étant inscrite au recto du présent connaissement dans l'espace prévu à cette fin, pourvu que les frais de fret supplémentaires exigés par le transporteur soient payés. En pareil cas, si la valeur réelle des marchandises dépasse cette valeur déclarée, la valeur sera néanmoins assimilée à la valeur déclarée et la responsabilité du transporteur, le cas échéant, ne dépassera pas la valeur déclarée; le montant de toute perte ou endommagement partiel devra être rajusté au prorata en fonction de cette valeur déclarée. [Je souligne.]

In this instance, the cargo travelled by way of combined transport and the loss occurred after discharge from the vessel so that by virtue of the paramountcy clause, the carrier's responsibility is to be determined by the provisions of clause 6(3). When the stage of carriage where the loss occurred can be proved, clause 6(3)(B)(iii) provides that, in the circumstances of the present case, the limitation is to be ascertained by reference to clause 6(3)(A)(iii) which in turn limits the carrier's liability to \$50 per package.

By virtue of its introductory paragraph, clause 6(3) only applies to limit a carrier's liability "for loss or damage to the Goods occurring from the time that the goods are taken into his charge until the time of delivery." The question to be decided is whether, on the facts of this case, there has been "loss or damage to the goods" prior to or "until the time of delivery" within the meaning of clause 6(3).

The bills of lading on their face contained the following notation:

RECEIVED in apparent good order and condition except as otherwise noted the total number of Containers or Packages or units enumerated below for transportation from the place of receipt to the place of delivery subject to the terms hereof. One of the original Bills of Lading must be surrendered duly endorsed in exchange for the Goods or Delivery Order. On presentation of this document (duly endorsed) to the Carrier by or on behalf of the Holder, the rights and liabilities arising in accordance with the terms hereof shall (without prejudice to any rule of common law or statute rendering them binding on the Merchant) become binding in all respects between the Carrier and the Holder as though the contract evidenced hereby had been made between them.

IN WITNESS whereof the number of original Bills of Lading stated below have been signed, one of which being accomplished, the other(s) to be void. [Emphasis added.]

Wellcorp Canada's main obligation in so far as the release of the goods is concerned was to obtain the surrender of the duly endorsed bills of lading in exchange for the goods. However, that is precisely what it failed to do knowingly, that is with the full knowledge that the release was not authorized. The employee of Wellcorp Canada who released the goods testified during discovery that she was fully aware of the need to obtain the bills of lading before-

Dans ce cas-ci, la cargaison a été acheminée par transport combiné et le sinistre est survenu après le déchargement du navire de sorte que, selon la clause paramount, la responsabilité du transporteur doit être déterminée suivant les dispositions de la clause 6(3). Lorsqu'il est possible d'établir l'étape du transport au cours de laquelle le sinistre est survenu, la clause 6(3)(B)(iii) prévoit que, dans les circonstances du présent litige, la limite de responsabilité doit être déterminée d'après la clause 6(3)(A)(iii), qui limite la responsabilité du transporteur à 50 \$ le colis.

Selon le paragraphe introductif de la clause 6(3), cette disposition s'applique uniquement de façon à limiter la responsabilité du transporteur à l'égard [TRADUCTION] «de la perte ou des dommages causés aux marchandises à compter du moment où le transporteur en prend la charge jusqu'au moment de la livraison». La question à trancher est celle de savoir si, d'après les faits, il y a eu «une perte ou des dommages causés aux marchandises» avant ou «jusqu'au moment de la livraison» au sens de la clause 6(3).

L'inscription suivante figurait au recto des connaissements:

[TRADUCTION] Sauf dans la mesure où il est prévu autrement, le nombre total de conteneurs, de colis ou d'unités mentionné ci-dessous a été reçu en bon état apparent pour fins de transport depuis le lieu de réception jusqu'au lieu de livraison, sous réserve des conditions des présentes. Un des connaissements originaux doit être remis après avoir été dûment endossé en échange des marchandises ou du bon de livraison. Sur présentation du présent document (dûment endossé) au transporteur par le titulaire ou au nom de celui-ci, les droits et responsabilités découlant des conditions des présentes (sans porter atteinte aux règles de common law ou aux lois qui les rendent exécutoires à l'égard du commerçant) deviennent exécutoires à tous égards entre le transporteur et le titulaire, comme si le contrat attesté par les présentes avait été conclu entre eux.

EN FOI DE QUOI le nombre de connaissements originaux indiqué ci-dessous a été signé, les autres devenant nuls à la signature de l'un d'eux. [Je souligne.]

La principale obligation de Wellcorp Canada en ce qui a trait à la remise des marchandises consistait à obtenir les connaissements dûment endossés en échange des marchandises. Cependant, c'est précisément ce qu'elle a omis de faire en toute connaissance de cause, c'est-à-dire qu'elle savait que la remise des marchandises n'était pas autorisée. L'employée de Wellcorp Canada qui a remis les marchandises a dit au cours de l'interrogatoire préalable qu'elle était tout

hand. However, Wellcorp Canada had an ongoing business relationship with Equip which had not given rise to any problems in the past, and on that occasion, she testified that she simply took a chance.

The attorney for the defendants suggested that the release of the goods by Tammy Pelley was an unauthorized act which should be viewed in the same light as theft by an employee. He referred the Court to the case of *Johnston, W.R. and Company Limited et al. v. Inter-City Forwarders Limited et al.*, [1946] O.R. 754, where the Ontario Court of Appeal held that a limitation of liability clause operated to limit the liability of a carrier where a shipment had been stolen by one of its employees. In so doing, the Court of Appeal disassociated the wrongful act committed by the employee from the employer who was found to have acted in good faith and without negligence in hiring the employee. It held, in effect, that the employer stood as a third party *vis-à-vis* the actions of the employee.

I do not believe that the situation at hand bears any analogy to the case of theft. The employee who released the goods acted in what she perceived to be the best interest of her employer. Equip was a long standing and valued client which had never defaulted in the past. She responded to their request for an urgent delivery on the assumption that payment would be forthcoming. In so doing, she made a business decision which turned out to be bad. Notwithstanding this mistake, she remained in the employ of Wellcorp Canada. In a telex from an officer of Wellcorp Canada to Wellcorp Hong Kong sent shortly after the incident, the following was stated:

Have also issues (*sic*) very strict order to all people involved in Canada about importance to protect HBL/originals (bills of lading) and endorsed properly in order to protect Wellcorp's interest and will monitor very closely. Let's just say between you and me that sometimes we have been to (*sic*) lenient towards clients failing to obtain HBL (bills of lading) before releasing but as of today this will no longer be the case I can assure you. [Emphasis added.]

à fait au courant de la nécessité d'obtenir les connaissements avant de remettre les marchandises. Toutefois, Wellcorp Canada faisait affaires depuis quelque temps déjà avec Equip et n'avait rencontré aucun problème dans le passé; l'employée a dit que, à la date en question, elle a tout simplement pris une chance.

L'avocat des défenderesses a soutenu que la remise des marchandises par Tammy Pelley constituait un acte non autorisé qui devrait être assimilé à un vol commis par un employé. Il a cité à la Cour l'affaire *Johnston, W.R. and Company Limited et al. v. Inter-City Forwarders Limited et al.*, [1946] O.R. 754, où la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'une clause de limitation de responsabilité avait pour effet de restreindre la responsabilité du transporteur dont l'un des employés avait volé la cargaison. Dans cette décision, la Cour d'appel a dissocié la faute commise par l'employé de l'employeur, qui avait agi de bonne foi et n'avait pas fait montre de négligence lorsqu'il a engagé l'employé. La Cour a décidé, en fait, que l'employeur devait être considéré comme un tiers à l'égard des actes de l'employé.

À mon avis, la situation dont il est question en l'espèce ne saurait être comparée au cas du vol. L'employée qui a remis les marchandises a agi dans ce qu'elle croyait être l'intérêt de l'employeur. Equip était une cliente appréciée avec laquelle son employeur faisait affaires depuis longtemps et qui n'avait jamais manqué à ses obligations dans le passé. L'employée a donc donné suite à leur demande de livraison urgente, présumant que le paiement viendrait sous peu. En agissant ainsi, elle a pris une décision commerciale qui s'est avérée mauvaise. Malgré cette erreur, elle est restée au service de Wellcorp Canada. Dans un télex qu'un dirigeant de Wellcorp Canada a fait parvenir à Wellcorp Hong Kong peu après l'incident, les commentaires suivants ont été écrits:

[TRADUCTION] Avons également donné des ordres très stricts à toutes les personnes concernées au Canada au sujet de l'importance de protéger les connaissements originaux et de veiller à ce qu'ils soient dûment endorsed afin de protéger les droits de Wellcorp et nous surveillerons de près la situation. Nous dirons simplement que nous avons parfois été trop tolérants à l'endroit de certains clients et que nous n'avons pas exigé les connaissements avant de remettre la marchandise, mais dès aujourd'hui

In that context, I do not believe that Wellcorp Canada can dissociate itself from the alleged unauthorized act of its employee. Her actions bind her employer to the fullest extent.

It is trite law that very clear, precise and unambiguous words are required to exempt or limit one's liability as against the failure to perform the very obligation which forms the object of a contractual undertaking. In *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576, the House of Lords was confronted with a similar situation. Lord Denning who delivered the judgment of their Lordships stated, at pages 586-588:

It is perfectly clear law that a shipowner who delivers without production of the bill of lading does so at his peril. The contract is to deliver, on production of the bill of lading, to the person entitled under the bill of lading. In this case it was "unto order or his or their assigns," that is to say, to the order of the Rambler Cycle Company, if they had not assigned the bill of lading, or to their assigns, if they had. The shipping company did not deliver the goods to any such person. They are therefore liable for breach of contract unless there is some term in the bill of lading protecting them. And they delivered the goods, without production of the bill of lading, to a person who was not entitled to receive them. They are therefore liable in conversion unless likewise so protected.

In order to escape the consequences of the misdelivery, the appellants say that the shipping company is protected by clause 2 of the bill of lading, which says that:

"During the period before the goods are loaded on or after they are discharged from the ship on which they are carried by sea, the following terms and conditions shall apply to the exclusion of any other provisions in this bill of lading that may be inconsistent therewith, viz., (a) so long as the goods remain in the actual custody of the carrier or his servants" (here follows a specified exception); "(b) whilst the goods are being transported to or from the ship" (here follows another specified exemption); "(c) in all other cases the responsibility of the carrier, whether as carrier or as custodian or bailee of the goods, shall be deemed to commence only when the goods are loaded on the ship and to cease absolutely after they are discharged therefrom."

d'hui, ce ne sera plus le cas, je puis vous l'assurer. [Je souligne.]

Dans ce contexte, je ne crois pas que Wellcorp Canada puisse se dissocier de l'acte non autorisé commis par son employée. Ses actes lient entièrement son employeur.

Il est bien reconnu qu'il faut utiliser des termes très clairs, précis et dépourvus de toute ambiguïté pour exclure ou restreindre la responsabilité d'une partie à l'égard de l'inexécution de l'obligation qui constitue l'objet de l'entente contractuelle. Dans l'affaire *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576, la Chambre des lords était saisie d'une situation semblable. Lord Denning, qui a prononcé le jugement pour la Chambre des lords, s'est exprimé comme suit, aux pages 586 à 588:

[TRADUCTION] Il est parfaitement clair en droit qu'un propriétaire de navire qui livre les marchandises sans que le connaissement ait été produit le fait à ses risques et périls. Le contrat consiste à livrer les marchandises, sur production du connaissement, à la personne qui y a droit en vertu du connaissement. Dans ce cas-ci, les marchandises devaient être livrées «au destinataire ou à ses ayants droit», c'est-à-dire à la Rambler Cycle Company, si elle n'avait pas cédé le connaissement, ou à ses ayants droit, dans le cas contraire. La société de transport maritime n'a pas remis les marchandises à cette personne. Elle a donc violé l'entente, à moins qu'il n'existe dans le connaissement une clause qui la protège. En outre, elle a livré les marchandises à une personne qui n'avait pas le droit de les recevoir, alors qu'aucun connaissement n'avait été produit. Elle est donc responsable du détournement, sauf si elle est protégée de la même façon.

Afin d'échapper aux conséquences du défaut de livraison, les appelants soutiennent que la société de transport maritime est protégée par la clause 2 du connaissement, dont le texte est le suivant:

[TRADUCTION] «Au cours de la période allant du chargement des marchandises jusqu'à leur déchargement du navire à bord duquel elles sont transportées sur mer, les conditions suivantes s'appliquent, à l'exclusion de toute autre disposition du présent connaissement incompatible avec elles, a) tant et aussi longtemps que les marchandises demeurent sous la garde réelle du transporteur ou de ses préposés» (cette clause est ensuite suivie d'une exception précise); «b) pendant que les marchandises sont transportées en provenance ou à destination du navire» (le texte qui suit est une autre exception précise); «c) dans tous les autres cas, la responsabilité du transporteur, que ce soit comme transporteur, gardien ou dépositaire des marchandises, est présumée commencer seulement lorsque les marchandises sont chargées à bord du navire et prendre fin de façon absolue dès qu'elles sont déchargées».

The exemption, on the face of it, could hardly be more comprehensive, and it is contended that it is wide enough to absolve the shipping company from responsibility for the act of which the Rambler Cycle Company complains, that is to say, the delivery of the goods to a person who, to their knowledge, was not entitled to receive them. If the exemption clause upon its true construction absolved the shipping company from an act such as that, it seems that by parity of reasoning they would have been absolved if they had given the goods away to some passer-by or had burnt them or thrown them into the sea. If it had been suggested to the parties that the condition exempted the shipping company in such a case, they would both have said: "Of course not." There is, therefore, an implied limitation on the clause, which cuts down the extreme width of it: and, as a matter of construction, their Lordships decline to attribute to it the unreasonable effect contended for.

But their Lordships go further. If such an extreme width were given to the exemption clause, it would run counter to the main object and intent of the contract. For the contract, as it seems to their Lordships, has, as one of its main objects, the proper delivery of the goods by the shipping company, "unto order or his or their assigns," against production of the bill of lading. It would defeat this object entirely if the shipping company was at liberty, at its own will and pleasure, to deliver the goods to somebody else, to someone not entitled at all, without being liable for the consequences. The clause must therefore be limited and modified to the extent necessary to enable effect to be given to the main object and intent of the contract: see *Glynn v. Margetson & Co.*, [1893] A.C. 351, 357; 9 T.L.R. 437; *G. H. Renton & Co. Ltd. v. Palmyra Trading Corporation of Panama*, [1956] 1 Q.B. 462, 501; [1956] 1 All E.R. 209; [1957] A.C. 149, 164; [1957] 2 W.L.R. 45; [1956] 3 All E.R. 957.

To what extent is it necessary to limit or modify the clause? It must at least be modified so as not to permit the shipping company deliberately to disregard its obligations as to delivery. For that is what has happened here. The shipping company's agents in Singapore acknowledged: "We are doing something we know we should not do." Yet they did it. And they did it as agents in such circumstances that their acts were the acts of the shipping company itself. They were so placed that their state of mind can properly be regarded as the state of mind of the shipping company itself. And they deliberately disregarded one of the prime obligations of the contract. No court can allow so fundamental a breach to pass unnoticed under the cloak of a general exemption clause: see *The Cap Palos*, [1921] P. 458, 471; 37 T.L.R., 921.

À première vue, l'exonération ne pourrait guère être plus complète et on soutient qu'elle est suffisamment large pour exonérer la société de transport maritime de la responsabilité relative à l'acte dont la Rambler Cycle Company se plaint, c'est-à-dire la livraison des marchandises à une personne qui, à la connaissance de ladite société, n'avait pas le droit de les recevoir. Si la clause d'exonération, selon sa véritable interprétation, avait pour effet d'exonérer la société de transport maritime d'un acte de cette nature, un raisonnement similaire nous inciterait à dire qu'elle aurait été exonérée si elle avait remis les marchandises à un passant, si elle les avait brûlées ou si elle les avait jetées à la mer. Si l'on avait donné à entendre aux parties que la condition avait pour effet d'exonérer la société de transport maritime en pareil cas, les deux parties auraient dit «Bien sûr que non». En conséquence, il existe une limite implicite quant à la portée de la clause, laquelle limite en restreint le caractère extrêmement large et, aux fins de l'interprétation, la Chambre des lords refuse de lui attribuer l'effet déraisonnable invoqué.

Cependant, la Chambre des lords va plus loin. Si l'interprétation extrêmement large qui est ici recherchée était reconnue, elle irait à l'encontre du but et de l'objet principaux du contrat. En effet, l'un des principaux objets du contrat réside dans la livraison en bonne et due forme des marchandises par la société de transporteur maritime «au destinataire ou à ses ayants droit» sur production du connaissement. Si la société de transport maritime pouvait, comme bon lui semble, livrer les marchandises à quelqu'un d'autre, à une personne qui n'y a pas droit, sans être responsable des conséquences, cet objet du contrat n'aurait plus sa raison d'être. En conséquence, la clause doit être limitée et modifiée dans la mesure nécessaire pour donner effet au principal but et au principal objet du contrat: voir *Glynn v. Margetson & Co.*, [1893] A.C. 351, p. 357; 9 T.L.R. 437; *G. H. Renton & Co. Ltd. v. Palmyra Trading Corporation of Panama*, [1956] 1 Q.B. 462, p. 501; [1956] 1 All E.R. 209; [1957] A.C. 149, p. 164; [1957] 2 W.L.R. 45; [1956] 3 All E.R. 957.

Dans quelle mesure est-il nécessaire de limiter ou de modifier la clause? Il faut la modifier, à tout le moins, de façon à défendre à la société de transport maritime d'agir avec une insouciance délibérée à l'égard de ses obligations quant à la livraison, car c'est ce qui s'est produit en l'espèce. Les représentants de la société de transport maritime à Singapour l'ont reconnu: [TRADUCTION] «Nous faisons quelque chose que nous ne devrions pas faire». Pourtant, ils l'ont fait, et ce, comme mandataires dans des circonstances telles que leurs actes étaient ceux de la société de transport maritime elle-même. Compte tenu de leur position, leur état d'esprit peut d'ailleurs être considéré comme celui de la société de transport maritime elle-même. En agissant de la sorte, ils ont délibérément omis de tenir compte de l'une des principales obligations du contrat. Aucun tribunal ne peut permettre qu'une contravention aussi essentielle soit autorisée sous le couvert d'une clause d'exonération générale: voir *The Cap Palos*, [1921] P. 458, p. 471; 37 T.L.R., 921.

The Court does not need to go so far as to delve into the issue of fundamental breach in this instance.¹ Keeping in mind that limitation clauses are to be strictly construed against those in favour of whom they are made, I do not believe that the limitation clause is, in this instance, of any assistance to the defendants. Specifically, I do not believe that there has been “loss or damage to the goods” as this term is used in the introductory paragraph of clause 6(3), so as to trigger the operation of the limitation clause.

The plain meaning of the term “loss or damage to the goods” suggests that the whereabouts of the goods can no longer be ascertained. Typically such loss occurs when goods are removed from the bailee’s possession without its knowledge. In most instances, this results from theft, but the goods may have simply disappeared, for instance where the goods are animals and have broken free. In the case at bar, the whereabouts of the goods was known at the time of delivery. Indeed, their whereabouts remained known after delivery. The goods were delivered to the consignee, Equip, which admitted to having them. As such they were not lost, nor were they at any time removed from the bailee’s possession without its knowledge.

Because the location of the goods remained known, nothing prevented Wellcorp Canada from reclaiming possession of these goods after their delivery if it had acted promptly. The goods were delivered to Equip’s warehouse. The evidence of Mr. Cohen, one of the principals of Equip, is that the goods were not immediately re-expedited. They went into stock and awaited client orders prior to being gradually dispersed. However, instead of seeking repossession of the goods, Wellcorp Canada contin-

¹ Indeed, having regard to the decision of the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, it now seems clear that the doctrine of fundamental breach does not allow a court to disregard the intent of the parties when it is clearly expressed, regardless of the impact of a limitation clause on the stated object of a contract.

Il n’est pas nécessaire d’examiner la question de la contravention essentielle en l’espèce¹. Compte tenu de la règle selon laquelle les clauses de limitation de responsabilité doivent être interprétées de façon restrictive à l’encontre des parties en faveur desquelles elles sont stipulées, je suis d’avis que la clause de limitation n’aide nullement les défenderesses en l’espèce. Plus précisément, je ne crois pas qu’il y ait eu «une perte ou des dommages causés aux marchandises», selon le sens de ces mots qui sont utilisés dans le paragraphe introductif de la clause 6(3), de façon à déclencher l’application de ladite clause de limitation.

Les mots «perte ou dommages causés aux marchandises» signifient, en termes simples, qu’il n’est plus possible de déterminer l’endroit où les marchandises se trouvent. Habituellement, ce type de sinistre se produit lorsque le dépositaire perd la possession des marchandises à son insu. Dans la plupart des cas, ce genre de situation découle d’un vol, mais les marchandises peuvent aussi avoir disparu, notamment lorsqu’il s’agit d’animaux qui se sont échappés. Dans le cas qui nous occupe, l’endroit où se trouvaient les marchandises était connu au moment de la livraison. Il est même demeuré connu après la livraison. Les marchandises ont été livrées au consignataire, Equip, qui a admis les avoir en sa possession. Elles n’étaient donc pas perdues ni n’ont été enlevées au dépositaire à son insu.

Étant donné que l’emplacement des marchandises est demeuré connu, Wellcorp Canada aurait pu réclamer la possession des marchandises après leur livraison si elle avait agi rapidement. Les marchandises ont été livrées à l’entrepôt de la société Equip. Selon le témoignage de M. Cohen, l’un des mandants de celle-ci, les marchandises n’ont pas été réexpédiées immédiatement. Elles sont restées à l’entrepôt et ont été graduellement envoyées à plusieurs endroits différents selon les commandes des clients. Toutefois, au

¹ En fait, eu égard à la décision que la Chambre des lords a rendue dans l’affaire *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, il semble clair désormais que la doctrine de la contravention essentielle ne permet pas à un tribunal de ne pas tenir compte de l’intention des parties, lorsque celle-ci est exprimée en termes clairs, quelles que soient les répercussions d’une clause de limitation de responsabilité quant à l’objet avoué du contrat.

ued to proceed on the assumption that the payment would be forthcoming.

Mr. Kalouf was the officer responsible for the Equip account at Wellcorp Canada. As such he was charged with the task of retrieving the bills of lading from Equip. When he first inquired, he was told that it was an oversight and that he would get them the very next day. Time passed. He was again advised that it was just a matter of locating the bills. After some weeks, Equip finally advised that the bills could not be located.

In his own words, Mr. Kalouf got the "run around." When asked if he had pressed to get the bills of lading, he answered that he pressed diplomatically because he wanted to retain the Equip account. He had personally solicited the Equip account on behalf of Wellcorp Canada. He cultivated the relationship over a period of three years prior to obtaining the account.

It seems clear that Wellcorp Canada was more concerned with maintaining its business relationship with Equip than preserving the propriety interest which the plaintiff had in the goods. The goods were eventually lost when they were gradually put into commerce by Equip. However, it remains that they were not lost within any of the meanings attributable to that word until sometime after delivery with the result that the limitation of liability clause can have no application.

It could be argued against this that the word "delivery" embodied in the limitation clause refers to delivery when effected in conformity with the terms of the bills of lading, that is, after the surrender of the bill of lading. In this instance such delivery was never made, with the result that the loss of the goods would have necessarily occurred within the time period contemplated by the limitation clause.

However, I do not believe that the word "delivery" as found in the limitation clause refers to anything other than actual delivery. No special meaning is attributed to that term. By contrast, the word "car-

lieu de chercher à reprendre la possession des marchandises, Wellcorp Canada a continué d'agir en présumant que le paiement viendrait sous peu.

M. Kalouf était le directeur responsable du compte de la société Equip chez Wellcorp Canada. À ce titre, il avait pour tâche de récupérer les connaissements auprès de la société Equip. À sa première tentative, il s'est fait dire qu'il s'agissait d'un oubli et qu'il les recevrait le lendemain. Le temps a passé et on lui a répété que c'était une simple question de trouver les connaissements. Après quelques semaines, Equip a finalement fait savoir à Wellcorp Canada qu'elle ne trouvait pas les connaissements.

Selon ses propres mots, M. Kalouf a obtenu des [TRADUCTION] «réponses très évasives». À la question de savoir s'il avait insisté pour obtenir les connaissements, il a répondu qu'il avait tenté d'agir avec diplomatie, parce qu'il voulait conserver Equip comme cliente. C'est lui qui avait personnellement obtenu ce compte au nom de Wellcorp Canada, après avoir tâté le terrain pendant trois ans.

Il semble évident que Wellcorp Canada était davantage préoccupée par la nécessité de maintenir ses relations commerciales avec Equip que par celle de conserver le droit que la demanderesse avait sur les marchandises. Les marchandises ont finalement été perdues lorsqu'elles ont été graduellement mises sur le marché par Equip. Toutefois, quel que soit le sens que l'on attribue à ce mot, elles n'ont été perdues qu'après un certain temps suivant la livraison, de sorte que la clause de limitation de responsabilité ne peut s'appliquer.

D'aucuns soutiendront à l'encontre de cette conclusion que le mot «livraison» utilisé dans la clause de limitation de responsabilité renvoie à la livraison effectuée conformément aux conditions du connaissement, c'est-à-dire après la remise du connaissement. Dans ce cas-ci, cette livraison n'a jamais été faite, de sorte que les marchandises ont nécessairement été perdues à l'intérieur du délai envisagé par la clause de limitation de responsabilité.

Toutefois, à mon sens, le mot «livraison» qui est utilisé dans la clause en question ne peut désigner autre chose que la livraison réelle. Aucun sens spécial n'est attribué à ce mot, alors que le mot «transport»

riage” is a defined term which means “the whole of the operations and services . . . performed by . . . the carrier in respect of the goods.” (Emphasis added.) This would extend the notion of carriage beyond the point of delivery when effected without obtaining the surrender of the bill of lading as the obtention of duly endorsed bills of lading forms part of the service performed by the carrier. No such extension is provided for in connection with the word “delivery.”

The purpose of the clause 6(3) is to limit the carrier’s liability while the goods remain in its control or possession or that of its agents because that is the time period during which liability is likely to be incurred. In my view, the authors of the clause simply did not foresee the possibility that it could remain liable for a loss to the goods occurring after delivery and while the goods are in the possession of a third party.

If I should be wrong in this regard, it would mean that the carrier’s liability is limited in all instances of wrongful delivery. In the words of the Privy Council in *Sze Hai Tong Bank Ltd., supra*, at page 587, the carrier would, by parity of reasoning, be protected if the goods had been given away randomly to some passer-by. I do not believe that the clause can reasonably be construed as having this effect.

Before turning to this, I note that the act complained of took place in the province of Quebec and amounts at least to gross negligence. Indeed it is more appropriately described as wilful negligence. In *Raymor Painting Contractors (Canada) Limited c. Purolator Courier Ltd.*, [1976] C.S. 468, Hugessen J., while he sat as a judge of the Superior Court, pointed out at page 471 that there is a considerable body of law in that province to the effect that clauses of limitation do not, in any event, extend to cover cases of gross negligence. He did so in the course of a judgment refusing to give effect to a limitation clause after finding that liability had been incurred as a result of gross negligence. If that is the state of the law in connection with liability arising out of gross

est un mot défini qui signifie [TRADUCTION] «l’ensemble des activités entreprises et des services assurés par le transporteur . . . à l’égard des marchandises». (Soulignement ajouté.) Cette définition a pour effet d’étendre la notion du transport au-delà du point de livraison, lorsque celle-ci est faite sans que les connaissements soient remis, car l’obtention de connaissements dûment endossés fait partie des services assurés par le transporteur. Aucun sens étendu de cette nature n’est prévu dans le cas du mot «livraison».

La clause 6(3) vise à restreindre la responsabilité du transporteur pendant que les marchandises demeurent sous le contrôle ou en la possession dudit transporteur ou de ses mandataires, car il s’agit de la période au cours de laquelle la responsabilité risque d’être engagée. À mon avis, les auteurs de la clause n’ont tout simplement pas envisagé la possibilité que le transporteur demeure responsable d’une perte survenant après la livraison, alors que les marchandises se trouvent en la possession d’un tiers.

Si j’avais tort sur ce point, cela signifierait que la responsabilité du transporteur est limitée dans tous les cas de livraison fautive. Pour reprendre les propos du Conseil privé dans l’affaire *Sze Hai Tong Bank Ltd.*, précitée, à la page 587, l’application d’un raisonnement similaire signifierait que le transporteur serait protégé même dans les cas où les marchandises auraient été remises au hasard à un passant. Je ne crois pas que cette interprétation de la clause soit raisonnable.

Par ailleurs, je souligne que l’acte reproché est survenu dans la province de Québec et constitue, à tout le moins, une négligence grave. En fait, il s’agirait davantage d’une négligence volontaire. Dans l’affaire *Raymor Painting Contractors (Canada) Limited c. Purolator Courier Ltd.*, [1976] C.S. 468, le juge Hugessen, qui siégeait alors comme juge de la Cour supérieure, a souligné à la page 471 qu’il existe une abondante jurisprudence dans cette province selon laquelle les clauses de limitation de responsabilité ne couvrent pas les cas de négligence grave. Il a fait cette remarque dans un jugement par lequel il a refusé de donner effet à une clause de limitation de responsabilité après avoir conclu que la responsabilité découlait d’une négligence grave. Si c’est là la

negligence, it would seem to be all the more extent and appropriate when liability arises out of an act of wilful negligence.

I am aware, however, of the decision of the Supreme Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, where it was held in an admiralty matter arising in the province of Quebec that the common law principles of bailment and negligence were applicable. The *ratio* of the decision further suggests that, at common law, contracting parties are free to exempt or limit whatever type of liability they envisage and that the matter stands to be decided by reference to what was within the reasonable contemplation of the parties. Applying this approach, it was held that liability for negligence was within the reasonable contemplation of the parties although negligence was not specifically mentioned in the limitation clause there in issue.

Adopting the same approach, I am of the view that the limitation clause falls substantially short of protecting the defendant from the liability which it has incurred. It would take much clearer words to hold, in effect, that the parties contemplated that the defendant could limit its liability in the face of a wilful breach of the very obligation which it had undertaken. Quite aside from the fact that wilful negligence, let alone negligence, is nowhere mentioned in the limitation clause, a reading of the terms and conditions incorporated into the bill of lading does not suggest that the parties contemplated that the liability of the carrier or of its agent would be limited in the circumstances of this case.

The only argument which can be made in support of the contrary contention is that the liability limited by the clause is unqualified and hence, could encompass any liability however it should arise. The argument might have merit in the face of liability arising out of an act of negligence but it collapses entirely in the face of an act of wilful negligence. In my view, if the parties had envisaged the rather extreme situation where the carrier was at liberty, at its will and pleasure, to deliver the goods to someone not entitled at

règle à appliquer à l'égard d'une responsabilité découlant d'une négligence grave, à plus forte raison est-il nécessaire de l'appliquer lorsque la responsabilité découle d'un acte de négligence volontaire.

a

Pendant, je suis au courant de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, où la Cour suprême du Canada a statué, dans une affaire d'amirauté qui avait pris naissance dans la province de Québec, que les principes de common law en matière de dépôt et de négligence s'appliquaient. Selon le fondement de la décision, en common law, les parties contractantes peuvent restreindre tout type de responsabilité qu'elles envisagent, ou s'en dégager, et le sort du litige dépend de ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager. Suivant ce raisonnement, la Cour a jugé que les parties pouvaient raisonnablement avoir envisagé la responsabilité découlant de la négligence, même si celle-ci n'était pas explicitement mentionnée dans la clause invoquée.

b

c

d

e

f

g

h

Reprenant le même raisonnement, je suis d'avis que la clause de limitation de responsabilité est loin de dégager la défenderesse de la responsabilité qu'elle a engagée. Il faudrait des termes beaucoup plus clairs pour convaincre la Cour que les parties avaient envisagé la possibilité que la défenderesse restreigne sa responsabilité malgré une violation délibérée de l'obligation même qu'elle avait contractée. Indépendamment du fait que la négligence volontaire et, à plus forte raison, la négligence tout court, ne sont pas mentionnées dans la clause de limitation de responsabilité, une lecture des conditions intégrées dans le connaissement ne permet pas de dire que les parties avaient envisagé que la responsabilité du transporteur ou de son mandataire serait restreinte dans les circonstances du présent litige.

i

j

Pour dire le contraire, il faudrait soutenir que la responsabilité visée par la clause est inconditionnelle et peut donc couvrir toute forme de responsabilité, quelle qu'en soit la source. L'argument serait peut-être valable dans le cas d'une responsabilité découlant d'un acte de négligence, mais il ne peut être retenu lorsqu'il s'agit d'un acte de négligence volontaire. À mon avis, si les parties avaient envisagé la situation plutôt extrême selon laquelle le transporteur aurait pu, à son gré, livrer les marchandises à une

all, while limiting its liability to the extent contemplated, they would have used more explicit language. In the absence of such language, the general limitation against liability does not shield Wellcorp Canada from acts of wilful negligence, and if there should be any ambiguity in this regard, I am bound to resolve the ambiguity in favour of the plaintiff.

For these reasons, the defendant Wellcorp Canada cannot avail itself of the limitation clause and is therefore liable for the full value of the goods which it improperly released.

Having so decided, Wellcorp Hong Kong can no more claim the benefit of the limitation clause than Wellcorp Canada. It is the plaintiff's contention that Wellcorp Hong Kong and Wellcorp Canada are one and the same business and, therefore, Wellcorp Hong Kong is jointly and severally liable for Wellcorp Canada's negligence. Summary judgment is sought against Wellcorp Hong Kong on that ground.

There is no evidence from any representative of Wellcorp Hong Kong before me. There is limited evidence from representatives of Wellcorp Canada which suggests the existence of a close relationship between the two entities as well as evidence showing that the two entities worked closely together, as in this instance, Wellcorp Hong Kong made all the shipping arrangements in Hong Kong while Wellcorp Canada arranged for the unloading, storage and delivery of the goods in Montréal. However, both are separately incorporated entities with places of business in different continents.

The assertion that Wellcorp Canada and Wellcorp Hong Kong carried on business as one entity raises a pure question of fact, and I do not believe, having regard to subsection 432.3(4), that I have before me the facts which would allow a fair and just determination of this question in the context of a summary judgment.

I will therefore grant summary judgment against defendant Wellcorp Canada condemning it to pay the plaintiff the amount of CAN \$201,776.89, plus pre-

personne qui n'y avait pas droit tout en restreignant sa responsabilité dans la mesure prévue, elles auraient utilisé des termes plus explicites. En l'absence de termes de cette nature, la clause générale de limitation de responsabilité ne protège pas Wellcorp Canada des actes de négligence volontaire et s'il y avait quelque doute sur ce point, je dois résoudre l'ambiguïté en faveur de la demanderesse.

Pour ces motifs, la défenderesse Wellcorp Canada ne peut invoquer la clause de limitation de responsabilité et est donc responsable de la pleine valeur des marchandises qu'elle a remises de façon fautive.

Compte tenu de cette décision, Wellcorp Hong Kong ne peut pas davantage invoquer la clause de limitation de responsabilité que Wellcorp Canada. La demanderesse soutient que, comme Wellcorp Hong Kong et Wellcorp Canada ne constituent en fait qu'une seule et même entreprise, Wellcorp Hong Kong est responsable conjointement et solidairement de la négligence de Wellcorp Canada. Un jugement sommaire est donc demandé contre Wellcorp Hong Kong pour ce motif.

Aucun représentant de Wellcorp Hong Kong n'a témoigné devant moi. Selon le témoignage de certains représentants de Wellcorp Canada, il existe un lien étroit entre les deux entités et celles-ci travaillent en étroite collaboration; ainsi, dans le présent cas, Wellcorp Hong Kong a pris toutes les dispositions relatives à l'expédition à Hong Kong, tandis que Wellcorp Canada s'est occupée du déchargement, de l'entreposage et de la livraison des marchandises à Montréal. Cependant, il s'agit de deux entités différentes ayant un établissement dans des continents différents.

L'allégation selon laquelle Wellcorp Canada et Wellcorp Hong Kong ne constituaient qu'une seule entité soulève une question de fait pure et, compte tenu du paragraphe 432.3(4), je ne crois pas que l'ensemble de la preuve comporte les faits nécessaires pour que je puisse trancher cette question de façon équitable dans le cadre de la requête en vue d'obtenir un jugement sommaire.

En conséquence, j'accueillerai la requête en vue d'obtenir un jugement sommaire contre la défenderesse Wellcorp Canada en la condamnant à payer à la

judgment interest from August 31, 1992 computed at the prime rate, and post-judgment interest as well as the costs of the action to date. In conformity with subsection 432.3(5), I will order that the issue of the joint and several liability of defendant Wellcorp Hong Kong proceed to trial in the usual way, if need be.

demanderesse le montant de 201 776,89 \$ CAN ainsi que les intérêts avant jugement courus depuis le 31 août 1992, calculés au taux préférentiel, les intérêts après jugement et les dépens de l'action jusqu'à maintenant. Conformément au paragraphe 432.3(5), j'ordonne que la question de la responsabilité conjointe et solidaire de la défenderesse Wellcorp Hong Kong soit instruite de la façon habituelle, au besoin.

IMM-3660-94

Cecilia Narvaez, Miguel Alexandro Narvaez and Daniel Antonio Narvaez (*Applicants*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

INDEXED AS: NARVAEZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, McKeown J.—Toronto, January 20 and February 9, 1995.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of CRDD decision applicant, children, not Convention refugees — Applicant from Ecuador — Abused, raped by husband during marriage, separation — Record of only complaint to police deleted from register when police bribed by husband — CRDD holding applicant victim of personal violence, not member of particular social group — Women in Ecuador subject to domestic violence belong to particular social group — CRDD misinterpreting own guidelines on gender-related persecution — Failing to consider all documentary evidence in deciding state's ability, willingness to protect applicant — Claimant need not risk further abuse by seeking ineffective state protection.

This was an application for judicial review of a CRDD decision that the applicants, a divorced mother and her two children from Ecuador, were not Convention refugees. The female applicant had suffered consistent verbal and physical abuse, including rape, by her husband during the marriage and even after their separation. She had sought police assistance on one occasion but her complaint was erased from the record book upon payment of a bribe by her husband. Just after her arrival in Canada, the applicant received a court order granting divorce. The applicant claimed Convention refugee status, based on membership in a particular social group, by reason of which she fears persecution in Ecuador from her former spouse, from whose actions the state is unwilling or unable to protect her. The Board held that the applicant was a victim of personal violence, not a member of a particular social group.

The issues were whether women subject to domestic violence in Ecuador are members of a particular social group; and whether the Board had considered whether the individual, as a result of membership in a particular social group, had a well-founded fear of persecution.

Held, the application should be allowed.

IMM-3660-94

Cecilia Narvaez, Miguel Alexandro Narvaez et Daniel Antonio Narvaez (*requérants*)

a c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*)

RÉPERTORIÉ: NARVAEZ c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge McKeown—Toronto, 20 janvier et 9 février 1995.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR refusant à la requérante et à ses enfants le statut de réfugié au sens de la Convention — La requérante venait de l'Équateur — Elle était victime de violence de la part de son mari et avait été violée par celui-ci pendant le mariage et après la séparation — La seule plainte déposée devant la police avait été effacée du registre lorsque le mari avait soudoyé la police — La SSR a statué que la requérante était victime de violence à titre d'individu, et non à titre de membre d'un groupe social — Les femmes équatoriennes victimes de violence familiale appartiennent à un groupe social — La SSR a interprété d'une façon erronée ses propres directives sur la persécution fondée sur le sexe — Elle a omis de tenir compte de toute la preuve documentaire en décidant si l'État pouvait et voulait protéger la requérante — L'intéressée n'a pas à risquer de continuer à être victime d'autres actes de violence en cherchant la protection inefficace de l'État.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR, refusant aux requérants, une mère divorcée et ses deux enfants, qui venaient de l'Équateur, le statut de réfugié au sens de la Convention. La requérante avait subi des mauvais traitements verbaux et physiques constants, allant jusqu'au viol, de la part de son mari pendant le mariage et même après leur séparation. Elle avait fait appel à la police une fois, mais sa plainte avait été radiée du registre en raison d'un pot-de-vin versé par son mari. Juste après son arrivée au Canada, la requérante a reçu une ordonnance judiciaire accordant le divorce. La requérante a fondé sa revendication sur son appartenance à un groupe social, par suite de quoi elle craignait d'être persécutée, en Équateur, par son ex-conjoint, contre les actes duquel l'État ne pouvait ou ne voulait la protéger. La Commission a statué que la requérante avait été victime de violence à titre d'individu, et non du fait de son appartenance à un groupe social.

Il s'agissait de savoir si les femmes victimes de violence familiale en Équateur appartenaient à un groupe social, et si la Commission s'était demandé si la personne en question, du fait de son appartenance à un groupe social, craignait avec raison d'être persécutée.

Jugement: la demande doit être accueillie.

The Board did not deal properly with the question of membership in a particular social group. Women in Ecuador subject to domestic violence belong to a particular social group. The Board did not follow its own guidelines on gender-related fear of persecution which, while not law, are authorized by *Immigration Act*, subsection 65(3), and are intended to be followed unless circumstances are such that a different analysis is appropriate.

Because the Board did not accept that the female applicant was a member of a particular social group, it failed to examine the documentary evidence relating to the treatment of women subject to domestic violence in Ecuador. The evidence was that the police did not respond in a serious or timely manner to these matters and that charges of assault and battery or rape could not be laid against a woman's husband in Ecuador. Accordingly, there would be no reason for the applicant to attempt to have charges laid against her husband.

The failure to recognize the applicant as a member of a particular social group resulted in a faulty analysis of whether the state was unable or unwilling to protect her. Even the one piece of documentary evidence quoted by the Board stated that while violence against women, including within marriage, was illegal, it was a common practice, and the Government has done little if anything to address the issue. The Board should have reviewed the documentary evidence in its entirety and decided whether the state had demonstrated an inability or unwillingness to protect women subject to domestic violence, and as a result would inadequately protect the female applicant. The Board did not consider whether it would defeat the purpose of the international protection of refugees if a claimant in applicant's position were required to continue to call the police only to put herself at risk of further beatings, just to demonstrate the ineffectiveness of the state in protecting her. That the applicant is now divorced would have no significant impact on the level of police protection.

The following questions should be certified: (1) Are women subject to domestic violence in a particular country members of a particular social group? (2) If so, must the Board then consider whether the applicant as a result of membership in a particular social group, has suffered persecution? In particular, must the Board consider the documentary evidence in determining the reason of the applicant's action or lack thereof in seeking the protection of the state?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 65(3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55), 69(4) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

La Commission n'a pas traité convenablement de la question de l'appartenance à un groupe social. Les femmes équatoriennes victimes de violence familiale appartiennent à un groupe social. La Commission n'a pas suivi ses propres directives sur la crainte de persécution fondée sur le sexe, qui, bien qu'elles n'aient pas force de loi, sont autorisées aux termes du paragraphe 65(3) de la *Loi sur l'immigration* et sont censées être suivies, à moins qu'une analyse différente ne convienne dans les circonstances.

La Commission, puisqu'elle n'admettait pas que la requérante soit membre d'un groupe social, a omis d'examiner la preuve documentaire portant sur le traitement accordé, en Équateur, aux femmes victimes de violence familiale. La preuve montrait que la police ne prenait pas au sérieux ce genre de cas, ou n'y répondait pas en temps opportun, et qu'en Équateur, une femme ne pouvait porter contre son mari des accusations de voies de fait ou de viol. En conséquence, la requérante n'aurait eu aucune raison de tenter de faire inculper son mari.

Le fait de ne pas reconnaître que la requérante appartenait à un groupe social avait pour effet de vicier l'analyse de la question de savoir si l'État ne pouvait ou ne voulait protéger la requérante. Même d'après l'unique élément de preuve documentaire cité par la Commission, bien qu'il fût illégal d'user de violence envers les femmes, et ce, même à l'intérieur du mariage, le recours à la violence n'était pas moins répandu pour autant, et le gouvernement n'avait guère agi pour régler le problème. La Commission aurait dû examiner l'ensemble de la preuve documentaire et décider si l'État s'était montré incapable de protéger les femmes victimes de violence familiale ou peu disposé à le faire, de sorte qu'il n'offrirait pas à la requérante une protection adéquate. La Commission ne s'est pas demandé si l'objet visé par la protection internationale se trouverait être contrecarré si l'on exigeait de l'intéressée qui se trouve dans la même situation que la requérante qu'elle continue à appeler la police, et à s'exposer ainsi à se faire battre encore, simplement pour démontrer que l'État ne la protégeait pas efficacement. Le fait que la requérante est maintenant divorcée n'aurait pas d'effet sensible sur l'ampleur de la protection offerte par la police.

Les questions suivantes devraient être certifiées: (1) Les femmes victimes de violence familiale dans un pays donné appartiennent-elles à un groupe social? (2) Dans l'affirmative, la Commission doit-elle alors examiner si la requérante a subi la persécution du fait de son appartenance à un groupe social? En particulier, la Commission est-elle tenue de considérer la preuve documentaire afin de déterminer ce qui a incité la requérante à chercher ou à ne pas chercher à obtenir la protection de l'État?

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 65(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55), 69(4) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Rodionova v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 66 F.T.R. 66 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 2 F.C. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *C. (X.N.) (Re)*, [1993] C.R.D.D. No. 27 (QL).

AUTHORS CITED

Country Reports on Human Rights Practices for 1993: Report submitted to the Committee on Foreign Relations U.S. Senate and the Committee on Foreign Affairs House of Representatives by the Department of State. Washington: U.S. Government Printing Office, 1994.

APPLICATION for judicial review of a CRDD decision that the applicant, an Ecuadorian woman who had been a victim of repeated domestic violence was not a member of a particular social group and therefore she and her children were not Convention refugees. Application allowed.

COUNSEL:

Sherry Levitan for applicants.
T. Viresh Fernando for respondent.

SOLICITORS:

Sherry Levitan, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MCKEOWN J.: The applicants seek judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) dated July 14, 1994, wherein it was determined that the applicants were not Convention refugees. The issues are:

1) whether women subject to domestic violence in that particular country, are members of a particular social group; and

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Rodionova c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 66 F.T.R. 66 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 2 C.F. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *C. (X.N.) (Re)*, [1993] D.S.S.R. n° 28 (QL).

DOCTRINE

Country Reports on Human Rights Practices for 1993: Report submitted to the Committee on Foreign Relations U.S. Senate and the Committee on Foreign Affairs House of Representatives by the Department of State. Washington: U.S. Government Printing Office, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle la requérante, une femme équatorienne qui avait à maintes reprises été victime de violence familiale, n'était pas membre d'un groupe social et que ses enfants et elles n'étaient donc pas des réfugiés au sens de la Convention. Demande accueillie.

AVOCATS:

Sherry Levitan pour les requérants.
T. Viresh Fernando pour l'intimé.

PROCUREURS:

Sherry Levitan, Toronto, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE MCKEOWN: Les requérants demandent le contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) en date du 14 juillet 1994, laquelle décision refusait aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention. Les questions en litige sont les suivantes:

1) Les femmes victimes de violence familiale dans un pays donné appartiennent-elles à un groupe social?

2) whether the Board considered if the individual, as a result of membership in a particular social group has a well-founded fear of persecution.

2) La Commission s'est-elle demandé si la personne en question, du fait de son appartenance à un groupe social, craint avec raison la persécution?

FACTS

The applicant is a 27-year old divorced female citizen of Ecuador. Her two children, Miguel and Daniel, are also both male citizens of Ecuador, and are seven and two years old respectively. All three arrived in Canada on August 27, 1993. The applicant claims to be a Convention refugee because of having a well-founded fear of persecution based on her membership in a particular social group. The two minor children are represented by the claimant mother pursuant to subsection 69(4) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)] (the Act).

The applicant fears violence at the hands of her former husband whom she has been separated from since 1990, and divorced from since 1993. The applicant was married in 1986 and gave birth to her first son in that same year. It was after the birth of the son in 1986 that the abuse began. Throughout the relationship that followed, the applicant was subjected to consistent abuse from her husband.

The applicant was abused through verbal and physical attacks including rape. Her husband often slapped her, punched her and on one occasion threatened to kill her. The abuse was never obvious to others around however, as she was generally beaten on her body as opposed to her face or head, so that the signs of abuse would not be visible. The applicant stayed with her husband despite the beatings until November 1990 when she moved out of the matrimonial home and went to live with her sister. Her husband continued to follow her wherever she went, and continued to threaten her. In March 1992, her husband tracked her down and raped her. The applicant states that the rape resulted in the birth of her second son. When her husband found out that she was pregnant, he forced her to live with him again. Out of fear the applicant stayed with her husband until after the birth of their second son in 1992, and then left again.

On only one occasion in seven years did the applicant call the police. This was after she moved out in

a LES FAITS

La requérante est citoyenne équatorienne divorcée; elle a 27 ans. Ses deux enfants, Miguel et Daniel, respectivement âgées de sept et de deux ans, sont aussi citoyens équatoriens. Tous les trois sont arrivés au Canada le 27 août 1993. La requérante se prétend réfugiée au sens de la Convention parce qu'elle craint avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social. Les deux enfants mineurs sont représentés en l'espèce par leur mère conformément au paragraphe 69(4) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18)] (la Loi).

La requérante craint d'être brutalisée par son ex-mari, dont elle est séparée depuis 1990 et divorcée depuis 1993. Elle l'avait épousé en 1986 et a accouché de leur premier fils la même année. C'est après la naissance de ce fils que les mauvais traitements ont commencé et, par la suite, le mari de la requérante l'a systématiquement maltraitée tant qu'a duré leur relation.

En effet, la requérante a subi des mauvais traitements verbaux et physiques allant jusqu'au viol. Son mari la giflait souvent, lui donnait des coups de poing et, à une occasion, l'a menacée de mort. Les mauvais traitements n'ont toutefois jamais été évidents pour les autres, car il la frappait au corps plutôt qu'au visage ou à la tête, de sorte que rien n'en paraissait. En dépit des sévices, la requérante est restée auprès de son mari jusqu'en novembre 1990. Elle a quitté alors le foyer conjugal pour aller s'installer chez sa sœur. Son mari, cependant, n'a pas laissé de la suivre où qu'elle se rende, ni de lui proférer des menaces. L'ayant dépitée en mars 1992, il l'a violée. C'est de ce viol, déclare la requérante, qu'est issu son second fils. Dès que son mari a appris qu'elle était enceinte, il l'a contrainte à cohabiter avec lui encore. Comme elle avait peur, elle est restée avec lui jusqu'après la naissance de leur second fils en 1992, puis elle l'a quitté de nouveau.

Sur une période de sept ans, la requérante n'a fait appel à la police qu'une seule fois. C'était après avoir

1990. Her husband had come in a drunken state to the apartment where she was staying and demanded to be let in. The applicant let him in, and once inside he began to hit her. She called the police. After kicking her and insulting her, her husband left. The applicant then waited for the police, who did not arrive until some time later, after the applicant had fallen asleep. The applicant was told by her grandmother that she had seen the police arrive, get out of their car, look around, and leave.

During their separation the applicant went to see a lawyer about getting a divorce. While there, the lawyer suggested that she confirm her complaint about her husband with the police. She went to the central police office in Quito but was unable to find her complaint in the record book. A mutual friend of her and her husband told her that her husband knew certain police officers who guarded the bank that he worked at, and paid them off to have the complaint wiped off the register. The applicant never sought the help of the police again.

Just prior to leaving Ecuador in August of 1993, the applicant obtained a divorce from her husband. The applicant stated that she had to get permission from her husband to remove the children from the country, and that in exchange for such permission she had to release him from all child support obligations. On November 15, 1993, four months after coming to Canada, the applicant received a court order granting their divorce.

ANALYSIS

Subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act limits the grounds for Convention refugees' well-founded fear of persecution to five possibilities: "race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion." The female applicant in this case justified her claim on the basis of "membership in a particular social group" and by reason of which she fears persecution in Ecuador from her spouse, now former spouse, and from whose actions the state is unwilling or unable to adequately protect. The Board did not deal properly with mem-

déménagé en 1990. Son mari s'était présenté, en état d'ivresse, à l'appartement qu'elle habitait et l'avait sommée de lui ouvrir. La requérante l'a laissé entrer et, une fois à l'intérieur, il s'est mis à la frapper. Elle a donc appelé la police. Son mari lui a donné des coups de pied et l'a injuriée, après quoi il s'en est allé. La requérante a alors attendu les policiers, qui ne sont arrivés sur les lieux que bien plus tard, soit après que la requérante fut tombée endormie. Sa grand-mère lui a dit avoir vu les policiers venir, descendre de leur voiture, jeter un coup d'œil, puis repartir.

Pendant qu'ils vivaient séparés, la requérante est allée consulter un avocat au sujet d'un divorce. L'avocat lui a alors conseillé de confirmer auprès de la police la plainte qu'elle avait portée contre son mari. Elle s'est rendue en conséquence au bureau principal de la police à Quito, mais n'a pu trouver aucune mention de sa plainte dans le registre policier. Un ami commun de la requérante et de son mari a indiqué à la requérante que ce dernier connaissait certains policiers qui montaient la garde à la banque où il travaillait, et qu'il les avaient soudoyés afin de faire effacer la plainte du registre. La requérante n'a jamais recouru à la police par la suite.

Juste avant de quitter l'Équateur en août 1993, la requérante a reçu le consentement de son mari au divorce. Elle dit qu'elle ne pouvait emmener les enfants hors du pays sans la permission de ce dernier et que, pour l'obtenir, elle a dû le dégager de toute obligation alimentaire à leur égard. Quatre mois après son arrivée au Canada, soit le 15 novembre 1993, l'ordonnance accordant le divorce a été signifiée à la requérante.

ANALYSE

Le paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi limite à cinq les fondements possibles de la crainte justifiée de persécution que doit éprouver un réfugié au sens de la Convention; il s'agit en effet «de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques». En l'espèce, la requérante a fondé sa revendication sur «son appartenance à un groupe social», par suite de quoi elle craint d'être persécutée en Équateur par son ex-conjoint, contre les actes duquel l'État ne peut ou ne veut la protéger adéquatement.

bership in a particular social group. The Board stated, at pages 11-12:

No evidence was adduced to suggest or to establish that the claimant had a well-founded fear of persecution by her husband by reason of her nationality, race, religion, or political opinion. Her fear of persecution is based solely on the fact that she has been the victim of domestic violence perpetrated by her husband who had raped her, and subjected her to physical violence.

However, no evidence was adduced to establish that she was raped by her husband in March 1992, following their separation in November 1990, because of her membership in a particular social group, rather than because of her person. The rape was carried out as a random act of violence, and the particular circumstances of her claim do not distinguish her from the situation of the general population, or from other women.

With regard to the rape experienced by the claimant, any fear arising from that experience can be characterized as a fear of private violence committed by her estranged husband for his own lustful and repugnant purpose. Such fear does not amount to persecution within the Convention refugee definition, nor can it be related to any of the grounds therein.

If women subject to domestic violence are a particular social group, the reasoning of the Board cannot stand. The abuse will always be carried out by a domestic partner and not by any particular group. If an abused domestic partner is not a member of a particular social group, the abused domestic partner cannot have a well-founded fear of persecution by reason of one of the five grounds in the Convention refugee definition. In my view, women in Ecuador subject to domestic violence belong to a particular social group. Justice La Forest in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 extensively reviewed the question of particular social group. He pointed out, at page 733:

Underlying the Convention is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination. This is indicated in the preamble to the treaty as follows:

CONSIDERING that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination.

... Hathaway, *supra*, at p. 108, thus explains the impact of this general tone of the treaty on refugee law:

The dominant view, however, is that refugee law ought to concern itself with actions which deny human dignity in any

Or, la Commission n'a pas traité convenablement de la question de l'appartenance à un groupe social, car elle dit, aux pages 11 et 12:

[TRADUCTION] Aucun élément de preuve n'a été présenté qui indique ou qui établit que la revendicatrice craignait avec raison d'être persécutée par son mari en raison de sa nationalité, de sa race, de sa religion ou des ses opinions politiques. Sa crainte repose exclusivement sur le fait qu'elle a été victime des violences de son mari, qui l'a violée et lui a fait subir des mauvais traitements physiques.

Toutefois, on n'a rien produit en preuve qui établit qu'après leur séparation, survenue en novembre 1990, c'est du fait de son appartenance à un groupe social plutôt qu'à titre d'individu qu'elle a été violée par son mari en mars 1992. Ce viol représentait un acte de violence commis au hasard, et les circonstances particulières de sa revendication ne permettent guère de distinguer le cas de la revendicatrice de celui de l'ensemble de la population, ou de celui d'autres femmes.

En ce qui concerne le viol dont la revendicatrice a été victime, toute crainte en résultant peut être considérée comme la crainte d'une violence privée commise par son mari (de qui elle s'était séparée) pour accomplir ses propres desseins à la fois lubriques et ignobles. Or, pareille crainte n'équivaut pas à persécution au sens de la définition de réfugié au sens de la Convention, ni ne se rattache à l'un ou l'autre des motifs y énoncés.

Si les femmes victimes de violence familiale représentent un groupe social, le raisonnement de la Commission ne saurait tenir. En effet l'auteur des mauvais traitements sera toujours le partenaire de la victime et non pas un groupe particulier. Si la victime n'appartient pas à un groupe social, elle ne peut craindre avec raison d'être persécutée pour l'une des cinq raisons énumérées dans la définition de réfugié au sens de la Convention. À mon avis, les femmes équatoriennes victimes de violence familiale appartiennent à un groupe social. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, le juge La Forest fait un examen approfondi de la notion de groupe social, soulignant à ce propos, à la page 733:

La Convention repose sur l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne. C'est ce qu'indique le préambule du traité:

CONSIDÉRANT que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

... Hathaway, *op. cit.*, à la p. 108, explique ainsi l'incidence de ce ton général du traité sur le droit relatif aux réfugiés:

[TRADUCTION] Toutefois, le point de vue dominant est que le droit relatif aux réfugiés devrait s'appliquer aux actions qui

key way, and that the sustained or systematic denial of core human rights is the appropriate standard.

La Forest J. continues, at pages 735-736:

The manner in which groups are distinguished for the purposes of discrimination law can thus appropriately be imported into this area of refugee law.

This theme of international concern for discrimination and human rights seems to underlie the recent trend in the jurisprudence of the Federal Court of Appeal. In *Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*, the court reviewed the decision of a credible basis panel. Pursuant to this decision, it was found that there was some evidence upon which the Refugee Division might determine the applicant to be a Convention refugee in her claim to fear persecution on the basis of membership in the particular social group of "Trinidadian women subject to wife abuse". Although not strictly necessary to this review, Mahoney J.A. addressed the question of whether this group could meet the definition of Convention refugee. In doing so, he articulated the following test, at p. 737, proposed by counsel for the applicant:

... a particular social group means: (1) a natural or non-natural group of persons with (2) similar shared background, habits, social status, political outlook, education, values, aspirations, history, economic activity or interests, often interests contrary to those of the prevailing government, and (3) sharing basic, innate, unalterable characteristics, consciousness and solidarity, or (4) sharing a temporary but voluntary status, with the purpose of their association being so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it.

In *Cheung v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, the court was more directly confronted with the question of the test for "particular social group", in deciding whether women in China who have more than one child and are faced with forced sterilization constitute such a group. In order to make this evaluation, Linden J.A. adopted the test proposed in *Mayers v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*. In applying the test to the facts before him, Linden J.A. held:

It is clear that women in China who have one child and are faced with forced sterilization satisfy enough of the above criteria to be considered a particular social group. These people comprise a group sharing similar social status and hold a similar interest which is not held by their government. They have certain basic characteristics in common. All of the people coming within this group are united or identified by a purpose which is so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it on the basis that interference with a woman's reproductive lib-

nient d'une manière fondamentale la dignité humaine, et que la négation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne est la norme appropriée.

Le juge La Forest poursuit, aux pages 735 et 736:

La façon de distinguer les groupes aux fins du droit relatif à la discrimination peut donc à bon droit s'appliquer à ce domaine du droit relatif aux réfugiés.

Cette préoccupation internationale au sujet de la discrimination et des droits de la personne semble être à l'origine de la tendance qui s'est récemment manifestée dans la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale. Dans *Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, la cour a examiné la décision du tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement. Aux termes de cette décision, on a conclu que certains éléments de preuve permettaient à la section du statut de réfugié de conclure que la requérante était une réfugiée au sens de la Convention parce qu'elle craignait d'être persécutée du fait de son appartenance au groupe social des «Trinidiennes victimes de violence conjugale». Bien que cela ne fût pas strictement nécessaire à l'examen, le juge Mahoney s'est demandé si ce groupe pouvait être visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention». Ce faisant, il formule, à la p. 737, le critère suivant proposé par l'avocat de la requérante:

... un groupe social désigne (1) un groupe naturel ou non de personnes (2) qui partagent des antécédents, des habitudes, un statut social, des vues politiques, une instruction, des valeurs, des aspirations, une histoire, des activités ou des intérêts économiques similaires, souvent des intérêts contraires à ceux du gouvernement au pouvoir et (3) qui partagent des caractéristiques, une conscience et une solidarité inaltérables, innées et fondamentales ou (4) qui partagent un statut temporaire mais volontaire, afin que leur association soit si essentielle à leur dignité humaine qu'elles ne devraient pas être obligées de la modifier.

Dans *Cheung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, la cour a eu à examiner plus directement la question du critère applicable au «groupe social» pour déterminer si les Chinoises qui ont plus d'un enfant et qui font face à la stérilisation forcée constituent un pareil groupe. Aux fins de cette évaluation, le juge Linden a adopté le critère proposé dans *Mayers c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité. En appliquant le critère aux faits dont il était saisi, le juge Linden a déclaré ceci:

Il est clair que les femmes en Chine qui ont un enfant et qui font face à la stérilisation forcée satisfont suffisamment aux critères ci-dessus pour être considérées comme formant un groupe social. Elles forment un groupe partageant le même statut social et ont un intérêt similaire que ne partage pas leur gouvernement. Elles ont en commun certaines caractéristiques fondamentales. Toutes celles qui entrent dans ce groupe poursuivent ou ont en commun une fin si essentielle à leur dignité humaine qu'elles ne devraient pas être obligées de la modifier pour le motif que l'ingérence dans la

erty is a basic right "ranking high in our scale of values" (*E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388).

In this way, the focus of the inquiry was on the basic right of reproductive control.

La Forest J. then concludes his discussion on this subject with a good working rule, at page 739:

The meaning assigned to "particular social group" in the Act should take into account the general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination that form the basis for the international refugee protection initiative. The tests proposed in *Mayers*, *Cheung* and *Matter of Acosta*, *supra*, provide a good working rule to achieve this result. They identify three possible categories:

- (1) groups defined by an innate or unchangeable characteristic;
- (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and
- (3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence.

The first category would embrace individuals fearing persecution on such bases as gender, linguistic background and sexual orientation, while the second would encompass, for example, human rights activists. The third branch is included more because of historical intentions, although it is also relevant to the anti-discrimination influences, in that one's past is an *immutable part of the person*.

The Board also misinterpreted the guidelines issued by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board which talk of gender-related fear of persecution. In my view it should be referred to in light of membership in a particular social group. However, in either event the Board did not follow its own guidelines. While the guidelines are not law, they are authorized by subsection 65(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55] of the Act, and intended to be followed unless circumstances are such that a different analysis is appropriate. The Board stated:

According to the guidelines, where a woman claims to have a gender-related fear of persecution, the central issue requiring determination is the linkage between gender, the feared persecution and one or more of the grounds set out in the Convention refugee definition.

The guidelines, at p. 7, state:

liberté de procréation d'une femme est un droit fondamental «qui se situe en haut de notre échelle de valeurs» (*E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388).

Ainsi, l'enquête était axée sur le droit fondamental à la procréation.

Puis, le juge La Forest termine son analyse de ce sujet en énonçant une bonne règle pratique, à la page 739:

Le sens donné à l'expression «groupe social» dans la Loi devrait tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés. Les critères proposés dans *Mayers*, *Cheung* et *Matter of Acosta*, précités, permettent d'établir une bonne règle pratique en vue d'atteindre ce résultat. Trois catégories possibles sont identifiées:

- (1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable;
- (2) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association; et
- (3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.

La première catégorie comprendrait les personnes qui craignent d'être persécutées pour des motifs comme le sexe, les antécédents linguistiques et l'orientation sexuelle, alors que la deuxième comprendrait, par exemple, les défenseurs des droits de la personne. La troisième catégorie est incluse davantage à cause d'intentions historiques, quoiqu'elle se rattache également aux influences antidiscriminatoires, en ce sens que le passé d'une personne constitue une partie immuable de sa vie.

En outre, la Commission a mal interprété les directives données par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui parlent d'une crainte de persécution qui soit fondée sur le sexe. Or, à mon avis, cette crainte devrait être considérée dans le contexte de l'appartenance à un groupe social. Quoi qu'il en soit, la Commission n'a pas suivi ses propres directives. Celles-ci n'ont certes pas force de loi, mais elles sont autorisées aux termes du paragraphe 65(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55] de la Loi et sont censées être suivies, à moins qu'une analyse différente ne convienne dans les circonstances. La Commission a dit:

[TRADUCTION] D'après les directives, lorsqu'une femme dit craindre d'être persécutée du fait de son sexe, la question fondamentale qui se pose est celle du lien entre le sexe, la persécution donnant lieu à la crainte et un ou plusieurs des motifs énoncés dans la définition de réfugié au sens de la Convention.

À la page 7 des directives se trouve le passage suivant:

The fact that violence, including sexual and domestic violence, against women is universal is irrelevant when determining whether rape, and other gender-specific crimes constitute forms of persecution. The real issues are whether the violence—experienced or feared—is a serious violation of a fundamental human right for a Convention ground and in what circumstances can the risk of that violence be said to result from a failure of state protection. *a*

The guidelines specifically state, at p. 8, that in assessing a woman's claim of gender-related fear of persecution, the evidence must show that what the claimant genuinely fears is persecution for a Convention reason as distinguished from random violence or random criminal activity perpetrated against her as an individual. *b*

The guidelines further state, at p. 8, that evaluation of the claimant's whole evidence as to weight and credibility ought to be conducted in light of the following considerations, among others: *c*

A gender-related claim cannot be rejected simply because the claimant comes from a country where women face generalized oppression and violence and the claimant's fear of persecution is not identifiable to her on the basis of an individualized set of facts. This so-called "particularized evidence rule" was rejected by the Federal Court of Appeal in *Salibian v. M.E.I.*, and other decisions. *d*

Where a gender-related claim involves threats of or actual sexual violence at the hands of authorities (or private citizens not susceptible to state control), the claimant may have difficulties in substantiating her claim with any "statistical data" on the incidence of sexual violence in her country of origin. *e*

Decision-makers should consider evidence indicating a failure of state protection in that governing institutions and/or their agents in the claimant's country of origin may have condoned the instances of sexual violence if they had been aware of them or did nothing to prevent them. *f*

On the evidence, the claimant's fear of persecution is based solely on the personal abuse and violence to which she was subjected at the hands of her former husband from the time of their marriage in 1986, and the birth of their son in September of that year, until August 1993 when she left Ecuador, as more particularly described in her PIF. However, while there were numerous instances of abuse and violence by her husband against her during that period of time, the claimant only contacted the police on one occasion, in 1991, to report that she was being physically assaulted by her husband, and to seek their protection. The police responded to the claimant's call for help, however they did not arrive at her apartment where her estranged husband had come to beat her up, until after her husband, from whom she was then separated, had left the premises, and she had gone to sleep. She testified that she never went subsequently to the police, nor did she ever ask her law- *g*

Le fait que la violence, notamment la violence sexuelle et familiale, à l'encontre des femmes soit universelle n'est pas pertinent pour déterminer si le viol et d'autres crimes liés au sexe constituent des formes de persécution. La véritable question qu'il faut se poser est celle de savoir si la violence, vécue ou redoutée, constitue une grave violation d'un droit fondamental de la personne pour un motif de la Convention et dans quelles circonstances peut-on dire que le danger de cette violence résulte de l'absence de protection par l'État? *a*

Les directives disent expressément, à la p. 8, que lorsqu'il s'agit d'examiner l'allégation d'une revendicatrice qu'elle craint d'être persécutée du fait de son sexe, la preuve doit établir qu'elle craint véritablement d'être persécutée pour un motif visé par la Convention, plutôt que de faire l'objet d'une forme de violence généralisée ou d'un seul crime perpétré contre elle comme personne. *b*

Les directives portent en outre, à la p. 8, que pour évaluer la crédibilité de l'ensemble de la preuve de la revendicatrice et le poids qu'il faut accorder à cette preuve, il convient de tenir compte, entre autres choses, des facteurs suivants: *c*

Une revendication fondée sur le sexe ne peut être refusée pour la simple raison que la revendicatrice vient d'un pays où les femmes font généralement l'objet d'oppression et de violence et que sa crainte de persécution ne la concerne pas d'après des circonstances qui lui sont propres. Cette «règle de preuve individuelle» a été rejetée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Salibian c. M.E.I.* et dans d'autres décisions. *d*

Lorsqu'une revendication fondée sur le sexe repose sur des menaces ou des actes réels de violence sexuelle de la part des autorités (ou de citoyens privés non assujettis au contrôle de l'État), il pourrait être difficile pour la revendicatrice de justifier sa revendication à l'aide de «données statistiques» concernant les incidents de violence sexuelle dans son pays d'origine. *e*

Les instances décisionnelles doivent considérer la preuve indiquant que les autorités au pouvoir et leurs mandataires dans le pays d'origine de la revendicatrice n'ont pas accordé la protection de l'État et qu'ils ont peut-être fermé les yeux sur les incidents de violence sexuelle s'ils en étaient conscients, mais n'ont rien fait pour les empêcher. *f*

D'après la preuve, la crainte de persécution qu'éprouve la revendicatrice repose uniquement sur les mauvais traitements et la violence qu'elle a subis à titre personnel aux mains de son ex-mari depuis leur mariage en 1986 et la naissance de leur fils en septembre de cette année-là jusqu'à ce qu'elle quitte l'Équateur en août 1993, comme il est indiqué de façon plus détaillée sur son formulaire personnels. Toutefois, malgré les nombreux mauvais traitements et les nombreuses violences que lui a fait subir son mari au cours de la période en question, la revendicatrice n'a contacté la police qu'à une seule occasion, soit en 1991, pour signaler que son mari l'agressait et pour demander la protection policière. La police a répondu à la demande de secours, mais n'est arrivée à l'appartement de la revendicatrice qu'après que son mari, de qui elle était alors séparée et qui s'y était rendu pour la battre, eut quitté les lieux, et après que la revendicatrice se fut endormie. Elle a témoigné *g*

yer to go to the police, for the purpose of having formal charges of assault and battery or rape laid against her husband.

The claimant testified that her husband was acquainted with a group of police officers who did off-duty work for the bank where he worked, by reason of which he was allegedly able to exercise his influence to have the record of the claimant's telephone call removed from the police records.

However, no evidence was adduced to suggest or to establish that the whole police force in Quito did off-duty work for the bank where he was employed, or that the whole of the Quito police force was under the influence of her husband. [Footnote omitted.]

Because the Board did not accept the female applicant as a member of a particular social group, it failed to examine the documentary evidence relating to the treatment of women subject to domestic violence in Ecuador. The Board looked at the one time when the claimant contacted the police and decided that this was strictly an act of personal violence. However, if the Board had analyzed this incident in light of the documentary evidence, the Board might well have decided that she feared persecution by her domestic partner, on grounds of membership in a particular social group. There was certainly documentary evidence available which indicated that the police did not seriously respond to these matters and the length of time involved in their response in this case would seem to be in line with the normal response, if any. Furthermore, there was documentary evidence which indicated that charges of assault and battery or rape could not be laid against the person's husband in Ecuador. Accordingly, there would be no reason for her to ask her lawyer to go to the police to have charges laid against the husband.

My view that women subject to domestic violence in Ecuador constitute members of a particular social group is also supported by *Rodionova v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 66 F.T.R. 66 (F.C.T.D.). In that case the applicant sought to have the panel's ruling overturned [at page 68]:

qu'elle ne s'est jamais adressée à la police par la suite afin d'obtenir que des accusations de voies de fait ou de viol soient dûment portées contre son mari, ni n'a demandé à son avocat de le faire.

a Selon le témoignage de la revendicatrice, son mari connaissait un groupe de policiers qui, lorsqu'ils n'étaient pas de service, travaillaient pour la banque dont il était employé, ce qui lui aurait permis d'exercer son influence de manière à faire radier des registres policiers toute mention de l'appel téléphonique de la revendicatrice.

b Elle n'a cependant produit aucune preuve qui indique ou qui établit que tous les policiers de Quito étaient employés en dehors de leurs heures de travail par la banque où travaillait son mari, ni que l'ensemble du corps policier de Quito subissait l'influence de son mari. [Renvoi supprimé.]

La Commission, puisqu'elle n'admettait pas que la requérante soit membre d'un groupe social, a omis d'examiner la preuve documentaire portant sur le traitement accordé, en Équateur, aux femmes victimes de violence familiale. Se fondant sur l'unique occasion où la revendicatrice avait fait appel à la police, la Commission a conclu qu'il ne s'agissait que d'un acte de violence personnelle. Si toutefois elle avait analysé cet incident à la lumière de la preuve documentaire, elle aurait très bien pu décider que la revendicatrice craignait d'être persécutée par son partenaire du fait qu'elle appartenait à un groupe social.

d Il existait certainement des preuves documentaires dont il ressortait que la police ne prenait pas au sérieux ce genre de cas, et sa lenteur à répondre à l'appel de la requérante en l'espèce semble correspondre à ce qui est son temps de réaction normal dans les cas où elle donne effectivement suite. Qui plus est, on a produit des preuves documentaires indiquant qu'en Équateur une femme ne pouvait porter contre son mari des accusations de voies de fait ou de viol. En conséquence, la requérante n'aurait eu aucune raison de demander à son avocat de faire inculper son mari par la police.

e Mon opinion selon laquelle les femmes exposées à la violence familiale en Équateur appartiennent à un groupe social se trouve appuyée en outre par la décision *Rodionova c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 66 F.T.R. 66 (C.F. 1^{re} inst.). Il s'agit d'une affaire dans laquelle la requérante avait demandé l'annulation de la décision du tribunal, qui avait conclu [à la page 68]:

... in deciding that as a "Russian woman subject to family violence" the applicant could not belong to a "particular social group" within the meaning of the definition.

Justice Strayer stated, at pages 68-69:

Thus, it is argued, because the panel did not find this threshold test to be met it did not consider whether, in fact, there was a legitimate fear of persecution. It appears to me that this is the proper characterization of the decision of the panel and it raises a debatable issue.

Careful reading of the most relevant jurisprudence of the Federal Court of Appeal as provided by counsel does not leave the matter entirely free from doubt. I have come to the conclusion, however, that the most probable interpretation of this jurisprudence is that a woman can belong to a "particular social group" by being in danger of domestic violence without regard to whether the state permits, condones, acquiesces in, or fails to prevent such violence. This is simply a threshold test for establishing refugee status. If a claimant meets that test she must still show that she fears persecution approved, permitted, or not effectively combatted, by the state in her country of origin. This latter question was not specifically addressed by the panel in the present case even though it gives some indication of findings of fact which might have led to the conclusion that there was no reasonable fear of persecution.

In reaching these conclusions I have considered in particular two recent decisions of the Federal Court of Appeal. The first is **Minister of Employment and Immigration v. Mayers** (1992), 150 N.R. 60. In this case the Court was only considering whether a credible basis panel erred in law in concluding that the Refugee Division might find "Trinidadian women subject to wife abuse" to be a particular social group. The Court held that such a finding could not be said to be erroneous in law even though the court did not, of course, conclude that on the facts of that case the claimant was a member of a "particular social group" so defined. All members of the panel agreed that it was not an error in law

"to find 'Trinidadian women subject to wife abuse' to be a particular social group and fear of that abuse, given the indifference of the authorities, to be persecution."

It will be noted that the court seemingly distinguished between the definition of the group as women subject to wife abuse (a menace of a private origin) from the determination of whether that abuse, because of the unwillingness of the state to prevent it, would constitute "persecution". It must be recognized, however, that the Court did not purport to make a ruling as to whether women so identified did in fact constitute a particular social group.

... que, en tant que «femme russe victime d'actes de violence familiale», elle ne pouvait pas faire partie d'un «groupe social» au sens de la définition.

a Le juge Strayer dit, aux pages 68 et 69:

Par conséquent, soutient-elle, étant donné que le tribunal n'a pas conclu que ce critère préliminaire avait été satisfait, il ne s'est pas demandé si, en fait, elle avait raison de craindre d'être persécutée. Il me semble qu'il convient de caractériser ainsi la décision du tribunal et cela soulève une question contestable.

La lecture minutieuse de la plupart des arrêts pertinents de la Cour d'appel fédérale qui ont été fournis par l'avocat ne nous permet pas de considérer la question comme étant tout à fait claire. Toutefois, j'ai conclu que, selon l'interprétation la plus probable de ces arrêts, une femme peut faire partie d'un «groupe social» si elle risque d'être victime d'actes de violence familiale, et ce, indépendamment de la question de savoir si l'État permet, tolère, approuve ou omet d'empêcher pareille violence. Il s'agit simplement d'un critère préliminaire permettant d'établir le statut de réfugié. Si la requérante satisfait au critère, elle doit néanmoins montrer qu'elle craint une persécution que l'État approuve, autorise ou ne combat pas efficacement, dans son pays d'origine. En l'espèce, cette dernière question n'a pas expressément été examinée par le tribunal bien que certaines conclusions de fait tirées par celui-ci permettent de conclure à l'absence de crainte raisonnable de persécution.

En tirant ces conclusions, j'ai tenu compte, en particulier, de deux arrêts récents de la Cour d'appel fédérale. Le premier est **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Mayers** (1992), 150 N.R. 60. Dans cette affaire-là, la Cour s'est uniquement demandée si le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement avait commis une erreur de droit en concluant que la section du statut pourrait conclure que les «Trinadiennes victimes de violence conjugale» font partie d'un groupe social. La Cour a jugé qu'on ne pouvait pas dire que pareille conclusion était erronée en droit, mais bien sûr, elle n'a pas conclu que, d'après les faits de cette affaire-là, l'intéressée faisait partie d'un «groupe social» ainsi défini. Tous les membres du tribunal ont convenu que ce n'était pas une erreur de droit que

«[d']estimer que les 'Trinadiennes victimes de violence conjugale' constituaient un groupe social et que la crainte de mauvais traitements, vu l'indifférence des autorités, constituait de la persécution.»

i Il est à noter qu'apparemment, la Cour a fait une distinction entre la définition du groupe, selon laquelle ce dernier doit être composé de femmes victimes de violence conjugale (soit une menace d'origine privée), et la question de savoir si cette violence constitue de la «persécution», parce que l'État ne veut pas l'empêcher. Toutefois, il faut reconnaître que la Cour ne visait pas à statuer sur la question de savoir si les femmes ainsi identifiées constituaient de fait un groupe social.

He also reviewed *Cheung* [*Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.)].

The Board then considered the test for determining fear of persecution and relied on the test set out by La Forest J. in *Ward, supra*, at page 726 where he states:

In summary, I find that state complicity is not a necessary component of persecution, either under the “unwilling” or under the “unable” branch of the definition. A subjective fear of persecution combined with state inability to protect the claimant creates a presumption that the fear is well-founded. The danger that this presumption will operate too broadly is tempered by a requirement that clear and convincing proof of a state’s inability to protect must be advanced.

The Board continues, at page 13 of its reasons to deal with the dual element of persecution and state complicity and sets out three basic findings of La Forest J.:

Firstly, at p. 712 of his judgement, he turns to the Convention refugee definition as set out in the *Immigration Act* for the purpose of establishing that consideration must first be given to a claimant’s fear of persecution. LaForest J. [*sic*] states:

The section appears to focus the inquiry on whether there is a “well-founded fear”. This is the first point the claimant must establish. All that follows must be “by reason of” that fear. The first category requires the claimant to be outside the country of nationality by reason of that fear and unable to avail him- or herself of its protection. The second requires that the claimant be both outside the country of nationality and unwilling to avail him- or herself of its protection by reason of that fear. Thus, regardless of the category under which the claimant falls the focus is on establishing whether the fear is “well-founded”. It is at this stage that the state’s inability to protect should be considered. The test is in part objective; if a state is able to protect the claimant, then his or her fear is not, objectively speaking, well-founded. Beyond this point, I see nothing in the text that requires the state to be complicit in, or be the source of, the persecution in question.

Secondly, at p. 723 of his judgement, LaForest J. [*sic*] affirms the test for establishing the “well-foundedness” of a fear of persecution as determined in the earlier federal Court of Appeal decision of *Rajudeen v. M.E.I.* when he states:

Le juge Strayer a examiné également l’arrêt *Cheung* [*Cheung c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.)].

La Commission s’est penchée ensuite sur la question du critère à appliquer pour déterminer s’il y a crainte de persécution. Le critère qu’elle a retenu est celui formulé par le juge La Forest dans l’arrêt *Ward*, précité, à la page 726, où il affirme ce qui suit:

Bref, je conclus que la complicité de l’État n’est pas un élément nécessaire de la persécution, que ce soit sous le volet «ne veut» ou sous le volet «ne peut» de la définition. Une crainte subjective de persécution conjuguée à l’incapacité de l’État de protéger le demandeur engendre la présomption que la crainte est justifiée. Le danger que cette présomption ait une application trop générale est atténué par l’exigence d’une preuve claire et convaincante de l’incapacité d’un État d’assurer la protection.

À la page 13 de ses motifs, la Commission poursuit en examinant le double élément que constituent la persécution et la complicité de l’État, puis elle énonce trois conclusions fondamentales du juge La Forest:

[TRADUCTION] Premièrement, à la p. 712, il traite de la définition du terme «réfugié au sens de la Convention» donnée dans la *Loi sur l’immigration*, et ce, afin d’établir la nécessité de prendre en considération d’abord la crainte de persécution qu’éprouve le revendicateur. Le juge La Forest s’exprime comme suit:

La disposition semble mettre l’accent sur la question de savoir si le demandeur «craint avec raison» d’être persécuté. C’est le premier point que le demandeur doit établir. Tout ce qui vient après doit être «du fait de cette crainte». Le demandeur qui fait partie de la première catégorie doit, du fait de cette crainte, se trouver hors du pays dont il a la nationalité et doit être incapable de se réclamer de la protection de ce pays. Le demandeur qui fait partie de la deuxième catégorie doit être à la fois hors du pays dont il a la nationalité et ne pas vouloir se réclamer de la protection de ce pays, du fait de cette crainte. Par conséquent, quelle que soit la catégorie dont le demandeur fait partie, il s’agit d’établir s’il craint «avec raison» d’être persécuté. C’est à ce stade que l’incapacité de l’État d’assurer la protection devrait être prise en considération. Le critère est en partie objectif; si un État est capable de protéger le demandeur, alors, objectivement, ce dernier ne craint pas avec raison d’être persécuté. À part cela, je ne vois rien dans le texte qui exige que l’État soit le complice, ou l’auteur, de la persécution en question.

Deuxièmement, à la p. 723, le juge La Forest confirme le critère pour déterminer si une crainte de persécution est «justifiée» qu’avait établi la Cour d’appel fédérale dans son arrêt *Rajudeen c. M.E.I.* Le juge La Forest a tenu les propos suivants:

More generally, what exactly must a claimant do to establish fear of persecution? As has been alluded to above, the test is bipartite: (1) the claimant must subjectively fear persecution; and (2) this fear must be well founded in an objective sense. This test was articulated and applied by Heald J.A. in Rajudeen, supra, at p. 134:

The subjective component relates to the existence of the fear of persecution in the mind of the refugee. The objective component requires that the refugee's fear be evaluated objectively to determine if there is a valid basis for that fear.

Thirdly, in analysing whether a claimant has established a fear of persecution, LaForest J. [*sic*] considers the state's inability to protect. At p. 722 of his judgement, LaForest J. [*sic*] states:

It is clear that the lynch-pin of the analysis is the state's inability to protect: it is a crucial element in determining whether the claimant's fear is well-founded, and thereby the objective reasonableness of his or her unwillingness to seek the protection of his or her state of nationality.

At p. 724 of his judgement, LaForest J. [*sic*] further states:

Put another way, the claimant will not meet the definition of "Convention refugee" where it is objectively unreasonable for the claimant not to have sought the protection of his home authorities; otherwise, the claimant need not literally approach the state.

It is within the context of all of the above that the panel members have assessed the subjective fear of persecution expressed by the claimant while making an evaluation of the particular circumstances of this claim within the broader consideration of country conditions that exist within the claimant's country of nationality.

The Country Reports on Human Rights Practices for 1993 states, in part, as follows:

Ecuador is a constitutional republic with a president and a 77-member unicameral legislature chosen in free elections. In 1992 national elections saw the peaceful transfer of power from a center-left government to a center-right government, with a realignment of power within the National Assembly as well. Members of the Supreme Court preside over a judiciary that is constitutionally independent but susceptible to political pressure.

The military has maintained a low profile in domestic politics since the return to constitutional rule in 1979. The National Police, responsible for domestic law enforcement and maintenance of internal order, falls under the civilian Ministry of Government and Police.

Although the Constitution prohibits discrimination based on race, religion, sex, or social status, discrimination against

D'une façon plus générale, que doit faire exactement le demandeur pour établir qu'il craint d'être persécuté? Comme j'y faisais allusion plus haut, le critère comporte deux volets: (1) le demandeur doit éprouver une crainte subjective d'être persécuté, et (2) cette crainte doit être objectivement justifiée. Ce critère a été formulé et appliqué par le juge Heald dans l'arrêt Rajudeen, précité, à la p. 134:

L'élément subjectif se rapporte à l'existence de la crainte de persécution dans l'esprit du réfugié. L'élément objectif requiert l'appréciation objective de la crainte du réfugié pour déterminer si elle est fondée.

Troisièmement, le juge La Forest considère, en examinant si le revendicateur a réussi à établir une crainte de persécution, l'incapacité de l'État à protéger ce dernier. Voici en effet ce qu'en dit le juge La Forest, à la p. 722 de ses motifs:

Il est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection: c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la crainte du demandeur est justifiée, de sorte qu'il a objectivement raison de ne pas vouloir solliciter la protection de l'État dont il a la nationalité.

Il ajoute, à la p. 724:

En d'autres termes, le demandeur ne sera pas visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» s'il est objectivement déraisonnable qu'il n'ait pas sollicité la protection de son pays d'origine; autrement, le demandeur n'a pas vraiment à s'adresser à l'État.

C'est dans le contexte que constitue tout ce qui précède que les membres du tribunal ont apprécié la crainte subjective de persécution exprimée par la revendicatrice, tout en évaluant dans l'optique plus large des conditions régnant au pays dont la revendicatrice a la nationalité les circonstances particulières entourant sa revendication.

Dans Country Reports on Human Rights Practices for 1993, on lit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] L'Équateur est une république constitutionnelle dotée d'un président et d'une seule chambre législative, qui compte 77 membres. Le président et les députés sont élus dans des élections libres. En 1992, des élections nationales ont permis le transfert pacifique du pouvoir, qui passait ainsi d'un gouvernement de centre gauche à un gouvernement de centre droit. On a assisté en même temps à une nouvelle répartition du pouvoir au sein de l'Assemblée nationale. Les membres de la Cour suprême coiffent un appareil judiciaire qui, aux termes de la constitution, est indépendant, mais qui peut se voir soumis à des pressions d'ordre politique.

Depuis le rétablissement du régime constitutionnel en 1979, les forces armées se sont tenues à l'écart de la politique interne. Quant à la police nationale, chargée de l'application des lois internes et du maintien de l'ordre au pays, elle relève d'un ministère civil, soit celui du gouvernement et de la police.

Bien que la constitution interdise la discrimination fondée sur la race, la religion, le sexe ou le statut social, la discrimi-

women is pervasive in society, particularly with respect to educational and economic opportunity. The women's movement blames culture and tradition for inhibiting achievement of full equality for women. There are fewer women in the professions or working as skilled laborers than men, and salary discrimination is common. Although violence against women, including within marriage, is prohibited by law, it is a common practice. Many rapes go unreported because of the victims' reluctance to confront the perpetrator. To date the Government has not addressed this question as a serious public policy issue.

The panel members are of the opinion that the experiences of the claimant, and the fear arising from those experiences, relate to previous acts of private violence and criminality against her by her husband, or to her fear of future acts of such private violence and criminality being perpetrated against her as an individual by her former husband. We are of the opinion that her past experiences, and her related fears cannot be characterized as persecution within the meaning of the Convention refugee definition, nor can they be related to any of the grounds therein.

On the evidence, the panel members are of the opinion that there is no nexus between the claimant's personal experiences in Ecuador and her claim of having a well-founded fear of persecution based on her membership in a particular social group, or on any of the other grounds set out in the Convention refugee definition.

While a victim of domestic violence over a period of seven years, the claimant did not seek the protection of the state, save on one occasion, when the police did respond to her telephone call for assistance.

Therefore, the panel members are of the opinion that the claimant's expressed fear of persecution does not meet the test of persecution as set out in the *Ward* decision, and as such, is not well-founded. [Footnotes omitted.]

It can be seen from the foregoing that the Board's analysis fails to take into account the female applicant's membership in a particular social group, i.e. women who are subject to domestic violence in Ecuador. If this is the group, a person who suffers personal abuse at the hands of her husband is not suffering random violence perpetrated against her as an individual but is suffering violence perpetrated against her as a woman with an abusive husband. The Board however seems to be saying that every woman who is subject to personal individualized violence by a domestic partner is not a member of a particular

nation contre les femmes est fort répandue, particulièrement en ce qui concerne les possibilités offertes en matière d'instruction et en matière économique. D'après le mouvement féministe, ce sont la culture et la tradition qui empêchent les femmes d'atteindre la pleine égalité. Les femmes en effet sont représentées en moins grand nombre que les hommes dans les professions libérales ou parmi les ouvriers qualifiés, et la discrimination salariale est chose courante. Il est, de par la loi, défendu d'user de violence envers les femmes, et ce, même à l'intérieur du mariage, mais le recours à la violence n'est pas moins répandu pour autant. Nombre de viols ne sont pas signalés parce que les victimes hésitent à faire face à l'auteur du viol. Jusqu'ici, le gouvernement n'a pas vu dans cet état de choses une question sérieuse d'intérêt public.

Or, les membres du tribunal estiment que les expériences de la revendicatrice, et la crainte née de celles-ci, se rapportent soit à de précédents actes privés de violence et de nature criminelle commis contre elle par son mari, soit à sa crainte que, dans l'avenir, son ex-mari ne commette de tels actes contre elle à titre d'individu. Selon nous, le vécu de la revendicatrice et les craintes qu'elle éprouve en conséquence ne sauraient être qualifiés de persécution au sens de la définition du terme «réfugié au sens de la Convention», ni être rattachés à l'un ou l'autre des motifs y énoncés.

Au vu de la preuve, les membres du tribunal concluent à l'absence de tout lien entre ce que la revendicatrice a vécu en Équateur et son allégation d'une crainte justifiée de persécution du fait de son appartenance à un groupe social, ou pour l'un des autres motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention».

Quoiqu'elle ait été victime de violence familiale sur une période de sept ans, la revendicatrice n'a pas cherché à obtenir la protection de l'État, à l'exception d'une seule occasion et, cette fois-là, la police a donné suite à sa demande téléphonique de secours.

Les membres du tribunal sont en conséquence d'avis que la crainte de persécution exprimée par la revendicatrice ne satisfait pas au critère pour déterminer s'il y a persécution énoncé dans l'arrêt *Ward*, et que cette allégation est donc mal fondée. [Renvois supprimés.]

Il se dégage de ce qui précède que l'analyse de la Commission ne tient aucunement compte de l'appartenance de la requérante à un groupe social, c.-à-d. à celui des femmes victimes de violence familiale en Équateur. Or, si le groupe est ainsi défini, la femme qui subit les mauvais traitements de son mari n'est pas victime d'actes de violence commis contre elle, au hasard, en sa qualité d'individu; elle subit plutôt des violences commises contre elle en sa qualité de femme dont le mari la maltraite. La Commission semble cependant dire que toute femme personnellement exposée aux violences de son partenaire n'ap-

social group but merely an individual with no commonalities to others in the same situation. As I have stated above, I cannot agree with this view of the matter. The failure to recognize her as a member of a particular social group results in a faulty analysis of whether the state was unable or unwilling to protect her. Even the one piece of documentary evidence quoted by the Board, i.e. the Country Reports on Human Rights Practices for 1993 states that while violence against women, including within marriages is illegal, it is a common practice and the Government has done little if anything to address the issue. There was other documentary evidence which strongly indicated that Ecuador was a patriarchal society. However, it is up to the Board to review the documentary evidence in total and decide whether the state of Ecuador has demonstrated an inability or unwillingness to protect women subject to domestic violence and as a result would inadequately protect the female applicant.

The Board only quoted a portion of what Justice La Forest had to say on seeking the protection of the state. It is important to set out all relevant portions of Justice La Forest's statement about the necessity of a claimant approaching the state. He stated, at page 724:

Most states would be willing to attempt to protect when an objective assessment established that they are not able to do this effectively. Moreover, it would seem to defeat the purpose of international protection if a claimant would be required to risk his or her life seeking ineffective protection of a state, merely to demonstrate that ineffectiveness.

Like Hathaway, I prefer to formulate this aspect of the test for fear of persecution as follows: only in situations in which state protection "might reasonably have been forthcoming", will the claimant's failure to approach the state for protection defeat his claim. Put another way, the claimant will not meet the definition of "Convention refugee" where it is objectively unreasonable for the claimant not to have sought the protection of his home authorities; otherwise, the claimant need not literally approach the state.

The issue that arises, then, is how, in a practical sense, a claimant makes proof of a state's inability to protect its nation-

partient pas à un groupe social, mais n'est qu'un individu qui n'a rien de commun avec les autres femmes se trouvant dans la même situation. Comme je l'ai indiqué plus haut, je ne puis souscrire à cette façon de voir. Le fait de ne pas reconnaître qu'elle appartient à un groupe social a pour effet de vicier l'analyse de la question de savoir si l'État ne pouvait ou ne voulait la protéger. Même d'après l'unique élément de preuve documentaire cité par la Commission, à savoir le Country Reports on Human Rights Practices for 1993, bien qu'il soit illégal d'user de violence envers les femmes, et ce, même à l'intérieur du mariage, le recours à la violence n'est pas moins répandu pour autant, et le gouvernement n'a guère agi pour régler le problème. Il existait d'autres preuves documentaires qui indiquaient très clairement que l'Équateur était une société patriarcale. Quoi qu'il en soit, il appartient à la Commission d'examiner l'ensemble de la preuve documentaire et de décider si l'État de l'Équateur s'est montré incapable de protéger les femmes victimes de violence familiale ou peu disposé à le faire, de sorte qu'il n'offrirait pas à la requérante une protection adéquate.

La Commission n'a cité qu'une partie des propos du juge La Forest concernant le fait de solliciter la protection de l'État. Il importe donc de reproduire toutes les parties pertinentes des observations du juge La Forest concernant la nécessité où se trouve le revendicateur de s'adresser à l'État. Le juge La Forest dit en effet, à la page 724:

La plupart des États seraient prêts à tenter d'assurer la protection, alors qu'une évaluation objective a établi qu'ils ne peuvent pas le faire efficacement. En outre, le fait que le demandeur doive mettre sa vie en danger en sollicitant la protection inefficace d'un État, simplement pour démontrer cette inefficacité, semblerait aller à l'encontre de l'objet de la protection internationale.

Comme Hathaway, je préfère formuler cet aspect du critère de crainte de persécution comme suit: l'omission du demandeur de s'adresser à l'État pour obtenir sa protection fera échouer sa revendication seulement dans le cas où la protection de l'État [TRADUCTION] «aurait pu raisonnablement être assurée». En d'autres termes, le demandeur ne sera pas visé par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» s'il est objectivement déraisonnable qu'il n'ait pas sollicité la protection de son pays d'origine; autrement, le demandeur n'a pas vraiment à s'adresser à l'État.

Il s'agit donc de savoir comment, en pratique, un demandeur arrive à prouver l'incapacité de l'État de protéger ses ressortis-

als as well as the reasonable nature of the claimant's refusal actually to seek out this protection.

In *Ward, supra*, the state authorities had conceded their inability to protect Mr. Ward but La Forest J. went on to say [at pages 724-725]:

Where such an admission is not available, however, clear and convincing confirmation of a state's inability to protect must be provided. For example, a claimant might advance testimony of similarly situated individuals let down by the state protection arrangement or the claimant's testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize. Absent some evidence, the claim should fail, as nations should be presumed capable of protecting their citizens.

In the case before me there was documentary evidence showing that the Ecuadorian authorities show little if any interest in domestic violence as well as further material which states that women are generally blamed for the abuse. Thus, there was evidence before the Board that showed women in situations similar to that of the applicant did not receive state protection when solicited. In addition to the documentary evidence, there was the female applicant's personal testimony. Her credibility was not questioned by the Board, and this evidence indicated when she did call the police, not only did they not arrive shortly after the call, but when they finally did arrive, they did nothing. Furthermore, her complaint was struck off the police record because of a bribe her husband made, and he beat her immediately after she made the call. The Board did not include her as a member of a particular social group, it did not consider the evidence within the test set out in *Ward, supra*, and also did not consider whether "it would defeat the purpose of international protection if she were expected or required to continue to call the police only to put herself at risk of further beatings, just to demonstrate the ineffectiveness of the state in protecting her." Although CRDD Decision U92-08714 dated March 11, 1993 [*C. (X.N.) (Re)*, [1993] C.R.D.D. No. 27 (QL)], which involved an Ecuadorian woman is not binding on either another board or this Court, the reasoning there is to be commended. The Board in that case stated:

sants et le caractère raisonnable de son refus de solliciter réellement cette protection.

Dans l'affaire *Ward*, précitée, les autorités de l'État avaient reconnu leur incapacité à protéger M. Ward, mais le juge La Forest a apporté la précision suivante [aux pages 724 et 725]:

Toutefois, en l'absence de pareil aveu, il faut confirmer d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer la protection. Par exemple, un demandeur pourrait présenter le témoignage de personnes qui sont dans une situation semblable à la sienne et que les dispositions prises par l'État pour les protéger n'ont pas aidées, ou son propre témoignage au sujet d'incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l'État ne s'est pas concrétisée. En l'absence d'une preuve quelconque, la revendication devrait échouer, car il y a lieu de présumer que les nations sont capables de protéger leurs citoyens.

En l'espèce, il existait des preuves documentaires démontrant que les autorités équatoriennes ne se préoccupent guère de la violence familiale, ainsi que d'autres éléments de preuve indiquant qu'en règle générale, si une femme est victime de mauvais traitements, c'est à elle que la faute est imputée. La Commission disposait donc de preuves établissant que les femmes dans une situation semblable à celle de la requérante ne recevaient pas la protection de l'État lorsqu'elles en faisaient la demande. À la preuve documentaire venait s'ajouter le témoignage de la requérante elle-même. La Commission n'a pas mis en doute la crédibilité de cette dernière et, d'après son témoignage, quand elle a en fait appelé la police, non seulement les policiers ont tardé à se rendre sur les lieux, mais, une fois arrivés, ils n'ont rien fait. Qui plus est, la plainte de la requérante a été radiée des registres policiers en raison d'un pot-de-vin versé par son mari, qui l'a d'ailleurs battue immédiatement après qu'elle eut fait l'appel. La Commission n'a pas considéré la requérante comme appartenant à un groupe social, n'a pas appliqué à la preuve le critère énoncé dans l'arrêt *Ward*, précité, et ne s'est pas demandé si [TRADUCTION] «l'objet visé par la protection internationale se trouverait être contrecarré si on attendait ou exigeait d'elle qu'elle continue à appeler la police, et à s'exposer ainsi à se faire battre encore, simplement pour démontrer que l'État ne la protégeait pas efficacement». Bien que la décision U92-08714 de la Section du statut de réfugié en date du 11 mars 1993 [*C. (X.N.) (Re)*, [1993] D.S.S.R. n° 28 (QL)], portant sur une femme équatorienne, ne lie ni une autre formation de la Commission ni notre Cour,

If a wife is subjected to violence repeatedly then in our assessment, she stands in no different situation than a person who has been arrested, detained and beaten on a number of occasions because of his political opinion. As a matter of fact, such a person suffers to a lesser degree over a period of time, because after each detention he is release[d] and enjoys his freedom. The wife on the other hand has no respite from her agony of torture and grief. She must endure these misfortunes continuously. The law should not sit idly by while those who seek relief lose hope, and those who abuse it are emboldened by its failure to provide sanctions. Unless penal measures are effectively implemented to punish those guilty of wife abuse, the situation of the abused wife in Ecuador will continue. Social organizations and womens' committees merely provide solace to those who suffer. They do not mete out sanction to wife abusers for their inhumanity toward their spouses.

The Board went on to say that:

We find that women who are subjected to domestic violence and abuse share a similar background and should be categorized as a particular social group.

Although the female applicant is now divorced from her husband, I note that only four months after the divorce became final, and just one month prior to the hearing before the Board, he informed the female applicant that if she came back to Ecuador "she would be dead." It is difficult to understand the assumption by the Board that the applicant's divorce would make a difference. It is speculation both that her husband would stop beating her, or that the police would suddenly take an interest in her complaints because they were no longer based on domestic violence, and does not appear to be justified on the evidence before the Board. The applicant had stated that being "divorced from her husband would make no difference because even though they are divorced, he thinks of her as his property, not as his wife." The applicant's evidence was that there were serious incidents of abuse both before and after the parties' physical separation and the separation did not make a difference. I also note that the one time the applicant did call the police the parties were already separated, yet this did not have any impact on the effectiveness of police protection nor did it prevent the applicant's complaint from being struck from the police record. The fact that the applicant is now divorced, in my

le raisonnement y adopté est à recommander. Dans cette affaire-là, la Commission a dit:

Si une épouse ne cesse de subir des mauvais traitements alors, selon nous, sa situation s'apparente à celle d'une personne qui a été arrêtée, mise en détention et battue un certain nombre de fois à cause de ses opinions politiques. En fait, ce genre de personne souffre à un degré moindre dans le temps parce qu'après chaque détention, elle est libérée et profite de sa liberté. Par contre, l'épouse doit subir sans répit l'angoisse de la torture et la détresse. Elle subit ces malheurs continuellement. Les législateurs ne devraient pas rester les bras croisés pendant que les personnes qui demandent du secours perdent espoir et que ceux qui enfreignent la loi sont enhardis par leur impuissance à imposer des sanctions. À moins que des poursuites pénales ne soient réellement mises en place pour punir ceux qui usent de violence à l'égard de leur épouse, la situation de femmes battues en Équateur va continuer. Les organismes sociaux et les comités de femmes suffisent tout juste à fournir du réconfort à celles qui souffrent. Ils n'infligent pas de sanctions aux hommes violents pour leur cruauté à l'égard de leur épouse.

La Commission a ajouté ce qui suit:

Nous jugeons que les femmes qui sont victimes de violence familiale ont en commun des antécédents analogues et devraient constituer un groupe social particulier.

Quoique la requérante soit maintenant divorcée d'avec son mari, je remarque que, quatre mois seulement après que le divorce est devenu définitif, et un mois seulement avant l'audience devant la Commission, son ex-mari a fait savoir à la requérante que, si elle retournait en Équateur, [TRADUCTION] «elle mourrait». On comprend donc mal comment la Commission a pu supposer que le divorce changerait quoi que ce soit à la situation de la requérante. C'est de la pure conjecture que de conclure que son mari cesserait de la battre ou que la police commencerait tout à coup à prendre ses plaintes au sérieux du fait que la violence familiale y serait désormais étrangère; la preuve présentée à la Commission ne semble pas d'ailleurs justifier une telle conclusion. La requérante a dit que le fait d'être [TRADUCTION] «divorcée d'avec son mari ne changerait rien parce que, même s'ils sont divorcés, il la considère comme sa propriété et non pas comme son épouse». D'après le témoignage de la requérante, de graves incidents de mauvais traitements s'étaient produits avant et après leur séparation physique, celle-ci n'ayant opéré aucun changement en réalité. Je fais remarquer en outre qu'à l'unique occasion où la requérante a fait appel à la police, elle s'était déjà séparée de son mari; pourtant cela n'a pas influé le

opinion, would not have a significant impact on the level of police protection.

The application for judicial review is allowed and the decision of the Board dated July 14, 1994, is set aside. The matter is sent back to the Board for re-
hearing and redetermination by a differently consti-
tuted Board in a manner not inconsistent with these
reasons.

I was asked to certify the following two questions:

1) Are women subject to domestic violence in a particular country, members of a particular social group?

2) If the answer is yes, must the Board then consider whether the applicant, as a result of membership in a particular social group, has suffered persecution? In particular on this second question, must the Board consider the documentary evidence in determining the reason of the applicant's action or lack thereof in seeking the protection of the state. I am satisfied that these two questions are of general public importance and should be certified.

moinsamment sur l'efficacité de la protection policière, ni n'a empêché que la plainte soit radiée des dossiers de la police. À mon avis, le fait que la requérante est maintenant divorcée n'aurait pas d'effet sensible sur l'ampleur de la protection offerte par la police.

La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision de la Commission en date du 14 juillet 1994 est annulée. L'affaire est renvoyée à la Commission pour qu'une formation différente la réentende et rende une nouvelle décision en conformité avec les présents motifs.

On m'a demandé de certifier les deux questions suivantes:

1) Les femmes victimes de violence familiale dans un pays donné appartiennent-elles à un groupe social?

2) Dans l'affirmative, la Commission doit-elle alors examiner si la requérante a subi la persécution du fait de son appartenance à un groupe social? En particulier, en ce qui concerne cette seconde question, la Commission est-elle tenue de considérer la preuve documentaire afin de déterminer ce qui a incité la requérante à chercher ou à ne pas chercher à obtenir la protection de l'État? Je suis convaincu qu'il s'agit là de deux questions de portée générale et d'intérêt public et qu'il y a en conséquence lieu de les certifier.

T-2555-93

T-2555-93

The Professional Institute of the Public Service of Canada (*Applicant*)

Institut professionnel de la fonction publique du Canada (*requérant*)

v.

a c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Trial Division, Teitelbaum J.—Ottawa, November 14, 1994 and January 5, 1995.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Ottawa, 14 novembre 1994 et 5 janvier 1995.

Judicial review — Order in Council P.C. 1993-1868, made pursuant to Public Sector Compensation Act, adjusting wage rates in master agreement from 3% to 0% for groups opting out of master bargaining — As long as Order in Council within scope of Act, not subject to judicial review unless “egregious” i.e. passed solely in bad faith — Governor in Council acting with dual purpose: (1) implementation of wage restraint policy, and (2) prevention of P.S.S.R.A., s. 99 reference hearings — Application dismissed.

Contrôle judiciaire — Le Décret C.P. 1993-1868, qui a été pris en vertu de la Loi sur la rémunération du secteur public, a ramené de 3 % à 0 % certains taux de salaire prévus par une convention collective cadre pour les groupes qui désiraient se retirer de la négociation cadre — Tant que le Décret relève de la Loi, il n'est pas susceptible de contrôle judiciaire à moins qu'il ne s'agisse d'un cas «flagrant», c.-à-d. à moins qu'il ait été pris uniquement de mauvaise foi — Le gouverneur en conseil visait une double fin: (1) mettre en œuvre sa politique de compression salariale; (2) empêcher l'audition d'un renvoi fondé sur l'art. 99 de la L.R.T.F.P. — La demande est rejetée.

Public Service — Labour relations — Collective Agreements — Order in Council P.C. 1993-1868 made pursuant to Public Sector Compensation Act adjusting wage rates in master agreement from 3% to 0% — Not subject to judicial review as one purpose to implement wage restraint policy although second purpose to forestall P.S.S.R.A., s. 99 reference.

Fonction publique — Relations du travail — Conventions collectives — Le Décret C.P. 1993-1868 pris en vertu de la Loi sur la rémunération du secteur public a ramené de 3 % à 0 % certains taux de salaire prévus par une convention collective cadre — Le Décret n'est pas susceptible de contrôle judiciaire, étant donné qu'un de ses objets était de mettre en œuvre une politique de compression salariale, bien que son second objectif était d'empêcher l'audition d'un renvoi fondé sur l'art. 99 de la L.R.T.F.P.

This was an application for judicial review of Order in Council P.C. 1993-1868, made pursuant to the *Public Sector Compensation Act*, subsection 11(1).

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du Décret C.P. 1993-1868 pris en vertu du paragraphe 11(1) de la *Loi sur la rémunération du secteur public*.

On September 24, 1991 a master agreement was signed providing for a 3% *pro rata* increase for those bargaining groups opting out of master bargaining, effective October 1, 1993. The *Public Sector Compensation Act* (PSCA) came into force on October 3, 1991. It extended most compensation plans by two or three years. Section 11 provided that the Governor in Council, on the recommendation of Treasury Board, could adjust wage rates under a compensation plan in keeping with the Government's wage policy as announced in its February 26, 1991 budget. Treasury Board did not make a recommendation to adjust the wage rates in the master agreement. On April 2, 1993, the PSCA was amended by the *Government Expenditures Restraint Act, 1993 No. 2*. Agreements such as the master agreement were extended for two years. Treasury Board again did not recommend any adjustment of the wage rates set out in the master agreement. On January 28, 1993 the Institute notified Treasury Board that each of its 18 groups would opt out of master bargaining, and that pursuant to the master agreement

Le 24 septembre 1991, une convention collective cadre a été signée. Elle prévoyait une augmentation proportionnelle de 3 %—qui devait prendre effet le 1^{er} octobre 1993—pour les groupes de négociation qui se retiraient de la négociation cadre. La *Loi sur la rémunération de la fonction publique* (LRFP) est entrée en vigueur le 3 octobre 1991. Elle prorogeait la plupart des régimes de rémunération de deux ou de trois ans. L'article 11 prévoyait que, sur la recommandation du Conseil du Trésor, le gouverneur en conseil pouvait, en conformité avec la politique salariale annoncée par le gouvernement dans son budget du 26 février 1991, modifier les taux de salaire prévus par un nouveau régime de rémunération. Le Conseil du Trésor n'a pas recommandé au gouverneur en conseil de modifier les taux de salaire prévus par la convention collective cadre. Le 2 avril 1993, la LRFP a été modifiée par la *Loi n° 2 de 1993 sur la compression des dépenses publiques*. Des conventions comme la convention collective cadre ont été prorogées de deux ans. Là encore, le Conseil du Trésor n'a pas

each group should receive a 3% increase effective October 1, 1993 for the extended term of the agreement. When Treasury Board advised that it would not implement the 3% prorated increase because the compensation plans were subject to the freeze provisions, the Institute filed a reference under the *Public Service Staff Relations Act*, section 99 challenging Treasury Board's anticipatory refusal to implement the increase. On September 15, the Institute obtained grievance forms so that each of its 10,000 members could file an individual pay grievance. By Order in Council P.C. 1993-1868, dated September 24, 1993 the Governor in Council adjusted the 3% *pro rata* increase to 0%.

Citing *Gingras v. Canada*, [1990] 2 F.C. 68 (T.D.), the applicant submitted that a discretionary decision is reviewable and must be made strictly within the limits of the purpose and spirit of the statute, and that a court should interfere where a public authority has acted for an improper purpose. It alleged that the Treasury Board and the Governor in Council had exercised their discretion to adjust wage rates under the master agreement in bad faith, or for improper or irrelevant reasons, and with discriminatory effect, thereby abusing their power. It submitted that the real reason Treasury Board recommended that the 3% increase should be adjusted to 0% was because it anticipated losing the section 99 reference. The respondent submitted that the power granted the Governor in Council under PSCA, section 11 was in relation to a matter of public convenience and policy and either the Order in Council was not subject to judicial review or, as long as one of the purposes fell within the Governor in Council's mandate, the Order in Council was valid.

The issues were whether the Order in Council was subject to judicial review and whether it resulted from an improper exercise of discretion.

Held, the application should be dismissed.

The Court had to determine the nature of the Governor in Council's function under section 11: whether the Order in Council was a discretionary decision in the nature of policy or legislative action and reviewable on limited grounds, or whether it was made in the exercise of a statutory power and therefore reviewable according to the ordinary principles of administrative law. If the matter is one of public convenience and general policy, it would take an egregious case to strike down the Order in Council.

recommandé que les taux de salaire prévus par la convention collective cadre soient modifiés. Le 28 janvier 1993, l'Institut a avisé le Conseil du Trésor que chacun de ses 18 groupes désirait se retirer de la négociation cadre et que, conformément à la convention collective cadre, chaque groupe devait, à compter du 1^{er} octobre 1993, toucher une augmentation proportionnelle de 3 % pour toute la durée de la période prorogée. Après que le Conseil du Trésor l'eut informé qu'il ne mettrait pas en vigueur l'augmentation proportionnelle de 3 % parce que les régimes de rémunération étaient assujettis aux dispositions de blocage, l'Institut a fait un renvoi en vertu de l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* pour contester le refus du Conseil du Trésor de mettre l'augmentation en application. Le 15 septembre, l'Institut a obtenu des formules de griefs pour que chacun de ses 10 000 membres puisse présenter un grief salarial. Par le Décret C.P. 1993-1868 daté du 24 septembre 1993, le gouverneur en conseil a ramené de 3 % à 0 % l'augmentation proportionnelle.

Citant le jugement *Gingras c. Canada*, [1990] 2 C.F. 68 (1^{re} inst.), le requérant maintient que les décisions discrétionnaires peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire et qu'elles doivent respecter strictement les limites de l'objet et de l'esprit de la loi et que les tribunaux devraient intervenir lorsqu'une autorité publique a agi dans un but répréhensible. Il affirme que le Conseil du Trésor et le gouverneur en conseil ont exercé leur pouvoir discrétionnaire de mauvaise foi ou pour des motifs répréhensibles ou non pertinents en modifiant les taux de salaire prévus par la convention collective cadre. Il ajoute que la façon dont ils ont exercé leur pouvoir discrétionnaire a eu un effet discriminatoire et qu'ils ont de ce fait commis un abus de pouvoir. Le requérant affirme que la véritable raison pour laquelle le Conseil du Trésor a recommandé au gouverneur en conseil de ramener l'augmentation de 3 % à 0 % était qu'il prévoyait perdre le renvoi fondé sur l'article 99. L'intimé fait valoir que le pouvoir accordé au gouverneur en conseil par l'article 11 de la LRFP concerne une question de commodité publique et de politique générale. Il ajoute que ou bien le Décret n'est pas susceptible de contrôle judiciaire ou bien il est valide, pour autant que l'un de ses objets cadre avec le mandat du gouverneur en conseil.

Les questions en litige sont celles de savoir si le Décret est susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire et s'il découle de l'exercice irrégulier d'un pouvoir discrétionnaire.

Jugement: la demande doit être rejetée.

La Cour doit déterminer la nature de la fonction qu'exerce le gouverneur en conseil en vertu de l'article 11. En d'autres termes, il lui faut déterminer si le Décret constitue une décision discrétionnaire qui est de la nature d'une politique ou d'une mesure législative et qui donne ouverture au contrôle judiciaire pour des motifs limités ou s'il a été pris dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi et s'il est par conséquent susceptible de contrôle judiciaire selon les principes ordinaires du droit administratif. Si la question en est une de commodité publique et de politique générale, seul un cas flagrant pourrait justifier l'annulation du Décret.

Where statutory discretion is exercised in good faith in accordance with the principles of natural justice and where reliance has not been placed on irrelevant considerations, the courts should not interfere. Rules governing procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions. It is not fatal that some irrelevant factors be taken into account; it is only when such a decision is based on predominantly or entirely irrelevant considerations that it is impeachable.

Even if in passing the Order in Council, the Governor in Council considered the fact that Treasury Board anticipated losing the section 99 reference, as long as it was also adjusting wage rates to ensure that the compensation plan was consistent with the Government's wage policy, the Order in Council would not be subject to judicial review. As long as the Order in Council came within the scope of the PSCA, judicial intervention was not warranted, unless it was obviously an "egregious" case. *Gingras* dealt with an administrative act, not an Order in Council dealing with matters of public convenience and policy. The passing of the Order in Council would be egregious if it was done solely in bad faith and not in order to implement a fiscal policy thought at the time to be correct. In passing Order in Council P.C. 1993-1868 the Governor in Council acted with a dual purpose: to implement its wage restraint policy, and to prevent the section 99 reference and 10,000 grievances from proceeding. The latter was therefore not the sole or predominant reason for passing Order in Council P.C. 1993-1868.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 5, 8.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.
- Government Expenditures Restraint Act*, 1993 No. 2, S.C. 1993, c. 13, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 26.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(3).
- Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. O-3.
- Order in Council P.C. 1993-1868.
- Public Hospitals Act*, R.S.O. 1970, c. 378.
- Public Sector Compensation Act*, S.C. 1991, c. 30, ss. 5 (as am. by S.C. 1993, c. 13, s. 4), 6, 9, 10, 11(1).
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 99 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 72).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Canadian Assn. of Regulated Importers v.*

Lorsqu'un pouvoir discrétionnaire est exercé de bonne foi et en conformité avec les principes de justice naturelle et qu'on ne s'est pas fondé sur des considérations non pertinentes, les tribunaux ne devraient pas intervenir. Les principes qui régissent l'équité procédurale ne s'appliquent pas à un organisme qui exerce des fonctions purement législatives. Le fait d'avoir tenu compte de certains facteurs non pertinents ne met pas la décision en péril; c'est seulement lorsque cette décision est fondée entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents qu'elle est contestable.

Même si, en prenant le Décret, le gouverneur en conseil a tenu compte du fait que le Conseil du Trésor prévoyait perdre le renvoi fondé sur l'article 99, le Décret ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire tant qu'il modifiait également les taux de salaire pour s'assurer que le régime de rémunération soit compatible avec la politique salariale du gouvernement. Tant que le Décret relève de la LRFP, l'intervention judiciaire n'est pas justifiée, à moins qu'il ne s'agisse de toute évidence d'un cas «flagrant». L'affaire *Gingras* portait sur un acte administratif, et non sur un décret concernant des questions de commodité publique et de politique générale. La prise du décret serait abusive si l'intimé avait agi uniquement de mauvaise foi et non dans le but de mettre en œuvre une politique budgétaire que l'on croyait alors devoir suivre. Le gouverneur en conseil visait une double fin en prenant le Décret C.P. 1993-1868: mettre en œuvre sa politique de compression salariale et empêcher l'audition du renvoi fondé sur l'article 99 et l'audition des 10 000 plaintes. Cette dernière fin ne constituait donc pas l'unique ou le principal motif de la prise du Décret C.P. 1993-1868.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Décret C.P. 1993-1868.
- Loi n° 2 de 1993 sur la compression des dépenses publiques*, L.C. 1993, ch. 13, art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 26.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(3).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.
- Loi sur la rémunération du secteur public*, L.C. 1991, ch. 30, art. 5 (mod. par L.C. 1993, ch. 13, art. 4), 6, 9, 10, 11(1).
- Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. O-3.
- Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 5, 8.
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 99 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 72).
- Public Hospitals Act*, R.S.O. 1970, ch. 378.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Assoc. canadienne des importateurs*

Canada (Attorney General), [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1993] 3 F.C. 199; (1993), 62 F.T.R. 172 (T.D.); *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (Div. Ct.); *Maple Lodge Farms Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.); affd [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Gingras v. Canada, [1990] 2 F.C. 68; (1990), 69 D.L.R. (4th) 55 (T.D.).

CONSIDERED:

Reference re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

REFERRED TO:

Roncarelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Shawn v. Robertson*, [1964] 2 O.R. 696 (H.C.); *Philco Corp. v. R.C.A. Victor Corp.*, [1967] 1 Ex. C.R. 450; (1966), 50 C.P.R. 282; 33 Fox Pat. C. 120.

AUTHORS CITED

Concise Oxford Dictionary, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982, "egregious."
House of Commons Debates, Vol. II, 3rd Sess., 34th Parl., June 19, 1991, at pp. 2075-2077.
Living Webster Encyclopedic Dictionary of the English Language. Chicago: The English Language Institute of America, 1967, "egregious."
Shorter Oxford English Dictionary. Oxford: Clarendon Press, 1993, "egregious."

APPLICATION for declaration Order in Council P.C. 1993-1868 was invalid. Application dismissed.

COUNSEL:

Catherine H. Maclean for applicant.
John Edmond for respondent.

SOLICITORS:

Nelligan/Power, Ottawa, for applicant.

réglementés c. Canada (Procureur général), [1994] 2 C.F. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.); *Thorne's Hardware Ltd. et autres. c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1993] 3 C.F. 199; (1993), 62 F.T.R. 172 (1^{re} inst.); *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164; 68 D.L.R. (3d) 220; 1 C.P.C. 232 (C. div.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.); conf. par [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684; (1989), 60 D.L.R. (4th) 712; 36 Admin. L.R. 197; 26 C.P.R. (3d) 440; 99 N.R. 181 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Gingras c. Canada, [1990] 2 C.F. 68; (1990), 69 D.L.R. (4th) 55 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Roncarelli v. Duplessis, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Shawn v. Robertson*, [1964] 2 O.R. 696 (H.C.); *Philco Corp. v. R.C.A. Victor Corp.*, [1967] 1 R.C.E. 450; (1966), 50 C.P.R. 282; 33 Fox Pat. C. 120.

DOCTRINE

Concise Oxford Dictionary, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982, «egregious».
Débats de la Chambre des communes, vol. II, 3^e session, 34^e législature, 19 juin 1991, aux p. 2075 à 2077.
Living Webster Encyclopedic Dictionary of the English Language. Chicago: The English Language Institute of America, 1967, «egregious».
Shorter Oxford English Dictionary, Oxford: Clarendon Press, 1993, «egregious».

DEMANDE de jugement déclaratoire invalidant le Décret C.P. 1993-1868. La demande est rejetée.

AVOCATS:

Catherine H. Maclean pour le requérant.
John Edmond pour l'intimé.

PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour le requérant.

Deputy General of Canada for respondent.

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

The following are the reasons for order rendered in English by

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

TEITELBAUM, J: This is an application by the Professional Institute of the Public Service of Canada (the Institute) for an order in the nature of *certiorari*, pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4, quashing Order in Council P.C. 1993-1868 dated September 24, 1993. The Order in Council was made by the Governor General in Council pursuant to subsection 11(1) of the *Public Sector Compensation Act*, S.C. 1991, c. 30 (the PSCA) and adjusted certain wage rates provided by a master agreement between the Institute and Treasury Board. Specifically, the Order in Council amends the applicable provisions of Article 48 of the Master Agreement between the applicant and Treasury Board to provide for a "0%" *pro rata* wage increase for the bargaining groups who wished to opt out of the Master Agreement bargaining in the next round.

LE JUGE TEITELBAUM: La Cour est saisie d'une demande présentée par l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (l'Institut) en vue d'obtenir, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4, une ordonnance de la nature d'un bref de *certiorari* annulant le Décret C.P. 1993-1868 pris le 24 septembre 1993 par le gouverneur général en conseil en vertu du paragraphe 11(1) de la *Loi sur la rémunération du secteur public*, L.C. 1991, ch. 30 (la LRSP). Ce Décret a eu pour effet de modifier certains taux de salaire prévus par une convention collective cadre (convention cadre) conclue entre l'Institut et le Conseil du Trésor. Plus précisément, le Décret modifie les dispositions applicables de l'article 48 de la convention cadre signée par le requérant et le Conseil du Trésor pour prévoir une augmentation salariale proportionnelle de «0 %» pour les groupes de négociation qui désirent se retirer de la négociation cadre lors de la prochaine ronde de négociation de la convention cadre.

At the commencement of the hearing, I was informed that counsel had agreed that the proper style of cause should read The Professional Institute of the Public Service of Canada, applicant and the Attorney General of Canada, respondent. I allowed this amendment.

À l'ouverture de l'audience, on m'a informé que les avocats avaient convenu que l'intitulé de la cause devait être le suivant: Institut professionnel de la fonction publique du Canada, requérant, et Procureur général du Canada, intimé. J'ai autorisé cette modification.

Counsel had also agreed, I was told at the commencement of the hearing, "the appropriate relief in this case . . . bearing in mind the wording of Section 18 of the *Federal Court Act* . . . would be a request that you (I) declare the Order in Council in question to be invalid."

On m'a également informé, à l'ouverture de l'audience, que les avocats avaient convenu que [TRADUCTION] «compte tenu du libellé de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la réparation qu'il convient de demander en l'espèce est que le tribunal (I) déclare invalide le Décret en question».

As I have stated, the Order in Council in issue was passed pursuant to subsection 11(1) of the *Public Sector Compensation Act*, as amended.

Ainsi que je l'ai déclaré, le Décret en litige a été pris en application du paragraphe 11(1) de la *Loi sur la rémunération du secteur public*, modifiée.

As well, at the commencement of the hearing, counsel for the applicant submitted a document with the heading "Chronology" in order to, I believe, make it easier for me to follow when and what took place during the relevant time frame.

En outre, à l'ouverture de l'audience, l'avocate du requérant m'a soumis un document intitulé [TRADUCTION] «Chronologie» pour, si j'ai bien compris, m'aider à suivre le déroulement des faits au cours de la période en cause.

I am satisfied that in order to better understand this decision it is necessary to reproduce this document. Both counsel agree as to the dates on the said document. Counsel for respondent did state "the Chronology was, generally speaking, agreed between the parties." Counsel emphasized that he does not dispute the dates but does not necessarily agree with all that is contained in the Chronology document especially as it relates to percentages of increase.

CHRONOLOGY

1991

February 18, 1991 — PIPSC applied for the establishment of a binding Conciliation Board for the 18 groups involved in Master Bargaining.

App. Rec. A.G. Exhibit "B" to Affidavit of Pierce Sutherland—Binding Conciliation Board Report TAB 1 p. 016 at 022

February 26, 1991 — Government announces wage policy for federal public servants in the Federal Budget.

App. Rec. A.G. Excerpt from Hansard TAB 2 p. 084 at 086

June 19, 1991 — The President of the Treasury Board made a statement in the House of Commons indicating a 0%, 3% and 3% wage increase was available to bargaining units in the Public Service.

App. Rec. A.G. Exhibit "A" to Affidavit of Pierce Sutherland TAB 1 p. 004 at 006

June 26, 1991 — Collective Agreement signed between Treasury Board and the Canadian Merchant Service Guild (CMSG) for Ships Officers bargaining unit. It provided for wage increases of:

Je suis convaincu que, pour mieux comprendre la présente décision, il est nécessaire de reproduire ce document. Les deux avocats s'entendent sur les dates figurant sur ce document. L'avocat de l'intimé affirme en effet que [TRADUCTION]: «les parties se sont entendues, de façon générale, sur le déroulement chronologique des faits». L'avocat de l'intimé souligne qu'il ne conteste pas les dates, mais qu'il n'est pas nécessairement d'accord avec tout le contenu de ce document chronologique, particulièrement en ce qui concerne les pourcentages d'augmentation.

CHRONOLOGIE

1991

18 février 1991 — L'Institut demande, pour les 18 groupes visés par la négociation cadre, la constitution d'un bureau de conciliation dont la décision serait exécutoire.

Dossier d'appel P.G. Annexe «B» de l'affidavit de M. Pierce Sutherland—Rapport exécutoire du bureau de conciliation (onglet 1, p. 16 à 22).

26 février 1991 — Le gouvernement annonce dans le budget fédéral sa politique salariale en ce qui concerne les fonctionnaires fédéraux.

Dossier d'appel P.G. Extrait du compte-rendu officiel des débats de la Chambre (onglet 2, p. 84 à 86).

19 juin 1991 — Le président du Conseil du Trésor fait devant la Chambre des communes une déclaration dans laquelle il précise que des augmentations de salaire de 0 %, 3 % et 3 % sont offertes à certaines unités de négociation de la fonction publique.

Dossier d'appel P.G. Annexe «A» de l'affidavit de M. Pierce Sutherland (onglet 1, p. 4 à 6).

26 juin 1991 — Signature d'une convention collective entre le Conseil du Trésor et la Guilde de la marine marchande du Canada (GMMC) pour l'unité de négociation des officiers de navires. La convention prévoyait des augmentations de salaire de:

(a) 6.6% to 12.3% depending on sub-group beginning on September 1, 1990 and ending on March 31, 1992;¹

(b) 3% beginning on April 1, 1992 and ending on March 31, 1993;

(c) 3% beginning on April 1, 1993 and ending on March 31, 1994.

App. Rec. PIPSC Exhibit "B" to Affidavit of Robert McIntosh TAB 2

a) 6,6 % à 12,3 % selon le sous-groupe, pour la période du 1^{er} septembre 1990 au 31 mars 1992¹;

b) 3 %, pour la période du 1^{er} avril 1992 au 31 mars 1993;

c) 3 %, pour la période du 1^{er} avril 1993 au 31 mars 1994.

a

b

Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «B» de l'affidavit de M. Robert McIntosh (onglet 2).

August 16, 1991 — Binding Conciliation Board for PIPSC Master Bargaining rendered its decision. It provided for wage increases of:

(a) 4.7% beginning on October 1, 1990 and expiring on September 30, 1992;²

(b) 3.0% beginning on October 1, 1992.³

App. Rec. A.G. Exhibit "B" to Affidavit of Pierce Sutherland TAB 1 p. 016 at 032

16 août 1991 — Le bureau de conciliation rend une décision exécutoire en ce qui concerne la négociation cadre à laquelle participe l'Institut. Cette décision prévoit des augmentations de salaire de:

a) 4,7 %, pour la période du 1^{er} octobre 1990 au 30 septembre 1992²;

b) 3 % à compter du 1^{er} octobre 1992³.

c

d

Dossier d'appel P.G. Annexe «B» de l'affidavit de M. Pierce Sutherland (onglet 1, p. 16 à 32).

August 27, 1991 — Arbitral Award issued for the Administrative Support Category bargaining unit of the Medical Research Council ("the Medical Research Council Bargaining Unit") which provided for increases of:

27 août 1991 — Prononcé d'une sentence arbitrale concernant l'unité de négociation de la catégorie du soutien administratif du Conseil de recherches médicales («l'unité de négociation du Conseil de recherches médicales»). Cette décision prévoyait des augmentations de:

e

f

¹ The employer's position is that the increases beginning on September 1, 1990 represent a 4.5% economic adjustment with additional money from such things as restructuring within the bargaining unit and changes in numbers of increments.

² These wage rate increases do not include extra steps which were added at every level for the group and which have an impact on compensation.

³ The expiry date of the collective agreement was 30/9/93. Special provisions were made in clause 48.03(b) which provided that when written notice to opt out of master bargaining was given, the expiry dates of the collective agreements for bargaining units which opted out would be as set out in clause 48.04 instead of the date specified in 48.01 (September 30, 1993). The expiry dates in clause 48.04 ranged from December 1993 to July 1994. The rates of pay for groups who opted out were amended by a 3% prorated on the basis of the time period contained in clause 48.04.

¹ La thèse de l'employeur est que les augmentations qui prenaient effet le 1^{er} septembre 1990 représentent un rajustement économique de 4,5 % et que de nouvelles sommes ont été ajoutées en raison notamment de la restructuration de l'unité de négociation et des modifications apportées au nombre d'échelons.

² Ces augmentations de salaire ne tiennent pas compte des échelons supplémentaires qui ont été ajoutés à chaque niveau du groupe et qui ont une incidence sur la rémunération.

³ La date d'expiration de la convention collective était le 30 septembre 1993. Des dispositions spéciales ont été insérées à la clause 48.03b); elles prévoient que lorsqu'un avis écrit de retrait de la négociation cadre est donné, la date d'expiration des conventions collectives des unités de négociation qui veulent se retirer est celle qui est fixée à la clause 48.04 plutôt que celle qui est précisée à la clause 48.01 (le 30 septembre 1993). Les dates d'expiration prévues à la clause 48.04 allaient de décembre 1993 à juillet 1994. Les taux de salaire des groupes qui se retiraient ont été modifiés par une augmentation proportionnelle de 3 % calculée en fonction de la période prévue à la clause 48.04.

App. Rec. A.G. Exhibit "B" to Affidavit of Pierce Sutherland — Binding Conciliation Board Report TAB 1 p. 30.

Doss. appel P.G. Annexe «B» de l'affidavit de M. Pierce Sutherland—Rapport exécutoire du bureau d'arbitrage (onglet 1, p. 30).

(a) 2.9% beginning and ending on February 1, 1991.⁴

(b) 3% beginning on February 2, 1991 and ending on March 31, 1992;

(c) 3% beginning on April 1, 1992 and ending on March 31, 1993.

Arbitral Award PSSRB File No. 185-11-344

September 4, 1991 — Arbitral Award issued for the Law Group bargaining unit for which Treasury Board is the Employer (“the Law Group Arbitral Award”) which provided for increases of;

(a) 4.7% beginning on March 1, 1991 and ending on February 28, 1993.⁵

Arbitral Award PSSRB File No. 185-2-345

September 12, 1991 — Arbitral Award was issued for the Ship Repair—Chargehand bargaining unit for which Treasury Board is the employer (“the Ship Repair Arbitral Award”) which provided the following wage rate increases:

(a) 9.7% beginning on April 1, 1991 and ending on March 31, 1992; (economic adjustment 5.5% addition of 4 new steps to range)

(b) 7.1% beginning on April 1, 1992 and ending on March 31, 1993.

Arbitral Award PSSRB File No. 185-2-346

September 16, 1991 — Bill C-29 introduced (Public Sector Compensation Act—“the PSCA”).

⁴ This percentage increase was calculated by a comparison with the maximum rates for this group contained in their preceding collective agreement. That agreement is not before the Court. It provides an explanation of the fact that there were two rate increases for this group one on February 1, 1991 and a second on February 2nd, 1991.

⁵ These wage rate increases do not include an additional step at the maximum of the LA 1 wage grid and the dropping of certain steps at the minimum of the grid which result in extra money being paid to certain LAs at all levels.

a) 2,9 % prenant effet et se terminant le 1^{er} février 1991⁴;

b) 3 %, pour la période du 2 février 1991 au 31 mars 1992;

c) 3 %, pour la période du 1^{er} avril 1992 au 31 mars 1993.

Sentence arbitrale de la CRTFP, dossier n^o 185-11-344

^b 4 septembre 1991 — Prononcé d’une sentence arbitrale visant l’unité de négociation du groupe du droit dont le Conseil du Trésor est l’employeur («la sentence arbitrale du groupe du droit»). Cette décision prévoyait des augmentations de:

a) 4,7 %, pour la période du 1^{er} mars 1991 au 28 février 1993⁵.

Sentence arbitrale de la CRTFP, dossier n^o 185-2-345

^d 12 septembre 1991—Prononcé d’une sentence arbitrale concernant l’unité de négociation de la réparation des navires—chefs d’équipe dont le Conseil du Trésor est l’employeur («la sentence arbitrale de la réparation des navires»). Cette sentence prévoyait les augmentations de salaires suivantes:

a) 9,7 %, pour la période du 1^{er} avril 1991 au 31 mars 1992 (ajustement économique: ajout de 5,5 % de 5 nouveaux échelons à l’échelle salariale);

b) 7,1 %, pour la période du 1^{er} avril 1992 au 31 mars 1993.

Sentence arbitrale de la CRTFP, dossier n^o 185-2-346

^e 16 septembre 1991 — Présentation du projet de loi C-29 (Loi sur la rémunération du secteur public («la LRSP»)).

⁴ Cette augmentation de pourcentage a été calculée en établissant une comparaison avec les taux maximum de ce groupe prévus dans sa convention collective précédente. Cette convention n’a pas été portée à la connaissance de la Cour. Elle aurait permis de savoir pourquoi ce groupe a fait l’objet de deux augmentations de taux: la première, le 1^{er} février 1991 et la seconde, le 2 février 1991.

⁵ Ces augmentations de taux salarial ne tiennent pas compte de l’ajout d’un échelon au niveau maximal de la grille salariale des employés classés LA 1 et de la suppression de certains échelons au niveau minimal de la grille, ce qui a permis à certains employés classés LA de recevoir une rémunération supplémentaire, quel que soit leur niveau.

App. Rec. PIPSC Affidavit of Robert McIntosh para 9	Doss. d'appel de l'Inst. Affidavit de M. Robert McIntosh, par. 9.
September 24, 1991 — 1993 Master Agreement between PIPSC and Treasury Board for the 18 bargaining units was signed. It incorporated the terms of the Binding Conciliation Report.	24 septembre 1991 — Signature par l'Institut et le Conseil du Trésor de la convention collective cadre de 1993 pour 18 unités de négociation. Cette convention collective incorpore les modalités du rapport exécutoire de négociation.
App. Rec. PIPSC Exhibit "A" to Affidavit of Robert McIntosh TAB 2—A—p. 198	Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «A» de l'affidavit de M. Robert McIntosh (onglet 2—A—p. 198).
October 2, 1991 — <u>PSCA</u> received Royal Assent (came into effect on Oct. 3, 1991)	2 octobre 1991 — Sanction royale de la <u>LRSP</u> (laquelle est entrée en vigueur le 3 octobre 1991).
App. Rec. PIPSC Affidavit of Robert McIntosh para 9 TAB 2	Doss. d'appel de l'Inst. Affidavit de M. Robert McIntosh (par. 9, onglet 2).
November 28, 1991 — Order in Council P.C. 1991-14/2375 was issued which adjusted the wage rate increases contained in the Medical Research Council Arbitral Award as follows:	28 novembre 1991 — Prise du Décret C.P. 1991-14/2375, qui modifie de la façon suivante les augmentations de taux de salaire contenues dans la sentence arbitrale relative au Conseil de recherches médicales:
(a) 4.2% beginning on February 1, 1991 and ending on January 31, 1992; (b) 0% beginning on February 1, 1992 and ending on January 31, 1993; and (c) 3% beginning on February 1, 1993 and ending on January 31, 1994.	a) 4,2 %, pour la période du 1 ^{er} février 1991 au 31 janvier 1992; b) 0 %, pour la période du 1 ^{er} février 1992 au 31 janvier 1993; c) 3 %, pour la période du 1 ^{er} février 1993 au 31 janvier 1994.
Order in Council P.C. 1991-14/2375	Décret C.P. 1991-14/2375
December 12, 1991 — Order in Council P.C. 1991-9/2535 was issued which adjusted the wage rate increases contained in the Ship Repair Arbitral Award as follows:	12 décembre 1991 — Prise du Décret C.P. 1991-9/2535, qui modifie de la façon suivante les augmentations de taux de salaire contenues dans la sentence arbitrale relative au groupe de la réparation des navires:
(a) 0% for the period beginning on April 1, 1991 and ending on March 31, 1992; and (b) 3% for the period beginning on April 1, 1992 and ending on March 31, 1993.	a) 0 %, pour la période commençant le 1 ^{er} avril 1991 et se terminant le 31 mars 1992; c) 3 %, pour la période commençant le 1 ^{er} avril 1992 et se terminant le 31 mars 1993.
Order in Council P.C. 1991-9/2535	Décret C.P. 1991-9/2535
December 12, 1991 — Order in Council P.C. 1991-10/2535 was issued which adjusted the wage rate increases contained in the Law Group Arbitral Award as follows:	12 décembre 1991 — Prise du Décret C.P. 1991-10/2535, qui modifie de la façon suivante les augmentations de taux de salaire contenues dans la sentence arbitrale relative au groupe du droit:
(a) 0% for the period beginning on March 1, 1991 and ending on February 28, 1992; and (b) 3% for the period beginning on March 1, 1992 and ending on February 28, 1993.	a) 0 % pour la période commençant le 1 ^{er} mars 1991 et se terminant le 28 février 1992; c) 3 % pour la période commençant le 1 ^{er} mars 1992 et se terminant le 28 février 1993.
Order in Council P.C. 1991-10/2535	Décret C.P. 1991-10/2535

1992

December 2, 1992 — Government makes Economic and Fiscal Statement

App. Rec. A.G. Excerpts from Hansard TAB 2 p.095 ^a

December 10, 1992 — Bill C-105 introduced (the Government Expenditures Restraint Act which provided for the amendment of the PSCA) (sections 3 to 8 of Bill C-113 were deemed to have come into force on December 10, 1992) ^b

App. Rec. PIPSC Exhibit "C" to Affidavit of R. McIntosh Tab 2—C ^c

1993

January 28, 1993 — PIPSC provides notice to Treasury Board that each group wishes to opt out of Master Bargaining. It confirms the new expiry date for each bargaining unit and asks for the rates of pay for each to be amended in accordance with sub-paragraph 48.03(b)(ii) of the Master Agreement (3% pro-rata increase until new termination date of the collective agreement for each group). ^d

App. Rec. PIPSC Exhibits "A"—"R" inclusive to Affidavit of Luc Grenier TAB 3 ^e

February 17, 1993 — Bill C-113 Introduced (the Government Expenditures Restraint Act, 1993 No. 2 —replacement for Bill C-105 which contained identical proposed amendments to the PSCA). ^f

App. Rec. PIPSC Affidavit of Robert McIntosh TAB 2—p. 7 and Exhibits "C" & "D" ^g

April 2, 1993 — Bill C-113 received Royal Assent

App. Rec. PIPSC Affidavit of Robert McIntosh TAB 2—p. 7 ^h

June 17, 1993 — Treasury Board notifies PIPSC that the 18 groups are "subject to the wage legislation which in effect freezes their compensation plan until September 30, 1995." PIPS is also told that "the wage legislation does not permit the application of the pro-

1992

2 décembre 1992 — Le gouvernement présente son exposé économique et financier.

Dossier d'appel P.G. Extraits du compte-rendu officiel des débats de la Chambre (onglet 2, p. 95).

10 décembre 1992 — Présentation du projet de loi C-105 (la Loi sur la compression des dépenses publiques, qui modifie la LRSP). (Les articles 3 à 8 du projet de loi C-113 étaient réputés être entrés en vigueur le 10 décembre 1992). ^b

Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «C» de l'affidavit de M. R. McIntosh (onglet 2—C). ^c

1993

28 janvier 1993 — L'Institut avise le Conseil du Trésor que chaque groupe désire se retirer de la négociation cadre. Il confirme la nouvelle date d'expiration applicable à chaque unité de négociation et demande que les taux de salaire de chacune soient modifiés en conformité avec le sous-alinéa 48.03b)(ii) de la convention collective cadre (augmentation proportionnelle de 3 % jusqu'à la nouvelle date d'expiration de la convention collective pour chaque groupe). ^d

Doss. d'appel de l'Inst. Annexes «A» à «R» inclusivement de l'affidavit de M. Luc Grenier (onglet 3). ^e

17 février 1993 — Présentation du projet de loi C-113 (la Loi n° 2 de 1993 sur la compression des dépenses publiques, qui remplace le projet de loi C-105, qui contenait des propositions de modifications identiques à celles de la LRSP). ^f

Doss. d'appel de l'Inst. Affidavit de M. Robert McIntosh (onglet 2, p. 7) et annexes «C» et «D». ^g

2 avril 1993 — Sanction royale du projet de loi C-113

Doss. d'appel de l'Inst. Affidavit de M. Robert McIntosh (onglet 2, p. 7). ^h

17 juin 1993 — Le Conseil du Trésor avise l'Institut que les 18 groupes sont [TRADUCTION] «assujettis aux mesures législatives salariales qui ont pour effet de bloquer leur régime de rémunération jusqu'au 30 septembre 1995.» On informe également l'Institut que

rated 3% increase to the groups' compensation plans."

App. Rec. PIPSC Exhibit "U" to Affidavit of Luc Grenier TAB 3—U

July 27, 1993 — PIPSC files a section 99 reference to the PSSRB seeking enforcement of the 3% pro-rata increase for each of the groups who have opted out of Master Bargaining pursuant to Article 48.04 of the Master Agreement.

App. Rec. PIPSC Exhibit "E" to Affidavit of Robert McIntosh TAB 2—E

September 15, 1993 — PIPSC requested 10,000 grievance forms to enable PIPS members to file grievances concerning Treasury Board's failure to apply Article 48 of the Master Agreement.

App. Rec. PIPSC Exhibit "V" to Affidavit of Luc Grenier TAB 3—V

September 24, 1993 — Order in Council P.C. 1993-1868 was issued adjusting the wage rates provided under subparagraph 48.03(b)(ii) of the Master Agreement to 0% for each of the periods referred to in clause 48.04.

App. Rec. PIPSC Exhibit "W" to Affidavit of Luc Grenier TAB 3—W

October 21, 1993 — Date upon which s. 99 reference was to be heard before the PSSRB.

App. Rec. PIPSC Exhibit "O" to Affidavit of Robert McIntosh TAB 2—O

GROUNDS FOR THE APPLICATION

The application is based on the following grounds:

1) Order in Council P.C. 1993-1868 was made without authority;

2) and in the alternative, Order in Council P.C. 1993-1868 was an abuse of authority.

[TRADUCTION] «les mesures législatives salariales ne permettent pas l'application de l'augmentation proportionnelle de 3 % aux régimes de rémunération des groupes.»

Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «U» de l'affidavit de M. Luc Grenier (onglet 3—U).

27 juillet 1993 — L'Institut fait un renvoi à la CRTFP en vertu de l'article 99 pour obtenir l'exécution forcée de l'augmentation proportionnelle de 3 % pour chacun des groupes qui a choisi de se retirer de la négociation cadre en vertu de l'article 48.04 de la convention collective cadre.

Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «E» de l'affidavit de M. Robert McIntosh (onglet 2—E).

15 septembre 1993 — L'Institut demande 10 000 formules de griefs pour permettre aux membres de l'Institut de présenter un grief au sujet du défaut du Conseil du Trésor d'appliquer l'article 48 de la convention collective cadre.

Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «V» de l'affidavit de M. Luc Grenier (onglet 3—V).

24 septembre 1993 — Prise du Décret C.P. 1993-1868, qui ramène à 0 % les taux de salaire prévus au sous-alinéa 48.03b(ii) de la convention collective cadre pour chacune des périodes mentionnées à l'article 48.04.

Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «W» de l'affidavit de M. Luc Grenier (onglet 3—W).

21 octobre 1993 — Date à laquelle le renvoi fait en vertu de l'art. 99 devait être entendu par la CRTFP.

Doss. d'appel de l'Inst. Annexe «O» de l'affidavit de M. Robert McIntosh (onglet 2—O)

MOYENS INVOQUÉS AU SOUTIEN DE LA DEMANDE

Voici les moyens qui sont invoqués au soutien de la demande:

1) Le gouverneur en conseil n'avait pas le pouvoir de prendre le Décret C.P. 1993-1868;

2) à titre subsidiaire, le gouverneur en conseil a commis un abus de pouvoir en prenant le Décret C.P. 1993-1868.

BACKGROUND

The Institute represents 29 groups, organized by classification, in the Public Service where Treasury Board is designated as employer. On August 14, 1990, the Institute entered into an agreement with Treasury Board to negotiate one master collective agreement on behalf of 18 of these groups (the Master Agreement). This was the third such agreement to negotiate a master agreement covering more than one group. (Prior to entry into master bargaining, each group negotiated a separate collective agreement with Treasury Board.) The following group classifications were included in master bargaining as of September 30, 1993: Actuarial Science (AC), Agriculture (AG), Biology (BI), Dentistry (DE), Forestry (FO), Historical Research (HR), Home Economics (HE), Mathematics (MA), Meteorology (MT), Nursing (NU), Occupational and Physical Therapy (OP), Pharmacy (PH), Scientific Regulation (applies to the Scientific Regulation Sub-Group SG-SRE only), Scientific Research (SE), Social Work (SW), Veterinary Medicine (VM), Defence Scientific Service (DS) and Commerce (CO), with a total membership as of that date of 10,734 (a copy of the 1993 Master Agreement is attached as Exhibit "A" to the McIntosh affidavit).

Master bargaining initially began in 1985. The first master collective agreement had effective dates for salary increases which varied for each group, depending on the expiry date of each group's collective agreement prior to entry into the Master Agreement. Two more master agreements were subsequently entered into which had a common date for salary adjustments for all groups. The 1987 Master Agreement was signed July 9, 1986 and expired on September 30, 1987 and the 1990 Master Agreement was signed on April 20, 1989 and expired on September 30, 1990.

Bargaining on the 1993 Master Agreement began on September 7, 1990 and continued until February 12, 1991. As no settlement could be reached, the out-

GENÈSE DE L'INSTANCE

L'Institut représente 29 groupes, qui sont organisés selon leur classement et qui font partie de secteurs de la fonction publique pour lesquels le Conseil du Trésor est désigné comme employeur. Le 14 août 1990, l'Institut a conclu une entente avec le Conseil du Trésor en vue de négocier une convention collective cadre au nom de 18 de ces groupes (la convention cadre). C'était la troisième fois qu'une telle entente était conclue en vue de négocier une convention cadre visant plusieurs groupes. (Avant de prendre part à la négociation cadre, chaque groupe négociait une convention collective distincte avec le Conseil du Trésor.) Les groupes suivants étaient inclus dans la négociation cadre au 30 septembre 1993: actuariat (AC), agriculture (AG), sciences biologiques (BI), art dentaire (DE), sciences forestières (FO), recherche historique (HR), économie domestique (HE), mathématiques (MA), météorologie (MT), sciences infirmières (NU), ergothérapie et physiothérapie (OP), pharmacie (PH), réglementation scientifique (s'applique uniquement au sous-groupe SG-SRE de la réglementation scientifique), recherche scientifique (SE), service social (SW), médecine vétérinaire (VM), services scientifiques de la défense (DS) et commerce (CO). Le nombre total de membres s'élevait à cette date à 10 734 personnes (une copie de la convention cadre de 1993 est jointe à l'affidavit de M. McIntosh à titre d'annexe «A»).

La négociation cadre a initialement commencé en 1985. La première convention cadre prévoyait des dates de prise d'effet des hausses salariales qui étaient différentes pour chaque groupe et qui variaient selon la date d'expiration de la convention collective de chaque groupe qui était en vigueur avant la signature de la convention cadre. Par la suite, deux autres conventions cadre prévoyant une date commune pour la modification des salaires de tous les groupes ont été signées. La convention cadre de 1987 a été signée le 9 juillet 1986 et a expiré le 30 septembre 1987, et la convention cadre de 1990 a été signée le 20 avril 1989 et a expiré le 30 septembre 1990.

Les négociations relatives à la convention cadre de 1993 ont été entamées le 7 septembre 1990 et se sont poursuivies jusqu'au 12 février 1991. Comme on

standing issues were referred to conciliation before a conciliation board appointed under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35. By agreement between the Institute and Treasury Board, the recommendations of the Conciliation Board were to be binding on both parties. The Conciliation Board rendered its report on August 16, 1991 which contained a provision allowing bargaining units to opt out of master bargaining (Article 48). Where the opting out provision was invoked, the Board's report indicated that the duration of the Master Agreement would be extended beyond the life otherwise set and that the bargaining unit was to receive a 3% prorated increase for this extended period.

As noted above, since each group that agreed to participate in master bargaining in 1985 had separate collective agreements with Treasury Board with different expiry dates, a mechanism was incorporated into the duration clause of the Master Agreement. This clause was numbered Article 46 in the 1987 Master Agreement and Article 48 in both the 1990 and 1993 Master Agreements. Although dates changed and editorial changes were made, the text of the article has remained unchanged in all three Master Agreements. Article 48 of the 1993 Master Agreement, in part, is set out below:

48.01 Subject to clauses 48.03 and 48.04, the duration of this Collective Agreement shall be from the date it is signed to September 30, 1993.

48.02 Unless otherwise expressly stipulated, the provisions of this Collective Agreement shall become effective on the date it is signed.

48.03 If either of the parties determine that a Bargaining Unit(s), as specified in Article 2 and Article 26 of this Agreement, is not to participate in the next round of Master Agreement Bargaining, the Bargaining Agent or the Employer shall serve written notice to this effect to the other party and unto the Public Service Staff Relations Board. Such notice to opt out must be served on the other party at least sixty (60) days prior to the expiry of this Agreement referred to in clause 48.01.

(a) Where no notice to opt out is received for Bargaining Unit(s) specified in Articles 2 and 26 within the specified

n'arrivait à aucun accord, les questions non résolues ont été déferées à un bureau de conciliation constitué en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35. Selon l'entente conclue entre l'Institut et le Conseil du Trésor, les recommandations du bureau de conciliation devaient être exécutoires pour les deux parties. Le bureau de conciliation a remis le 16 août 1991 un rapport qui contenait une disposition permettant à des unités de négociation de se retirer de la négociation cadre (article 48). Dans leur rapport, les membres du bureau ont précisé que lorsque la disposition de retrait serait invoquée, la durée de la convention cadre serait prorogée au-delà de la durée par ailleurs fixée et que l'unité de négociation devait recevoir une augmentation proportionnelle de 3 % pour cette période prorogée.

Comme nous l'avons déjà signalé, comme tous les groupes qui avaient accepté de prendre part aux négociation cadre en 1985 avaient conclu avec le Conseil du Trésor des conventions collectives distinctes qui prévoyaient des dates d'expiration différentes, un mécanisme a été incorporé dans la disposition de la convention cadre intitulée «Durée de la convention». Cette disposition a reçu le numéro 46 dans la convention cadre de 1987 et le numéro 48 dans la convention cadre de 1990 et dans celle de 1993. Bien que les dates furent différentes et que l'on ait procédé à des remaniements mineurs, le texte de l'article est demeuré inchangé dans chacune des trois conventions collectives cadre. L'article 48 de la convention cadre de 1993 dispose notamment:

48.01 Sous réserve des clauses 48.03 et 48.04, la durée de la présente convention collective va du jour de sa signature jusqu'au 30 septembre 1993.

48.02 À moins d'indications contraires précises figurant dans le texte, les dispositions de la présente convention collective entrent en vigueur à la date de sa signature.

48.03 Si l'une des parties établit qu'une ou des unités de négociation, comme le prévoient les articles 2 et 26 de la présente convention, ne prendront pas part à la prochaine ronde de négociation de la convention collective cadre, l'agent négociateur ou l'employeur l'indique par écrit à l'autre partie et à la Commission des relations de travail dans la fonction publique. Un tel avis de retrait doit être remis à l'autre partie au moins soixante (60) jours avant la fin de la présente convention collective indiquée à la clause 48.01.

(a) Lorsqu'aucun avis de retrait n'est reçu pour une ou des unités de négociation précisées aux articles 2 et 26 au

time period the parties agree that such Bargaining Unit(s) are hereby included in the next round of Master Agreement Bargaining.

- (b) (i) Where written notice to opt out is served by either party within the specified time period, the Collective Agreement for a particular Bargaining Unit(s) for which an opt out notice was served, will expire on the date(s) in clause 48.04 in lieu of the date specified in clause 48.01. *a*
- (ii) Should a Bargaining Unit(s) opt out of Master Bargaining the rates of pay in Appendix "A" will be amended to contain a line "C". Line "C" will be calculated by increasing line "B" by 3% prorated on the basis of the time period contained in clause 48.04. *b*

cours de la période prévue, les parties conviennent que ces unités de négociation feront partie de la prochaine ronde de négociation de la convention collective cadre.

- b) (i) Lorsqu'un avis de retrait écrit est remis par l'une des parties dans le délai prévu, la convention collective de l'unité ou des unités de négociation qui veulent se retirer prendra fin à la date indiquée à l'article 48.04 plutôt qu'à la date indiquée à l'article 48.01.
- (ii) Si une ou des unités de négociation se retirent des négociations communes, les taux de rémunération à l'appendice «A» seront modifiés par l'addition d'une ligne «C». La ligne «C» sera établie en augmentant les taux de rémunération de la ligne «B» de 3 % calculés au prorata fondé sur la période mentionnée à la clause 48.04.

Therefore, clause 48.03 allowed groups to opt out of the next round of master agreement bargaining by giving notice at least 60 days prior to September 30, 1993. Where a group decided to opt out, clause 48.03(b) extended the Master Agreement for the group for a specified period of time beyond September 30, 1993 and the group became entitled to a 3% increase prorated to the extended expiry date. Clause 48.04 listed the groups noted earlier and for those groups opting out, the Master Agreement would be extended from anywhere between December 21, 1993 and July 20, 1994. *c*

La clause 48.03 permettait donc à des groupes de se retirer de la prochaine ronde de négociation cadre en transmettant un avis au moins 60 jours avant le 30 septembre 1993. Lorsqu'un groupe décidait de se retirer, la clause 48.03b) prorogeait au-delà du 30 septembre 1993 la durée de la convention cadre pour le groupe en question, qui avait alors droit à une augmentation proportionnelle de 3 % calculée en fonction de la date d'expiration prorogée. La clause 48.04 énumérait les groupes que nous avons déjà mentionnés et, pour les groupes qui se retiraient, la convention cadre était prorogée à une date comprise entre le 21 décembre 1993 et le 20 juillet 1994. *d*

The 1993 Master Agreement was signed on September 24, 1991 and expired on September 30, 1993. It provided for a wage increase of 4.7% effective October 1, 1990, a 0% increase effective October 1, 1991 and a 3% increase effective October 1, 1992. *e*

La convention cadre de 1993 a été signée le 24 septembre 1991 et a expiré le 30 septembre 1993. Elle prévoyait une augmentation de salaire de 4,7 %, qui prenait effet le 1^{er} octobre 1990, une augmentation de 0 %, qui prenait effet le 1^{er} octobre 1991 et une augmentation de 3 %, qui prenait effet le 1^{er} octobre 1992. *f*

In its budget of February 26, 1991, the Government of Canada (the Government) announced its decision to restrain the operations of Government by freezing departmental operating budgets at then current levels and by restraining the wages and salaries of Cabinet Ministers, Members of Parliament, Order in Council appointments and all federal public servants. The Government stated that it was not prepared to contemplate wage increases beyond an annual rate of 3%. This decision, according to the respondent, was taken as a measure to control inflation and reduce the deficit. *g*

Dans son budget du 26 février 1991, le gouvernement du Canada (le gouvernement) a annoncé sa décision de restreindre les activités du gouvernement en bloquant les budgets de fonctionnement des ministères à leur niveau d'alors et en comprimant les salaires et les traitements des ministres du Cabinet, des députés, des personnes nommées en vertu d'un décret et de tous les fonctionnaires fédéraux. Le gouvernement a déclaré qu'il n'était pas disposé à envisager d'augmenter les salaires de plus de 3 % par année. Suivant l'intimé, cette décision a été prise à titre de mesure pour juguler l'inflation et réduire le déficit. *h*

On September 16, 1991, the Government introduced Bill C-29, the *Public Sector Compensation Act* (the PSCA) in the House of Commons. At that time, the parties had not yet signed the 1993 Master Agreement, which was signed on September 24, 1991. However, the PSCA, S.C. 1991, c. 30, received Royal Assent on October 2, 1991 and came into force on October 3, 1991, at which time the 1993 Master Agreement had been signed.

Sections 5 and 6 of the PSCA extended most compensation plans for either two or three years depending on whether the compensation plan expired before or on February 26, 1991. Sections 5 and 6 are set out below:

5. (1) Subject to section 11, every compensation plan for employees to whom this Act applies that was in effect on February 26, 1991, including every compensation plan extended under section 6, shall be extended for a period of twenty-four months beginning on the day immediately following the day on which the compensation plan would, but for this section, expire.

(2) For the purposes of subsection (1), a compensation plan shall be deemed to have been in effect on February 26, 1991 if the parties to the plan had, before that date, agreed in writing to establish the plan to have effect on the expiration of the previous compensation plan and the plan is established on or after that date without change.

6. Subject to section 11, where a compensation plan for employees to whom this Act applies would, but for this section, have expired before February 26, 1991 and no new compensation plan was established before February 26, 1991, or on or after that date in accordance with subsection 5(2), the compensation plan shall be extended for a period of twelve months beginning on the day immediately following the day on which the plan would have expired.

Under the terms of section 11 of the PSCA, a compensation plan established between the period of February 26, 1991 (the date of the Federal Budget) and the day immediately before the date of coming into force of PSCA (October 2, 1991) and which was to have effect on the expiry of the previous compensation plan, would not be subject to the compensation freeze provisions of sections 5 and 6 of the PSCA. The applicant is of the view that the 1993 Master Agreement came within the parameters of section 11 and was therefore not subject to the compensation freeze provisions of the PSCA. Section 11 also provided that the Governor in Council, on the recommendation of Treasury Board, could adjust wage rates under a new compensation plan referred to in

Le 16 septembre 1991, le gouvernement a présenté le projet de loi C-29, la *Loi sur la rémunération du secteur public* (la LRSP), à la Chambre des communes. À l'époque, les parties n'avaient pas encore signé la convention cadre de 1993, qui a été signée le 24 septembre 1991. Cependant, la LRSP, L.C. 1991, ch. 30, a reçu la sanction royale le 2 octobre 1991 et est entrée en vigueur le 3 octobre 1991, date à laquelle la convention cadre de 1993 avait été signée.

Les articles 5 et 6 de la LRSP ont prorogé la plupart des régimes de rémunération de deux ou de trois ans, selon que le régime de rémunération expirait ou non au plus tard le 26 février 1991. Voici le libellé des articles 5 et 6:

5. (1) Sous réserve de l'article 11, le régime de rémunération en vigueur le 26 février 1991 pour des salariés visés par la présente loi, notamment tout régime de rémunération prorogé en vertu de l'article 6, est prorogé de deux ans à compter de la date prévue, en l'absence du présent article, pour son expiration.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un régime de rémunération est réputé en vigueur le 26 février 1991 si les parties sont auparavant convenues par écrit de l'établir de façon qu'il entre en vigueur à l'expiration du régime de rémunération précédent et s'il est établi au plus tôt à cette date sans modification.

6. Sous réserve de l'article 11, le régime de rémunération de salariés visés par la présente loi qui, en l'absence du présent article, aurait expiré avant le 26 février 1991 et qui n'a pas été remplacé avant cette date, ou à cette date au plus tôt en conformité avec le paragraphe 5(2), est prorogé d'une année à compter de sa date d'expiration originelle.

Aux termes de l'article 11 de la LRSP, le régime de rémunération qui est établi—de façon qu'il entre en vigueur à l'expiration du régime précédent—pendant la période commençant le 26 février 1991 (date du budget fédéral) et se terminant la veille de l'entrée en vigueur de la LRSP (le 2 octobre 1991) n'est pas assujéti aux dispositions de blocage de la rémunération prévues aux articles 5 et 6 de la LRSP. Le requérant est d'avis que la convention cadre de 1993 tombe sous le coup de l'article 11 et qu'elle n'était donc pas assujéti aux dispositions de blocage de la rémunération de la LRSP. L'article 11 prévoyait également que, sur la recommandation du Conseil du Trésor, le gouverneur en conseil pouvait, en conformité avec la politique salariale annoncée par le gouvernement

that section, in keeping with the wage policy of the Government, as announced in its budget of February 26, 1991. Subsection 11(1) reads as follows:

11. (1) Where a compensation plan for employees to whom this Act applies expired before or was in effect on February 26, 1991 and a new compensation plan to have effect on the expiration of the previous compensation plan is established during the period beginning on February 26, 1991 and ending

(a) on the day immediately before a day on which this Act comes into force, or

(b) at any time on or after the day which this Act comes into force, where the process for resolution of a dispute respecting the compensation plan is by referral thereof to arbitration and a request for arbitration has been made in accordance with the laws applicable to the compensation plan before the day on which this Act comes into force,

sections 5 and 6 do not apply in respect of the previous compensation plan and the Governor in Council, on the recommendation of the Treasury Board, may adjust wage rates under the new compensation plan to such amounts and for such periods as the Governor in Council considers to be consistent with the wage policy of the Government of Canada arising from the February 26, 1991 budget, and any wage rates so adjusted shall be deemed to be embodied in the new compensation plan.

According to the applicant, the compensation plan in the 1993 Master Agreement was accepted by Treasury Board in the fall of 1991, and no recommendation was made to the Governor in Council to adjust that plan, which included the 3% *pro rata* increase for each group choosing to opt out of master bargaining in the next round, as provided by Article 48 of the Master Agreement. The applicant also notes that before and after the signing of the Master Agreement, representatives of the Institute were advised by Treasury Board that the 1993 Master Agreement would be honoured as it was not in conflict with the restraint legislation (see the McIntosh and Grenier affidavits). The applicant is of the view that this meant that Treasury Board's position, at that time, was that the 1993 Master Agreement met the objectives of the Government's compensation policies and therefore did not warrant unilateral adjustment by the Governor in Council.

dans son budget du 26 février 1991, modifier les taux de salaire prévus par le nouveau régime de rémunération visé par cet article. Le paragraphe 11(1) est ainsi libellé:

11. (1) Les articles 5 et 6 ne s'appliquent pas au régime de rémunération de salariés visés par la présente loi qui soit était en vigueur le 26 février 1991, soit avait expiré avant cette date dans le cas où un nouveau régime de rémunération est établi—de façon qu'il entre en vigueur à l'expiration du régime précédent—pendant la période commençant le 26 février 1991 et se terminant:

a) soit la veille de l'entrée en vigueur de la présente loi;

b) soit à la date de son entrée en vigueur, ou postérieurement à celle-ci, dans le cas où la procédure de règlement des différends relatifs au régime est leur renvoi à l'arbitrage et qu'une demande en ce sens a été présentée avant cette date conformément à la législation applicable au régime.

Le gouverneur en conseil peut, sur recommandation du Conseil du Trésor, modifier les taux de salaire prévus par le nouveau régime de rémunération pour les périodes et des montants qu'il estime conformes à la politique salariale du gouvernement du Canada découlant du budget du 26 février 1991. Ces taux de salaire modifiés sont réputés faire partie du nouveau régime de rémunération.

Suivant le requérant, la régime de rémunération prévu par la convention cadre de 1993 a été accepté à l'automne 1991 par le Conseil du Trésor, qui n'a pas recommandé au gouverneur en conseil de modifier ce régime qui, comme le prévoit l'article 48 de la convention cadre, accordait une augmentation proportionnelle de 3 % à chaque groupe qui choisissait de se retirer de la négociation cadre au cours de la prochaine ronde de négociation. Le requérant fait également remarquer qu'avant et après la signature de la convention cadre, le Conseil du Trésor a informé des représentants de l'Institut que la convention cadre de 1993 serait respectée, étant donné qu'elle n'entraînait pas en conflit avec les mesures législatives portant compression des salaires (voir les affidavits de MM. McIntosh et Grenier). Le requérant en infère qu'à l'époque, la position du Conseil du Trésor était que la convention cadre de 1993 répondait aux objectifs des politiques de rémunération du gouvernement et que la convention collective en question ne justifiait une modification unilatérale de la part du gouverneur en conseil.

On December 10, 1992, the Government introduced Bill C-105, the *Government Expenditures Restraint Act, 1993* in the House of Commons, which among other things amended the PSCA. The *Government Expenditures Restraint Act, 1993* was subsequently withdrawn and replaced by Bill C-113, the *Government Expenditures Restraint Act, 1993 No. 2* (Restraint Act, No. 2) which was introduced on February 17, 1993 and received Royal Assent on April 2, 1993 [S.C. 1993, c. 13]. The proposed amendments to the PSCA were unchanged from Bill C-105 and was to reflect the Government's December 2, 1992 economic statement. Sections 3 to 8, which deal with the PSCA, were deemed to have come into force on December 10, 1992 and sections 2 and 26 on April 1, 1992. Section 8 of the Restraint Act, No. 2 provides:

8. (1) All that portion of subsection 11(1) of the said Act [the PSCA] following paragraph (b) thereof is repealed and the following substituted therefore:

sections 5 and 6 do not apply in respect of the previous compensation plan and the Governor in Council, on the recommendation of the Treasury Board, may adjust wage rates under the new compensation plan to such amounts and for such periods as the Governor in Council considers to be consistent with the wage policy of the Government of Canada arising from the February 26, 1991 budget or the December 2, 1992 economic and fiscal statement, and any wage rates so adjusted shall be deemed to be embodied in the new compensation plan.

(2) Section 11 of the said Act is further amended by adding thereto the following subsection:

(3) Every new compensation plan in respect of which this section applies shall be

(a) extended for a period of twenty-four months beginning on the day immediately following the day on which the compensation plan would, but for this subsection, expire; and

(b) deemed to include a provision to the effect that the wage rates in effect under the plan on the day which the plan would, but for this subsection, expire shall not be increased for the twenty-four month period immediately following that day.

The applicant is of the view that this amendment, specifically paragraph 8(3)(b) extended the wage rates in effect under the Master Agreement, namely the 3% increase, for a period of two years. The respondent is of the view that as a result of the PSCA, as amended, the compensation plans for the

Le 10 décembre 1992, le gouvernement a présenté à la Chambre des communes le projet de loi C-105, la *Loi de 1993 sur la compression des dépenses publiques*, qui modifiait notamment la LRSP. La *Loi de 1993 sur la compression des dépenses publiques* a par la suite été retirée et remplacée par le projet de loi C-113, la *Loi n° 2 de 1993 sur la compression des dépenses publiques* (Loi n° 2 sur la compression), qui a été présentée le 17 février 1993 et a été sanctionnée le 2 avril 1993 [L.C. 1993, ch. 13]. Les modifications proposées à la LRSP étaient identiques à celles qui étaient contenues dans le projet de loi C-105 et elles devaient donner effet à l'exposé économique du 2 décembre 1992 du gouvernement. Les articles 3 à 8, qui traitent de la LRSP, étaient réputés être entrés en vigueur le 10 décembre 1992, et les articles 2 et 26, le 1^{er} avril 1992. L'article 8 de la Loi n° 2 sur la compression dispose:

8. (1) Le passage du paragraphe 11(1) de la même loi [la LRSP] qui suit l'alinéa b) est abrogé et remplacé par ce qui suit:

Le gouverneur en conseil peut, sur recommandation du Conseil du Trésor, modifier les taux de salaire prévus par le nouveau régime de rémunération pour les périodes et des montants qu'il estime conformes à la politique salariale du gouvernement du Canada découlant du budget du 26 février 1991 ou de l'Exposé économique et financier du 2 décembre 1992. Ces taux de salaire modifiés sont réputés faire partie du nouveau régime de rémunération.

(2) L'article 11 de la même loi est modifié par adjonction de ce qui suit:

(3) Le nouveau régime de rémunération visé au présent article:

a) est prorogé de deux ans à compter de la date prévue, en l'absence du présent paragraphe, pour son expiration;

b) est réputé comporter une disposition prévoyant que les taux de salaire en vigueur à la date où, en l'absence du présent paragraphe, il aurait expiré ne peuvent être augmentés pendant les deux années qui suivent cette date.

Le requérant est d'avis que cette modification, particulièrement l'alinéa 8(3)b), proroge de deux ans les taux de salaire en vigueur aux termes de la convention cadre, à savoir l'augmentation de 3%. L'intimé est d'avis qu'en raison de la LRSP, dans sa version modifiée, les régimes de rémunération des groupes

groups covered by the Master Agreement are frozen until September 30, 1995.

On January 28, 1993, the Institute provided notice to Treasury Board on behalf of each of the 18 groups in master bargaining that, pursuant to Article 48 of the Master Agreement, each group wished to opt out of master bargaining. In that same notice letter, it was noted that the 1993 Master Agreement would be extended to a date under clause 48.04 and that each group would receive a 3% increase, calculated on a *pro rata* basis for the extended term under clause 48.03(b)(ii), to the new expiry date.

By letter dated April 30, 1993, Treasury Board advised the Institute that the requests would have to be examined in light of the Restraint Act, No. 2. By letter dated June 17, 1993, Treasury Board notified the Institute that the groups could opt out of master bargaining but advised that it would not implement the *pro rata* increase provided for under clause 48.03(b)(ii). It was Treasury Board's view that wage legislation did not permit the application of the prorated 3% increase to the groups' compensation plans. In other words, the wage increase provisions provided for in Article 48 were inapplicable, as the compensation plans were subject to the freeze provisions under the PSCA, as amended.

On July 27, 1993, the Institute filed a reference to the Public Service Staff Relations Board, pursuant to section 99 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 72] of the *Public Service Staff Relations Act*, challenging Treasury Board's interpretation of Article 48 of the Master Agreement, in light of the PSCA, as amended. A section 99 hearing was scheduled to commence on October 21, 1993.

On September 15, 1993, the Institute advised Treasury Board that the refusal to apply the prorated increase was a violation of Article 48 of the Master Agreement for each employee in each group affected. As a result, the Institute requested 10,000 grievance

visés par la convention cadre sont bloqués jusqu'au 30 septembre 1995.

Le 28 janvier 1993, l'Institut a remis au Conseil du Trésor, au nom de chacun des 18 groupes prenant part aux négociations cadre, un avis informant le Conseil du Trésor qu'en vertu de l'article 48 de la convention cadre, chaque groupe désirait se retirer de la négociation cadre. Dans ce même avis, l'Institut a souligné que la convention cadre de 1993 serait prorogée à une date prévue par la clause 48.04 et que chaque groupe toucherait, jusqu'à la nouvelle date d'expiration, une augmentation proportionnelle de 3 % calculée en fonction de la période prorogée, conformément à la clause 48.03b)(ii).

Par lettre datée du 30 avril 1993, le Conseil du Trésor a informé l'Institut que les demandes devaient être examinées en tenant compte de la Loi n° 2 sur la compression. Par lettre datée du 17 juin 1993, le Conseil du Trésor a avisé l'Institut que les groupes pouvaient se retirer de la négociation cadre, tout en ajoutant qu'il ne mettrait pas en vigueur l'augmentation proportionnelle prévue à la clause 48.03b)(ii). Le Conseil du Trésor s'est dit d'avis que les mesures législatives relatives aux salaires ne permettaient pas d'appliquer l'augmentation proportionnelle de 3 % aux régimes de rémunération des groupes visés. En d'autres termes, les dispositions de l'article 48 relatives à l'augmentation des salaires étaient inapplicables, étant donné que les régimes de rémunération étaient assujettis aux dispositions de blocage prévues par la LRSP, dans sa version modifiée.

Le 27 juillet 1993, l'Institut a fait un renvoi devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique en vertu de l'article 99 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 72] de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Dans ce renvoi, l'Institut contestait l'interprétation que le Conseil du Trésor avait faite de l'article 48 de la convention cadre, à la lumière de la LRSP, modifiée. Une audience visée par l'article 99 devait s'ouvrir le 21 octobre 1993.

Le 15 septembre 1993, l'Institut a informé le Conseil du Trésor que le refus de mettre en application l'augmentation proportionnelle constituait une violation de l'article 48 de la convention cadre en ce qui concernait chacun des salariés de chacun des groupes

forms so that each member could file an individual pay grievance.

By Order in Council P.C. 1993-1868, dated September 24, 1993, the Governor in Council adjusted clause 48.03(b)(ii) of the Master Agreement to 0% for each of the periods set out in clause 48.04 of the 1993 Master Agreement. A copy of the Order in Council was sent to the Institute by letter dated September 30, 1993. The letter also offered the Institute groups the opportunity to reconsider their decision to opt out given the groups who opted out would be "frozen" for an extended period of time.

By agreement between the parties dated October 18, 1993, the Public Service Staff Relations Board adjourned the section 99 reference *sine die*. On October 28, 1993, the Institute filed the application for judicial review of Order in Council P.C. 1993-1868.

The applicant notes that during the summer of 1991, collective agreements containing new compensation plans within section 11 of the PSCA were executed by Treasury Board. Both parties make reference to the ships' officers collective agreement between the Canadian Merchant Service Guild (CMSG) and Treasury Board, which was entered into on June 26, 1991. The CMSG collective agreement was for a three and one-half year period from September 1, 1990 to March 31, 1994. It provided for wage increases of 0% in the first year, 3% in the second and 3% in the third year.

According to the applicant, Treasury Board never made a recommendation to the Governor in Council, within the terms of section 11 of the PSCA, to adjust the compensation plan incorporated into the CMSG collective agreement. The applicant notes that although the Treasury Board takes the position that the wage increase provided for in Article 48 of the 1993 Master Agreement was subject to the freeze provisions under PSCA, the 3% annual increase for the full third year of the CMSG collective agreement was implemented by Treasury Board on April 1, 1993. The applicant is also of the view that in the

visés. Par conséquent, l'Institut a demandé 10 000 formules de griefs pour que chaque membre puisse présenter un grief salarial.

^a Par le Décret C.P. 1993-1868 daté du 24 septembre 1993, le gouverneur en conseil a ramené à 0 % les taux prévus à la clause 48.03b(ii) de la convention cadre pour chacune des périodes mentionnées à l'article 48.04 de la convention cadre de 1993. Une ^b copie du Décret a été transmise à l'Institut par lettre datée du 30 septembre 1993. Dans cette lettre, on offrait également aux groupes de l'Institut l'occasion de revenir sur leur décision de se retirer, compte tenu du fait que les groupes qui se retiraient feraient l'objet d'un «blocage» pour une période de temps ^c prorogée.

^d Aux termes d'une entente conclue entre les parties le 18 octobre 1993, la Commission des relations de travail dans la fonction publique a ajourné *sine die* l'audition du renvoi fondé sur l'article 99. Le 28 octobre 1993, l'Institut a présenté une demande de contrôle judiciaire du Décret C.P. 1993-1868.

^e Le requérant fait remarquer qu'au cours de l'été 1991, le Conseil du Trésor a signé des conventions collectives qui contenaient de nouveaux régimes de rémunération visés par l'article 11 de la LRSP. Les deux parties renvoient à la convention collective des officiers de navires qui a été signée le 26 juin 1991 par la Guilde de la marine marchande du Canada (GMMC) et le Conseil du Trésor. La convention collective de la GMMC avait une durée de trois ans et demi; elle prenait effet le 1^{er} septembre 1990 et ^f expirait le 31 mars 1994. Elle prévoyait des augmentations de salaire de 0 % la première année, de 3 % la deuxième et de 3 % la troisième.

^h Suivant le requérant, le Conseil du Trésor n'a jamais fait de recommandation au gouverneur en conseil, au sens de l'article 11 de la LRSP, pour que le gouverneur en conseil modifie le régime de rémunération intégré dans la convention collective de la GMMC. Le requérant constate que, bien que le Conseil du Trésor adopte le point de vue selon lequel l'augmentation de salaire prévue à l'article 48 de la convention cadre de 1993 était assujettie aux dispositions de blocage de la LRSP, le Conseil du Trésor a mis en application le 1^{er} avril 1993 l'augmentation annuelle de 3 % prévue pour toute la durée de la troi-

context of compensation plans governed by section 11 of the PSCA, the Institute is the only bargaining agent whose compensation plan was altered as a result of the Governor in Council Order.

On the other hand, the respondent claims that the Ships' Officers Group was the only bargaining unit within the public service to agree to the Government's three-year restraint program as announced in the February 26, 1991 budget and reaffirmed by the President of the Treasury Board in his statement of June 19, 1991, in the House of Commons.

The respondent listed the following orders in council passed under subsection 11(1) of the PSCA in relation to groups, other than those involved in the judicial review application:

- Order in Council, P.C. 1991-10/2535, December 12, 1991;
- Order in Council, P.C. 1991-9/2535, December 12, 1991;
- Order in Council, P.C. 1991-14/2375, November 28, 1991.

APPLICANT'S POSITION

With respect to the issue of jurisdiction, the applicant maintains that paragraph 18(1)(b) of the *Federal Court Act* gives me jurisdiction to hear and determine any application for relief in nature of *certiorari* against The Queen and therefore I have the jurisdiction to quash Order in Council P.C. 1993-1868.

The applicant's position is that the PSCA did not nullify the 3% *prorata* increase as required under clause 48.03(b)(ii) of the Master Agreement and if it had not been for Order in Council P.C. 1993-1868, Treasury Board would not have been entitled to withhold the wage adjustment in clause 48.03(b)(ii).

In terms of review of orders in council, the applicant submits that Order in Council P.C. 1993-1868 was promulgated by the Governor in Council on September 24, 1993. The Governor in Council constitutes what may be termed the formal or apparent Executive of Government. The applicant, citing *Ron-*

sième année de la convention collective de la GMMC. Le requérant estime également que, dans le contexte des régimes de rémunération régis par l'article 11 de la LRSP, l'Institut est le seul agent négociateur dont le régime de rémunération a été modifié par suite de la prise du Décret du gouverneur en conseil.

En revanche, l'intimé prétend que le groupe des officiers de navires était la seule unité de négociation au sein de la fonction publique à être d'accord avec le programme gouvernemental de compression de trois ans qui a été annoncé dans le budget du 26 février 1991 et qui a été réaffirmé par le président du Conseil du Trésor dans sa déclaration du 19 juin 1991 devant la Chambre des communes.

L'intimé a énuméré les décrets suivants qui ont été pris en application du paragraphe 11(1) de la LRSP relativement à d'autres groupes que ceux qui sont visés par la demande de contrôle judiciaire:

- Décret C.P. 1991-10/2535, 12 décembre 1991;
- Décret C.P. 1991-9/2535, 12 décembre 1991;
- Décret C.P. 1991-14/2375, 28 novembre 1991.

THÈSE DU REQUÉRANT

En ce qui concerne la question de la compétence, le requérant maintient que l'alinéa 18(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* me confère la compétence pour connaître de toute demande de réparation de la nature d'un bref de *certiorari* présentée contre La Reine et il ajoute qu'en conséquence, j'ai compétence pour annuler le Décret C.P. 1993-1868.

La thèse du requérant est que la LRSP n'a pas annulé l'augmentation proportionnelle de 3 % prévue à la clause 48.03b(ii) de la convention cadre et que, n'eût-été le Décret C.P. 1993-1868, le Conseil du Trésor n'aurait pas eu le droit de refuser de mettre en application la modification salariale prévue à la clause 48.03b(ii).

Sur la question du contrôle judiciaire des décrets, le requérant fait valoir que le Décret C.P. 1993-1868 a été promulgué par le gouverneur en conseil le 24 septembre 1993. Le gouverneur en conseil constitue ce qu'on pourrait appeler le pouvoir exécutif officiel ou apparent de l'État. Citant l'arrêt *Roncarelli v.*

carelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121, further submits that the Supreme Court of Canada has stated that public authorities, including the Government Executive must act in good faith and not for capricious or irrelevant reasons. The applicant argues that the jurisprudence supports the proposition that where Executive or Ministerial discretion has been exercised in bad faith, or where reliance has been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should interfere.

The applicant also argues that where there has been substantial unfairness in exercising a discretionary power, that unfairness can be an abuse of discretionary power and that a court should interfere where a public authority exercises its discretion in a discriminatory manner. Therefore, after citing a number of cases including *Gingras v. Canada*, [1990] 2 F.C. 68 (T.D.), the applicant maintains that a discretionary decision is reviewable and must be made strictly within the limits of the purpose and spirit of the statute and that a court should interfere where a public authority has acted for an improper purpose.

The applicant's position is essentially that the following facts demonstrate that both Treasury Board and the Governor in Council exercised their discretion to adjust wage rates under the 1993 Master Agreement in bad faith or for improper or irrelevant reasons, and with discriminatory effect, thereby abusing their power:

1) the Master Agreement was entered into on September 24, 1991;

2) the Master Agreement provided for a 3% *pro rata* increase for those bargaining groups opting out of master bargaining. This *pro rata* increase would commence effective October 1, 1993;

3) the PSCA came into force on October 3, 1991. Section 11 of the PSCA allowed the Governor in Council, on Treasury Board's recommendation, to

Duplessis, [1959] R.C.S. 121, le requérant soutient en outre que la Cour suprême du Canada a déclaré que les autorités publiques, y compris le pouvoir exécutif, doivent agir de bonne foi et non pour des motifs capricieux ou non pertinents. Le requérant affirme que la jurisprudence appuie la proposition que lorsque le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif ou du ministre a été exercé de mauvaise foi ou sur le fondement de considérations non pertinentes ou étrangères à l'objet de la loi, les tribunaux devraient intervenir.

Le requérant soutient également que lorsque l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire a donné lieu à une grave injustice, cette injustice peut constituer un abus de pouvoir discrétionnaire. Il ajoute que les tribunaux devraient intervenir lorsqu'une autorité publique exerce son pouvoir discrétionnaire de façon discriminatoire. En conséquence, après avoir cité plusieurs décisions, dont le jugement *Gingras c. Canada*, [1990] 2 C.F. 68 (1^{re} inst.), le requérant maintient que les décisions discrétionnaires peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire et qu'elles doivent respecter strictement les limites de l'objet et de l'esprit de la loi et que les tribunaux devraient intervenir lorsqu'une autorité publique a agi dans un but répréhensible.

Le requérant soutient essentiellement que les actes suivants démontrent que le Conseil du Trésor et le gouverneur en conseil ont tous les deux exercé leur pouvoir discrétionnaire de mauvaise foi et pour des motifs répréhensibles ou non pertinents en modifiant les taux de salaire prévus par la convention cadre. Il ajoute que la façon dont ils ont exercé leur pouvoir discrétionnaire a eu un effet discriminatoire et qu'ils ont de ce fait commis un abus de pouvoir:

1) La convention cadre a été signée le 24 septembre 1991;

2) La convention cadre prévoyait une augmentation proportionnelle de 3 % pour les groupes qui se retireraient de la négociation cadre. Cette augmentation proportionnelle devait prendre effet le 1^{er} octobre 1993;

3) La LRSP est entrée en vigueur le 3 octobre 1991. L'article 11 de la LRSP permettait au gouverneur en conseil, sur la recommandation du Conseil du Trésor,

adjust wage rates set out in the 1993 Master Agreement;

4) on more than one occasion, Treasury Board informed the Institute that the 1993 Master Agreement met the objectives of the Government's compensation policies and therefore did not warrant unilateral adjustment by the Governor in Council. Accordingly, Treasury Board did not make a recommendation to adjust the wage rates in the 1993 Master Agreement (see McIntosh affidavit);

5) on April 2, 1993, the PSCA was amended [S.C. 1993, c. 13, s. 4] so that agreements such as the 1993 Master Agreement would be extended for a two-year period. The amendments preserved the right of Treasury Board to recommend that the Governor in Council adjust the wage rates to be consistent with the wage policy of the Government of Canada. These amendments were first tabled on December 10, 1992 and received Royal Assent on April 2, 1993;

6) Treasury Board, once again, did not recommend that the wage rates set out in the 1993 Master Agreement be adjusted;

7) on January 28, 1993, the Institute provided notice to Treasury Board that each of its 18 groups would opt out of the master bargaining and that, pursuant to clause 48.03(b)(ii) of the 1993 Master Agreement, each group should receive a 3% pay increase effective October 1, 1993 for the extended term of the Agreement. The applicant maintains that Treasury Board refused to acknowledge its contractual obligation to provide the 3% prorated increase;

8) on July 27, 1993, the Institute filed a section 99 reference under the *Public Service Staff Relations Act*, challenging the Treasury Board's anticipatory refusal to implement the 3% increase as contained in the 1993 Master Agreement. The hearing was scheduled for October 21, 1993;

de modifier les taux de salaire prévus par la convention cadre de 1993;

4) À plusieurs reprises, le Conseil du Trésor a informé l'Institut que la convention cadre de 1993 répondait aux objectifs fixés dans les politiques de rémunération du gouvernement et qu'elle ne justifiait donc aucune modification unilatérale des taux de salaire de la part du gouverneur en conseil. En conséquence, le Conseil du Trésor n'a pas recommandé au gouverneur en conseil de modifier les taux de salaire prévus par la convention cadre de 1993 (voir l'affidavit de M. McIntosh);

5) Le 2 avril 1993, la LRSP a été modifiée [L.C. 1993, ch. 13, art. 4] de façon à proroger de deux ans des conventions comme la convention cadre de 1993. Les modifications avaient pour effet de protéger le droit du Conseil du Trésor de recommander au gouverneur en conseil de modifier les taux de salaire pour qu'ils soient conformes à la politique salariale du gouvernement du Canada. Ces modifications ont été déposées pour la première fois le 10 décembre 1992 et elles ont reçues la sanction royale le 2 avril 1993;

6) Une fois de plus, le Conseil du Trésor n'a pas recommandé la modification des taux de salaire prévus par la convention cadre de 1993;

7) Le 28 janvier 1993, l'Institut a transmis au Conseil du Trésor un avis l'informant que chacun de ses 18 groupes se retirerait de la négociation cadre et que, conformément à la clause 48.03b)(ii) de la convention cadre de 1993, chaque groupe devait recevoir une augmentation de salaire de 3 % à compter du 1^{er} octobre 1993 pour la période prorogée de la convention. Le requérant maintient que le Conseil du Trésor a refusé de reconnaître qu'il était contractuellement tenu d'accorder l'augmentation proportionnelle de 3 %;

8) Le 27 juillet 1993, l'Institut a, en vertu de l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, fait un renvoi dans lequel il a contesté le refus anticipé du Conseil du Trésor de mettre en vigueur l'augmentation de 3 % contenue dans la convention cadre de 1993. L'audience devait avoir lieu le 21 octobre 1993;

9) on September 15, 1993, the Institute obtained grievance forms from Treasury Board so that each member could file an individual pay grievance;

10) according to the applicant, the merits of the policy and anticipated individual grievances suggested that Treasury Board would be unsuccessful in arguing that the PSCA prevented the application of the 3% prorated increase under the 1993 Master Agreement;

11) by letter dated September 30, 1993, Treasury Board informed the Institute that an order in council has been passed adjusting the 3% *pro rata* increase to read 0%;

12) Treasury Board had from October 2, 1991, to recommend to the Governor in Council that wage rates in the 1993 Master Agreement should be adjusted in accordance with the wage policy of the Government of Canada. Yet, despite its assurances to the contrary, Treasury Board decided two years after its first opportunity to recommend that the compensation plan in the 1993 Master Agreement be adjusted because it was not in accordance with the wage policy of the Government of Canada;

13) the collective agreement with CMSG called for a 3% increase in the third year of the agreement. The CMSG collective agreement expired on March 31, 1994. Yet Treasury Board did not make a recommendation to the Governor in Council to adjust the compensation plan incorporated into the CMSG collective agreement. The applicant claims that in the context of compensation plans governed by section 11 of the PSCA, the Institute is the only bargaining agent whose compensation plan was altered as a result of a Governor in Council order.

The applicant submits that, on its face, the real reason Treasury Board recommended that the 3% *pro rata* wage increase should be adjusted to 0% was because it anticipated losing the section 99 reference. The applicant notes that there does not appear to be any other reason that could explain the two-year delay in reaching the decision that the wage rates set

9) Le 15 septembre 1993, l'Institut a obtenu du Conseil du Trésor des formules de grief pour permettre à chacun de ses membres de présenter un grief salarial;

10) Suivant le requérant, le bien-fondé de la politique elle-même, ainsi que l'éventuelle présentation des griefs individuels, permettaient de croire que le Conseil du Trésor serait débouté de sa prétention que la LRSP empêchait l'application de l'augmentation proportionnelle de 3 % prévue par la convention cadre de 1993;

11) Par lettre datée du 30 septembre 1993, le Conseil du Trésor a informé l'Institut qu'un décret ramenant de 3 % à 0 % l'augmentation proportionnelle avait été pris;

12) Il était loisible au Conseil du Trésor, à compter du 2 octobre 1991, de recommander au gouverneur en conseil de modifier conformément à la politique salariale du gouvernement du Canada les taux de salaire prévus par la convention cadre de 1993. Pourtant, malgré ses assurances contraires, le Conseil du Trésor a attendu deux ans après que l'occasion lui en eut été donnée pour la première fois pour recommander la modification du régime de rémunération contenu dans la convention cadre de 1993, au motif qu'elle n'était pas conforme à la politique salariale du gouvernement du Canada;

13) La convention collective signée avec la GMMC prévoyait une augmentation de 3 % la troisième année de la convention. La convention collective de la GMMC a expiré le 31 mars 1994. Pourtant, le Conseil du Trésor n'a pas recommandé au gouverneur en conseil de modifier le régime de rémunération incorporé dans la convention collective de la GMMC. Le requérant soutient que, dans le contexte des régimes de rémunération régis par l'article 11 de la LRSP, l'Institut est le seul agent négociateur dont le régime de rémunération a été modifié par suite du décret du gouverneur en conseil.

Le requérant affirme que, de toute évidence, la véritable raison pour laquelle le Conseil du Trésor a recommandé au gouverneur en conseil de ramener de 3 % à 0 % l'augmentation proportionnelle de salaire était qu'il prévoyait perdre le renvoi fondé sur l'article 99. Le requérant fait remarquer qu'il ne semble exister aucune autre raison qui pourrait expliquer le

out in the 1993 Master Agreement were inconsistent with the wage policy of the Government of Canada.

The applicant further submits that although section 11 of the PSCA states that the only reason the Governor in Council may adjust wage rates is to ensure that the compensation plan is consistent with the wage policy of the Government of Canada, the Treasury Board and the Governor in Council ignored this requirement and instead implemented the Order in Council in bad faith and for an improper and wrongful purpose, and with a discriminatory result.

With respect to onus, the applicant argues that the onus of explanation shifts to the Executive or Minister once a *prima facie* case of bad faith is made out, see *Shawn v. Robertson*, [1964] 2 O.R. 696 (H.C.).

RESPONDENT'S POSITION

The respondent's position is essentially that the Governor in Council did not abuse its authority or otherwise exceed its jurisdiction under subsection 11(1) of the PSCA in making Order in Council P.C. 1993-1868.

With respect to the PSCA, the respondent notes that the PSCA was enacted by Parliament to implement the Government's public sector wage restraint policy announced in its February 26, 1991 budget. The PSCA was subsequently amended by the Restraint Act No. 2 to reflect the continuation and extension of that policy announced by the Government in its December 2, 1992 economic and fiscal statement. The respondent also notes that to achieve its objectives, the PSCA extended public sector compensation plans and adjusted the wage rates under them. To ensure consistent treatment of compensation plans, the PSCA categorized them according to their expiry dates.

délai de deux ans qui s'est écoulé avant que le Conseil du Trésor décide que les taux de salaire prescrits par la convention cadre de 1993 étaient incompatibles avec la politique salariale du gouvernement du Canada.

Le requérant fait également valoir que, bien que l'article 11 de la LRSP énonce que la seul motif pour lequel le gouverneur en conseil peut modifier des taux de salaire est de s'assurer que le régime de rémunération est compatible avec la politique salariale du gouvernement du Canada, le Conseil du Trésor et le gouverneur en conseil n'ont pas tenu compte de cette exigence et ont plutôt mis le décret en vigueur de mauvaise foi et dans un but répréhensible et injustifié, avec un résultat discriminatoire.

En ce qui concerne la charge de fournir des explications, le requérant soutient qu'elle est déplacée sur l'organe exécutif ou sur le ministre dès qu'une preuve suffisante à première vue de mauvaise foi a été faite (voir la décision *Shawn v. Robertson*, [1964] 2 O.R. 696 (H.C.)).

THÈSE DE L'INTIMÉ

L'intimé soutient essentiellement que le gouverneur en conseil n'a pas commis d'abus de pouvoir et qu'il n'a pas par ailleurs outrepassé la compétence que lui confère le paragraphe 11(1) de la LRSP en prenant le Décret C.P. 1993-1868.

En ce qui concerne la LRSP, l'intimé souligne qu'elle a été édictée par le législateur fédéral pour mettre en application la politique gouvernementale de compression des salaires du secteur public annoncée dans le budget du 26 février 1991. La LRSP a par la suite été modifiée par la Loi n° 2 sur la compression pour confirmer la poursuite et l'élargissement de la politique annoncée par le gouvernement dans son exposé économique et financier du 2 décembre 1992. L'intimé souligne également que, pour atteindre ses objectifs, la LRSP a prorogé la durée des régimes de rémunération du secteur public et qu'elle a modifié les taux de salaire qui y étaient prévus. Pour s'assurer que les régimes de rémunération soient traités de façon uniforme, la LRSP les a classés selon leur date d'expiration.

The respondent submits that the 1993 Master Agreement fell within the category of compensation plans subject to section 11 of the PSCA. Accordingly, it was extended to September 30, 1995 and in order to be consistent with the December 2, 1992 economic and fiscal statement, no wage rate increases are permissible during the extended period, namely from October 1, 1993 to September 30, 1995. The respondent's proposition is based on the following: the 1993 Master Agreement fell into the third category of compensation plans, namely those plans established between February 26, 1991 and October 2, 1991. Plans falling under this category were not subject to either an extension under sections 5 and 6 of the PSCA or the wage rate adjustment found in sections 9 and 10. Instead, section 11 provided that the Governor in Council could adjust wage rates under such plans to be consistent with the Government's wage policy arising from its February 26, 1991 budget. The respondent notes that section 11 of the PSCA was amended by the Restraint Act, No. 2 to include the reference to the December 2, 1992 economic and fiscal statement. It was also amended so as to extend compensation plans subject to it for 24 months following the day on which the plans would otherwise expire and freeze the wage rates under the plans.

The respondent also submits that the increase sought by the Institute is inconsistent with the Government's economic and fiscal statement of December 2, 1992 and with the overall purpose of the PSCA. In its statement, the Government announced that wage rates in the public sector would not be increased for the period in question. Section 11 of the PSCA implements this statement by freezing wage rates for the period. The respondent maintains, based on subsection 31(3) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 and *Philco Corp. v. R.C.A. Victor Corp.*, [1967] 1 Ex. C.R. 450, that where a power is conferred by a statute it may be exercised each time the circumstances require. As such, until notice was received from the Institute that the groups subject to the Master Agreement did not intend to participate in the next round of master bargaining and were seeking

L'intimé soutient que la convention cadre de 1993 faisait partie de la catégorie des régimes de rémunération assujettis à l'article 11 de la LRSP. En conséquence, elle a été prorogée au 30 septembre 1995 et, pour s'assurer qu'elle soit conforme à l'exposé économique et financier du 2 décembre 1992, on a interdit toute augmentation de taux de salaire au cours de la période de prorogation, à savoir entre le 1^{er} octobre 1993 et le 30 septembre 1995. L'intimé fonde son argumentation sur les éléments suivants: la convention cadre de 1993 faisait partie de la troisième catégorie de régimes de rémunération, à savoir les régimes établis entre le 26 février 1991 et le 2 octobre 1991. Les régimes qui font partie de cette catégorie ne faisaient l'objet ni de la prorogation prévue aux articles 5 et 6 de la LRSP, ni de la modification des taux de salaire prévue aux articles 9 et 10. L'article 11 prévoyait plutôt que le gouverneur en conseil pouvait modifier les taux de salaire prescrits par les régimes en question pour qu'ils soient conformes à la politique salariale du gouvernement découlant de son budget du 26 février 1991. L'intimé souligne que le législateur a modifié l'article 11 de la LRSP par la Loi n° 2 sur la compression pour y ajouter la mention de l'exposé économique et financier du 2 décembre 1992. L'article 11 a également été modifié pour proroger les régimes de rémunération qu'il visait de 24 mois à compter de la date par ailleurs prévue pour l'expiration des régimes en question et pour bloquer les taux de salaire prévus par ces régimes.

L'intimé soutient également que l'augmentation demandée par l'Institut est incompatible avec l'exposé économique et financier du 2 décembre 1992 du gouvernement et avec l'objet général de la LRSP. Dans son exposé, le gouvernement a annoncé que les taux de salaire du secteur public ne seraient pas augmentés pendant la période en question. L'article 11 de la LRSP donne suite à cet exposé en bloquant les taux de salaire pour la période en cause. L'intimé maintient, sur le fondement du paragraphe 31(3) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 et la décision *Philco Corp. v. R.C.A. Victor Corp.*, [1967] 1 R.C.É. 450, que lorsqu'un pouvoir est conféré par une loi, il peut être exercé chaque fois que les circonstances l'exigent. En tant que tel, le gouverneur en conseil n'avait aucune raison d'invoquer le paragraphe 11(1) de la LRSP tant qu'il n'avait pas reçu

a wage increase, the Governor in Council had no reason to invoke subsection 11(1) of the PSCA. Once it became clear that the groups were seeking a wage increase, the Governor in Council could exercise the power under that section.

With respect to judicial review of the Order in Council, the respondent submits that the power granted the Governor in Council under section 11 of the PSCA is in relation to a matter of public convenience and policy, namely the implementation of the wage policy of the Government of Canada arising from its February 26, 1991 budget and its December 2, 1992 economic and fiscal statement. It empowers the Governor in Council to amplify the scope of the section and is therefore, argues the respondent, legislative in nature. The respondent further submits that in reviewing orders in council of this nature, a court may not investigate the motives which led the Governor in Council to pass this Order in Council. Instead, the respondent maintains that judicial review is limited to an examination of whether the Governor in Council performed its functions within the boundary of the Parliamentary grant of power and in accordance with any statutorily prescribed terms.

Alternatively, if the Governor in Council's motives in passing the Order in Council are relevant, the respondent submits that so long as one of the purposes for the Order in Council falls within the Governor in Council's mandate, the Order in Council is valid. The respondent maintains that the fact that purposes falling outside the mandate were also present does not defeat the Order in Council.

The respondent also submits that the Order in Council was passed for a purpose which falls within subsection 11(1) of the PSCA, namely to ensure that wage rates under the Master Agreement for the groups opting out of master bargaining are consistent with the wage policy of the Government. The fact that the section 99 reference filed by the Institute is, as a consequence of the Order in Council, defeated, does not thereby make the Order in Council *ultra vires*.

de l'Institut un avis l'informant que les groupes régis par la convention cadre n'avaient pas l'intention de prendre part à la prochaine ronde de négociation cadre et qu'ils demandaient une augmentation de salaire. Lorsqu'il est devenu évident que les groupes en question demandaient une augmentation de salaire, le gouverneur en conseil pouvait exercer le pouvoir que lui conférait cet article.

En ce qui concerne le contrôle judiciaire du Décret, l'intimé fait valoir que le pouvoir accordé au gouverneur en conseil par l'article 11 de la LRSP concerne une question de commodité publique et de politique générale, en l'occurrence la mise en application de la politique salariale du gouvernement découlant de son budget du 26 février 1991 et de son exposé économique et financier du 2 décembre 1992. Il habilite le gouverneur en conseil à élargir la portée de l'article en question et est donc, fait valoir l'intimé, de caractère législatif. L'intimé ajoute que, lorsqu'il contrôle un décret de cette nature, le tribunal ne peut sonder les mobiles qui ont conduit le gouverneur en conseil à prendre le décret. L'intimé affirme plutôt que, lorsqu'il procède à un contrôle judiciaire, le tribunal doit se borner à se demander si, en exerçant ses fonctions, le gouverneur en conseil a respecté les limites fixées par l'attribution de pouvoirs du législateur fédéral et s'il s'est conformé aux conditions prescrites par la loi.

À titre subsidiaire, l'intimé soutient que, si les mobiles qui ont poussé le gouverneur en conseil à prendre le Décret sont pertinents, le Décret est valide, pourvu que l'un des objets du Décret cadre avec le mandat du gouverneur en conseil. L'intimé maintient que le fait qu'il ait existé des objets qui débordent le cadre du mandat ne fait pas échec au Décret.

L'intimé affirme également que le Décret a été pris dans un but qui est visé par le paragraphe 11(1) de la LRSP, c'est-à-dire pour s'assurer que les taux de salaire prescrits par la convention cadre pour les groupes qui se retirent de la négociation cadre soient compatibles avec la politique salariale du gouvernement. Le fait que le renvoi fait par l'Institut en vertu de l'article 99 soit mis en échec en conséquence du Décret ne rend pas de ce fait le Décret *ultra vires*.

The respondent further submits that discrimination, even if established, is not a ground for quashing an order in council of a legislative nature.

ISSUES

Essentially, the issue before me centres on the reviewability of Order in Council P.C. 1993-1868 and on the question of whether the Order in Council resulted from an improper exercise of discretion and is an abuse of authority.

DISCUSSION

With respect to the review of the Order in Council, the first matter to be addressed is the nature of the action or function performed by the Governor in Council under section 11 of the PSCA, as *per Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735. In other words, I must determine whether Order in Council P.C. 1993-1868, made pursuant to section 11 of the PSCA, adjusting clause 48.03(b)(ii), was a discretionary decision in the nature of policy or legislative action and reviewable on limited grounds or whether it was made in the exercise of a statutory power and therefore reviewable according to the ordinary principles of administrative law (see Linden J.A.'s comments in *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.), at page 255):

The first issue is whether the Minister's issuance of the notice to importers dated May 8, 1989 was a discretionary decision in the nature of policy or legislative action, which is virtually unreviewable, or whether it was the exercise of a statutory power, reviewable according to the ordinary principles of administrative law. The Trial Judge held that it was the exercise of a statutory power and hence reviewable in the ordinary way, wherefrom she proceeded to quash the decision. With respect, I am of a different view—that the promulgation of the notice was a discretionary act in the nature of a policy guideline and hence was largely immune from review.

If the matter is considered to be one of public convenience and general policy then the comments of

L'intimé soutient en outre que, même si elle est démontrée, la discrimination ne constitue pas un motif d'annulation d'un décret de caractère législatif (appelé aussi décret-loi).

QUESTIONS EN LITIGE

La question qui m'est soumise porte essentiellement sur la possibilité de contrôler le Décret C.P. 1993-1868 et sur la question de savoir si le Décret découle d'un exercice irrégulier d'un pouvoir discrétionnaire et s'il constitue un abus de pouvoir.

ANALYSE

En ce qui concerne le contrôle judiciaire du Décret, la première question à aborder est celle de la nature de l'acte ou de la fonction qu'accomplit le gouverneur en conseil en vertu de l'article 11 de la LRSP, compte tenu de l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735. En d'autres termes, il me faut déterminer si le Décret C.P. 1993-1868, qui a été pris en application de l'article 11 de la LRSP et qui a modifié la clause 48.03b(ii), constitue une décision discrétionnaire qui est de la nature d'une politique ou d'une mesure législative et qui donne ouverture au contrôle judiciaire pour des motifs limités ou s'il a été pris dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi et s'il est par conséquent susceptible de contrôle judiciaire selon les principes ordinaires du droit administratif (voir les observations du juge Linden, J.C.A., dans l'arrêt *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.), à la page 255):

La première question est de savoir si la délivrance par le Ministre de l'avis aux importateurs daté du 8 mai 1989 était une décision discrétionnaire de la nature d'une politique ou d'une action législative qui ne donne pratiquement pas ouverture au contrôle ou s'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, susceptible de contrôle judiciaire selon les principes ordinaires du droit administratif. Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi et par conséquent susceptible de contrôle dans le sens ordinaire, ce sur, quoi elle s'est fondée pour annuler la décision. Avec égards, je ne partage par son avis — selon moi, la promulgation de l'avis constituait un acte discrétionnaire de la nature d'une ligne directrice en matière de politique et était donc en grande partie exclue du contrôle.

Si l'on considère la question comme une question de commodité publique et de politique générale, les

Dickson J. (as he then was) in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, at pages 111-112 would apply:

Decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings. Although, as I have indicated, the possibility of striking down an order in council on jurisdictional or other compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action. This is not the case.

In passing Order in Council . . . the federal Cabinet acted under statutory authority deriving from s. 7(2) of the *National Harbours Board Act* which provides that the Saint John harbour boundaries are those described in the schedule to the Act, "or as may be determined from time to time by order of the Governor in Council".

The appellants attack the Order in Council expanding the harbour limits on the basis that it was passed for the sole purpose of increasing the National Harbours Board's revenues. They say this amounts to "bad faith" on the part of the Governor in Council. They also argue that the harbour expansion for this reason is not within the scope of the jurisdiction conferred on the federal Cabinet by s. 7(2) of the Act and is therefore *ultra vires*. [Emphasis added.]

Dickson J. continued, at page 115:

I have referred to these several pieces of evidence, not for the purpose of canvassing the considerations which may have motivated the Governor in Council in passing the Order in Council but to show that the issue of harbour extension was one of economic policy and politics; and not one of jurisdiction or jurisprudence. The Governor in Council quite obviously believed that he had reasonable grounds for passing Order in Council . . . extending the boundaries of Saint John Harbour and we cannot enquire into the validity of those beliefs in order to determine the validity of the Order in Council.

The respondent notes that the increase sought by the Institute is inconsistent with the Government's economic and fiscal statement of December 2, 1992 and with the overall purpose of the PSCA. In its statement, the Government announced that wage rates in the public sector would not be increased for the period in question. Section 11 of the PSCA implemented this statement by freezing wage rates. If I accept the respondent's assertion that the power granted the Governor in Council under section 11 of the PSCA is in relation to a matter of public convenience and policy, i.e. the implementation of the wage policy of the Government of Canada arising from its February 26, 1991 budget and its December 2, 1992 economic and fiscal statement and therefore

observations faites par le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, aux pages 111 et 112, s'appliqueraient:

Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret du Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure. Tel n'est pas le cas ici.

Lorsqu'il a pris le décret . . . le cabinet fédéral a agi en vertu du pouvoir que confère le par. 7(2) de la *Loi sur le Conseil des ports nationaux* aux termes duquel les limites du port de Saint-Jean sont celles décrites à l'annexe de la Loi, «ou celles que détermine, à l'occasion, un décret du gouverneur en conseil».

Alléguant qu'il avait pour seul objet d'augmenter les revenus du Conseil des ports nationaux, les appelantes attaquent le décret qui étend les limites du port. Elles prétendent qu'en cela le gouverneur en conseil a fait preuve de «mauvaise foi» et soutiennent en outre que l'extension du port à cette fin excède la compétence que le par. 7(2) de la Loi confère au cabinet fédéral et est par conséquent *ultra vires*. [C'est moi qui souligne.]

Le juge Dickson poursuit, à la page 115:

Je mentionne ces différents éléments de preuve non pas pour examiner les considérations qui ont pu motiver le gouverneur en conseil à prendre le décret, mais pour démontrer que l'extension du port a été une question économique et politique plutôt qu'une question de compétence ou de droit pur. Le gouverneur en conseil a manifestement cru avoir des motifs raisonnables de prendre le décret . . . qui étendait les limites du port de Saint-Jean et nous ne pouvons nous enquérir de la validité de ces motifs afin de déterminer la validité du décret.

L'intimé fait remarquer que l'augmentation demandée par l'Institut est incompatible avec l'exposé économique et financier du 2 décembre 1992 du gouvernement et avec l'objet général de la LRSP. Dans son exposé, le gouvernement a annoncé que les taux de salaire du secteur public ne seraient pas augmentés pour la période en question. L'article 11 de la LRSP a donné suite à cette déclaration en bloquant les taux de salaire. Si je retiens l'assertion de l'intimé suivant laquelle le pouvoir conféré par l'article 11 de la LRSP au gouverneur en conseil se rapporte à une question de commodité publique et de politique générale, c'est-à-dire à la mise en œuvre de la politique salariale du gouvernement du Canada découlant de son budget du 26 février 1991 et de son exposé éco-

is legislative, then I am governed by the limited scope of review as stated by the Supreme Court in *Inuit Tapirisat (supra)* and *Thorne's Hardware (supra)*. As such, the error would have to be an "egregious one" to warrant judicial intervention.

Linden J.A. writing for the Court in *Canadian Assn. of Regulated Importers (supra)* was of the view (contrary to the Trial Judge [[1993] 3 F.C. 199]) that the Minister's issuance of the notice to importers was a discretionary act in the nature of a policy guideline and therefore largely immune from review. The relevant sections in that case were sections 5 and 8 of the *Export and Import Permits Act* [R.S.C., 1985, c. E-19]. In 1989 the Governor in Council placed broiler and hatching eggs on the Import Control List under the *Export and Import Permits Act*. The challenge was to the notice of importers which, among other things, outlined an annual global quota, principles of quota allocation and matters dealing with the issuance of permits. The affected importers applied for *certiorari* quashing the import allocation quota decision and *mandamus* requiring the Minister to at least temporarily issue import permits based on historic import patterns. Linden J.A. noted that guidelines were within the Minister's purview and not subject to ordinary review, save according to the three exceptions set out in *Maple Lodge Farms Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 500 (C.A.); affirmed [1982] 2 S.C.R. 2. I believe Linden J.A. was referring to the following comment by McIntyre J. of the Supreme Court, at pages 7-8:

Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

Therefore, in the case at bar, the applicant must establish that the discretion exercised in this case was

nomique et financier du 2 décembre 1992 et que ce pouvoir est, par conséquent, législatif, je suis régi par le contrôle limité énoncé par la Cour suprême dans les arrêts *Inuit Tapirisat* (précité) et *Thorne's Hardware* (précité). Il faudrait donc que l'erreur soit «flagrante» pour qu'une intervention judiciaire soit justifiée.

S'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Assoc. canadienne des importateurs réglementés* (précité), le juge Linden, J.C.A., s'est dit d'avis (contrairement au juge de première instance [[1993] 3 C.F. 199]) que la délivrance par le ministre de l'avis aux importateurs constituait un acte discrétionnaire de la nature d'une ligne directrice en matière de politique et qu'elle était donc en grande partie exclue du contrôle. Dans cette affaire, les articles pertinents étaient les articles 5 et 8 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* [L.R.C. (1985), ch. E-19]. En 1989, le gouverneur en conseil avait inscrit les œufs d'incubation sur la liste des marchandises d'importation contrôlée prévue par la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. La contestation portait sur l'avis aux importateurs qui précisait notamment le contingent annuel global, les principes de répartition des contingents et des questions relatives à la délivrance des licences. Les importateurs visés ont demandé la délivrance d'un bref de *certiorari* annulant la décision relative à la répartition des contingents d'importation, ainsi qu'un bref de *mandamus* forçant le ministre à délivrer au moins temporairement des licences d'importation sur le fondement de la configuration historique des importations. Le juge Linden a souligné que la formulation de lignes directrices relevait des attributions du ministre et que les lignes directrices ne pouvaient faire l'objet d'un contrôle ordinaire, sauf en conformité avec les trois exceptions énoncées dans l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 500 (C.A.); confirmé par [1982] 2 R.C.S. 2. Je crois que le juge Linden se référait aux observations suivantes formulées par le juge McIntyre de la Cour suprême, aux pages 7 et 8:

Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

En conséquence, dans le cas qui nous occupe, le requérant doit établir que le pouvoir discrétionnaire

exercised in bad faith, or that where required, the principles of natural justice were not complied with, or that reliance was placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, subject to the qualifications noted below.

With respect to the application of the rules of natural justice, the Supreme Court has clearly stated that the rules governing procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions, see *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 558.

With respect to an attack based on irrelevant factors, Linden J.A.'s comments, at pages 259-260 of *Canadian Assn. of Regulated Importers* may once again be of some assistance:

The last basis of attack on the Minister's conduct was that it was based on irrelevant factors and was not supported by the evidence. The Trial Judge was of the view that there was no evidence that the system adopted would support domestic supply management, that there was any consideration of the increased concentration of the market that might arise, nor of reliance on the Deloitte, Touche study which may have supported the decision. Rather she decided that the main focus was to transfer profits from one segment of the market to another, which might cause disruption of the market. Accordingly, the Trial Judge quashed the decision of the Minister because it was "based on irrelevant considerations." With respect, I am of the view that the Trial Judge erred in this regard as well.

It is not fatal to a policy decision that some irrelevant factors be taken into account; it is only when such a decision is based entirely or predominant on irrelevant factors that it is impeachable. It is not up to the court to pass judgment on whether the decision is "wise or unwise". . . . This court, because these matters involve "value judgments", is not to "sit as an appellate body determining whether the initiating department made the correct decision"

As this court stated in *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684, at page 707, "Even if one were to assume that the Governor in Council acted with a dual purpose in mind (one falling within his mandate . . . and the other falling outside his mandate . . .) I doubt that this could advance the respondents' case." For, as the Supreme Court of Canada has explained, "Governments do not

en cause en l'espèce a été exercé de mauvaise foi ou, si nécessaire, sans se conformer aux principes de justice naturelle, ou en se fondant sur des considérations non pertinentes ou étrangères à l'objet de la loi, sous réserve des nuances que j'ai déjà apportées.

En ce qui concerne l'application des principes de justice naturelle, la Cour suprême a affirmé dans les termes les plus nets que les principes qui régissent l'équité procédurale ne s'appliquent pas aux organismes qui exercent des fonctions purement législatives (voir l'arrêt *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 558).

En ce qui concerne la contestation fondée sur la prise en compte de facteurs non pertinents, les observations faites par le juge Linden, aux pages 259 et 260 de l'arrêt *Assoc. canadienne des importateurs réglementés* peuvent une fois de plus être d'un certain secours:

Le dernier moyen de contestation contre la conduite du ministre portait que celle-ci était fondée sur des facteurs qui n'étaient pas pertinents et n'étaient pas étayés par la preuve. Le juge de première instance était d'avis qu'il n'avait pas été démontré que le système adopté favoriserait un programme national de la gestion des approvisionnements, qu'on ait tenu compte de la possibilité d'une plus grande concentration du marché, ou qu'on se soit fondé sur l'étude de Deloitte, Touche pour appuyer la décision. Elle a plutôt décidé que le but principal était le transfert de bénéfices d'un secteur du marché à un autre, ce qui serait susceptible d'avoir un effet perturbateur sur le marché. En conséquence, le juge de première instance a annulé la décision du ministre parce qu'elle était «fondée sur des considérations étrangères à la question». En toute déférence, je suis d'avis que le juge de première instance a également commis une erreur à cet égard.

Le fait d'avoir tenu compte de certains facteurs non pertinents ne met pas en péril une décision en matière de politique; c'est seulement lorsqu'une telle décision est fondée entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents qu'elle est contestable. Il n'incombe pas au tribunal de juger si une décision est [TRADUCTION] «sage ou ne l'est pas» . . . Étant donné que ces questions portent sur des «jugements de valeur», notre Cour ne doit pas «siéger» . . . à titre d'organisme d'appel en vue de déterminer si le ministre responsable a pris la bonne décision» . . .

Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (P.G.)*, [1989] 3 C.F. 684, à la page 707, «Même si l'on devait présumer que le gouverneur en conseil visait une double fin (l'une conforme à son mandat . . . et l'autre excédant son mandat . . .) je doute que cela servirait la cause des intimés». Car, comme la Cour suprême du Canada l'a expliqué, «Les gouvernements ne publient pas les motifs de

publish reasons for their decisions; governments may be moved by any number of political, economic, social or partisan considerations.” (See *Thorne’s Hardware Ltd.*, *supra*, at pages 112 and 113.)

In other words, for a court to interfere, there must be reliance primarily on irrelevant matters as well as an absence of evidence supporting the Minister’s decision. [Emphasis added.]

Linden J.A. concluded, at page 263:

... there is ample evidence in the record to support the decision made by the Minister to adopt the system he did. In doing so he relied on relevant factors. This is not to say that the evidence demonstrated that he necessarily made the right decision. That is not the standard of review that we must apply. Indeed, even if it could be shown that he may have made the wrong decision, this Court would have no business interfering with it in these circumstances.

It would seem that in light of the above comments, that even if I assumed that in passing the Order in Council the Governor in Council took into account the fact that Treasury Board anticipated losing the section 99 reference, as long as I am satisfied that as per section 11 of the PSCA the Governor in Council was also adjusting wage rates to ensure that the compensation plan was consistent with the wage policy of the Government of Canada, the Order in Council would not be subject to judicial review. In other words, even if other considerations were taken into account, such as the possible loss of the section 99 reference, the jurisprudence makes it clear that as long as the Order in Council came within the scope of the PSCA, judicial intervention is not warranted, unless it is obviously an “egregious” case.

The above is consistent with the decision of the Ontario Divisional Court in *Doctors Hospital and Minister of Health et al.*, *Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164. where Cory J. (as he then was) writing for the Court considered the *Public Hospitals Act*, R.S.O. 1970, c. 378 and its regulatory nature regarding staffing, management and operation of public hospitals, held that the Lieutenant Governor in Council considered extraneous matters beyond the objects and policy of the Act when they made a decision to close the hospital for reasons of budgetary restraint. That decision was considered to have been made without juris-

leurs décisions; ils peuvent être mus par une foule de considérations d’ordre politique, économique ou social, ou par leur propre intérêt». (Voir *Thorne’s Hardware Ltd.*, précité, aux pages 112 et 113.)

En d’autres termes, pour qu’un tribunal intervienne, on doit s’être fondé principalement sur des questions non pertinentes ainsi que sur une absence de preuve à l’appui de la décision du ministre. [C’est moi qui souligne.]

Le juge Linden conclut dans les termes suivants, à la page 263:

... il y a suffisamment d’éléments de preuve au dossier pour appuyer la décision prise par le ministre d’adopter le système qu’il a choisi. Pour arriver à cette décision, il s’est fondé sur des facteurs pertinents. Cela ne veut pas dire qu’il ressort de la preuve qu’il a nécessairement pris la bonne décision. Ce n’est pas la norme de contrôle que nous devons appliquer. En fait, même s’il pouvait être démontré qu’il aurait pris une décision erronée, il n’incombe nullement à notre Cour d’intervenir à l’égard de celle-ci dans les circonstances de l’espèce.

Il semblerait, à la lumière des commentaires qui précèdent, que même si je présumais qu’en prenant le Décret, le gouverneur en conseil a tenu compte du fait que le Conseil du Trésor prévoyait perdre le renvoi fondé sur l’article 99, le Décret ne pourrait faire l’objet d’un contrôle judiciaire si je suis convaincu que, conformément à l’article 11 de la LRSP, le gouverneur en conseil a modifié également les taux de salaire pour s’assurer que le régime de rémunération soit compatible avec la politique salariale du gouvernement du Canada. En d’autres termes, même si le gouverneur en conseil a fait entrer d’autres considérations en ligne de compte, comme par exemple le fait qu’il pouvait perdre le renvoi fondé sur l’article 99, il ressort de la jurisprudence qu’à condition que le Décret tombe sous le coup de la LRSP, l’intervention judiciaire n’est pas justifiée, à moins qu’il s’agisse de toute évidence d’un cas «flagrant».

L’énoncé qui précède s’accorde avec le jugement *Doctors Hospital and Minister of Health et al.*, *Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, dans lequel, sous la plume du juge Cory (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), la Cour divisionnaire de l’Ontario a examiné la *Public Hospitals Act*, R.S.O. 1970, ch. 378 et son caractère réglementaire en ce qui concerne la dotation en personnel, la gestion et le fonctionnement des hôpitaux publics. Dans cette décision, la Cour a statué que le lieutenant-gouverneur en conseil avait tenu compte de facteurs étrangers aux objets et à l’esprit de la Loi lorsqu’il avait décidé de fermer l’hôpi-

diction and therefore void. In that case, it appears that the Lieutenant Governor only considered extraneous matters.

The applicant has cited the case of *Gingras (supra)* to support its proposition that where an executive or ministerial discretion has been exercised in bad faith, or where reliance has been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose or acted for an improper purpose the courts should interfere. *Gingras* dealt with an action for declaratory judgment that the plaintiff, a member of the RCMP until 1984 and subsequently CSIS until his retirement in 1988, was entitled to the bilingual bonus created by the Treasury Board and the Public Service Commission in 1977. The plaintiff had not been paid his bonus on the ground that it was not included in his employment benefits. The plaintiff was bilingual and passed all the requisite tests for bilingualism.

The Trial Judge found that only the Treasury Board and subsequently the Director of the Service (CSIS) held decision-making authority over the plaintiff's compensation, including the power to grant or deny the bilingualism bonus. However, in that case, the act in question was an administrative act, made by Treasury Board and the Director of CSIS, in accordance with the powers conferred by the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11], implementing the policies of general application on bilingualism in order to promote the objectives of the *Official Languages Act* [R.S.C., 1985, c. O-3]. The Trial Judge in that case was not dealing with an order in council. As such, the comments relating to review of administrative decisions are accurate, however, as noted by the Supreme Court, they do not appear to apply to orders in council dealing with matters of public convenience and policy.

tal en cause pour des raisons de compressions budgétaires. La cour a estimé que le lieutenant-gouverneur n'avait pas compétence pour prendre cette décision et que celle-ci était par conséquent nulle. Il semble que, dans cette affaire, le lieutenant-gouverneur ait tenu uniquement compte de facteurs étrangers.

Le requérant invoque le jugement *Gingras* (précité) à l'appui de sa proposition que les tribunaux doivent intervenir lorsqu'un pouvoir discrétionnaire exécutif ou ministériel a été exercé de mauvaise foi ou que l'on s'est fondé sur des considérations non pertinentes ou étrangères à l'objet de la loi ou que l'on a agi dans un but répréhensible. L'affaire *Gingras* portait sur une action en jugement déclaratoire portant que le demandeur, qui avait fait partie de la GRC jusqu'en 1984, puis du SCRS jusqu'à sa retraite en 1988, avait droit à la prime au bilinguisme créée par le Conseil du Trésor et la Commission de la fonction publique en 1977. Le demandeur n'avait pas touché sa prime au motif que celle-ci ne faisait pas partie des avantages afférents à son emploi. Le demandeur était bilingue et avait réussi tous les tests exigés pour la confirmation du droit à la prime au bilinguisme.

Le juge de première instance a conclu que seul le Conseil du Trésor et, par la suite, le directeur du Service (le SCRS), avaient le pouvoir de prendre une décision au sujet de la rémunération du demandeur, y compris le pouvoir d'accorder ou de refuser la prime au bilinguisme. Toutefois, dans cette affaire, l'acte en question était un acte administratif qui avait été accompli par le Conseil du Trésor et le directeur du SCRS en conformité avec les pouvoirs conférés par la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11] pour mettre en œuvre les politiques d'application générale en matière de bilinguisme dans le but de promouvoir les objectifs de la *Loi sur les langues officielles* [L.R.C. (1985), ch. O-3]. Dans cette affaire, le juge de première instance n'examinait pas un décret. Les observations formulées au sujet du contrôle judiciaire des décisions administratives sont en elles-mêmes exactes, mais, comme la Cour suprême l'a fait remarquer, elles ne semblent pas s'appliquer aux décrets portant sur des questions de commodité publique et de politique générale.

CONCLUSION

From a reading of the above, it is apparent that I must determine from the facts of this case whether the passing of the Order in Council P.C. 1993-1868 was “egregious” in nature. ^a

Egregious is defined, in the *Concise Oxford Dictionary*, 7th edition, Oxford: Clarendon Press as:

egre'gious (-jus) a. shocking (*egregious folly, blunder, ass*); (arch.) remarkable; hence—ly ² *adv.*, -ness, *n.* [f. L *e* (*gregius* f. *grex gregis* flock) illustrious, lit. 'standing out from the flock']

and in the new *Shorter Oxford English Dictionary*, Clarendon Press, 1993 as:

Egregious 1 Remarkably good; outstanding, striking; distinguished, excellent. Now *rare*. M16. 2 Remarkable in a bad sense; gross, flagrant; shocking. L16 3 Prominent, protruding. *rare* ^d

and in *The Living Webster Encyclopedic Dictionary of the English Language*, Chicago, The English Language Institute of America, 1967 as:

e.gre.gious Extraordinary or remarkable in a bad sense or for undesirable characteristics; flagrant; as, an *egregious* blunder

What I take from the above definitions of the word *egregious* is that I must determine whether the respondent when it passed Order in Council P.C. 1993-1868 did so solely in bad faith and not in order to implement a fiscal policy that it thought at the time was the correct policy (political or otherwise) for the Government of the day to follow. ^f

I am satisfied from a reading of all the evidence that the respondent passed the Order in Council P.C. 1993-1868 in order to implement its policy of wage restraint. ^h

I believe it important to quote from a statement dated June 19, 1991 [*House of Commons Debates*, Vol. II, 3rd Sess., 34th Parl., at pages 2075-2077] by the Honourable Gilles Loiseleur, then President of the Treasury Board, on the issue of collective bargaining in the Public Service of Canada as it clearly indicates the political policy being adopted by the Government of the day in relation to collective bargaining. ⁱ

CONCLUSION

À la lecture de ce qui précède, il est évident que je dois déterminer, à la lumière des faits de l'espèce, si la prise du Décret C.P. 1993-1868 était de caractère «abusif» (en anglais *egregious*).

Voici en quels termes la 7^e édition du *Concise Oxford Dictionary*, Oxford: Clarendon Press, définit le mot anglais *egregious*: ^b

[TRADUCTION] adj. Choquant. Archaïsme Remarquable, d'où 2. l'adverbe *egregiously*. Illustre.

Le *Shorter Oxford English Dictionary*, Clarendon Press, 1993, en donne la définition suivante: ^c

[TRADUCTION] 1. Vieilli Remarquable; exceptionnel, frappant; distingué, excellent. 2 Pén. Grossier, flagrant; choquant. 3 Rare Proéminent, protubérant. ^d

Quant au *Living Webster Encyclopedic Dictionary of the English Language*, Chicago, The English Language Institute of America, 1967, il définit comme suit le terme *egregious*: ^e

[TRADUCTION] Extraordinaire ou remarquable dans un sens péjoratif; flagrant.

Il ressort des définitions précitées du mot anglais *egregious* (abusif) qu'il me faut déterminer si, lorsqu'il a pris le Décret C.P. 1993-1868, l'intimé a agi uniquement de mauvaise foi et non dans le but de mettre en œuvre une politique budgétaire qui, selon ce qu'il croyait à l'époque, était le programme (politique ou autre) que le gouvernement de l'époque devait suivre.

À la lecture de l'ensemble de la preuve, je suis convaincu que l'intimé a pris le Décret C.P. 1993-1868 dans le but de mettre en œuvre sa politique de compression des salaires.

J'estime qu'il est important de citer des extraits de la déclaration que l'honorable Gilles Loiseleur, qui était alors président du Conseil du Trésor, a faite le 19 juin 1991 [*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 34^e Lég., aux pages 2075 à 2077] sur la question de la négociation collective au sein de la fonction publique du Canada, étant donné qu'elle énonce clairement la politique adoptée par le gouver-

You will recall, Mr. Speaker, that in the February 26 Budget, the then Minister of Finance set out the government's wage policy for the next three fiscal years. In fiscal year 1991-92, salary budgets in departments are frozen at the level of the previous year.

The Minister indicated at the time that any negotiated wage increase this year would require a corresponding reduction in employment and that, in any case, the government would not contemplate wage increases this year of more than 3 per cent. In the following two fiscal years, provision is made for annual increases of up to 3 per cent.

I regret to inform the House that unions generally have not agreed to accept, in their negotiating demands, the limits established by the Budget—and the fiscal situation that lies behind it.

Union leaders have continued to make wage and benefits demands that are well beyond the capacity of the public purse. Indeed the leadership of the two largest unions, the Public Service Alliance of Canada and the Professional Institute of the Public Service of Canada have, to my considerable regret, publicly stated that their unions will take whatever action is required to force the government to change its wage policy.

My strong preference, therefore, is to continue to work with the unions to arrive at fair settlements for our employees that are within the limits of what the government and the taxpayer can afford to pay.

At the same time, I will be the first to acknowledge that the choices we have offered the unions are not very palatable to them, any more than they have been to the government. This is reflected in the current state of the collective bargaining negotiations.

By June 21, the last day before the summer recess of Parliament, 55 of the 80 bargaining units, representing some 165,000 employees will have collective agreements that have expired. In five cases, they have been expired for more than one year.

By the time Parliament reconvenes in September, a further eight agreements will have expired. Also by that time, as many as 38 bargaining units and 170,000 Public Service employees could be in a legal position to strike. In addition, we expect binding awards to be handed down in early July for 18 occupational groups represented by the Professional Institute of the Public Service of Canada.

Mr. Speaker, these are the facts of the situation. I would now like to advise the House of the guiding principles that the government intends to follow during the summer months as this

nement de l'époque au sujet de la négociation collective:

Vous vous souviendrez, monsieur le Président, que dans le Budget du 26 février, le ministre des Finances d'alors avait exposé la politique salariale du gouvernement pour les trois prochains exercices financiers. Pour l'exercice 1991-1992, les budgets des ministères sont gelés à leur niveau de l'exercice précédent.

Le ministre avait indiqué à l'époque que toute augmentation salariale négociée au cours du présent exercice se traduirait par une réduction équivalente du nombre d'employés et qu'en tout état de cause, le gouvernement n'envisagerait aucune augmentation supérieure à 3 p. 100 pour l'exercice. Pour les deux exercices suivants, des augmentations annuelles pouvant aller jusqu'à 3 p. 100 sont prévues.

Je dois malheureusement signaler à la Chambre que jusqu'à présent, les syndicats ne se sont pas montrés généralement disposés à accepter les limites établies dans le Budget ni à reconnaître la situation financière qui les justifie.

Les dirigeants syndicaux ont continué à présenter des revendications salariales et non salariales qui dépassent de beaucoup, monsieur le Président, les capacités du Trésor public. En fait, les dirigeants des deux plus grands syndicats, l'Alliance de la Fonction publique et l'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada, ont déclaré publiquement, à mon grand regret, que leur syndicat prendrait toutes les mesures nécessaires pour obliger le gouvernement à modifier sa politique salariale.

Je préférerais donc de beaucoup continuer à travailler avec les syndicats pour offrir aux fonctionnaires des règlements équitables qui respectent les limites de ce que le gouvernement et les contribuables ont les moyens de payer.

Parallèlement, je serai le premier à reconnaître que les options que nous avons laissées aux syndicats ne sont pas très alléchantes, pas plus qu'elle ne le sont pour le gouvernement, comme en témoigne l'état actuel des négociations collectives.

Le 21 juin, soit le dernier jour avant que le Parlement n'ajourne ses travaux pour l'été, les conventions collectives de 55 des 80 unités de négociation représentant 165 000 fonctionnaires seront expirées. Cinq d'entre elles le seront alors depuis plus d'un an.

À la reprise des travaux du Parlement en septembre, huit autres conventions seront venues à échéance, et jusqu'à 38 unités de négociation et 170 000 fonctionnaires pourraient déclencher une grève légale. De surcroît, nous nous attendons à ce que des sentences exécutoires soient rendues au début de juillet pour dix-huit groupes professionnels représentés par l'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada.

Monsieur le Président, voilà la situation actuelle. J'aimerais maintenant, si vous me le permettez, exposer à la Chambre les principes directeurs que le gouvernement se propose de suivre

situation unfolds. We will continue to press for negotiated settlements for as long as the unions are willing to come to the table. We owe this much to our employees and to the system of collective bargaining itself, which has served both employer and employees well over the years.

But we will move swiftly and firmly if the situation deteriorates unacceptably. We will seek the recall of Parliament to enact the necessary legislation if there are illegal strikes or if there is unreasonable disruption in service to the public.

As announced in the Budget, we will act to modify any arbitral awards that go beyond the 0-3-3 guidelines to bring them in line with the Budget. If we are forced to introduce legislation, it will cover all departments and agencies for which the Treasury Board is the employer as well as other public bodies that are dependent to a significant degree on Parliamentary appropriations. This would include Parliament and its employees. And the same terms will apply to all: a 0 per cent increase in wages in fiscal year 1991-92 or in the period immediately following the expiry of a collective agreement and 3 per cent in the following year.

Three groups whose contracts had already been the subject of protracted negotiations before the Budget—the Translation, Auditing, and Computer Systems Administration groups—will be provided with higher settlements for the period before this fiscal year, but they too will then be covered by 0 and 3.

This legislation, then, would apply for the first two years of the three-year compensation restraint program announced in the February 26 Budget. The government remains committed to the Budget ceiling of 3 per cent in the third year of the program. The Minister of Finance announced in the Budget inflation targets for the next five years; 3 per cent by the end of 1992; 2 1/2 per cent by the middle of 1994; and 2 per cent by the end of 1995. These reduced inflation levels should allow us to achieve the third year of the compensation restraint program through collective bargaining.

Having stated my desire to continue to negotiate, I recognize that for some bargaining groups it may not be feasible to expect a voluntary agreement by the time the House returns on September 16. If this proves to be the case, I think it will probably be in the best interests of all concerned to introduce compensation restraint legislation at that time to cover those who have not been able to settle for at least a two-year agreement within the 0-3-3 limits. I am very conscious that this would mean the suspension of collective bargaining for this round, but it may be the fairest course to take under the circumstances.

cet été à mesure que la situation évoluera. Nous continuerons, monsieur le Président, de rechercher des règlements négociés tant que les syndicats seront disposés à venir à la table des négociations. C'est le moins que nous puissions faire pour nos employés et pour le système de négociation collective lui-même, un système qui a rendu de fiers services à l'employeur et aux employés au fil des ans.

Mais si la situation se dégrade au point de devenir inacceptable, nous agirons rapidement et fermement pour y remédier. Nous demanderons le rappel du Parlement et le prierons d'édicter les mesures législatives nécessaires en cas de grèves illégales ou de perturbations déraisonnables des services publics.

Comme l'indiquait le budget, nous prendrons les moyens qui s'imposent pour contrer les effets des sentences exécutoires qui ne respectent pas les lignes directrices concernant le 0-3-3 pour qu'elles s'alignent sur le budget. Si nous sommes obligés de légiférer, monsieur le Président, les mesures adoptées viseront tous les ministères et organismes pour lesquels le Conseil du Trésor est l'employeur, ainsi que d'autres organismes publics financés en grande partie à même les crédits parlementaires, notamment le Parlement lui-même et ses employés. Et les mêmes dispositions s'appliqueront universellement: aucune augmentation de salaires pour l'exercice 1991-1992 ou toute période suivant immédiatement l'expiration d'une convention collective, et hausse de 3 p. 100 l'année suivante.

Trois groupes, qui étaient déjà en négociation avant le budget: les groupes de la traduction, de la vérification et de la gestion des systèmes d'ordinateur auront droit à des règlements salariaux plus élevés pour toute période précédant le début du présent exercice, mais seront ensuite soumis à la règles 0 et 3 p. 100.

Les mesures législatives s'appliqueraient donc aux deux premières années du programme triennal de restrictions salariales annoncé le 26 février dernier dans le budget. Le gouvernement maintient son engagement à l'égard du plafond de 3 p. 100 annoncé dans le budget pour la troisième année du programme. Le ministre des Finances a annoncé dans le budget les taux d'inflation prévus pour les cinq prochaines années: 3 p. 100 à la fin de 1992, 2,5 p. 100 à la mi-1994 et 2 p. 100 à la fin de 1995. Ces niveaux réduits d'inflation devraient nous permettre d'atteindre les objectifs prévus pour la troisième année du programme de restrictions salariales par le biais de la convention collective.

Tout en exprimant mon désir de poursuivre les négociations, je reconnais que pour certains groupes de négociation, il n'est peut-être pas réaliste de s'attendre à un règlement volontaire avant la rentrée parlementaire du 16 septembre. Si tel est le cas, je pense qu'il ira probablement de l'intérêt de tous de déposer en Chambre à ce moment-là une loi de restrictions salariales visant les groupes qui n'ont pas accepté de règlements d'au moins deux ans selon les règles du 0-3-3 p. 100. Je sais parfaitement que cela équivaldrait à suspendre la ronde des négociations collectives, mais c'est peut-être la solution la plus équitable dans les circonstances.

As I have stated, no agreement was reached between the applicant and the respondent on the 0-3-3 limits set out in the Budget speech. The only party that did reach such an agreement was the "CSMG," the ships' officers group.

All of the above resulted in the fact that on July 27, 1993 the applicant filed a section 99 reference and on September 15, 1993, the applicant requested 10,000 grievance forms which resulted in Order in Council P.C. 1993-1868. The section 99 reference was scheduled to be heard on October 21, 1993 by the PSSRB.

I am satisfied that it would be too much of a coincidence to believe that Order in Council P.C. 1993-1868 passed on September 24, 1993 was not passed because of the pending section 99 reference scheduled to be heard on October 21, 1993 and the fact that the applicant requested 10,000 grievance forms which would mean having 10,000 separate grievance proceedings at a very substantial cost to the respondent.

If I were satisfied that Order in Council P.C. 1993-1868 was only passed to prevent the going ahead of the grievance hearings or the section 99 hearing, I would not hesitate in concluding that the Order in Council was passed solely in bad faith based on totally irrelevant factors which would make me conclude that the Order in Council was passed in an egregious manner and thus invalid. But I cannot do so. It appears clear from the statement of the Honourable Gilles Loiselle that a policy of fiscal restraint was to be followed by the respondent and that the Government of the day would "move swiftly and firmly if the situation deteriorates unacceptably."

It is apparent that the respondent felt that "the situation had deteriorated unacceptably" when it became apparent that it would not be able to implement its policy of fiscal restraint if it allowed the section 99 hearing to proceed to be heard on October 21, 1993 or if it allowed the 10,000 grievances to proceed to full hearings.

Ainsi que je l'ai précisé, aucun règlement n'est intervenu entre le requérant et l'intimé au sujet des limites de 0-3-3 fixées dans l'exposé budgétaire. Le seul groupe qui est effectivement parvenu à un règlement est la «GMMC», le groupe des officiers de navires.

Les événements que nous avons relatés ont débouché sur le dépôt, par le requérant, le 27 juillet 1993, d'un renvoi fondé sur l'article 99, sur la demande faite le 15 septembre 1993 par la requérant en vue d'obtenir 10 000 formules de griefs et, finalement, sur la prise du Décret C.P. 1993-1868. La CRTFP avait fixé au 21 octobre 1993 la date à laquelle elle devait entendre le renvoi fait en vertu de l'article 99.

Je suis convaincu que ce serait trop une coïncidence de croire que le Décret C.P. 1993-1868 du 24 septembre 1993 n'a pas été pris en raison du renvoi fondé sur l'article 99 qui devait être entendu le 21 octobre 1993 et de la demande de 10 000 formules de griefs faite par le requérant—qui aurait donné lieu à l'introduction de 10 000 instances distinctes à des frais très élevés pour l'intimé.

Si j'étais persuadé que le Décret C.P. 1993-1868 n'a été pris que pour empêcher la tenue des audiences relatives aux griefs ou de l'audience fondée sur l'article 99, je n'hésiterais pas à conclure que le Décret a été pris uniquement de mauvaise foi sur le fondement de facteurs dénués de toute pertinence, ce qui amènerait à conclure que la prise du Décret est abusive et que le Décret est en conséquence invalide. Mais il ne m'est pas possible de tirer une telle conclusion. Il ressort en effet de la déclaration de l'honorable Gilles Loiselle que l'intimé devait suivre une politique de compression budgétaire et que, «si la situation se dégrad[ait] au point de devenir inacceptable», le gouvernement en poste agirait «rapidement et fermement pour y remédier».

Il est évident que l'intimé a jugé que «la situation [s'était] dégrad[ée] au point de devenir inacceptable» lorsqu'il est devenu évident qu'il ne serait pas en mesure de mettre en œuvre sa politique de compression des dépenses s'il permettait que l'audience fondée sur l'article 99 ait lieu comme prévu le 21 octobre 1993 ou s'il permettait que les 10 000 griefs donnent lieu à la tenue d'audiences complètes.

I would again repeat the words of Mr. Justice Linden [at page 260] in the *Canadian Assoc. of Regulated Importers* case (*supra*) as they appear to me to be most applicable to the present case.

It is not fatal to a policy decision that some irrelevant factors be taken into account; it is only when such a decision is based entirely or predominantly on irrelevant factors that it is impeachable.

I cannot, from all of the evidence put to me, conclude that the sole or predominant reason for the passing of Order in Council P.C. 1993-1868 was to prevent the hearing of the section 99 reference or to prevent the filing of any grievances by the members of the applicant.

I am satisfied that the evidence indicates that the Governor in Council acted with a dual purpose, firstly to implement its policy of "fiscal restraint" and secondly, to prevent the section 99 reference from proceeding to a hearing. It is pure speculation to say that the respondent passed the Order in Council solely to prevent the section 99 reference from proceeding as it feared it would not be satisfied with the result of the reference.

As was stated in *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 684 (C.A.), at page 707 "Even if one were to assume that the Governor in Council acted with a dual purpose in mind (one falling within his mandate . . . and the other falling outside his mandate . . .) I doubt that this could advance the respondents' case."

As I have stated, the evidence indicates the respondent acted with a dual purpose. Therefore, I am left with no alternative but to deny the application for judicial review.

Je répète les propos que le juge Linden [à la page 260] a tenus dans l'arrêt *Assoc. canadienne des importateurs réglementés* (précité), car il me semblent s'appliquer tout à fait au cas qui nous occupe:

^a Le fait d'avoir tenu compte de certains facteurs non pertinents ne met pas en péril une décision en matière de politique; c'est seulement lorsqu'une telle décision est fondée entièrement ou principalement sur des facteurs non pertinents qu'elle est contestable.

^b Vu l'ensemble de la preuve qui m'a été soumise, il m'est impossible de conclure que l'unique ou le principal motif de la prise du Décret C.P. 1993-1868 était d'empêcher l'audition du renvoi fondé sur l'article 99 ou d'empêcher les membres du requérant de présenter un grief.

^c Je suis convaincu qu'il ressort de la preuve que le gouverneur en conseil visait une double fin, à savoir, mettre en œuvre sa politique de «compression des dépenses» et, en second lieu, empêcher l'audition du renvoi fondé sur l'article 99. Le fait d'affirmer que l'intimé a pris le Décret uniquement dans le but de faire obstacle au renvoi fondé sur l'article 99 parce qu'il craignait de ne pas être satisfait du résultat de ce renvoi n'est qu'une supposition.

^d Ainsi que le tribunal l'a affirmé dans l'arrêt *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 684 (C.A.), à la page 707: «Même si l'on devait présumer que le gouverneur en conseil visait une double fin (l'une conforme à son mandat . . . et l'autre excédant son mandat . . .), je doute que cela servirait la cause des intimés».

^e Ainsi que je l'ai déjà affirmé, il ressort de la preuve que l'intimé visait une double fin. En conséquence, je n'ai d'autre choix que de rejeter la demande de contrôle judiciaire.

^f

^g

^h

A-372-93	A-372-93
Canada Post Corporation (<i>Appellant</i>) (<i>Applicant</i>)	Société canadienne des postes (<i>appelante</i>) (<i>requérante</i>)
v.	a c.
Minister of Public Works and Michael Duquette (<i>Respondents</i>) (<i>Respondents</i>)	Ministre des Travaux publics et Michael Duquette (<i>intimés</i>) (<i>intimés</i>)
and	b et
Information Commissioner of Canada (<i>Intervenor</i>)	Commissaire à l'information du Canada (<i>intervenant</i>)

INDEXED AS: CANADA POST CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (C.A.) c *RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Létourneau JJ.A.—Ottawa, January 23 and February 10, 1995. d Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 23 janvier et 10 février 1995.

Access to information — Appeal from F.C.T.D. decision documents compiled by Public Works Canada as agent of Canada Post Corporation under control of government institution — Word "control" in Access to Information Act, s. 4(1) undefined, unlimited — Act giving citizen meaningful right of access to government information — PWC owner of records constituted by it in execution of contract with CPC — Records collected by government institution in performance of official duties.

Accès à l'information — Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a déclaré que les documents constitués par Travaux Publics Canada en sa qualité de mandataire de la Société canadienne des postes relevaient d'une institution fédérale — L'expression «relevant de» l'art. 4(1) de la Loi sur l'accès à l'information n'est pas définie et n'est assujettie à aucune limite — La Loi confère aux citoyens un droit efficace d'accès aux documents de l'administration fédérale — Les documents que TPC constitue dans le cadre de l'exécution de son contrat avec la SCP appartiennent à TPC — Documents recueillis par une institution fédérale dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles. f

This was an appeal from a decision of Rothstein J. that documents compiled by Public Works Canada (PWC) for its use in providing property management and related services as agent of its principal, Canada Post Corporation (CPC) were "under the control of a government institution" within the meaning of subsection 4(1) of the *Access to Information Act*. The respondent, Duquette, a CUPW representative, made requests under the Act for disclosure of documents in the possession of PWC relating to the properties of CPC. PWC indicated its intention to withhold all records in respect of which CPC was a third party, but to release the remainder of the material contained in the files, including a revised computer printout of CPC properties. Upon a preliminary application by CPC for a determination as to whether the Act applied to these records, the Motions Judge refused to set aside the decision of PWC to disclose having found that the records were under its control.

Il s'agit de l'appel d'une décision par laquelle le juge Rothstein a déclaré que des documents constitués par Travaux publics Canada (TPC) pour être utilisés dans le cadre de services de gestion d'immeubles et de services connexes qu'il rendait en qualité de mandataire de la Société canadienne des postes (SCP) «relevaient d'une institution fédérale» au sens du paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'intimé Duquette, un représentant du SCP, a présenté des demandes en vertu de la Loi en vue d'obtenir la communication de documents qui se trouvaient en la possession de TPC et qui concernaient les biens de la SCP. TPC a fait connaître son intention de refuser de communiquer tous les documents à l'égard desquels la SCP était un tiers, mais de communiquer le reste des renseignements contenus dans les documents, y compris un imprimé d'ordinateur révisé des biens de la SCP. Saisi de la requête préliminaire par laquelle la SCP lui demandait de déterminer si la Loi s'appliquait aux documents en question, le juge saisi de la requête a refusé d'annuler la décision de TPC en disant que les documents relevaient de TPC.

Held (Marceau J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Arrêt (le juge Marceau, J.C.A. étant dissident): l'appel doit être rejeté.

Per Létourneau J.A.: The notion of control referred to in subsection 4(1) of the *Access to Information Act* is left unde-

Le juge Létourneau, J.C.A.: L'expression «relevant de» que l'on trouve au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'inform-*

finéd and unlimited. It is the duty of courts to give that provision a liberal and purposive construction without reading in limiting words not found in the Act. It is not in the power of this Court to cut down the broad meaning of the word "control" as it was Parliament's intention to give the citizen a meaningful right of access under the Act to government information. PWC had the day-to-day managerial and administrative control over the records that it created and that were in its possession and custody. It appears from a combined reading of sections 2 and 4 of the Act that the information that the government has under its control falls into the category of "government information" and that Parliament intended the Act to apply liberally and broadly with the citizen's right of access to such information being denied only in limited and specific exceptions. Subsection 4(1) contains a "notwithstanding clause" which gives the Act an overriding status with respect to any other Act of Parliament. Records constituted by PWC in the execution of its contract with the appellant belonged to PWC and were collected by that government institution in the performance of its official duties. The information contained in these records constituted government information subject to the Act.

Per Marceau J.A. (dissenting): The expression "under the control of" in section 4 of the Act was not used by the legislator to convey the sole meaning of being in one's hands, holding, possessing. "Control" had to mean and actually meant more than mere physical possession. It connotes authority whereas "possession" merely indicates custody. The history of the legislation indicate that, for Parliament, the word "control" had to be attributed a full and significant meaning different and well beyond that of mere possession. The only aspect that, in the context of the Act, may validly distinguish the idea of "control" from that of "mere possession" is the character of dominion or command that may be exercised over the information contained in the record. An institution may be said to have control over some record or information, and not only to be in possession thereof, when it can consider the information or record as its own so that it can keep it or dispose of it without regard to its nature or content and notwithstanding any objection of the individual concerned. This is realized only when the records have been compiled or created by the institution in the course of executing its official duties. PWC could not be said to be exercising "official duties" when it carried out its agreement with CPC. A department may be said to be conducting official duties only when it acts in the execution of a mandate conferred on it by Parliament or by the Governor in Council under an Act of Parliament. The records and information requested by the respondent were not subject to disclosure under the *Access to Information Act*.

ation constitue une notion qui n'est pas définie et qui n'est assujettie à aucune limite. Il incombe aux cours de justice de donner à cette disposition une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, sans ajouter des termes restrictifs qui ne se trouvent pas dans la Loi. La Cour n'a pas le pouvoir de limiter le sens large de l'expression «relevant de», étant donné que le législateur fédéral voulait conférer par la loi aux citoyens un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale. TPC exerçait un pouvoir quotidien de gestion et d'administration sur les documents qu'il créait et qui étaient en sa possession et sous sa garde. Il résulte du rapprochement des articles 2 et 4 de la Loi que les documents qui relèvent d'une institution fédérale répondent à la définition de «documents de l'administration fédérale» et que le législateur fédéral voulait que la Loi ait une application large et libérale et que les exceptions au droit du public à la communication de ces documents soient précises et limitées. Le paragraphe 4(1) contient une «disposition dérogatoire» qui fait en sorte que la Loi l'emporte sur toute autre loi fédérale. Les documents constitués par TPC dans le cadre de l'exécution de son contrat avec l'appelante appartenaient à TPC et ont été recueillis par cette institution fédérale dans l'exécution de ses fonctions officielles. Les renseignements contenus dans ces documents constituaient des renseignements de l'administration fédérale assujettis à la Loi.

Le juge Marceau, J.C.A. (dissent): L'expression «relevant de» à l'article 4 de la Loi n'a pas été utilisée par le législateur fédéral dans le seul sens d'être entre les mains ou la possession de quelqu'un. Il faut que l'expression «relevant de» signifie davantage qu'une simple possession matérielle. Ces mots supposent un pouvoir, tandis que le terme «possession» implique simplement la garde. L'historique de la Loi indique que, pour le législateur fédéral, il fallait attribuer à l'expression «relevant de» un sens caractéristique qui soit différent de celui de la simple possession et qui dépasse de beaucoup le sens de ce dernier terme. Le seul élément qui, dans le contexte de la Loi, permettrait de distinguer valablement entre les expressions «relevant de» et «simple possession» est l'autorité ou la direction qui peut être exercée sur les renseignements contenus dans le document. On peut dire qu'un document ou un renseignement relève d'une institution si celle-ci peut considérer que le renseignement ou le document en question lui appartient de sorte qu'elle peut le conserver ou en disposer indépendamment de sa nature ou de son contenu et malgré toute objection formulée par la personne concernée. Ces conditions ne sont réunies que lorsque le document a été constitué ou créé par l'institution dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles. On ne saurait affirmer que TPC exerçait des «fonctions officielles» lorsqu'il exécutait l'entente qu'il a conclue avec la SPC. On peut dire qu'un ministère exerce des fonctions officielles uniquement lorsqu'il agit dans le cadre de la mission que le législateur fédéral ou le gouverneur en conseil lui ont confiée aux termes d'une loi fédérale. Les documents et les renseignements que l'intimé a demandés n'étaient pas soumis à l'obligation de communication prévue par la *Loi sur l'accès à l'information*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 3 "government institution", "third party", 4, 20(1),(2), 44.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. §552 (1982).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 8(3) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 1, s. 12, 10(3).

Public Works Act, R.S.C., 1985, c. P-38, s. 9(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 13, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Department of Justice v. Tax Analysts, 492 U.S. 136 (1989).

REFERRED TO:

University of British Columbia v. Berg, [1993] 2 S.C.R. 353; (1993), 152 N.R. 99; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143; [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (T.D.); *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.); *Warburton v. Loveland* (1832), 6 E.R. 806 (H.L.); *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.).

AUTHORS CITED

Canada. Treasury Board. *Access to Information and Privacy Policies and Guidelines*. Ottawa: Treasury Board of Canada, 1992.

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

Le Nouveau Petit Robert. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993.

APPEAL from a Trial Division decision ([1993] 3 F.C. 320) that documents compiled by PWC for its use in providing property management and related services as agent of principal CPC were "under the control of a government institution" within the meaning of subsection 4(1) of the *Access to Information Act*. Appeal dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. §552 (1982).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 3 «institution fédérale», «tiers», 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 20(1),(2), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.)), ch. 1, art. 45).

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 8(3) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.)), ch. 1, art. 12), 10(3).

Loi sur les travaux publics, L.R.C. (1985), ch. P-38, art. 9(3) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.)), ch. 13, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Department of Justice v. Tax Analysts, 492 U.S. 136 (1989).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Université de la Colombie-Britannique c. Berg, [1993] 2 R.C.S. 353; (1993), 152 N.R. 99; *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143; [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (1^{re} inst.); *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (1^{re} inst.); *Warburton v. Loveland* (1832), 6 E.R. 806 (H.L.); *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.).

DOCTRINE

Canada. Conseil du Trésor. *Politiques et lignes directrices concernant l'information et la protection des renseignements personnels*. Ottawa: Conseil du Trésor du Canada, 1992.

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

Le Nouveau Petit Robert. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993.

APPEL d'une décision ([1993] 3 C.F. 320) par laquelle la Section de première instance a déclaré que des documents constitués par TPC pour être utilisés dans le cadre de services de gestion d'immeubles et de services connexes qu'il rendait en qualité de mandataire de la SCP «relevaient d'une institution fédérale» au sens du paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Appel rejeté.

COUNSEL:

John B. Laskin for appellant (applicant).
Nanette Rosen for respondent (respondent) Minister of Public Works.
Timothy G. M. Hadwen for respondent (respondent) Michael Duquette.
Daniel Brunet for intervenor.

SOLICITORS:

Tory Tory Deslauriers & Binnington, Toronto, for appellant (applicant).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent) Minister of Public Works.
Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish, Toronto, for respondent (respondent) Michael Duquette.
Legal Services, Office of the Information Commissioner of Canada, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A. (*dissenting*): The two leading provisions of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, are sections 2 and 4. The former sets out the purpose of the Act, the latter the right that is being created. They provide as follows:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

AVOCATS:

John B. Laskin pour l'appelante (requérante).
Nanette Rosen pour l'intimé (intimé) le ministre des Travaux publics.
Timothy G. M. Hadwen pour l'intimé (intimé) Michael Duquette.
Daniel Brunet pour l'intervenant.

PROCUREURS:

Tory Tory Deslauriers & Binnington, Toronto, pour l'appelante (requérante).
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé (intimé) le ministre des Travaux publics.
Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish, Toronto, pour l'intimé (intimé) Michael Duquette.
Services juridiques, Bureau du Commissaire à l'information du Canada, pour l'intervenant.

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (*dissident*): Les deux principales dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, sont les articles 2 et 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144]. Le premier expose l'objet de la Loi, le second, le droit qu'elle crée. En voici le texte:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

On reading those provisions, one cannot avoid noticing that they use terms whose purport is not readily clear. What is meant by “under the control” of the institution? Those are key words since the very ambit of the legislation depends on the definition that is attached to them. This is the issue that forms the subject of the current appeal from the Trial Division [[1993] 3 F.C. 320]. More precisely, the question raised is whether the *Access to Information Act* applies to records in the possession of a government institution pursuant to a private agreement according to which the institution performs services for a private party. Let us put the issue in its factual and procedural context so that it can be seen in its proper perspective.

Since 1981, Canada Post Corporation (Canada Post), has been a federal Crown corporation with a mandate to operate a postal service for Canada on a self-sustaining financial basis. It is not a “government institution” within the meaning formally assigned to that term in the *Access to Information Act* (the Act) [section 3]. Canada Post, however, has retained the services of the Department of Public Works and Government Services (Public Works) for the management of its properties. Public Works is authorized by its enabling statute to enter into commercial property management services contracts with parties not attached to the government [*Public Works Act*] (R.S.C., 1985, c. P-38, s. 9 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 13, s. 1]). The arrangement is governed by two agreements, the Comprehensive Realty Management and Services Agreement (the 1984 agreement) and the Grants in Lieu of Taxes

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

À la lecture de ces dispositions, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'on y emploie des termes dont le sens ne saute pas aux yeux. Qu'entend-on par «relevant d'une institution («*under the control*»)? Ce sont des mots clés, étant donné que la portée même de la loi dépend de la définition que l'on donne de ces termes. C'est le point litigieux qui constitue l'objet du présent appel interjeté du jugement rendu par la Section de première instance [[1993] 3 C.F. 320]. Plus précisément, la question qui se pose est celle de savoir si la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique aux documents qui se trouvent en la possession d'une institution fédérale en vertu d'un acte sous seing privé aux termes duquel l'institution exécute des services pour un particulier. Situons la question en litige dans son contexte factuel et procédural pour mieux la cerner.

Depuis 1981, la Société canadienne des postes (Postes Canada) est une société d'État fédérale qui a pour mission d'exploiter un service postal au Canada tout en assurant son autonomie financière. Ce n'est pas une «institution fédérale», selon le sens que la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi) [article 3] donne officiellement à cette expression. Postes Canada a toutefois retenu les services du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (Travaux publics) pour la gestion de ses biens. Travaux publics est autorisé, en vertu de sa loi habilitante, à conclure des contrats de gestion de biens commerciaux avec des personnes qui n'ont aucun lien avec le gouvernement [*Loi sur les travaux publics*] (L.R.C. (1985), ch. P-38, art. 9 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 13, art. 1]). L'arrangement est régi par deux ententes, l'Entente détaillée sur la gestion des biens immobiliers et les services

Management Agreement (the 1988 agreement). Both agreements establish that the relationship between the parties is that of principal and agent and both stipulate that documents in relation to Canada Post properties shall be kept by Public Works. The 1988 agreement specifically states that any records relating to Canada Post are the property of Canada Post and must be transferred to it on termination of the agreement. The 1984 agreement has no such specific statement, but pursuant to clause 3.2 therein, Public Works has been instructed not to “release information concerning any Canada Post Corporation lease to anyone without the prior written consent of Canada Post,” and not to discuss or impart any information of any kind regarding Canada Post to anyone outside of Public Works.

In February 1991, the respondent, Michael Duquette, a union representative of the Canadian Union of Postal Workers, made eight requests under the Act for disclosure of documents in the possession of Public Works relating to the properties of Canada Post. Public Works identified 53 volumes of documents and two computer printouts as records that fell within the requests. Advised of the requests, Canada Post responded that it was not subject to the *Access to Information Act*, and that, since the records in question were held by Public Works only as its agent, the Act was inapplicable. It further advised that the exemptions from disclosure in paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) of the Act provided a further ground on which disclosure of the records should be denied. Public Works, however, was not convinced.

By letter dated July 23, 1991, Public Works indicated its intention to: (1) withhold all records in respect of which Canada Post was a third party, relying on paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) of the Act; (2) release the remainder of the material contained in the files; and (3) release a revised computer printout of Canada Post properties showing municipality, street address, asset type and asset name on the basis that this latter information was already public. Canada

(l'entente de 1984) et la Convention de gestion relative aux subventions en remplacement d'impôts (l'entente de 1988). Les deux contrats stipulent que les rapports entre les parties sont ceux qui existent entre un mandant et un mandataire et que les documents se rapportant aux biens de Postes Canada sont conservés par Travaux publics. L'entente de 1988 prévoit expressément que les documents se rapportant à Postes Canada sont la propriété de Postes Canada et qu'ils doivent lui être rendus à l'expiration de l'entente. L'entente de 1984 ne contient pas de stipulation aussi précise, mais son article 3.2 interdit à Travaux publics de «divulguer des renseignements concernant un bail de la Société canadienne des Postes sans le consentement préalable écrit de Postes Canada» et de discuter ou de communiquer quelque renseignement que ce soit concernant Postes Canada à toute personne qui ne fait pas partie de Travaux publics.

En février 1991, l'intimé Michael Duquette, un représentant syndical du Syndicat des postiers du Canada, a présenté huit demandes en vertu de la Loi en vue d'obtenir la communication de documents qui se trouvaient en la possession de Travaux publics et qui concernaient les biens de Postes Canada. Travaux publics a déterminé que 53 volumes de documents et deux imprimés d'ordinateur constituaient des documents qui étaient visés par les demandes. Mise au courant des demandes, Postes Canada a répondu qu'elle n'était pas assujettie à la *Loi sur l'accès à l'information* et que, comme les documents en question étaient détenus par Travaux publics uniquement en qualité de mandataire, la Loi ne s'appliquait pas. Elle a en outre déclaré que les dispenses de communication prévues aux alinéas 20(1)(b), (c) et (d) de la Loi constituaient un autre motif de refuser la communication des documents. Ces arguments n'ont cependant pas convaincu Travaux publics.

Par lettre datée du 23 juillet 1991, Travaux publics a fait connaître son intention de: (1) refuser, en vertu des alinéas 20(1)(b), (c) et (d) de la Loi, de communiquer tous les documents à l'égard desquels Postes Canada était un tiers; (2) communiquer le reste des renseignements contenus dans les documents; (3) communiquer un imprimé d'ordinateur révisé des biens de Postes Canada indiquant la municipalité, l'adresse municipale, le type de bien et le nom du

Post could only prevent disclosure by resorting to legal proceedings.

On August 12, 1991, Canada Post issued notice of an application for review, under section 44 of the Act,¹ in respect of the decision by Public Works to make disclosure. Following a series of pre-trial conferences, it was agreed by the parties, and ordered by the Associate Chief Justice, that the application would be split in two, the Court first being asked to determine whether the Act applied to the records in question. By decision rendered June 3, 1993, a Motions Judge denied the preliminary application and refused to set aside the decision of Public Works to disclose on the ground that the records were not under its control. It is this decision which is now before the Court for review.

In support of his decision, the learned Motions Judge delivered comprehensive, clear and well presented reasons in which he deals with each and every point of argument advanced by the parties, Canada Post and Michael Duquette.² I propose to review in some detail those reasons; in so doing, we will touch upon all the submissions of counsel, which submissions were substantially the same before the Court of Appeal.

¹ 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.

² Public Works took no position before the Motions Judge and it is only at the appeal level that the Information Commissioner sought and obtained leave to intervene.

bien au motif que ces renseignements étaient déjà publics. Postes Canada ne pouvait empêcher la communication des documents qu'en intentant une poursuite en justice.

a

Le 12 août 1991, Postes Canada a transmis un avis de recours en révision conformément à l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45] de la Loi¹ relativement à la décision de Travaux publics de communiquer les documents. À la suite d'une série de conférences préparatoires à l'instruction, il a été convenu par les parties, et ordonné par le juge en chef adjoint, que la demande serait scindée en deux parties et que l'on demanderait d'abord à la Cour de déterminer si la Loi s'appliquait aux documents en question. Aux termes d'une décision rendue le 3 juin 1993, le juge saisi de la requête a rejeté la demande préliminaire et a refusé d'annuler la décision de Travaux publics au motif que les documents ne relevaient pas de Travaux publics. C'est cette décision qu'on demande maintenant à la Cour de réviser.

e

À l'appui de sa décision, le juge saisi de la requête a prononcé des motifs fouillés, clairs et bien présentés dans lesquels il examine chacun des moyens invoqués par les parties, Postes Canada et Michael Duquette². Je me propose d'examiner en détail les motifs en question; pour ce faire, j'aborderai toutes les prétentions formulées par les avocats, lesquelles prétentions étaient essentiellement les mêmes devant la Cour d'appel.

d

¹ 44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(5)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(5)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.

² Travaux publics n'a pas pris position devant le juge saisi de la requête et ce n'est qu'au niveau de l'appel que le Commissaire à l'information a demandé et obtenu la permission d'intervenir.

The Judge starts his reasons by commenting on the status of the parties and the contractual relationship between them. Mr. Duquette's position as a union representative, writes the Judge, is not a relevant consideration, the right of access belonging to any Canadian citizen. Nor is the fact that Canada Post is a Crown corporation, since, by not being listed in Schedule 1 of the Act, it meets the definition of a third party as given in section 3 of the Act.³ As to the relationship between Canada Post and Public Works, it is clearly one of principal and agent on the basis of an agreement that contemplates confidentiality of the information acquired by the agent. In the absence of overriding statutory provisions, Public Works could not disclose Canada Post information in its possession. To do so would place it in breach of the principal/agent agreement.

The question, states the Judge, is whether such an agreement or the principal/agent relationship in itself precludes the operation of the Act. There is nothing in the Act which states that it does not extend to information held by a government institution in its capacity as an agent for a third party principal. The contention that a record which is in the possession of a government institution because of the principal/agent relationship would not be under the "control of the government institution" within the meaning of the Act has no basis. The word "control" is not defined in the Act, and the dictionary definitions cannot be relied on because the term is open to a wide variety of meanings depending upon the circumstances in which it is used. For one purpose, Canada Post could be said to have control over the records while, for other purposes, Public Works would have control.

³ 3. In this Act,

"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.

Le juge commence son raisonnement en formulant des observations au sujet de la qualité des parties et de la relation contractuelle qui les unit. La qualité de représentant syndical de M. Duquette, écrit le juge, ne constitue pas une considération pertinente, étant donné que le droit d'accès aux documents appartient à tout citoyen canadien. Le fait que Postes Canada soit une société d'État ne constitue pas non plus un facteur à retenir, étant donné que, comme elle ne figure pas à l'annexe 1 de la Loi, Postes Canada répond à la définition de tiers donnée à l'article 3 de la Loi³. Quant à la relation qui existe entre Postes Canada et Travaux publics, il s'agit de toute évidence d'une relation de mandant et de mandataire fondée sur une entente qui prévoit que les renseignements obtenus par le mandataire doivent être considérés comme confidentiels. En l'absence de dispositions législatives dérogatoires, Travaux publics ne pouvait divulguer les renseignements de Postes Canada qui se trouvaient en sa possession. S'il le faisait, il contrevenait au contrat de mandat.

La question qui se pose, précise le juge, est celle de savoir si une telle entente—ou la relation de mandant et de mandataire comme telle—écarterait l'application de la Loi. La Loi ne prévoit nulle part qu'elle ne s'applique pas aux documents qui sont en la possession d'une institution fédérale en sa qualité de mandataire d'un tiers. L'argument qu'un document qui se trouve en la possession d'une institution fédérale du fait de la relation entre le mandant et le mandataire n'est pas un document «relevant de l'institution fédérale» («*under the control of the government institution*») au sens de la Loi est mal fondé. L'expression «relevant de» («*control*») n'est pas définie dans la Loi, et l'on ne peut se fonder sur les définitions que les dictionnaires en donnent parce que cette expression est susceptible de revêtir une foule de sens, selon le contexte dans lequel elle est employée. Ainsi, on pourrait affirmer que, dans un sens, les documents «relevant» de Postes Canada, alors que, dans un autre sens, ils «relèvent» de Travaux publics.

³ 3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«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.

It is not the dictionary definitions but rather the purpose and the scheme of the Act which have to be looked at for guidance, continues the Judge. The purpose of the Act is to provide a right of access to "government information," a phrase not defined in the Act but which could mean, as suggested by subsection 2(1), any information contained in records in the hands of a government institution. The word "control" is not to be modified depending on how the information is to be used by a government institution or the extent to which a government institution may dispose of it. Nor should "control" be affected by a private agreement between a government institution and a third party. The scheme of the Act, according to the Judge, is to be wholly inclusive and then to allow for exemptions; all information in the hands of the Government is subject to the Act and, therefore, to disclosure, except information expressly exempted. The same view of the Act was expressed in two prior decisions of the Trial Division, *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 and *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480.

The learned Judge then rejects the invitation of counsel to attach some significance to the *Access to Information and Privacy Policies and Guidelines* published by Treasury Board for its definition of control. This document may be an aid to interpretation but it is not binding on the Government or the Court. The Guidelines are not of assistance in the consideration of what constitutes control in the context of third party information in the possession of government institutions.

The Judge also refuses to give any significance to the fact that the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, and provincial access statutes use the terms "held," "custody or control" and "possession" in addition to the term "control." The appellant's argument that this must lead to the conclusion that "control" as used in the *Access to Information Act* must mean something narrower is not valid. There is no evidence as to why

Ce ne sont pas les définitions lexicographiques, mais plutôt l'objet et l'économie de la Loi qui doivent servir de guide, poursuit le juge. La Loi a pour objet de donner accès aux «documents de l'administration fédérale». La Loi ne définit pas cette expression. Le paragraphe 2(1) permet toutefois de penser qu'elle pourrait désigner tous les renseignements contenus dans les documents se trouvant entre les mains d'une institution fédérale. On ne peut modifier l'expression «relevant de» («control») selon la façon dont une institution fédérale entend utiliser les documents ou la mesure dans laquelle elle peut en disposer. L'expression «relevant de» ne peut pas non plus être modifiée par un acte sous seing privé conclu entre une institution fédérale et un tiers. Suivant le juge, la Loi a pour objet de viser tous les documents et de permettre ensuite des exceptions; tous les documents en la possession de l'administration fédérale sont soumis à la Loi—et doivent par conséquent être communiqués—à l'exception des documents qui sont expressément exemptés. La Section de première instance a déjà adopté un point de vue identique au sujet de la Loi dans les jugements *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143 et *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480.

Le juge décline ensuite l'invitation de l'avocat d'accorder une certaine importance aux *Politiques et lignes directrices concernant l'information et la protection des renseignements personnels* du Conseil du Trésor en ce qui concerne la définition de l'expression «relevant de» («control»). Ce document peut faciliter l'interprétation mais il ne lie pas l'administration fédérale ou la Cour. Les lignes directrices ne sont d'aucun secours pour déterminer ce qu'est un document relevant d'une institution fédérale lorsque le document en la possession de celle-ci est celui d'un tiers.

Le juge refuse également d'accorder de l'importance au fait que la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, et les lois provinciales relatives à l'accès à l'information emploient en anglais les expressions «held», «custody or control» et «possession» outre le terme «control». L'argument de l'appelante suivant lequel on doit en conclure que l'expression «relevant de» («control»),

this wording was used in the other statutes. Furthermore, the task of the Court is to ascertain the meaning of the term “records under the control of a government institution” by looking to the wording and context of the *Access to Information Act*. Based on the scheme of the Act and the case law, there are convincing reasons why the term contemplates records in the possession of a government institution and not a narrower meaning.

The Judge finally expresses complete disagreement with the claim that documents can only be disclosed if they are within the legal possession of Public Works, not just the physical possession. This distinction may be relevant in the context of discovery of documents, but there is no analogy between discovery of documents in litigation and access to records under the Act. The discovery process is adversarial in nature and relevancy is the predominant test for disclosure. By contrast, access under the Act is based on the public interest in disclosure and not on the private interest of litigants. There are many exemptions justifying confidentiality under the Act that would not be available in the discovery process. The considerations for disclosure and confidentiality under the Act constitute a code in themselves which cannot properly be interpreted by reference to considerations in the discovery process. The fact that a government institution has possession of records, whether in a legal or corporeal sense, is sufficient for such records to be subject to the Act.

This is, as I understand it, the substance of the reasoning of the learned Motions Judge and his treatment of the various submissions of the parties. I realize that my summary is far from doing justice to the precision and comprehensibility of his reasons, but I

telle qu'elle est employée dans la *Loi sur l'accès à l'information*, doit être interprétée de façon plus restrictive est mal fondé. Aucune preuve n'a été présentée pour expliquer pourquoi ces expressions ont été employées dans les autres lois. Qui plus est, la tâche de la Cour consiste à vérifier le sens de l'expression «documents relevant d'une institution fédérale» en examinant à la fois le libellé et le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*. Compte tenu de l'économie de la Loi et de la jurisprudence, il existe des raisons convaincantes de conclure que l'expression vise les documents qui sont en la possession d'une institution fédérale et que cette expression n'a pas un sens plus restreint.

Le juge exprime finalement son désaccord complet avec la prétention que les documents ne peuvent être communiqués que si Travaux publics en a la possession légale, et non simplement la possession matérielle. Cette distinction peut être pertinente dans le contexte de la communication préalable de documents, mais on ne saurait faire une analogie entre la communication préalable de documents dans le cadre d'un procès et l'accès aux documents prévu par la Loi. La communication préalable de documents s'inscrit dans le cadre d'une procédure fondée sur le principe du débat contradictoire et le critère principal qui s'y applique est celui de la pertinence. Par contraste, l'accès prévu par la Loi repose sur l'intérêt du public dans la communication et non sur l'intérêt privé des parties au litige. Plusieurs des exceptions qui justifient le caractère confidentiel des documents sous le régime de la Loi ne pourraient être invoquées dans le cadre de la communication préalable. Les considérations applicables à la communication et au caractère confidentiel des documents dans le cadre de la Loi constituent un code en elles-mêmes et on ne peut à bon droit les interpréter en se reportant aux considérations spécifiques à la procédure de communication préalable. Le fait qu'une institution fédérale ait en sa possession des documents, au sens légal ou matériel du terme, suffit pour que ces documents soient assujettis à la Loi.

Voilà, si j'ai bien compris, l'essence du raisonnement du juge saisi de la requête et la suite qu'il a donnée aux divers moyens invoqués par les parties. Je suis conscient du fait que mon résumé est loin de rendre justice à la précision et au détail de ses motifs,

think I followed closely enough his thoughts. In the course of my analysis, in dealing with the same points as he did, it will become clear that I share many of those thoughts. The point remains, however, that I respectfully disagree with his central conclusion and that disagreement gives me my starting point.

1. My first proposition is that it is not possible that the expression “under the control of” as used in the Act, especially in section 4 where the right is created, was used by the legislator to convey the sole meaning of being in one’s hands, holding, possessing. In the minds of the drafters of the Act and in the understanding of Parliament, “control” had to mean and actually meant more than mere physical possession. I base my assertion on several interrelated reasons.

The first to be mentioned is that, in their normal and proper sense, the two words “control” and “possession” do not signify the same concept. “Control” connotes authority whereas “possession” merely indicates custody. It is true that they are used interchangeably in some contexts, but that occurs because normally one is an attribute of the other. Possession is usually a consequence of control. To say, as the learned Judge says and counsel for the respondent repeat, that a person who has possession of a thing has some control over it simply means that a person has one of the basic attributes of control. There is no such thing as a proportion of control. While I am prepared to agree with the Motions Judge that the dictionary definition alone cannot solve the problem, it is necessary to recognize that, in common but proper language, “control” and “possession” do not have the same meaning and cannot be taken one for the other.

A second reason is that Parliament cannot be presumed to have used the term “control” instead of the more simple expressions “in the hands of” or “in the possession of” without realizing the difference, by

mais je crois avoir suivi assez fidèlement ses pensées. Au cours de mon analyse, lorsque j’aborderai les mêmes points que lui, il deviendra manifeste que je partage bon nombre de ces pensées. Il n’en reste pas moins que je ne partage pas sa conclusion principale et ce désaccord constituera mon point de départ.

1. Ma première proposition est qu’il n’est pas possible que, telle qu’elle est employée dans la Loi, spécialement à l’article 4 où le droit est créé, l’expression «relevant de» (*«under the control of»*) ait été utilisée par le législateur dans le seul sens d’être entre les mains ou la possession de quelqu’un. Dans l’esprit des rédacteurs de la Loi et du législateur fédéral, il fallait que l’expression «relevant de» (*«control»*) signifie davantage qu’une simple possession matérielle. Je fonde mon affirmation sur plusieurs motifs qui sont étroitement liés.

Le premier motif à mentionner est que, dans leur sens normal et juste, les mots «relevant de» (*«control»*) et «possession» (*«possession»*) ne désignent pas le même concept. Les mots «relevant de» (*«control»*) supposent un pouvoir, tandis que le terme «possession» implique simplement la garde. Il est vrai que ces mots sont employés de façon interchangeable dans certains contextes, mais cela tient au fait que, normalement, l’un est l’attribut de l’autre. La possession est habituellement une conséquence du contrôle. Dire, comme le juge l’affirme et comme l’avocate de l’intimé le répète, qu’une personne qui a la possession d’une chose exerce un certain pouvoir (*«control»*) sur cette chose signifie simplement que cette personne exerce l’un des attributs fondamentaux du pouvoir (*«control»*). Le pouvoir ne peut être partiel. Bien que je sois disposé à souscrire au raisonnement du juge saisi de la requête suivant lequel les définitions des dictionnaires ne peuvent à elles seules résoudre le problème, force est de reconnaître que, dans le langage courant mais correct, les mots «relevant de» et «possession» (*«control»* et *«possession»*) n’ont pas le même sens et qu’ils ne peuvent être pris l’un pour l’autre.

Un deuxième motif est que l’on ne peut présumer que le législateur fédéral a employé l’expression «relevant de» (*«control»*) au lieu d’expressions plus simples comme «entre les mains de» (*«in the hands*

accident or inadvertence, so to speak. Not only was that term a key one in the new legislation, but the *Privacy Act*, discussed and enacted at the same time (see S.C. 1981-82-83, c. 111), uses different terms or couples the term “control” with others. In section 2 and subsections 8(3) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 12] and 10(3) of the *Privacy Act*, for example, the phrases “held by a government institution” and “under the custody or control” are used. The lack of concordance could not have passed unnoticed.

Another reason is that the history of the legislation provides, I think, an undeniable indication that, for Parliament, the word “control” had to be attributed a full and significant meaning different and well beyond that of mere possession. I reproduce again here for convenience, in both versions this time, French and English, the central provision of the Act, subsection 4(1):

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution. [Emphasis added.]

The French term that corresponds to the English one “control” is, as emphasized, “*relevant de*.” It is clear that the drafters had some difficulty in choosing the right word. There is a French word “*contrôle*” of course, but it does not appear that it can be used with respect to a thing, especially a document. In the original statute in 1982, the corresponding French phrase for “records under the control of a government institution” (both in section 2, which sets out the policy of the Act, and in section 4, reproduced above) was “*documents de l’administration fédérale*.” This was not changed in the revised statutes of 1985. It was

of») ou «en la possession de» («*in the possession of*») sans être conscient de la différence qui existe entre elles, qu’il les a employées par accident ou par inadvertance, pour ainsi dire. Non seulement cette expression constitue-t-elle une des expressions clés de la nouvelle loi, mais encore la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui a été débattue et édictée en même temps (voir S.C. 1981-82-83, ch. 111), comporte-t-elle des termes différents ou combine-t-elle le mot anglais «*control*» avec d’autres mots. Ainsi, dans la version anglaise de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur emploie, à l’article 2 et aux paragraphes 8(3) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 12] et 10(3), les expressions «*held by a government institution*» et «*under the custody or control*». L’absence d’uniformité ne pouvait passer inaperçue.

Un autre motif est que l’historique de la Loi donne, à mon sens, une indication indéniable que, pour le législateur fédéral, il fallait attribuer à l’expression «*relevant de*» («*control*») un sens caractéristique qui soit différent de celui de la simple possession et qui dépasse de beaucoup le sens de ce dernier terme. Je reproduis à nouveau, par souci de commodité, la disposition centrale de la Loi, le paragraphe 4(1), dans les deux versions, anglaise et française:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l’immigration*. [C’est moi qui souligne.]

L’expression française qui correspond au terme anglais «*control*» est, comme nous l’avons souligné, l’expression «*relevant de*». Il est évident que le législateur a éprouvé certaines difficultés à choisir le mot juste. Le mot «*contrôle*» existe évidemment en français, mais il semble qu’on ne peut pas l’employer relativement à une chose, spécialement un document. Dans la loi originale de 1982, l’expression de la version française qui correspondait à «*records under the control of a government institution*» (tant à l’article 2, qui énonce l’objet de la Loi, qu’à l’article 4, que nous avons reproduit) était «*documents de l’administration*

only in 1992, in an Act said to be enacted essentially to correct certain anomalies, inconsistencies, archaisms and error in the statutes of Canada,⁴ that Parliament substituted a new French subsection 4(1) with the added word “*relevant*,” a word which was already used in other provisions of the Act. Why was the substitution made? Obviously because it was felt that the English word “control” had a meaning which was not communicated properly by the French preposition “*de*,” a preposition which is most usually used to signify the “*appartenance*,” the belonging. Was the substituted expression “*relevant de*” any closer to the English “control” and any clearer? Maybe not, although it ought to be noted that the *Le Nouveau Petit Robert* dictionary defines the expression “*relevant de*,” in its figurative sense, as “*être du domaine de*,” which is clearly more indicative of a “direct connection” than the former simple preposition. But be that as it may, it remains clear to me that the phrase “records under the control of a government institution” does not simply mean “government institution’s records” or “records in the possession of” or “in the hands of” a government institution, all three phrases being properly expressed by the French words used initially, “*documents d’une institution fédérale*.”

A final and even more compelling reason to assert that the expression “under the control of” is not the equivalent of “in the possession of” or “in the hands of,” can be very simply put. It seems to me that to read the Act this way could lead to absurd results, as it would fail to catch records belonging to the Government but left in the hands of an outside custodian, but it would make subject to the Act documents falling into the hands of the institution by accident or illegally (as in the case of an illegal seizure). There would be nothing in the Act to prevent such senseless consequences.

⁴ S.C. 1992, c. 1.

fédérale». Cette expression n’a pas été modifiée dans les lois révisées de 1985. Ce n’est qu’en 1992, dans une loi qui aurait été édictée essentiellement pour corriger certaines anomalies, contradictions, archaïsmes et erreurs contenues dans les lois du Canada⁴, que le législateur fédéral a modifié le paragraphe 4(1) de la version française en y insérant le mot «relevant», qui était déjà employé dans d’autres dispositions de la Loi. Pourquoi a-t-on procédé à cette modification? De toute évidence, parce qu’on estimait que le mot anglais «control» avait un sens que la préposition française «de» ne communiquait pas adéquatement. La préposition «de» sert le plus souvent à signifier l’appartenance. L’expression «relevant de» qui a été insérée était-elle plus proche du mot anglais «control» et était-elle plus claire? Peut-être que non, bien qu’il y ait lieu de noter que le dictionnaire *Le Nouveau Petit Robert* donne la définition suivante de l’expression «relevant de» au figuré: «être du domaine de», ce qui indique beaucoup plus clairement un «lien direct» que la simple préposition anciennement utilisée. Mais quoi qu’il en soit, je demeure convaincu que l’expression anglaise «records under the control of a government institution» («documents relevant de l’administration fédérale») ne signifie pas simplement «government institution’s records» («documents de l’administration fédérale») ou «records in the possession of» ou «in the hands of a government institution» (documents se trouvant en la possession ou entre les mains de l’administration fédérale), lesquelles expressions sont toutes les trois correctement exprimées en français par les mots initialement employés «documents d’une institution fédérale».

Un dernier motif encore plus convaincant d’affirmer que l’expression anglaise «under the control of» n’est pas l’équivalent des expressions «in the possession of» ou «in the hands of» peut être exprimé fort simplement. Il me semble qu’interpréter la Loi de cette façon pourrait conduire à des résultats absurdes, étant donné qu’elle ne viserait pas les documents qui appartiennent à l’administration fédérale mais qui ont été confiés à un gardien extérieur, alors qu’elle s’appliquerait à des documents se retrouvant entre les mains d’une institution par accident ou illégalement (comme dans le cas d’une saisie illégale). Il n’y

⁴ L.C. 1992, ch. 1.

2. My second proposition is the following. The only aspect that, in the context of the Act, may validly distinguish the idea of “control” from that of “mere possession” is the character of dominion or command that may be exercised over the information contained in the record, which itself depends on the capacity in which the institution has acquired the information concerned. Let me explain this proposition.

It is evident that the distinction between “control” and “possession” in the context of the Act cannot come from the subject-matter of the record or the nature of the information contained therein. Nor can it come from the source of the information. In setting up the specific exemptions to disclosure, the Act clearly anticipates that information under the control of the government institution may be of any type and can be provided by or related to any individual. I refer here to the provisions relating to documents containing personal information or trade secrets of a third party, or information of a financial or scientific nature that is confidential, etc. It is evident also that the distinction can in no way be related to the intention of the informant, the consent of the creator of the record or the will of the individual concerned. The purpose of the Act could otherwise be completely defeated and, I repeat, the scheme itself presupposes objections and reticences by people affected.

Bearing in mind these initial observations, it would appear to me that an institution may be said to have control over some record or information, and not only to be in possession thereof, when it can consider the information or record as its own so that it can keep it or dispose of it without regard to its nature or content and notwithstanding any objection of the individual concerned. And this, in my judgment, is realized only when the records have been compiled or created by the institution in the course of executing its official duties.

aurait rien dans la Loi pour empêcher des conséquences aussi insensées.

2. Voici ma deuxième proposition. Le seul élément qui, dans le contexte de la Loi, permettrait de distinguer valablement entre les expressions «relevant de» et «simple possession» («*control*» et «*mere possession*») est l'autorité ou la direction qui peut être exercée sur les renseignements contenus dans le document, laquelle dépend elle-même de la qualité en laquelle l'institution a obtenu les renseignements en cause. Je m'explique.

Il est évident que la distinction entre les termes «relevant de» et «possession» («*control*» et «*possession*») dans le contexte de la Loi ne peut provenir de l'objet du document ou de la nature des renseignements qu'il renferme. Elle ne peut provenir non plus de la source des renseignements. Pour établir les exceptions précises à l'obligation de communication, la Loi prévoit clairement que les documents qui relèvent d'une institution fédérale peuvent être de toute nature et qu'ils peuvent être communiqués par toute personne ou se rapporter à quiconque. Je fais allusion ici aux dispositions relatives aux documents contenant des renseignements personnels ou des secrets commerciaux d'un tiers ou aux renseignements confidentiels de nature financière ou scientifique, etc. Il est également évident que la distinction ne peut d'aucune façon être rattachée à l'intention de l'informateur, au consentement du créateur du document ou à la volonté de la personne concernée. S'il en était autrement, on pourrait faire complètement échec à l'objet de la Loi et, je le répète, l'économie elle-même de la Loi suppose nécessairement des oppositions et des réticences de la part des personnes visées.

Compte tenu de ces observations initiales, il me semble que l'on peut dire qu'un document ou un renseignement relève d'une institution—et non seulement qu'il se trouve en sa possession—si cette institution peut considérer que le renseignement ou le document en question lui appartient de sorte qu'elle peut le conserver ou en disposer indépendamment de sa nature ou de son contenu et malgré toute objection formulée par la personne concernée. Et, à mon sens, ces conditions ne sont réunies que lorsque le document a été constitué ou créé par l'institution dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles.

This view of the scope of the Act that I suggest can certainly not be seen as betraying the goal and the purpose of the legislation. The Act, it is well known, was enacted in 1982 as part of a move toward open government. To achieve open government, to prevent the taking of governmental decisions behind closed doors, to enhance the public's knowledge of the information and options available to decision makers, to ensure citizens' access to the documentary basis of management and investigation of public problems, it is not necessary to recognize a right of access going beyond documents prepared and information gathered by a government institution in the course of executing official duties. Nor can it be seen as being inconsistent with the scheme of the Act which presupposes a large base limited by exemptions subject to strict interpretation. We are concerned here with the threshold question of the reach of the Act, not the application of its diverse exemptions. The interpretation must be fair, large, liberal and purposive, but that is what is required at the threshold stage of determining the scope of the Act. That the exemptions must give rise to a restrictive interpretation, once it is established that the Act applies, is another matter.

The view I suggest does not appear to me to be somehow inconsistent with any of the provisions of the Act. One may think otherwise on reading subsection 20(2):

20. . . .

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

The purpose of subsection 20(2) is to require disclosure of information relating to public health and safety. It operates by overriding the exemptions which would otherwise apply in the case of records relating to product and environmental testing. It was

On ne peut certainement pas considérer que le point de vue que je propose en ce qui concerne la portée de la Loi trahit l'objectif et l'objet de la Loi. Il est bien connu que la Loi a été adoptée en 1982 dans le cadre de mesures prises pour rendre l'administration fédérale plus transparente. Pour assurer la transparence de l'administration fédérale, pour empêcher que les décisions du gouvernement ne soient prises à l'abri des indiscrets, pour permettre aux citoyens de mieux connaître les renseignements et les options dont disposent les personnes chargées de prendre des décisions, pour garantir aux citoyens l'accès à la base documentaire de la gestion et leur permettre de faire enquête sur les problèmes d'intérêt public, il n'est pas nécessaire de reconnaître un droit d'accès qui vise davantage que les documents rédigés et les renseignements recueillis par l'administration fédérale dans l'exercice de ses fonctions officielles. Cette façon de voir ne saurait non plus être considérée comme incompatible avec l'économie de la Loi, qui présuppose un vaste champ d'application et qui prévoit certaines exceptions qui doivent être interprétées de façon restrictive. Nous nous préoccupons ici de la question préliminaire de la portée de la Loi, et non de l'application de ses diverses exceptions. L'interprétation doit être équitable, large, libérale et axée sur l'objet de la loi, mais c'est ce à quoi on est tenu à l'étape initiale de la détermination de la portée de la Loi. Le fait que les exceptions doivent donner lieu à une interprétation restrictive, une fois qu'il est établi que la Loi s'applique, est une autre question.

Le point de vue que je propose ne me semble nullement incompatible avec les dispositions de la Loi. On pourrait croire le contraire à la lecture du paragraphe 20(2):

20. . . .

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

Le paragraphe 20(2) a pour objet de rendre obligatoire la communication de renseignements se rapportant à la santé et à la sécurité publiques. Il l'emporte sur les exceptions qui autrement s'appliqueraient dans le cas des documents relatifs aux essais de pro-

obviously felt that, in those cases, the public interest in disclosure was paramount although an exception to the override could be made for testing provided to third parties for a fee. The provision admittedly has meaning only if a government service may be provided for a fee and the information obtained thereby remains within the scope of the Act. But there is nothing surprising about that. The Government charges fees for many services it performs in the conduct of its official duties. The fee, the purpose of which is, of course, to help defray the cost of the service, does not have the effect of taking the government institution out of its official duties and making it function in a purely commercial capacity, or as an agent for the party benefitting from the service. The drafters would have had in mind those cases where the government institution, despite the fee, keeps acting in an official capacity.

Finally, I will note that my view does not disavow the results in the two prior decisions of the Court referred to by the Motions Judge since, in both cases, the *Montana Band of Indians* case as well as the *Ottawa Football Club* case, it was in their capacity as government institutions and in the exercise of their official duties that the Department of Indian Affairs and the Department of Fitness and Amateur Sport respectively had received the information and prepared the records in question.

On the other hand, while my interpretation of the word “control” goes against neither the policy behind the Act, nor the scheme of the Act, it is, to a certain extent, supported by the administrative understanding as set out in the *Access to Information and Privacy Policies and Guidelines* issued by the Treasury Board of Canada, which has ultimate authority for the administration of the Act. These Guidelines state [at page 13]:

The term “under the control of a government institution” means that an institution is authorized to grant or deny access to the record, to govern its use, and, subject to the approval of the National Archivist, to dispose of it. A record that is in the possession of or held by an institution, whether at headquar-

duits ou aux essais environnementaux. On a de toute évidence estimé que, dans ces cas, l'intérêt du public dans la communication était primordial, bien qu'une exception à cette primauté pût être faite dans le cas des essais effectués à titre onéreux pour un tiers. Force est de reconnaître que cette disposition n'a de sens que si un service gouvernemental peut être fourni à titre onéreux et si le renseignement obtenu de ce fait continue à tomber sous le coup de la Loi. Mais il n'y a rien d'étonnant à cela. L'administration fédérale demande des frais pour de nombreux services qu'elle exécute dans le cadre de ses fonctions officielles. Le fait qu'elle fournisse ses services à titre onéreux—dans le but, évidemment, de l'aider à payer le coût des services—n'a pas pour effet de faire sortir l'institution fédérale du cadre de ses fonctions officielles et de faire qu'elle fonctionne à titre purement commercial ou en tant que mandataire de la personne qui bénéficie du service. Le législateur devait songer aux cas où, malgré le fait qu'elle fournit ses services à titre onéreux, l'institution fédérale continue à agir en sa qualité officielle.

Enfinement, je tiens à souligner que mon opinion ne contredit pas le résultat auquel la Cour est parvenue dans les deux décisions citées par le juge saisi de la requête, étant donné que, dans les deux affaires, l'affaire *Bande indienne de Montana* et l'affaire *Ottawa Football Club*, c'était en leur qualité d'institutions fédérales et dans l'exercice de leurs fonctions officielles que le ministère des Affaires Indiennes et le ministère de la Condition physique et du Sport amateur avaient respectivement reçu les renseignements et rédigé les documents en question.

En revanche, mon interprétation de l'expression «relevant de» («control») ne va à l'encontre ni du principe à la base de la Loi ni de l'économie de la Loi, et elle est, dans une certaine mesure, appuyée par l'entente administrative énoncée dans les *Politiques et lignes directrices concernant l'information et la protection des renseignements personnels* publiées par le Conseil du Trésor, qui a le pouvoir ultime en ce qui concerne l'application de la Loi. On y trouve l'affirmation suivante [à la page 15]:

L'expression «qui relève d'une institution fédérale» signifie que l'institution en cause est autorisée à accorder ou à refuser l'accès au document, à décider de son utilisation et à s'en défaire, sous réserve de l'approbation de l'archiviste fédéral. Un document qu'une institution a en sa possession, que ce soit

ters, regional, satellite or other office, either within or outside Canada, is presumed to be under its control unless there is evidence to the contrary. A record held elsewhere on behalf of an institution is also under its control.

The definition of “control” as described in the first part of that text is quite close to the one I have adopted and, as to the second part, it is only logical that “control” so defined can be presumed if one is in “possession” since, as noted above, possession is a main attribute of control.

And finally, the view I suggest is in line with the American jurisprudence developed under the American *Freedom of Information Act* of 1967, 5 U.S.C. § 552 (1982), a legislation adopted long before the Canadian Act but with the same philosophy and purpose. In the American legislation, “agency records” are made subject to disclosure. American courts soon recognized that the term “agency records” required precision and, to that end, introduced the concept of control. It was ultimately decided that a two-part test would be applied to determine what constitutes an “agency record” under the Act. Here is how, in *Department of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136 (1989), Mr. Justice Marshall, delivering the opinion of the United States Supreme Court, described that test, at pages 144-145:

Two requirements emerge from *Kissinger* and *Forsham*, each of which must be satisfied for requested materials to qualify as “agency records.” First, an agency must “either create or obtain” the requested materials “as a prerequisite to its becoming an ‘agency record’ within the meaning of the FOIA”.

Second, the agency must be in control of the requested materials at the time the FOIA request is made. By control we mean that the materials have come into the agency’s possession in the legitimate conduct of its official duties. [My emphasis.]

à l’administration centrale, dans un bureau régional, auxiliaire ou autre, au Canada ou à l’extérieur du pays, est présumé relever de cette institution à moins de preuve du contraire. On considère également qu’un document relève d’une institution s’il est conservé ailleurs au nom de celle-ci.

a

La définition de l’expression «relevant de» («*control*») que l’on trouve dans la première partie de cet extrait se rapproche beaucoup de celle que j’ai retenue et, en ce qui concerne la seconde partie, il n’est que logique que l’on présume qu’un document «relève d’» une institution s’il est en sa «possession», étant donné que, comme nous l’avons déjà vu, la possession est un des principaux attributs de la notion anglaise de «*control*».

b

c

d

e

f

g

Et, finalement, le point de vue que je suggère s’accorde avec la jurisprudence américaine qui a été élaborée en ce qui concerne la *Freedom of Information Act*, 1967, 5 U.S.C. §552 (1982), une loi qui a été adoptée longtemps avant la loi canadienne, mais avec la même philosophie et le même objet. Dans la loi américaine, les «*agency records*» (documents de l’administration) sont assujettis à l’obligation de communication. Les tribunaux américains n’ont pas tardé à reconnaître le fait qu’il fallait préciser le sens de l’expression «*agency records*» et, à cette fin, ils ont introduit le concept de «*control*». Il a finalement été décidé qu’on appliquerait un critère à deux volets pour déterminer ce qui constitue un «*agency record*» au sens de la Loi. Voici comment, dans l’arrêt *Department of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136 (1989), le juge Marshall, qui exprimait l’opinion de la Cour suprême des États-Unis, a exposé le critère, aux pages 144 et 145:

h

i

[TRADUCTION] Il y a deux conditions qui se dégagent des arrêts *Kissinger* et *Forsham*, et il faut satisfaire à chacune des deux pour que les documents demandés puissent être considérés comme des «documents de l’administration». En premier lieu, le document demandé doit avoir été «créé par l’administration ou avoir été obtenu par elle» pour que le document «devienne un “document de l’administration” au sens de la FOIA».

En second lieu, les documents demandés doivent relever de l’administration au moment où la demande faite en vertu de la FOIA est formulée. Par «relever de» [*control*], nous voulons dire que l’administration doit avoir obtenu la possession du document dans l’exécution de ses fonctions officielles. [Non souligné dans l’original.]

j

3. I will not have to spend much time on my third proposition, so self-evident it appears to me. In my judgment, Public Works cannot be said to be exercising “official duties” when it carries out its agreement with Canada Post. Of course, Public Works had to have formal legislative authorization to enter into such a private commercial agreement; it was clear that the bulk of the work would be performed by public employees; and Government standards, guidelines and procedure were normally to be followed. But I see nothing there that could make the execution of such a private and commercial contract an official duty. In my understanding, a department may be said to be conducting official duties only when it acts in the execution of a mandate conferred on it by Parliament or by the Governor in Council under an Act of Parliament.

My conclusion, based on the three propositions explained above, is that the records and information requested by the respondent are not subject to disclosure under the *Access to Information Act*. I would therefore suggest that the judgment of the Motions Judge be set aside and that the application of the appellant to reverse the decision of the Minister to disclose the records be granted.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.: I agree with the reasons for judgment given by Rothstein J. To these reasons, I only wish to add a few remarks.

The notion of control referred to in subsection 4(1) of the *Access to Information Act*⁵ (the Act) is left undefined and unlimited. Parliament did not see fit to distinguish between ultimate and immediate, full and

⁵ S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I “1” [now R.S.C., 1985, c. A-1]. S. 4(1) reads:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(Continued on next page)

3. Je n’aurai pas à consacrer beaucoup de temps à ma troisième proposition, tellement elle me semble aller de soi. À mon sens, on ne saurait affirmer que Travaux publics exerce des «fonctions officielles» lorsqu’il exécute l’entente qu’il a conclue avec Postes Canada. Bien sûr, Travaux publics doit obtenir une autorisation législative officielle avant de pouvoir conclure un tel acte commercial sous seing privé; il était clair que le gros des travaux serait exécuté par des fonctionnaires. Et les normes, lignes directrices et procédures gouvernementales devaient normalement être suivies. Mais je ne vois rien en l’espèce qui pourrait faire de l’exécution d’un tel contrat commercial sous seing privé une fonction officielle. À mon sens, on peut dire qu’un ministère exerce des fonctions officielles uniquement lorsqu’il agit dans le cadre de la mission que le législateur fédéral ou le gouverneur en conseil lui ont confiée aux termes d’une loi fédérale.

Sur le fondement des trois propositions que j’ai expliquées, ma conclusion est que les documents et les renseignements que l’intimé a demandés ne sont pas soumis à l’obligation de communication prévue par la *Loi sur l’accès à l’information*. Je suis en conséquence d’avis que le jugement rendu par le juge saisi de la requête soit annulé et que la demande présentée par l’appelante en vue de faire infirmer la décision du ministre de communiquer les documents soit accueillie.

* * *

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je suis d’accord avec les motifs du jugement prononcés par le juge Rothstein. Je désire seulement ajouter quelques remarques à ces motifs.

L’expression «relevant de» («control») que l’on trouve au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*⁵ (la Loi) constitue une notion qui n’est pas définie et qui n’est assujettie à aucune limite. Le

⁵ S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I «1» [maintenant L.R.C. (1985), ch. A-1]. L’art. 4(1) dispose:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l’accès aux

(Suite à la page suivante)

partial, transient and lasting or “*de jure*” and “*de facto*” control. Had Parliament intended to qualify and restrict the notion of control to the power to dispose of the information, as suggested by the appellant, it could certainly have done so by limiting the citizen’s right of access only to those documents that the Government can dispose of or which are under the lasting or ultimate control of the Government.

It is, in my view, as much the duty of courts to give subsection 4(1) of the *Access to Information Act* a liberal and purposive construction, without reading in limiting words not found in the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature as “[i]t is the duty of boards and courts,” as Chief Justice Lamer of the Supreme Court of Canada reminded us in relation to the *Canadian Human Rights Act*,⁶ “to give s. 3 a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature.”⁷ As a general rule, “[I]n reading a statute words should not be added or deleted and the reader should not try to fill the gaps he thinks he sees.”⁸ It is not in the power of this Court to cut down the broad meaning of the word “control” as there is nothing in the Act which indicates that the word should not be given its broad meaning.⁹ On the contrary, it was Parliament’s intention to give the citizen a meaningful right of access under the Act to government information. As Lord Halsbury L.C. said in *Bank of England v. Vagliano Brothers*:

(Continued from previous page)

- (a) a Canadian citizen, or
- (b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

⁶ R.S.C., 1985, c. H-6.

⁷ *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 371. (My emphasis.)

⁸ E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983, at p. 94.

⁹ *Warburton v. Loveland* (1832), 6 E.R. 806 (H.L.).

législateur fédéral n’a pas jugé bon d’établir une distinction entre les documents «relevant d’»une institution fédérale («*under the control of*») de façon ultime ou immédiate, complète ou partielle, temporaire ou permanente ou «*de jure*» ou «*de facto*». Si, comme l’affirme l’appelante, le législateur fédéral avait voulu nuancer la notion véhiculée par l’expression «relevant de» ou la restreindre au pouvoir de disposer des documents, il aurait certainement pu le faire en limitant le droit d’accès des citoyens aux seuls documents dont l’administration fédérale peut disposer ou qui relèvent ultimement ou de façon durable d’elle.

À mon avis, il incombe tout autant aux cours de justice de donner au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* une interprétation libérale et fondée sur l’objet visé, sans ajouter des termes restrictifs qui ne se trouvent pas dans la Loi ou autrement contourner la volonté du législateur, qu’«il incombe aux commissions et aux cours de justice», ainsi que le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada nous l’a rappelé au sujet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*,⁶ «de donner à l’art. 3 une interprétation libérale et fondée sur l’objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner la volonté de la législature»⁷. En règle générale, [TRADUCTION] «lorsqu’on interprète une loi, on ne doit pas y ajouter ou supprimer des mots et le lecteur ne devrait pas essayer de combler les lacunes qu’il pense voir»⁸. La Cour n’a pas le pouvoir de limiter le sens large de l’expression «relevant de» («*control*»), étant donné qu’il n’y a rien dans la Loi qui indique qu’on ne devrait pas donner son sens large à cette expression⁹. Au contraire, le législateur fédéral voulait conférer par la loi aux citoyens un droit d’accès efficace aux documents de l’administration fédérale. Ainsi que le lord juge Hals-

(Suite de la page précédente)

documents relevant d’une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

- a) les citoyens canadiens;
- b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l’immigration*.

⁶ L.R.C. (1985), ch. H-6.

⁷ *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, à la p. 371. (Non souligné dans l’original.)

⁸ E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, à la p. 94.

⁹ *Warburton v. Loveland*, (1832), 6 E.R. 806 (H.L.).

It seems to me that, construing the statute by adding to it words which are neither found therein nor for which authority could be found in the language of the statute itself, is to sin against one of the most familiar rules of construction.¹⁰

I can find no fault with the Trial Judge's finding that Public Works Canada (PWC) had the day-to-day managerial and administrative control over the records that it created and that were in its possession and custody.

In addition, while section 2 of the Act¹¹ refers to "government information" and provides, as its general purpose, the right of access to such information, it appears from a combined reading of section 4 and section 2 that the information that the government has under its control falls into the category of "government information." It also appears clearly from these two provisions that Parliament intended the Act to apply liberally and broadly with the citizen's right of access to such information being denied only in limited and specific exceptions. It is also very significant in this respect that subsection 4(1) contains a "notwithstanding clause" which gives the Act an overriding status with respect to any other Act of Parliament.

In the present instance, section 5.3 of the Comprehensive Realty Management and Services Agreement signed by the appellant and PWC on August 1984 gives the appellant a right to inspect and audit the records held by PWC and to copy and take extracts from such records:

5.2 PWC shall keep accurate books and records of account in respect of services performed for CPC under this agreement,

¹⁰ [1891] A.C. 107 (H.L.), at p. 120.

¹¹ 2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public. [My emphasis.]

bury l'a déclaré dans l'arrêt *Bank of England v. Vagliano Brothers*:

[TRADUCTION] Il me semble que le fait d'interpréter la loi en y ajoutant des mots qu'on n'y trouve pas ou que le libellé de la loi elle-même n'autorise pas à y trouver contrevient à l'une des règles d'interprétation les plus connues¹⁰.

La conclusion du juge de première instance suivant laquelle Travaux Publics Canada (TPC) exerçait un pouvoir quotidien de gestion et d'administration sur les documents qu'il créait et qui étaient en sa possession et sous sa garde est, selon moi, irréfutable.

En outre, bien que l'article 2 de la Loi¹¹ parle de «documents de l'administration fédérale» et prévoit que son objet principal est de consacrer le principe du droit du public à leur communication, il résulte du rapprochement de l'article 4 et de l'article 2 que les documents qui relèvent d'une institution fédérale répondent à la définition de «documents de l'administration fédérale». Il ressort aussi clairement de ces deux dispositions que le législateur fédéral voulait que la Loi ait une application libérale et large et que les exceptions au droit du public à la communication de ces documents soient précises et limitées. Il est par ailleurs très significatif à cet égard que le paragraphe 4(1) contienne une «disposition dérogatoire» qui fait en sorte que la Loi l'emporte sur toute autre loi fédérale.

En l'espèce, l'article 5.3 de l'Entente détaillée sur la gestion des biens immobiliers et les services signée par l'appelante et TPC en août 1984 confère à l'appelante le droit d'examiner et de vérifier les livres et registres tenus par TPC et d'en tirer des copies ou des extraits:

5.2 TPC doit tenir des livres et des registres comptables quant aux services assurés à la SCP en vertu de la présente entente et

¹⁰ [1891] A.C. 107 (H.L.), à la p. 120.

¹¹ 2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

(2) La présente loi a pour objet de compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public. [Non souligné dans l'original.]

and shall complete such statements of account for CPC as CPC may require from time to time.

5.3 CPC may, at any reasonable time and with prior notice to PWC, enter PWC's premises to inspect any books and records of PWC relating to services performed under this agreement, to inspect any other documentation relating to such service, or to perform an audit of all books and records of PWC in relation to the performance of such services. PWC shall allow CPC to copy and take extracts from such books, records, and other documentation and shall assist CPC as requested.

In my view, this lends credibility to the respondent's contention (Duquette) that those records constituted by PWC in the execution of its contract with the appellant, in fact, belong to PWC. Otherwise, why would the appellant give itself a right of access to, audit, inspection and photocopy of its own records?

Finally, I agree with the respondent Duquette and the Information Commissioner of Canada that the records under the control of PWC which were in part created and in part obtained by PWC were collected by that government institution in the performance of its official duties or functions.

As a matter of fact, by enacting, in 1985, subsection 9(3) of the *Public Works Act*,¹² Parliament habilitated PWC to perform services in relation to properties not belonging to Canada:

9. ...

(3) The Minister may, with the approval of the Governor in Council, incur expenditures or perform, or have performed, services or work in relation to

(a) properties belonging to Canada of which the Minister does not have the management, charge or direction; or

(b) properties not belonging to Canada.

In doing so, Parliament obviously had in mind that this government Department could sell its services to third parties not subject to the *Access to Information Act* which it has just recently passed in July 1982. Parliament's awareness of the possibility that the Government could provide services to such third parties and yet remain itself governed by the Act can even be found in subsection 20(2) of the Act which, broadly stated, gives the public a right of access to

¹² R.S.C., 1985, c. P-38, s. 9. S. 3 was enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 13, s. 1.

doit établir, à l'intention de la SCP, tous les états de compte que la SCP peut exiger de temps à autre.

5.3 La SCP peut, à un moment raisonnable et pourvu qu'un préavis a été donné à TPC, entrer dans les locaux de TPC pour vérifier les livres et registres de TPC afférents aux services exécutés en vertu de la présente entente, pour vérifier n'importe quel autre document ayant trait à l'exécution de ces services. TPC autorisera la SCP à tirer des copies ou des extraits de ces livres, de ces registres et de tout autre document et aidera la SCP sur demande.

À mon avis, ces dispositions donnent de la crédibilité à la prétention de l'intimé (Duquette) suivant laquelle les documents constitués par TPC dans le cadre de l'exécution de son contrat avec l'appelante appartiennent en fait à TPC. S'il en était autrement, pourquoi l'appelante s'accorderait-elle à elle-même le droit de vérifier, d'examiner et de photocopier ses propres documents?

Finalement, je suis d'accord avec l'intimé Duquette et avec le Commissaire à l'information du Canada pour dire que les documents qui relèvent de TPC et qui ont été en partie créés par TPC et en partie obtenus par lui ont été recueillis par cette institution fédérale dans l'exécution de ses fonctions officielles.

En fait, en édictant, en 1985, le paragraphe 9(3) de la *Loi sur les travaux publics*¹², le législateur fédéral a habilité TPC à exécuter des services relativement à des biens qui n'appartiennent pas au Canada:

9. ...

(3) Le ministre peut, avec l'agrément du gouverneur en conseil, engager des dépenses ou assurer la prestation de services ou la réalisation de travaux portant:

a) soit sur des biens appartenant au Canada mais sur lesquels lui-même n'a pas compétence;

b) soit sur des biens n'appartenant pas au Canada.

Ce faisant, le législateur fédéral était de toute évidence conscient du fait que ce ministère pouvait vendre ses services à des tiers qui n'étaient pas assujettis à la *Loi sur l'accès à l'information* qui venait tout juste d'être adoptée en juillet 1982. Le fait que le législateur fédéral savait que l'administration fédérale pouvait fournir des services à de tels tiers tout en demeurant elle-même régie par la Loi est confirmé par la Loi elle-même qui, à son paragraphe 20(2),

¹² L.R.C. (1985), ch. P-38, art. 9. L'art. 3 a été édicté par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 13, art. 1.

the results of environmental testing carried out by the Government on behalf of a third party, unless the testing was done for a fee.

I am satisfied that PWC, as a government institution, had in its possession records which fell under its control, that the information contained in these records was obtained by PWC in the legitimate conduct of its official activities pursuant to a contract with the appellant and therefore that such information constituted government information subject to the Act.

Counsel for the appellant forcefully argued that Parliament clearly intended to exclude the appellant from the scope of the Act because the appellant was involved in commercial activities in a highly competitive environment. Therefore, it could not have wanted to bring it back within the ambit of the Act in such an indirect and counterproductive manner.

There is, indeed, a short answer to that contention. The appellant was not required to resort to the services of PWC. It could have entered into a similar agreement with any third party not subject to the Act. It chose to do business with a government institution that it knew was bound by the Act and it cannot now complain of the hardship resulting from its choice.

For these reasons as well as those given by Rothstein J., I would dismiss the appeal with costs to the respondent Duquette.

PRATTE J.A.: I agree.

confère en des termes généraux au public le droit de connaître les résultats des essais environnementaux effectués par l'administration fédérale pour le compte d'un tiers, sauf si les essais ont été effectués à titre

a onéreux.

Je suis convaincu qu'en tant qu'institution fédérale, TPC avait en sa possession des documents qui relevaient de lui, que TPC a obtenu les renseignements contenus dans ces documents dans l'exercice légitime de ses activités officielles conformément à un contrat qu'il avait conclu avec l'appelante et que, par conséquent, ces documents constituaient des documents de l'administration fédérale assujettis à la

b
c Loi.

L'avocat de l'appelante a soutenu énergiquement que le législateur fédéral avait de toute évidence l'intention de soustraire l'appelante au champ d'application de la Loi, parce que celle-ci exerçait des activités commerciales dans un milieu extrêmement compétitif. En conséquence, il ne pouvait vouloir la soumettre à nouveau à l'application de la Loi d'une façon qui soit aussi indirecte et qui aille à ce point à l'encontre du but recherché.

d

e

Il suffit, pour répondre brièvement à cet argument, de dire que l'appelante n'était pas obligée de recourir aux services de TPC. Elle aurait pu conclure une entente semblable avec tout tiers non assujetti à la Loi. Elle a choisi de traiter avec une institution fédérale qui, elle le savait, était liée par la Loi et elle ne peut maintenant se plaindre du préjudice qu'elle subit en raison de son choix.

f

g

Par ces motifs, ainsi que par les motifs exposés par le juge Rothstein, je rejeterais l'appel et j'adjugerais les dépens à l'intimé Duquette.

h

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

A-1520-92
Northeast Marine Services Limited (Respondent)
(Plaintiff)

A-1520-92
Northeast Marine Services Limited (intimée)
(demanderesse)

v.

a c.

Atlantic Pilotage Authority (Appellant) (Defendant)

L'Administration de pilotage de l'Atlantique
(appelante) (défenderesse)

INDEXED AS: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. v. ATLANTIC PILOTAGE AUTHORITY (C.A.)

b RÉPERTORIÉ: NORTHEAST MARINE SERVICES LTD. c. ADMINISTRATION DE PILOTAGE DE L'ATLANTIQUE (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Décary and Létourneau JJ.A.
 —Ottawa, November 8, 9, 1994, January 25, 1995.

c Cour d'appel, juges Stone, Décary et Létourneau,
 J.C.A.—Ottawa, 8 et 9 novembre 1994, 25 janvier 1995.

Contracts — Appeal from trial judgment awarding damages for breach of contract for failure to award respondent pilot boat service contract for Strait of Canso — Respondent submitting lowest bid, but Authority concerned about monopoly as related company awarded North Sydney contract — Trial Judge concluding monopoly prevention undisclosed precondition of tendering process; finding breach of contractual term — Monopoly prevention not condition of tendering process, but relevant consideration in exercise of discretion under rejection clause to reject any tender in public interest — Trial Judge misconstrued evidence in finding appellant wanted to unfairly favour competitor — No evidence of bias — Burden on bidder to address potential monopoly, conflict of interest in bid — No obligation to give bidder opportunity to rebut concerns.

d *Contrats — Appel d'un jugement de première instance accordant des dommages-intérêts pour rupture de contrat par suite de l'omission d'attribuer à l'intimée un contrat de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso — L'intimée avait présenté la soumission la plus basse, mais l'Administration se préoccupait de l'existence d'un monopole étant donné qu'une société liée s'était vu attribuer un contrat à North Sydney — Le juge de première instance a conclu que la condition relative au monopole était une condition requise non divulguée du processus d'appel d'offres; il a conclu à la violation d'une condition contractuelle — La Condition relative au monopole n'était pas une condition du processus de l'appel d'offres, mais une considération se rapportant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de rejeter une offre dans l'intérêt du public en vertu de la clause de rejet — Le juge de première instance a interprété la preuve de façon erronée en concluant que l'appelante voulait favoriser d'une façon injuste un concurrent — Absence de preuve de parti pris — Il incombe au soumissionnaire de résoudre la question du monopole et du conflit d'intérêts possibles dans sa soumission — Absence d'obligation de donner au soumissionnaire la possibilité d'apaiser pareilles préoccupations.*

Corporations — Respondent's bid to provide pilot boat services for Strait of Canso rejected — Pilotage Authority considering financial stability of related company, monopoly issue as related company awarded contract in same area — Judicial test for piercing corporate veil not applicable to prevent Authority from assessing financial condition of potential contractor especially where threat to public safety.

e *Corporations — La soumission de l'intimée en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote dans le détroit de Canso a été rejetée — L'Administration de pilotage a tenu compte de la stabilité financière d'une société liée et de la question du monopole, étant donné que la société liée s'était vu attribuer un contrat dans la même région — Le critère judiciaire, lorsqu'il s'agit de contourner le paravent d'une société, ne peut pas servir à empêcher l'Administration d'évaluer la situation financière d'un entrepreneur éventuel, en particulier lorsque cela peut mettre en danger la sécurité publique.*

Competition — Pilotage Authority, in considering pilot boat service bids, exercising discretion in advertised rejection clause to prevent monopoly — No obligation to expressly advertise tendering Authority will not assist in creation of monopoly to public detriment — Monopoly issue legitimate consideration which should, in public interest, be taken into account.

f *Concurrence — L'Administration de pilotage, en examinant la soumission en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote, exerçait son pouvoir discrétionnaire au moyen de la clause de rejet qui avait été publiée en ce qui concerne le monopole — Aucune obligation de mentionner expressément que l'autorité adjudicative n'aidera pas à la création d'un monopole au détriment du public — La question du monopole*

Maritime law — Pilotage — Pilotage Authority rejecting lowest bid for pilot boat service for Strait of Canso — Concerned about monopoly as related company awarded North Sydney contract, financial stability as related company had suffered property foreclosure — Relevant commercial considerations Authority, in public interest, properly took into account.

This was an appeal from the trial judgment awarding damages for breach of contract for the failure to award the respondent a pilot boat service contract for the Strait of Canso (which separates Cape Breton Island from mainland Nova Scotia).

The appellant received six bids in response to a call for tenders to provide pilot boat services for the Strait of Canso. The newspaper advertisement contained the following clause: "The Authority reserves the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest," but that clause did not appear in the specifications. The Pilot Boat Committee eliminated all tenders but those from the respondent and East Coast Marine Services Ltd. Although the respondent's bid was the lowest, the Board accepted that of East Coast Marine Services Ltd., which was second highest, because it felt that it was unwise to entrust all pilot boat services in one area to the same company. (A company related to the respondent had been awarded the contract for North Sydney and was building a boat for Newfoundland.) Some concern was also expressed about the respondent's financial stability because another related company was the subject of foreclosure proceedings. The Trial Judge held that the granting of the contract to East Coast Marine Services Ltd. was a foregone conclusion because of an undisclosed precondition of the tendering process—that there not be a monopoly. He found that the Authority had breached an implied term of the contract requiring the fair treatment of all bidders.

The issues were whether the Trial Judge had erred in (1) finding that the appellant had imposed a "precondition of monopoly" on the tender; an implied contractual term required the appellant to award the contract to the lowest bidder; that the rejection clause was of no effect; that it was inappropriate for the appellant to "pierce the corporate veil" and look behind the independent legal identities of the related companies; (2) quantifying damages as the profits that the respondent would have earned had it been awarded the contract; (3) concluding that the tender required the employment of only three crew members.

Held (Stone J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

est une considération légitime qui devrait, dans l'intérêt du public, être prise en compte.

Droit maritime — Pilotage — L'Administration de pilotage a rejeté la soumission la plus basse qui avait été présentée en vue de la prestation d'un service de bateau-pilote dans le détroit de Canso — Elle se préoccupait de l'existence d'un monopole étant donné qu'une société liée s'était vu attribuer un contrat à North Sydney, ainsi que de la stabilité financière de la société car la société liée avait fait l'objet d'une forclusion de biens — Considérations commerciales pertinentes dont l'Administration, dans l'intérêt du public, a tenu compte d'une façon légitime.

Il s'agissait d'un appel du jugement de première instance accordant des dommages-intérêts pour rupture de contrat par suite de l'omission d'attribuer à l'intimée un marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso (qui sépare le Cap-Breton de la Nouvelle-Écosse).

L'appelante a reçu six soumissions en réponse à un appel d'offres pour des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso. L'annonce publiée dans les journaux contenait la clause suivante: [TRADUCTION] «L'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse», mais cette clause ne figurait pas dans le cahier des charges. Le comité des bateaux-pilotes a rejeté toutes les soumissions, sauf celle de l'intimée et d'East Coast Marine Services Ltd. La soumission de l'intimée était la plus basse, mais le conseil a retenu celle d'East Coast Marine Services Ltd., qui était la deuxième plus élevée, parce qu'il estimait qu'il serait imprudent de confier à une seule société tous les services de bateau-pilote dans une région. (Une compagnie liée à l'intimée s'était vu attribuer le marché à North Sydney et construisait un bateau pour Terre-Neuve.) On a également exprimé certaines préoccupations au sujet de la stabilité financière de l'intimée parce qu'une autre société liée faisait l'objet de procédures de forclusion. Le juge de première instance a statué qu'il était prévu d'avance que le marché serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. à cause d'une condition requise non divulguée du processus d'appel d'offres, soit celle relative aux monopoles. Il a conclu que l'Administration avait violé une condition implicite du marché selon laquelle tous les soumissionnaires devaient être traités équitablement.

Il s'agissait de savoir si le juge de première instance avait commis une erreur (1) en concluant que l'appelante avait imposé une «condition requise concernant le monopole» à l'égard de l'appel d'offres; qu'une condition contractuelle implicite obligeait l'appelante à attribuer le marché au moins-disant; que la clause de rejet ne s'appliquait pas; qu'il ne convenait pas pour l'appelante de «contourner le paravent de la société» pour voir ce que cachaient les identités juridiques indépendantes des sociétés liées; (2) en quantifiant les dommages comme étant les profits que l'intimée aurait faits si elle s'était vu attribuer le marché; (3) en concluant que l'appel d'offres exigeait l'embauche de trois membres d'équipage seulement.

Arrêt (le juge Stone, J.C.A., dissident): l'appel doit être accueilli.

Per Létourneau J.A. (Décary J.A. concurring): The Trial Judge committed errors which fundamentally flawed his decision. His misconstruction of the evidence coloured his perception of the issues and unfavourably tainted his decision against the appellant. The issue of monopoly was never a condition of the tendering process. There is no obligation to expressly mention in the advertisements of tenders that the tendering Authority will not assist in the creation of a monopoly to the public detriment. The issue of monopoly, like those of safety, financial stability of the bidders, and conflict of interest, are legitimate and relevant commercial considerations that the appellant could, and in the public interest should take into account in the exercise of its power under the "rejection clause." A five-year monopoly could have resulted in other boats leaving the area, possibly resulting in a more costly renewal of the contract or, leaving the area with no pilot boats in the event of a collapse of the respondent's companies. Had the issue of monopoly been a governing condition of the tendering process, the respondent's tender would have been rejected at the outset. The issue of monopoly emerged when the appellant exercised its authority under the "rejection clause" and was a proper and relevant consideration.

Additionally, the Trial Judge misconstrued the evidence in finding that the process was unfair because the appellant wanted to unfairly favour East Coast Marine Services Ltd. over the respondent. There was no evidence that the Committee or the Board of Directors as a whole were biased.

The judicial test enabling courts to pierce the corporate veil did not apply to the Authority which was entrusted with the duty of making contractual arrangements to ensure public safety and the best use of public funds. The judicial test could not be used to prevent the appellant from assessing the financial soundness of a prospective contractor, especially when the financial instability of that corporation might have posed a threat to public safety.

The Pilot Boat Committee was not obliged to give the respondent the opportunity to rebut the concern about monopoly. The burden is on a bidder, who knows of an actual or potential monopoly or conflict of interest, to declare such state of affairs and to provide the tendering Authority with an outline of the measures taken to remedy the problem, or the guarantees offered to prevent the occurrence of such eventuality. He who decides not to reveal or ignore such state of affairs does so at his own peril and takes the risk that the fact, if and when discovered, may adversely impact on him.

Per Stone J.A. (dissenting): A tender brings "contract A" to life, the principal term of which is the irrevocability of the bid and the corollary term of which is the obligation by both parties to enter into a contract (B) upon acceptance of the tender.

Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A., souscrivant à son avis): Le juge de première instance a commis des erreurs qui ont fondamentalement vicié sa décision. L'interprétation erronée qu'il a donnée de la preuve a faussé l'idée qu'il s'était faite des questions litigieuses et a influé d'une façon défavorable sur la décision qu'il a rendue contre l'appelant. La condition du monopole n'a jamais été une condition du processus de l'appel d'offres. Il n'existe aucune obligation de mentionner expressément, dans les annonces d'appel d'offres, que l'autorité adjudicative n'aidera pas à la création d'un monopole au détriment du public. La question du monopole, ainsi que celles de la sécurité, de la stabilité financière des soumissionnaires et du conflit d'intérêts, sont des considérations commerciales légitimes et pertinentes dont l'appelante pourrait et devait, dans l'intérêt public, tenir compte dans l'exercice du pouvoir qui lui était conféré en vertu de la «clause de rejet». L'octroi d'un monopole de cinq ans aurait probablement amené les autres bateaux à quitter la région, ce qui aurait pu entraîner un renouvellement plus coûteux du contrat ou laisser la région sans service de bateaux-pilotes dans le cas de l'effondrement des sociétés de l'intimée. Si la question du monopole avait été une condition du processus de l'appel d'offres, la soumission de l'intimée aurait été rejetée dès le départ. La question du monopole s'est posée au moment où l'appelante a exercé le pouvoir qui lui était conféré en vertu de la «clause de rejet» et il s'agissait d'une considération légitime et pertinente.

De plus, le juge de première instance a interprété la preuve d'une façon erronée en concluant que le processus était inéquitable parce que l'appelante voulait favoriser, d'une façon injuste, East Coast Marine Services Ltd. par rapport à l'intimée. Il n'existait pas la moindre preuve montrant l'existence d'un parti pris de la part du comité ou du conseil d'administration dans son ensemble.

Le critère judiciaire destiné à permettre aux tribunaux de lever le paravent d'une société ne s'appliquait pas à l'Administration qui, dans la passation d'accords contractuels, était tenue d'assurer la sécurité du public et l'utilisation optimale des fonds publics. Le critère judiciaire ne pouvait pas servir à empêcher l'appelante d'évaluer comme il se doit la capacité financière d'un entrepreneur éventuel, en particulier lorsque l'instabilité financière de la société aurait pu mettre en danger la sécurité publique.

Le comité des bateaux-pilote n'était pas obligé de donner à l'intimée la possibilité d'apaiser l'inquiétude au sujet du monopole. Il incombe au soumissionnaire, qui est au courant de l'existence d'un monopole ou d'un conflit d'intérêt réel ou possible, de divulguer cet état de choses et de donner à l'autorité adjudicative un aperçu des mesures qu'il a prises pour résoudre le problème, ou des garanties qu'il offre pour empêcher que pareille éventualité ne se produise. Celui qui décide de ne pas révéler pareil état de choses, ou de ne pas en tenir compte, le fait à ses risques et périls et s'expose à ce que la chose ait sur lui un effet préjudiciable, si elle est découverte.

Le juge Stone, J.C.A. (*dissent*): Une offre donne naissance au «contrat A», dont la condition principale est l'irrévocabilité de la soumission et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un contrat (B) sur acceptation

Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is established in the call for tenders. Although the obligation of fair treatment in the tendering process has sometimes been referred to as implied, it may also be seen as a judicially imposed obligation the purpose of which is to preserve the integrity of the tendering process.

As a general rule this Court must not interfere with a trial judge's findings of fact unless there is palpable and overriding error. Although the Trial Judge apparently misunderstood some of the evidence, the evidence as a whole reasonably justified his finding that the awarding of the contract to East Coast was a foregone conclusion. The error was not palpable and overriding.

Implying a term in "contract A" that required the Authority to award the contract to the lowest bidder was not central to the Trial Judge's conclusion that the contract had been breached. This finding merely buttressed the Judge's view that this was so.

Although the rejection clause in the newspaper advertisement was not included in the specifications, the respondent accepted it upon submitting its bids. It became part of "contract A" when it came into existence. The clause was included in the Authority's "offer;" the respondent's "acceptance" took the form of the submission of its bids. The rejection clause was not intended to nullify the obligation of fair treatment. The Trial Judge's findings, that the tender was "rigged" against the respondent and that the awarding of the contract to East Coast was "foregone," demonstrated that fair treatment was lacking. The rejection clause could not shield the Authority from a charge that it breached the contract by failing to fulfil its fair treatment obligation. In the absence of unfair treatment, the rejection clause would have entitled the Authority to choose from among the several bids submitted regardless of whether the bid chosen was the lowest, highest, or in its best interest. Here, where unfair treatment was established, the rejection clause did not entitle the Authority to reject the respondent's bid when to do so would not be for reason of best interest but from a desire to unfairly favour the successful bidder.

On the Trial Judge's analysis, the respondent's corporate veil could not be pierced unless there was evidence that the group of related companies was "deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose." Despite his view of the law, the Trial Judge's ultimate findings suggest that he did consider conditions raised by Board members as to financial soundness of the group of related companies, but was not persuaded that they were valid.

de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour le propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée dans l'appel d'offres. L'obligation voulant que les soumissionnaires soient traités d'une façon équitable dans le cadre du processus d'appel d'offres a parfois été qualifiée d'implicite, mais elle peut également être considérée comme une obligation judiciaire dont le but est de préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres.

En règle générale, la Cour ne doit modifier les conclusions de fait du juge de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante. Le juge de première instance a apparemment mal compris certains éléments de preuve, mais la preuve dans son ensemble justifiait raisonnablement la conclusion qu'il a tirée, à savoir qu'il était prévu d'avance que le marché serait attribué à East Coast. L'erreur n'était pas manifeste et dominante.

Le fait que le juge de première instance a supposé l'existence d'une condition implicite dans le contrat «A», laquelle obligeait l'Administration à attribuer le contrat au moins-disant, n'était pas essentiel à la conclusion selon laquelle le contrat avait été violé. Cette conclusion renforçait simplement l'opinion du juge de première instance à ce sujet.

La clause de rejet qui figurait dans l'annonce publiée dans les journaux n'a pas été incluse dans le cahier des charges, mais l'intimée l'a acceptée en présentant ses soumissions. Elle a été incorporée dans le contrat «A» au moment où celui-ci a pris naissance. La clause a été incluse dans l'«offre» de l'Administration; l'«acceptation» par l'intimée s'est faite au moyen de la présentation de ses soumissions. La clause de rejet n'était pas destinée à s'appliquer de façon à annuler l'obligation relative au traitement équitable. Les conclusions du juge de première instance, que l'appel d'offres était «truqué» au détriment de l'intimée et qu'il était prévu «d'avance» que le marché serait attribué à East Coast, montrent l'absence de traitement équitable. La clause de rejet ne pouvait pas protéger l'Administration contre l'accusation selon laquelle elle avait violé le contrat A en omettant de s'acquiescer de l'obligation qui lui incombait quant au traitement équitable. En l'absence de traitement inéquitable, la clause de rejet aurait permis à l'Administration d'effectuer un choix parmi les diverses soumissions présentées indépendamment de la question de savoir si la soumission retenue était la plus basse, la plus haute, ou celle qui était plus avantageuse. Dans ce cas-ci, puisqu'il avait été établi que les soumissionnaires avaient été traités d'une façon inéquitable, la clause de rejet n'autorisait pas l'Administration à rejeter la soumission de l'intimée si la chose n'était pas jugée plus avantageuse, mais découlait du désir de favoriser inéquitablement l'attributaire.

Selon l'analyse effectuée par le juge de première instance, le paravent de l'intimée ne pouvait pas être contourné à moins qu'il ne soit prouvé que la structure du groupe de sociétés liées avait été «conçue délibérément, soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion». Malgré l'opinion que le juge de première instance a exprimée au sujet du droit, ses conclusions finales laissent entendre qu'il s'est arrêté aux préoccupations des membres du conseil au sujet de la solvabi-

The aim of an award of damages is to put a plaintiff in the same position he would have been in if the breach had not occurred. The breach was the Authority's failure to treat the respondent fairly in choosing between its bid and that of East Coast. If the breach had not occurred, the Authority would have been choosing between the same two bids. The claim for damages was based upon a breach of contract A, not contract B which had never come into existence. The recovery of damages for breach of contract A did not depend on the existence of an absolute obligation to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder, but upon the respondent standing a chance of being awarded contract B, as the lowest of two remaining qualified bidders when the decision was made. The Trial Judge erred in basing his assessment, at least in part, on a view that the Authority was bound to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder. There was no such obligation, but merely a chance that, absent the unfair treatment, the respondent would have been awarded contract B. It is the value of this lost opportunity, rather than of the contract itself, that should be compensated for in damages.

The Trial Judge correctly found that a four-man crew was not required by the specifications, which were vague on that requirement. It was for the Trial Judge to determine whether a three or four-man crew was called for. He did not misconstrue the specifications or misapprehend the evidence viewed as a whole.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19).
Pilotage Act, S.C. 1970-71-72, c. 52.
Pilotage Act, R.S.C., 1985, c. P-14, ss. 15, 17, 18.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nedco Ltd. v. Clark et al. (1973), 43 D.L.R. (3d) 714; [1973] 6 W.W.R. 425; 73 CLLC 14,192 (Sask. C.A.); *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*, [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.).

CONSIDERED:

R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 S.C.R. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293;

lité du groupe de sociétés liées, mais qu'il n'était pas convaincu qu'elles étaient fondées.

L'octroi de dommages-intérêts vise à mettre le demandeur dans la situation où il aurait été en l'absence de rupture du contrat. La rupture était l'omission par l'Administration de traiter l'intimée équitablement lorsqu'il s'est agi de choisir entre sa soumission et celle d'East Coast. En l'absence de rupture, l'Administration aurait effectué un choix entre les deux mêmes soumissions. La demande de dommages-intérêts était fondée sur la rupture du contrat A, non du contrat B, qui n'avait jamais pris naissance. Le recouvrement des dommages-intérêts découlant de la rupture du contrat A ne dépendait pas de l'existence d'une obligation absolue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions, mais à l'intimée parce qu'elle avait des chances de se voir attribuer le contrat B, étant donné qu'elle était le moins-prenant de deux soumissionnaires restants remplissant les conditions requises, au moment où la décision a été prise. Le juge de première instance a commis une erreur en fondant son évaluation, du moins en partie, sur l'opinion selon laquelle l'Administration était tenue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant. Il n'existait aucune obligation de ce genre, mais il était simplement possible que, en l'absence de traitement inéquitable, l'intimée se soit vue attribuer le contrat B. C'est la valeur de la perte de cette possibilité, plutôt que du contrat lui-même, qui devrait faire l'objet d'une indemnisation au moyen de l'octroi de dommages-intérêts.

Le juge de première instance a eu raison de conclure qu'un équipage de quatre hommes n'était pas nécessaire selon le cahier des charges, qui était vague à ce sujet. Il incombait au juge de première instance de déterminer si un équipage de trois hommes ou de quatre hommes était nécessaire. Le juge de première instance n'a pas interprété le cahier des charges d'une façon erronée ou n'a pas compris la preuve dans son ensemble d'une façon erronée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19).
Loi sur le pilotage, S.C. 1970-71-72, ch. 52.
Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), ch. P-14, art. 15, 17, 18.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nedco Ltd. v. Clark et al. (1973), 43 D.L.R. (3d) 714; [1973] 6 W.W.R. 425; 73 CLLC 14,192 (C.A. Sask.); *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*, [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 R.C.S. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F.

(1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624; (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; 35 C.L.R. 241 (C.A.); *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; (1987), 41 C.C.L.T. 1; 77 N.R. 161; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.); *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.); *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; (1994), 110 D.L.R. (4th) 289; [1994] 2 W.W.R. 609; 18 C.C.L.T. (2d) 209; *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.); *Glenview Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* (1990), 44 Admin. L.R. 97; 34 F.T.R. 292 (F.C.T.D.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; (1991), 96 Sask. R. 171 (Q.B.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1990), 38 C.L.R. 56 (Ont. Dist. Ct.); *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] S.C.R. 425; [1931] 3 D.L.R. 693; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada, [1987] 3 F.C. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.); *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.); *Honestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.); *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; (1959), 21 D.L.R. (3d) 587; 30 W.W.R. 241; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; (1975), 8 N.R. 129; *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633; (1978), 12 A.R. 271; 89 D.L.R. (3d) 1; [1978] 6 W.W.R. 301; 5 B.L.R. 225; 23 N.R. 181; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Couldon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.); *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362; 23 C.L.R. 172 (Q.B.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (Ont. Div. Ct.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (Alta. Q.B.); *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393; [1979] 1 W.W.R. 171; [1979] I.L.R. 1-1061 (B.C.S.C.); *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19

293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624; (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; 35 C.L.R. 241 (C.A.); *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; (1987), 41 C.C.L.T. 1; 77 N.R. 161; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.); *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.); *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; (1994), 110 D.L.R. (4th) 289; [1994] 2 W.W.R. 609; 18 C.C.L.T. (2d) 209; *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.); *Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1990), 44 Admin. L.R. 97; 34 F.T.R. 292 (C.F. 1^{re} inst.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; (1991), 96 Sask. R. 171 (B.R.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.); *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1990), 38 C.L.R. 56 (C. dist. Ont.); *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] R.C.S. 425; [1931] 3 D.L.R. 693; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; (1980), 115 D.L.R. (3d) 257; 14 C.C.L.T. 294; 34 N.R. 1; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.); *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada, [1987] 3 C.F. 144; (1987), 37 D.L.R. (4th) 591; 77 N.R. 141 (C.A.); *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.); *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.); *Honestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.); *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; (1959), 21 D.L.R. (3d) 587; 30 W.W.R. 241; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; (1975), 8 N.R. 129; *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633; (1978), 12 A.R. 271; 89 D.L.R. (3d) 1; [1978] 6 W.W.R. 301; 5 B.L.R. 225; 23 N.R. 181; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Couldon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.); *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362; 23 C.L.R. 172 (B.R.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (C. div. Ont.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (B.R. Alb.); *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393; [1979] 1 W.W.R. 171; [1979] I.L.R. 1-1061 (C.S.C.-B.); *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236;

(C.A.); *Webb & Knapp (Canada) Limited et al. v. City of Edmonton*, [1970] S.C.R. 588; (1970), 11 D.L.R. (3d) 544; 72 W.W.R. 500; 63 C.P.R. 21; 44 Fox Pat. C. 141; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6; 108 D.L.R. (3d) 399; 9 B.L.R. 240; 12 R.P.R. 77 (H.C.); *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 S.C.R. 283; (1915), 22 D.L.R. 614; *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279 (C.A.); *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.).

AUTHORS CITED

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1994.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., Vol. 12, London: Butterworths, 1975.
Shorter Oxford English Dictionary, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969. «rig».
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1993.

APPEAL from trial judgment (*Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1993] 1 F.C. 371; (1992), 57 F.T.R. 81 (T.D.)) awarding damages to the respondent for breach of contract. Appeal allowed.

COUNSEL:

John D. Murphy, Q.C., and *Richard F. Southcott* for appellant (defendant).
Anne S. Derrick for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Halifax, for appellant (defendant).
Buchan, Derrick & Ring, Halifax, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A. (*dissenting*): This is an appeal from a judgment of the Trial Division of October 19, 1992 [[1993] 1 F.C. 371]. By that judgment, the respondent's claim for damages arising out of the failure of the appellant (the Authority) to award the respondent a pilot boat service contract at the Strait of Canso (which separates Cape Breton Island from mainland Nova Scotia) was allowed and damages for breach of contract were assessed at \$235,000 together with post-judgment interest at the rate of 5% per annum.

61 N.R. 19 (C.A.); *Webb & Knapp (Canada) Limited et autre c. La Ville d'Edmonton*, [1970] R.C.S. 588; (1970), 11 D.L.R. (3d) 544; 72 W.W.R. 500; 63 C.P.R. 21; 44 Fox Pat. C. 141; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6; 108 D.L.R. (3d) 399; 9 B.L.R. 240; 12 R.P.R. 77 (H.C.); *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 R.C.S. 283; (1915), 22 D.L.R. 614; *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279 (C.A.); *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.).

DOCTRINE

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1994.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., Vol. 12, London: Butterworths, 1975.
Shorter Oxford English Dictionary, Vol. II, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969. «rig».
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1993.

APPEL d'un jugement de première instance (*Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de Pilotage de l'Atlantique*, [1993] 1 C.F. 371; (1992), 57 F.T.R. 81 (1^{re} inst.)) accordant à l'intimée des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Appel accueilli.

AVOCATS:

John D. Murphy, c.r., et *Richard F. Southcott* pour l'appelante (défenderesse).
Anne S. Derrick pour l'intimée (demanderesse).

PROCUREURS:

Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Halifax, pour l'appelante (défenderesse).
Buchan, Derrick & Ring, Halifax, pour l'intimée (demanderesse).

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

LE JUGE STONE, J.C.A. (*dissentant*): Il s'agit de l'appel d'un jugement que la Section de première instance [[1993] 1 C.F. 371] a rendu le 19 octobre 1992 et par lequel l'action en dommages-intérêts que l'intimée avait intentée par suite de l'omission par l'appelante (l'Administration) de lui attribuer un marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso (qui sépare le Cap-Breton de la Nouvelle-Écosse) a été accueillie, les dommages-intérêts découlant de la rupture de contrat étant fixés à 235 000 \$, avec un intérêt

Costs were reserved. We were told at the hearing of the appeal that costs have since been awarded to the respondent on a party-and-party basis.

The trial occupied a fifteen-day period of Court time, during which the learned Trial Judge heard the testimony of several witnesses who were called by both parties. As will be seen, this testimony was in conflict in some key aspects with the result that the Trial Judge had also to make findings of credibility.

THE PARTIES

The appellant was established as a body corporate in 1971 pursuant to the *Pilotage Act*, S.C. 1970-71-72, c. 52 (now R.S.C., 1985, c. P-14) (the Act). It consists of a Chairman and members. The members are appointed by the Minister of Transport with the approval of the Governor in Council. They together with the Chairman constitute the Board of the Authority. By section 15 of the Act, the Authority is authorized to employ officers and employees and, by section 17, to make by-laws. In addition to the Executive Officers, the Authority was served by a Director of Operations whose appointment is provided for in subsection 400(1) of the Authority's by-laws. By that subsection the Chairman may assign to the Director of Operations "such powers and authority, duties and functions as may be required, to manage and direct the ordinary business and affairs of the Authority." The objects of the Authority are set forth in section 18 of the Act. That section reads:

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

Subsection 525(1) of the Authority's by-laws authorizes the members to create committees and appoint thereto "such persons as they see fit." Any such committee is required to report to the members and to be chaired by a member of the Board. The Authority created a Pilot Boat Committee, which was chaired by the Chairman of the Authority and consisted of the Chairman and three other members of the Board. The Director of Operations, while not a

après jugement au taux annuel de 5 %. La question des dépens a été mise en délibéré. On nous a dit à l'audition de l'appel que les dépens entre parties avaient depuis lors été adjugés à l'intimée.

L'instruction a duré quinze jours, pendant lesquels le savant juge de première instance a entendu les dépositions de plusieurs témoins qui avaient été cités par les deux parties. Comme nous le verrons, ces dépositions se contredisaient sur certains points cruciaux, de sorte que le juge de première instance s'est également vu obligé de tirer des conclusions au sujet de la crédibilité.

LES PARTIES

L'appelante a été constituée en personne morale, en 1971, conformément à la *Loi sur le pilotage*, S.C. 1970-71-72, ch. 52 (maintenant L.R.C. (1985), ch. P-14) (la Loi). Elle est composée d'un président et de membres. Les membres sont nommés par le ministre des Transports, avec l'approbation du gouverneur en conseil. Les membres et le président constituent le conseil de l'Administration. L'article 15 de la Loi autorise l'Administration à employer le personnel et, l'article 17 l'autorise à prendre des règlements administratifs. En plus des cadres de direction, l'Administration avait à son service un directeur des opérations dont la nomination était prévue par le paragraphe 400(1) des règlements administratifs. Cette disposition autorise le président à conférer au directeur des opérations «les attributions qui peuvent être exigées pour gérer et diriger les affaires courantes de l'Administration de pilotage de l'Atlantique». La mission de l'Administration est énoncée à l'article 18 de la Loi. Cette disposition est ainsi libellée:

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

Le paragraphe 525(1) des règlements administratifs de l'Administration autorise les membres à créer des comités et à nommer «les personnes qu'ils jugent capables». Ces comités sont tenus de faire rapport aux membres et sont présidés par un membre du conseil. L'Administration a créé un comité des bateaux-pilotes, qui était présidé par le président de l'Administration et était composé du président et de trois autres membres du conseil. Le directeur des

member of the Pilot Boat Committee, customarily attended its meetings as did a recording secretary. Under the Authority's by-laws, the Chairman, in addition to having one vote as member, was given a casting vote where there was an evenly split vote on any matter before the Authority. Questions arising at a meeting of members were to be decided by a majority of votes.

At all material times, Captain A. D. Latter was Chairman and Chief Executive Officer of the Authority while its Director of Operations was Captain Peter J. Stow.

The respondent is a Nova Scotia corporation which was incorporated in 1981. The majority of its issued and outstanding shares were held by Cantow Marine Limited of which Captain Alick Slater was the majority shareholder. This same gentleman was the majority shareholder of Chedabucto Shipwrights Limited which operated a small shipyard at Port Hawkesbury on the Cape Breton side of the Strait of Canso. Captain Slater was a director and officer of Cantow Marine Limited and of Chedabucto Shipwrights Limited. The learned Trial Judge [at page 380] found as fact that Captain Slater was "the principal actor and spokesman for all three companies." Between 1981 and 1986, Captain Slater, through Cantow Marine Limited, had provided pilot boat service at the Strait of Canso under a contract with the Authority. Its pilot boat *Captain Parker* was used in the performance of that contract. In fact Captain Slater had himself served the Authority in the capacity of pilot over a number of years.

BACKGROUND OF THE DISPUTE

In the autumn of 1986, the Authority advertised calls for tenders for pilot boat services at North Sydney and the Strait of Canso, the tenders being nos. 47 and 48 respectively. The bids submitted were considered by the Pilot Boat Committee at a meeting held November 18, 1986. Captain Stow gave that meeting a written evaluation of the bids. With respect to Tender no. 47 he recommended that the Authority accept the bid of Cantow Marine Limited, which proposed to use the vessel *Captain Parker* which was

opérations, qui n'était pas membre du comité des bateaux-pilotes, assistait habituellement aux réunions du comité, ainsi qu'une secrétaire chargée du compte rendu. En vertu des règlements administratifs de l'Administration, le président, en plus d'avoir une voix à titre de membre, avait voix prépondérante en cas de partage des voix sur une question à l'étude. Les questions qui étaient soulevées aux réunions des membres étaient tranchées à la majorité.

Pendant toute la période qui nous occupe, le capitaine A. D. Latter était président et premier dirigeant de l'Administration, alors que le capitaine Peter J. Stow était directeur des opérations.

L'intimée est une corporation de la Nouvelle-Écosse qui a été constituée en 1981. La majorité de ses actions émises en circulation étaient détenues par Cantow Marine Limited, dont le capitaine Alick Slater était l'actionnaire majoritaire. Ce monsieur était l'actionnaire majoritaire de Chedabucto Shipwrights Limited, qui exploitait un petit chantier à Port Hawkesbury, au Cap-Breton. Le capitaine Slater était administrateur et dirigeant de Cantow Marine Limited et de Chedabucto Shipwrights Limited. Le juge de première instance a conclu [à la page 380] que le capitaine Slater était «le principal agent et porte-parole des trois sociétés». De 1981 à 1986, le capitaine Slater, par l'entremise de Cantow Marine Limited, avait fourni des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso en vertu d'un marché passé avec l'Administration. Il se servait de son bateau-pilote, le *Captain Parker*, dans l'exécution de ce marché. De fait, le capitaine Slater avait lui-même travaillé comme pilote pour l'Administration pendant un certain nombre d'années.

HISTORIQUE DU LITIGE

À l'automne 1986, l'Administration a annoncé des appels d'offres pour des services de bateau-pilote à North Sydney et dans le détroit de Canso, soit les appels d'offres nos 47 et 48 respectivement. Les soumissions présentées ont été examinées par le comité des bateaux-pilotes lors d'une réunion tenue le 18 novembre 1986. Le capitaine Stow a présenté, lors de cette réunion, une évaluation écrite des soumissions. En ce qui concerne l'appel d'offres n° 47, il a recommandé à l'Administration de retenir la soumis-

then in use at the Strait of Canso. That boat would take the place of the *Salvador A* which was then in use at North Sydney. With respect to Tender no. 48, Captain Stow saw the choice as between the bid of the respondent and that of Seabase Canso Offshore Services Ltd., to supply pilot boat service at the Strait of Canso. The Committee recommended that “the contract for pilot boat service in the Strait of Canso be put off until the boat tendered by Seabase Canso Offshore Services Ltd. can be inspected by a pilot” and if found suitable that its hull be further inspected for soundness. Captain Stow’s written evaluation included the following statement:

From a conflict of interest standpoint, I would be reluctant to see one of our pilots have a monopoly on pilot boat services in Cape Breton, particularly since he is also building our new boat for Newfoundland.

The evaluation was annexed to the minutes of the meeting.

The Board met later in the day. It agreed with Captain Stow’s recommendation that the North Sydney contract be awarded to Cantow Marine Limited and that was done. It provisionally approved the bid of Seabase Canso Offshore Services Ltd. for the Strait of Canso service, subject to its boat being accepted and recommended for use after examination on behalf of the Authority and its obtaining a Canada Steamship Inspection certificate for four years. This boat was subsequently found to be unsuited. Thereupon the Chairman and the Director of Operations decided to reject all bids and put out a new tender call for pilot boat services at the Strait of Canso.

Advertisements of the new tender call were published in local newspapers on December 27, 1986 and January 3, 1987. Among these advertisements was the following which appeared in *The Chronicle Herald* and *The Mail-Star* of Halifax on December 27,

sion de Cantow Marine Limited, qui se proposait de se servir du *Captain Parker*, qui était alors utilisé dans le détroit de Canso. Ce bateau devait remplacer le *Salvador A*, qui était alors utilisé à North Sydney. Quant à l’appel d’offres n° 48, le capitaine Stow estimait qu’il fallait choisir entre la soumission de l’intimée et celle de Seabase Canso Offshore Services Ltd., à l’égard des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso. Le comité a recommandé que le marché pour le service de bateau-pilote dans le détroit de Canso soit remis à plus tard tant que le bateau proposé par Seabase Canso Offshore Services Ltd. ne serait pas inspecté par un pilote et, s’il était jugé qu’il convenait, sa coque devait faire l’objet d’une inspection plus rigoureuse pour voir si elle était en bon état. Dans son évaluation écrite, le capitaine Stow faisait remarquer ce qui suit:

[TRADUCTION] Du point de vue du conflit d’intérêts, il me répugnerait de voir l’un de nos pilotes avoir le monopole des services de bateau-pilote au Cap-Breton, d’autant plus qu’il construit en outre un nouveau bateau pour Terre-Neuve.

L’évaluation a été jointe au procès-verbal de la réunion.

Le conseil s’est réuni plus tard ce jour-là. Il a souscrit à la recommandation du capitaine Stow, à savoir que le marché de North Sydney soit attribué à Cantow Marine Limited, et c’est ce qui a été fait. Il a provisoirement approuvé la soumission de Seabase Canso Offshore Services Ltd. pour le service dans le détroit de Canso, à condition qu’après l’inspection pour le compte de l’Administration, son bateau soit accepté et qu’il soit recommandé de l’utiliser et, en outre qu’un certificat d’inspection de sécurité nautique d’une durée de quatre ans soit obtenu. Il a par la suite été jugé que ce bateau ne convenait pas. Le président et le directeur des opérations ont alors décidé de rejeter toutes les soumissions et ont lancé un nouvel appel d’offres pour des services de bateau-pilote dans le détroit de Canso.

Le nouvel appel d’offres a été annoncé dans les journaux locaux les 27 décembre 1986 et 3 janvier 1987. Entre autres, l’annonce suivante a été publiée dans le *Chronicle Herald* et dans le *Mail-Star* de Halifax, le 27 décembre 1986, sous la rubrique [TRA-

1986, under the heading "Transport Canada/Atlantic Pilotage Authority":

ATLANTIC PILOTAGE AUTHORITY

SUITE 1203

BANK OF MONTREAL TOWER

HALIFAX, N.S.

B3J 1M5

TEL; (902) 426-2550

TENDER NO. 50

PILOT BOAT SERVICE—

STRAIT OF CANSO

Scaled tenders for the service listed above will be received by the Director of Operations of the Atlantic Pilotage Authority up to 3:00 p.m. Friday, January 16, 1987.

Detailed specifications and tender envelopes, or further information, may be obtained on application to the Director of Operations. Tenders must be submitted in envelopes supplied by the Authority.

The Authority reserves the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest.

By letters of various dates, Captain Stow forwarded "Specifications for Pilot Boat Service—Strait of Canso" to a number of potential bidders. These included his letter of January 5, 1987 to Captain Slater. That letter bears a file number after which appears "#50" and identifies the service as "pilot boat service in the Strait of Canso." The specifications consisted of two pages. They specified that a "pilot boat service is required to transport pilots to and from vessels entering and leaving the Strait of Canso area commencing March 1, 1987." There is enumerated in paragraph 1 eighteen "minimum requirements." Paragraph 2 provides various details of the service required. It is followed by two paragraphs each numbered 3. The second of these stipulated that the service "is to be provided at a rate per assignment" and that the service contract would be for five years. Clause 3(f) of the specifications for Tenders nos. 47

DUCTION] «Transports Canada—Administration de pilotage de l'Atlantique»:

[TRANSDUCTION] ADMINISTRATION DE PILOTAGE DE L'ATLANTIQUE

BUREAU 1203

TOUR DE LA BANQUE DE MONTRÉAL

HALIFAX (N.-É.)

B3J 1M5

Nº DE TÉL.: (902) 426-2550

APPEL D'OFFRES Nº 50

SERVICE DE BATEAU-PILOTE

DÉTROIT DE CANSO

Les soumissions scellées pour le service susmentionné seront reçues par le directeur des opérations de l'Administration de pilotage de l'Atlantique jusqu'à 15 h, le vendredi 16 janvier 1987.

Des cahiers de charges détaillés et des enveloppes de soumissions, ou tout autre renseignement, peuvent être obtenus sur demande au directeur des opérations. Les soumissions doivent être présentées dans les enveloppes fournies par l'Administration.

L'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse.

Par des lettres portant diverses dates, le capitaine Stow a envoyé le [TRANSDUCTION] «Cahier des charges concernant le service de bateau-pilote—détroit de Canso» à un certain nombre de soumissionnaires possibles. Parmi celles-ci, il y avait la lettre qu'il avait envoyée le 5 janvier 1987 au capitaine Slater. Un numéro de dossier est indiqué dans cette lettre, après quoi figure le «nº 50» puis la mention [TRANSDUCTION] «service de bateau-pilote dans le détroit de Canso». Le cahier des charges comportait deux pages. Il y était précisé qu'un [TRANSDUCTION] «service de bateau-pilote est requis pour transporter les pilotes jusqu'aux navires qui entrent dans le secteur du détroit de Canso et depuis les navires qui quittent ce secteur, à compter du 1^{er} mars 1987». Au paragraphe 1, sont énumérées dix-huit [TRANSDUCTION] «conditions minimums». Le paragraphe 2 donne des détails au sujet du service requis. Il est suivi par deux paragraphes

and 48, viz., "The Authority reserves the right to reject any or all tenders or accept any tender considered in its best interest," was not included in the specifications for Tender no. 50. Finally, in his covering letter of January 5, 1987, Captain Stow stated:

The Tenderer is to forward to the Atlantic Pilotage Authority prior to 1500, 16 January, 1987, a written tender proposal detailing the services offered together with an inclusive rate per assignment. The proposal should also include the specifications and certification of boat and crew.

The successful tenderer will be required to sign an Atlantic Pilotage Authority contract which will include the terms and conditions specified herein and in the attached documents.

In due course, the Authority received six bids in response to Tender no. 50. These were opened at a meeting held in the Authority's office on January 16, 1987. The meeting was presided over by Captain Stow. Two of the bids were submitted by the respondent on the day of the meeting. One, at a bid price of \$199,375, was for the continued use of the *Captain Parker*;¹ the second, at a bid price of \$220,904, was for the use of a yet-to-be constructed "purpose-built" boat to be equipped with twin screws. A third bid, at a price of \$225,000, was submitted by East Coast Marine Services Ltd., a company controlled by Captain Alexander Gay for use of the *Chapel Hill*. Captain Gay had had a long-term contractual relationship with the Authority to crew a boat at North Sydney, which was terminated by the Authority as of Decem-

¹ The respondent clarified its January 16, 1989 bids by stating that a new pilot boat would be built for the North Sydney service in the event "the Authority wish to have the 'Captain Parker' retained in the Strait". (Appeal Book, Vol. III, at pp. 420-422.)

qui portent tous les deux le numéro 3. Le second de ces paragraphes stipule que le service [TRADUCTION] «doit être fourni à la tâche» et que la durée du marché de service est de cinq ans. La clause 3f) du cahier des charges se rapportant aux appels d'offres nos 47 et 48, selon laquelle [TRADUCTION] «l'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse», n'a pas été incluse dans le cahier des charges se rapportant à l'appel d'offres n° 50. Enfin, dans sa lettre d'envoi du 5 janvier 1987, le capitaine Stow a dit ceci:

[TRADUCTION] Le soumissionnaire doit faire parvenir à l'Administration de pilotage de l'Atlantique, avant 15 h, le 16 janvier 1987, une proposition écrite énonçant les services offerts ainsi qu'un tarif à la tâche. La proposition devrait également comprendre le cahier des charges et le certificat du bateau et de l'équipage.

L'attributaire sera tenu de signer un contrat avec l'Administration de pilotage de l'Atlantique, lequel comprendra les conditions générales énoncées dans les présentes et dans les documents annexés.

En temps et lieu, l'Administration a reçu six soumissions en réponse à l'appel d'offres n° 50. Ces soumissions ont été ouvertes lors d'une réunion tenue dans le bureau de l'Administration le 16 janvier 1987. La réunion était présidée par le capitaine Stow. Deux soumissions ont été présentées par l'intimée le jour où la réunion a eu lieu. Dans l'une, au prix de 199 375 \$, on proposait l'utilisation continue du *Captain Parker*¹; dans l'autre, au prix de 220 904 \$, on proposait l'utilisation d'un bateau qui devait être construit «aux fins visées» et qui devait être muni de deux hélices. Une troisième soumission, au prix de 225 000 \$, a été présentée par East Coast Marine Services Ltd., qui était une société contrôlée par le capitaine Alexander Gay, et prévoyait l'utilisation du *Chapel Hill*. Le capitaine Gay avait entretenu une longue relation contractuelle avec l'Administration lorsqu'il s'était agi d'armer un bateau à North Sydney, relation à laquelle l'Administration avait mis fin

¹ L'intimée a clarifié les soumissions qu'elle avait présentées le 16 janvier 1989 en disant qu'un nouveau bateau-pilote serait construit pour le service de North Sydney au cas où [TRADUCTION] «l'Administration voulait que le "CAPTAIN PARKER" demeure dans le détroit». (Dossier conjoint, vol. III, aux p. 420 à 422.)

ber 31, 1986.² Notice of termination was given by the Authority in September of that year. Captain Stow had seen the *Chapel Hill* during a visit to New York in July 1986, where it was laid up from service as a pilot boat. Upon his return from New York, he reported on this boat to Captain Latter who showed some interest in it. Captain Stow drew Captain Gay's attention to the boat later that summer. In October 1986, Captain Gay proceeded to New York and while there decided to purchase the boat with a view to tendering it for the North Sydney service. He put down a \$10,000 deposit on the basis that it would be forfeited if the full purchase price were not paid. With the rejection of Captain Gay's bid on Tender no. 47, it appeared that the purchase would fall through, but a second chance to make the purchase arose when Tender no. 50 was announced.³ The evidence of James Veitch, a representative of the respondent at the January 16, 1987 meeting, was that as the meeting broke up Captain Gay was heard to say:

I don't care what you heard today, I am going to get the contract. And before the year is up, the other contract will be up for grabs.

According to an evaluation of the bids prepared by Captain Stow for the Pilot Boat Committee—in which he converted the “per assignment” bids to “per contract” prices based upon a factor of 500 trip assignments—the lowest and fourth lowest bids were those of the respondent while the second highest bid was that of East Coast Marine Services Ltd. The evaluation represented Captain Stow's best guess as to how each of the bidders met the specifications.⁴ Thus the initial function in the Pilot Boat Committee was to screen out bidders who were not qualified in this sense because they failed to meet these requirements. The Pilot Boat Committee received Captain Stow's evaluation of these bids at its meeting of January 20, 1987. The minutes of that meeting include the following:

² Evidence Gay, Trial Transcript, Vol. 4, at p. 1245.

³ *Ibid.*, at pp. 1257-1258 and 1275.

⁴ Evidence Stow, Trial Transcript, Vol. 6, at pp. 1994-1995.

le 31 décembre 1986². L'avis de résiliation avait été donné par l'Administration au mois de septembre de cette année-là. Le capitaine Stow avait vu le *Chapel Hill* lors d'un séjour à New York, en juillet 1986, où le bateau avait été mis en rade après avoir été utilisé comme bateau-pilote. À son retour, il avait fait rapport sur ce bateau au capitaine Latter, qui avait manifesté un certain intérêt. Le capitaine Stow a attiré l'attention du capitaine Gay sur le bateau plus tard pendant l'été. En octobre 1986, le capitaine Gay s'est rendu à New York et, pendant qu'il y était, il a décidé d'acheter le bateau en vue de l'offrir pour le service de North Sydney. Il a versé en dépôt la somme de 10 000 \$, cette somme devenant déchuë si le prix intégral d'achat n'était pas payé. Par suite du rejet de la soumission présentée par le capitaine Gay à l'égard de l'appel d'offres n° 47, il semblait que l'acquisition ne se ferait pas, mais une seconde chance d'acheter le bateau s'est présentée, lorsque l'appel d'offre n° 50 a été annoncé³. James Veitch, qui avait représenté l'intimée lors de la réunion du 16 janvier 1987, a témoigné avoir entendu le capitaine Gay dire ceci au moment où la réunion a pris fin:

[TRADUCTION] Je me fiche de ce que vous avez entendu aujourd'hui, je vais obtenir le contrat, et avant la fin de l'année, on pourra mettre la main sur l'autre contrat.

Selon une évaluation des soumissions préparées par le capitaine Stow pour le comité des bateaux-pilotes—dans laquelle il avait converti les prix «à la tâche» par des prix «contractuels» fondés sur 500 voyages—la plus basse et la quatrième soumission la plus basse étaient celles de l'intimée, alors que la deuxième soumission la plus élevée était celle d'East Coast Marine Services Ltd. L'évaluation représentait la meilleure estimation du capitaine Stow au sujet de la façon dont chaque soumissionnaire satisfaisait au cahier des charges⁴. Par conséquent, la fonction initiale du comité des bateaux-pilotes était de déterminer les soumissionnaires qui ne remplissaient pas les conditions. Le comité des bateaux-pilotes a reçu l'évaluation des soumissions que le capitaine Stow avait faite lors de sa réunion du

² Témoignage du capitaine Gay, Transcription de l'instruction, vol. 4, à la p. 1245.

³ *Ibid.*, aux p. 1257, 1258 et 1275.

⁴ Témoignage du capitaine Stow, Transcription de l'instruction, vol. 6, aux p. 1994 et 1995.

It was the feelings of the members that everything should not go to Captain Slater, he was now building the boat for Newfoundland and providing the contract pilot boat service in Sydney.

The members decided to take the tenders from Northeast Marine and East Coast Marine Services to the Board for a decision as in their opinion the better boat would be from East Coast Marine Services and the better service would be from Northeast Marine.

A guest at the meeting, Captain T. Pittman who headed a committee of Cape Breton pilots, remarked that pilots were less willing to criticize one of their own—an obvious reference to Captain Slater.

At its meeting of January 20, 1987, the Board accepted the bid of East Coast Marine Services Ltd. The minutes of this meeting disclose the following:

The majority feeling of the meeting was that it was unwise to entrust all pilot boat services in one area to one company.

These minutes also reveal that two members of the Board (Captains Goodyear and Bell) expressed concern with the financial soundness of the respondent, and that Captain Pittman's remarks were noted in the context of safety. A resolution of the Board approving the East Coast Marine Services' bid by a vote of four in favour (including the Chairman) and two against, contains a recital which reads in part:

WHEREAS, it was deemed by the majority of the Board members to be unwise to give a monopoly for pilot boat services in the Cape Breton Region to one operator . . .

The resolution also recites that because of the extra speed of the *Chapel Hill*, a saving of approximately \$10,000 off the estimated quoted price of East Coast Marine Services Ltd. would be effected. The Board's decision was provisional upon that company providing "a back-up pilot boat and fulfill all the terms of the contract." The contract here refers to the pilot boat contract which had yet to be formally entered into between the Authority and the successful bidder.

At the trial, the respondent attacked the Authority's decision refusing to award both the Tender nos. 48 and 50 contracts. The Trial Judge saw no merit in the respondent's objection to the Authority's decision

20 janvier 1987. Le procès-verbal de cette réunion comprend le passage suivant:

[TRADUCTION] Les membres estimaient qu'il ne fallait pas tout attribuer au capitaine Slater; il était en train de construire le bateau pour Terre-Neuve et fournissait le service contractuel de bateau-pilote à Sydney.

Les membres ont décidé de présenter les soumissions de Northeast Marine et d'East Coast Marine Services au conseil en vue d'une décision, étant donné qu'à leur avis, le meilleur bateau serait celui d'East Coast Marine Services et que les meilleurs services seraient assurés par Northeast Marine.

Le capitaine T. Pittman, président d'un comité de pilotes du Cap-Breton, qui avait été invité à la réunion, a fait remarquer que les pilotes étaient moins enclins à critiquer un de leurs membres—remarque qui visait de toute évidence le capitaine Slater.

Lors de la réunion du 20 janvier 1987, le conseil a retenu la soumission d'East Coast Marine Services Ltd. Le procès-verbal de cette réunion révèle ceci:

[TRADUCTION] Lors de la réunion, on a estimé, à la majorité, qu'il serait imprudent de confier tous les services de bateau-pilote dans une région à une seule société.

Ces procès-verbaux révèlent également que deux membres du conseil (les capitaines Goodyear et Bell) se préoccupaient de la solvabilité de l'intimée, et que les remarques que le capitaine Pittman avait faites au sujet de la sécurité ont été notées. Une résolution du conseil approuvant la soumission présentée par East Coast Marine Services, à quatre (dont le président) contre deux, contenait un attendu qui est ainsi libellé:

[TRADUCTION] ATTENDU QUE le conseil d'administration a estimé, à la majorité, qu'il serait imprudent d'accorder un monopole à un seul exploitant à l'égard des services de bateau-pilote pour la région du Cap-Breton . . .

La résolution dit également qu'à cause de la vitesse supérieure du *Chapel Hill*, des économies d'environ 10 000 \$ seraient faites par rapport au prix estimatif proposé par East Coast Marine Services Ltd. Le conseil a pris sa décision à condition que la société puisse fournir [TRADUCTION] «un bateau-pilote de réserve et exécuter toutes les conditions du marché» (soit le marché de service de bateau-pilote qui devait être passé entre l'Administration et l'attributaire).

À l'instruction, l'intimée a contesté la décision qu'avait prise l'Administration de refuser d'attribuer les deux marchés relatifs aux appels d'offres nos 48 et 50. Selon le juge de première instance, l'opposition

on Tender no. 48. That aspect is not the subject of this appeal. He turned then to the Authority's decision on Tender no. 50. He took the view that the respondent's action was one of breach of contract and not of tort. In that light he made a number of findings of fact. At page 393, he found it "incontrovertible that the predominant criterion for evaluating the bids on Tender 50 at the time of the board meeting . . . was the issue of monopoly as it pertained to the plaintiff." At the same page he found that this issue had been on the mind of the Director of Operations since the meeting of the Board in November 1986, that it had been the subject of discussions between him and the Chairman, Captain Latter, "on a number of occasions" and that it had never been made known to the respondent prior to the submission of its bids on January 16, 1987. He found as well, at page 395, that the failure of the Board to consider the respondent's alternate bid for a twin-screw boat to be built—at a lower price than that submitted by East Coast Marine Services Ltd.—was not a "fair basis of evaluation by any standard."

The Trial Judge focused on the respondent's evidence from which it was contended that the granting of a contract for pilot boat services at the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd. was a "foregone conclusion." Some of this evidence, that of Veitch, has been referred to already. Other evidence in the same vein was in the form of affidavits to the effect that Captain Stow had informed Captain Pittman that Captain Gay would get the contract if his bid was within \$30,000 of the lowest bid; that Captain Gay had represented at the time of his application to a lending institution for equity financing in January 1987, that while he had not yet been awarded a contract for pilot boat service at the Strait of Canso the "contract was a foregone conclusion" provided his company's bid "was within \$30,000.00 of the lowest or successful bidder"; and that Captain Stow "did not want one person holding all their contracts in the local area." These affiants testified at the trial and were subjected to vigorous cross-examination.

qu'avait formulée l'intimée à la décision que l'Administration avait prise à l'égard de l'appel d'offres n° 48 n'était pas fondée. L'appel ne porte pas sur ce point. Le juge a ensuite examiné la décision que l'Administration avait prise au sujet de l'appel d'offre n° 50. Il estimait que l'action intentée par l'intimée se rapportait à une rupture de contrat et non à un délit. Cela étant, il a tiré un certain nombre de conclusions de fait. À la page 393, le juge a conclu qu'il était «irrécusable que le critère prédominant selon lequel les soumissions dans le cadre de l'appel d'offres n° 50 ont été évaluées, lors de la réunion du conseil . . . a été la question du monopole par rapport à la demanderesse . . .». À la même page, il a conclu que le directeur des opérations avait cette question à l'esprit depuis la réunion du mois de novembre 1986, qu'il en avait discuté avec le président (soit le capitaine Latter) «à plusieurs reprises» et que la question n'avait jamais été portée à l'attention de l'intimée avant que cette dernière ne présente ses soumissions, le 16 janvier 1987. À la page 395, il a également conclu que l'omission par le conseil d'examiner la seconde soumission de l'intimée relativement à la construction d'un navire à deux hélices—à un prix inférieur à celui d'East Coast Marine Services Ltd.—n'était pas «[à] tous égards . . . un critère équitable d'évaluation».

Le juge de première instance a mis l'accent sur la preuve présentée par l'intimée, par suite de laquelle il avait été soutenu qu'«il était prévu d'avance» que le marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. Une partie de cette preuve, soit la déposition de M. Veitch, a déjà été mentionnée. D'autres éléments de preuve du même genre ont été présentés sous la forme d'affidavits disant que le capitaine Stow avait informé le capitaine Pittman que le capitaine Gay obtiendrait le marché si l'écart entre sa soumission et celle du moins-disant était d'au plus 30 000 \$; que le capitaine Gay avait déclaré, au moment où il avait présenté sa demande à un établissement de crédit afin d'obtenir un financement par capitaux propres, en janvier 1987, qu'on ne lui avait pas encore attribué un marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso, mais qu'[TRADUCTION] «il était prévu d'avance que le marché lui serait attribué» à condition que [TRADUCTION] «l'écart entre sa soumission et

At page 398 of his reasons, the Trial Judge made the following important finding:

Taking all these factors into account, I find that it was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant, acting through its responsible officers and directors, that the plaintiff was never even in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions of monopoly. In other words, the tendering process was rigged against the plaintiff from the very outset.

The Trial Judge also found, at page 396, that Captain Stow had played more than a passive role within the tendering process with respect to Tender no. 50 *vis-à-vis* the bid of East Coast Marine Services Ltd. He found that it was Captain Stow who had raised the issue of monopoly in relation to the respondent's bid on Tender no. 48 and that it was he who had alerted Captain Gay to the availability of the *Chapel Hill* which he tendered for the Strait of Canso service. Moreover, the Trial Judge saw a letter of September 11, 1986, written by the Authority's Corporate Secretary on behalf of Captain Gay and containing a "glowing testimonial to Captain Gay's personal qualities and capabilities," as indicating "possible favouritism." That letter was attached to the bid of East Coast Marine Services Ltd. at the time it was submitted in response to Tender no. 50.

At page 412 of his reasons, the Trial Judge made this important finding:

I also found as a fact that the defendant rigged the bid against the plaintiff in the tendering process for Tender 50 by adopting as its governing criteria for the awarding of the tender conditions which excluded the plaintiff from any consideration whatever, and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded.

In this context he also found [at page 413]:

celle du moins-disant ou de l'attributaire soit d'au plus 30 000 \$»; et que le capitaine Stow [TRADUCTION] «ne voulait pas qu'une seule personne obtienne tous les marchés dans la région». Ces affiants ont témoigné à l'instruction et ont été assujettis à un contre-interrogatoire vigoureux. À la page 398, le juge de première instance a tiré la conclusion importante ci-après énoncée:

Prenant en considération tous ces facteurs, je conclus qu'il était prévu d'avance, dans l'esprit de la défenderesse, agissant par l'entremise de ses dirigeants et administrateurs compétents, que la demanderesse n'aurait même pas la chance de voir ses soumissions examinées équitablement dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, à cause des conditions requises, non divulguées, relatives au monopole. Autrement dit, le processus de l'appel d'offres a été truqué au détriment de la demanderesse dès le départ.

À la page 396, le juge de première instance a également conclu que le capitaine Stow n'avait pas joué un rôle purement passif en ce qui concerne l'appel d'offres n° 50, par rapport à la soumission d'East Coast Marine Services Ltd. Il a conclu que c'était le capitaine Stow qui avait soulevé la question du monopole relativement à la soumission que l'intimée avait présentée à l'égard de l'appel d'offres n° 48 et que c'était lui qui avait signalé au capitaine Gay la possibilité d'utiliser le *Chapel Hill*, soit le bateau qu'il avait offert en vue de la fourniture des services dans le détroit de Canso. En outre, le juge de première instance a considéré la lettre du 11 septembre 1986, rédigée par le secrétaire de l'Administration pour le compte du capitaine Gay et contenant une «recommandation chaleureuse du capitaine Gay en raison de ses qualités personnelles et de ses compétences», comme un «signe de favoritisme». Cette lettre a été jointe à la soumission présentée par East Coast Marine Services Ltd. en réponse à l'appel d'offres n° 50.

À la page 412, le juge de première instance a tiré cette conclusion importante:

J'ai également conclu que la défenderesse avait truqué l'appel d'offres au détriment de la demanderesse dans le processus de l'appel d'offres n° 50 en adoptant comme critères déterminants pour l'attribution du marché des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué.

Dans ce contexte, le juge a également conclu ceci [à la page 413]:

There is no question here that the plaintiff met all the terms and conditions of the specifications set out in the call for tenders, but that its low bid failed because of the defendant's apprehension regarding monopoly.

THE ISSUES

The issues raised by the Authority, as set forth in its written argument, are as follows:

(1) Whether the Learned Trial Judge misconstrued the evidence in finding that the Appellant had imposed a "precondition of monopoly" on Tender 50, thereby breaching an implied term requiring it to treat all bidders fairly;

(2) Whether the Learned Trial Judge erred in finding that the contractual relationship between the Appellant and the Respondent on Tender 50 contained an implied term requiring the Appellant to award the contract for pilot boat service to the lowest bidder;

(3) Whether the Learned Trial Judge erred in finding that the Rejection Clause in Tender 50 was of no effect;

(4) Whether the Learned Trial Judge erred in finding that it was inappropriate for the Appellant to "pierce the corporate veil" and look behind the independent legal identities of the Slater Companies;

(5) Whether the Learned Trial Judge erred in quantifying damages as the profits that the Respondent would have earned had it been awarded the contract for pilot boat service on Tender 50; and

(6) Whether the Learned Trial Judge erred, in quantifying damages for loss of profits, in concluding that the provision of pilot boat services pursuant to Tender 50 required the employment of only three crewmembers.

ANALYSIS

General

The respondent supports the judgment below in all but one particular. It contends that the judgment should be varied because of the factor which the Trial Judge took into consideration in reducing the damages he otherwise assessed. It will be necessary to consider the respondent's submission on this point only if it is first concluded that the Trial Judge's finding of liability ought not to be disturbed.

Il n'y a aucun doute qu'en l'espèce, la demanderesse remplissait toutes les conditions du cahier des charges énoncées dans l'appel d'offres, mais que son offre, qui était la plus basse, n'a pas été retenue à cause des craintes de la défenderesse au sujet du monopole.

LES QUESTIONS LITIGIEUSES

Les questions soulevées par l'Administration, lesquelles sont énoncées dans les arguments écrits de cette dernière, sont ainsi libellées:

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir:

(1) Si le juge de première instance a interprété la preuve d'une façon erronée en concluant que l'appelante avait imposé une «condition requise concernant le monopole» à l'égard de l'appel d'offres n° 50, violant ainsi une condition implicite l'obligeant à traiter tous les soumissionnaires équitablement;

(2) Si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la relation contractuelle qui existait entre l'appelante et l'intimée, à l'égard de l'appel d'offres n° 50, renfermait une condition implicite obligeant l'Administration à attribuer le marché de service de bateau-pilote au moins-disant;

(3) Si le juge de première instance a commis une erreur, en concluant que la clause de rejet figurant dans l'appel d'offres n° 50 ne s'appliquait pas;

(4) Si le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il ne convenait pas pour l'appelante de «contourner le paravent» pour voir ce que cachaient les identités juridiques indépendantes des sociétés Slater;

(5) Si le juge de première instance a commis une erreur en quantifiant les dommages comme étant les profits que l'intimée aurait faits si elle s'était vu attribuer le marché de service de bateau-pilote à l'égard de l'appel d'offres n° 50; et

(6) Si le juge de première instance a commis une erreur, lorsqu'il a quantifié les dommages découlant du manque à gagner, en concluant que la fourniture de services de bateau-pilote conformément à l'appel d'offres n° 50 exigeait l'embauchage de trois membres d'équipage seulement.

ANALYSE

h Généralités

L'intimée souscrit au jugement d'instance inférieure sur tous les points sauf un. Elle soutient que le jugement devrait être modifié à cause de l'élément dont le juge de première instance a tenu compte en réduisant le montant des dommages-intérêts qu'il aurait par ailleurs accordé. Il faudra examiner l'argument de l'intimée sur ce point seulement s'il est en premier lieu conclu que la conclusion que le juge de première instance a tirée au sujet de la responsabilité ne devrait pas être modifiée.

The parties are in agreement that the law as laid down in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, with respect to the formation of contracts made in a tendering process, applies in this case. While that case concerned a tendering process in the construction industry, there would appear to be no sound reason for not applying the principles therein enunciated to the circumstances of this case. At pages 122-123, Estey J. set forth these principles as follows:

The tender submitted by the respondent brought contract A into life. This is sometimes described in law as a unilateral contract, that is to say a contract which results from an act made in response to an offer, as for example in the simplest terms, "I will pay you a dollar if you will cut my lawn". No obligation to cut the lawn exists in law and the obligation to pay the dollar comes into being upon the performance of the invited act. Here the call for tenders created no obligation in the respondent or in anyone else in or out of the construction world. When a member of the construction industry responds to the call . . . that response takes the form of the submission of a tender, or a bid as it is sometimes called. The significance of the bid in law is that it at once becomes irrevocable if filed in conformity with the terms and conditions under which the call for tenders was made and if such terms so provide. There is no disagreement between [*sic*] the parties here about the form and procedure in which the tender was submitted by the respondent and that it complied with the terms and conditions of the call for tenders. Consequently, contract A came into being. The principal term of contract A is the irrevocability of the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender. Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders.

The difficulty between the parties in the present case concerns the application of these principles.

Ron Engineering was applied by this Court in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 and in *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. v. Canada*, [1987] 3 F.C. 144. It was also applied by the British Columbia Court of Appeal in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624. These decisions show that in addition to the obligations resting upon an owner based on the terms and conditions of a call for tenders, that person is obliged, as Mahoney J.A. put in

Les parties conviennent que le droit, tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, en ce qui concerne la formation de marchés dans le cadre d'un processus d'appel d'offres, s'applique en l'espèce. Cet arrêt se rapportait à un processus d'appel d'offres dans l'industrie de la construction, mais il semblerait n'y avoir aucune raison valable de ne pas appliquer les principes qui y ont été énoncés aux circonstances de l'espèce. Aux pages 122 et 123, le juge Estey a énoncé ces principes comme suit:

La soumission présentée par l'intimée a donné naissance au contrat A. Celui-ci est parfois appelé en droit contrat unilatéral. c.-à-d. un contrat qui résulte d'un acte fait en réponse à une offre, par exemple, de la façon la plus simple: «Je vous paierai un dollar si vous tondez mon gazon». Il n'y a pas, en droit, d'obligation de tondre le gazon et l'obligation de verser un dollar ne naît que de l'exécution de l'acte mentionné dans l'offre. En l'espèce, l'appel d'offres n'a créé aucune obligation pour l'intimée, ni pour qui que ce soit dans l'industrie de la construction ou hors de celle-ci. Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres . . . elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

Le litige qui oppose les parties ici en cause concerne l'application de ces principes.

L'arrêt *Ron Engineering* a été appliqué par la Cour dans les arrêts *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), et *Canamerican Auto Lease and Rental Ltd. c. Canada*, [1987] 3 C.F. 144 (C.A.). Il a également été appliqué par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624. Ces décisions montrent qu'en plus des obligations incombant au propriétaire, par suite des modalités d'un appel d'offres, cette per-

Best Cleaners, supra, at page 306, “not to award a contract except in accordance with the terms of the tender call.” Although dissenting, Pratte J.A. expressed the view, at page 300, that while *Ron Engineering, supra*, does not speak of implying a term in contract A, a term was to be implied so as to impose upon the owner calling the tenders “the obligation to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others.” That view was adopted by Legg J.A. in *Chinook Aggregates, supra*, at page 629. There is no disagreement in the present case that such a term was properly implied in contract A which came into existence on January 16, 1987 at the time the respondent’s bids were submitted.

Implying a term in a written contract may be done only in exceptional circumstances. The reason for the reluctance is based on the sound policy that parties should be held to the express terms of their contract and not saddled with terms that they did not intend. The circumstances in which a term may be implied are discussed by Le Dain J. in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711. Of the three categories he there mentions at pages 762-767, one is based on presumed intention of the parties that such a term is necessary in order to give a contract “business efficacy.” Of the illustrations he gives of cases that fall within this category is *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.), which was cited with approval by Lord Salmon in *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.), at page 263 where he said:

I find it difficult to think of any term which it could be more necessary to imply than one without which the whole transaction would become futile, inefficacious and absurd . . .

Another is *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.), at page 227, where MacKinnon L.J. expressed the now generally

sonne a l’obligation, comme le juge Mahoney, J.C.A., l’a dit dans l’arrêt *Best Cleaners*, précité, à la page 306, «de n’accorder un contrat qu’en conformité des modalités de l’appel d’offres». Bien qu’il fût dissident, le juge Pratte, J.C.A., a exprimé, à la page 300, l’avis selon lequel l’arrêt *Ron Engineering*, précité, ne dit pas qu’on suppose l’existence d’une condition implicite dans le contrat A, mais qu’il faut supposer l’existence d’une condition de façon à imposer au propriétaire qui présente un appel d’offres «l’obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de n’accorder à aucun d’entre eux un avantage indu sur les autres». Cette opinion a été adoptée par le juge Legg, J.C.A., dans l’arrêt *Chinook Aggregates*, précité, à la page 629. En l’espèce, il n’existe pas de désaccord quant au fait que l’existence de pareille condition a à juste titre été supposée dans le contrat A qui a pris naissance le 16 janvier 1987, au moment où l’intimée a présenté ses soumissions.

On ne peut supposer l’existence d’une condition implicite dans un contrat écrit que dans des circonstances exceptionnelles, et ce, à cause de la ligne de conduite légitime selon laquelle les parties devraient être tenues de respecter les conditions expresses de leur contrat et non se voir imposer des conditions qu’elles ne prévoyaient pas. Les circonstances dans lesquelles on peut supposer l’existence d’une condition implicite sont examinées par le juge Le Dain dans l’arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711. Des trois catégories que le juge mentionne, aux pages 762 à 767, l’une est fondée sur l’intention présumée des parties, à savoir que pareille condition est nécessaire afin de donner au contrat une «efficacité commerciale». Parmi les exemples que le juge donne de cas qui peuvent être rangés dans cette catégorie, il y a l’arrêt *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177 (C.A.), que lord Salmon a cité en l’approuvant dans l’arrêt *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239 (H.L.), à la page 263, lorsqu’il a dit ceci:

[TRADUCTION] J’ai du mal à concevoir de terme implicite plus nécessaire qu’un terme sans lequel l’opération dans son ensemble deviendrait futile, inefficace et absurde . . .

Un autre arrêt est l’arrêt *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206 (C.A.), à la page 227, dans lequel le lord juge MacKinnon a

accepted view that a term may be implied where to do so is "so obvious that it goes without saying." In the present case, the Trial Judge accepted Captain Latter's evidence that the Authority desired every tenderer to have "an even break or fair chance in the bidding process."

The circumstances which obtained in the foregoing decisions gave rise to a need to imply a term in a contract in order to give it business efficacy. As I see it, that is not the precise office of an obligation of fair treatment in the tendering process. Although this obligation has sometimes been referred to as implied, it may also be seen as a judicially imposed obligation whose purpose and object is to preserve the integrity of the tendering process.

In any appeal from a trial judge another important consideration comes into play. As a general rule, this Court must not interfere with findings of fact. The scope of the principle was most recently summed up in *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at page 121, where McLachlin J. stated:

It is by now well established that a Court of Appeal must not interfere with a trial judge's conclusions on matters of fact unless there is palpable or overriding error. In principle, a Court of Appeal will only intervene if the judge has made a manifest error, has ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence, or has drawn erroneous conclusions from it: see *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at pp. 188-89 (per L'Heureux-Dubé J.), and all cases cited therein, as well as *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at pp. 388-89 (per Wilson J.), and *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806-8 (per Ritchie J.). A Court of Appeal is clearly not entitled to interfere merely because it takes a different view of the evidence. The finding of facts and the drawing of evidentiary conclusions from facts is the province of the trial judge, not the Court of Appeal.

By this statement, I do not understand McLachlin J. to have rejected any of the reasons which underlie the principles she so succinctly summarizes. This would seem to be so from her reliance upon *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R.

exprimé l'opinion maintenant généralement acceptée selon laquelle une condition implicite peut être présumée lorsque la chose est [TRADUCTION] «si évidente que cela va sans dire». En l'espèce, le juge de première instance a retenu le témoignage du capitaine Latter selon lequel l'Administration voulait que chaque soumissionnaire ait «des chances égales dans le cadre du processus de l'appel d'offres».

Les circonstances qui existaient dans les décisions susmentionnées ont donné lieu à la nécessité de supposer l'existence d'une condition implicite dans un contrat afin de rendre celui-ci commercialement efficace. À mon sens, ce n'est pas le but précis de l'obligation voulant que les soumissionnaires soient traités d'une façon équitable. Cette obligation a parfois été qualifiée d'implicite, mais elle peut également être considérée comme une obligation judiciaire dont le but et l'objet est de préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres.

Dans tout appel d'une décision rendue en première instance, une autre considération importante entre en ligne de compte. En règle générale, la Cour ne doit pas modifier les conclusions de fait. La portée du principe a plus récemment été résumée dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, à la page 121, où le juge McLachlin a dit ceci:

Il est maintenant bien établi qu'une cour d'appel ne doit modifier les conclusions d'un juge de première instance sur des questions de fait que si celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante. En principe, une cour d'appel n'interviendra que si le juge a commis une erreur manifeste, s'il n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, s'il a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées: voir *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé), et toute la jurisprudence qui y est citée, de même que les arrêts *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, aux pp. 388 et 389 (le juge Wilson), et *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 à 808 (le juge Ritchie). Une cour d'appel n'est manifestement pas autorisée à intervenir pour le simple motif qu'elle perçoit la preuve différemment. Il appartient au juge de première instance, et non à la cour d'appel, de tirer des conclusions de fait en matière de preuve.

Je n'interprète pas ces remarques comme ayant pour effet de rejeter l'une quelconque des raisons qui sous-tendent les principes que le juge McLachlin résume ainsi succinctement. Il semblerait que ce soit le cas, étant donné qu'elle se fonde sur l'arrêt *Stein et*

802, where Ritchie J., at pages 806-808, referred to a number of English authorities: *Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.); *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.) and the Supreme Court's own decision in *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210. That Court has since repeated its insistence as indeed *Toneguzzo-Norvell, supra*, illustrates, that a trial judge's advantages as the finder of fact must be borne in mind by an appellate court and that interference with such findings must be limited to exceptional cases. Particular difficulty arises for a reviewing court where the credibility of witnesses is in issue or even where witnesses were seen to exaggerate or prone to partisanship.

The sound reasons for the principle of non-intervention are identified in the decisions which I have just mentioned. I refer to one additional authority as illustrative of the point. In *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.), many of the earlier English decisions were again canvassed. Each of the law lords who heard the case expressed themselves on the point. I wish here to draw on the speeches of Lord Macmillan and Lord Simonds who reminded us of the difficulty faced by an appellate court in reviewing findings of fact and the caution that must be exercised in carrying out the task. One of these difficulties arises from the fact that an appellate court must conduct its review on the basis of a written record. The significance of this was emphasized by Lord Macmillan, at pages 490-491:

The appellate court has before it only the printed record of the evidence. Were that the whole evidence it might be said that the appellate judges were entitled and qualified to reach their own conclusion upon the case. But it is only part of the evidence. What is lacking is evidence of the demeanor of the witnesses, their candour or their partisanship, and all the incidental elements so difficult to describe which make up the atmosphere of an actual trial. This assistance the trial judge possesses in reaching his conclusion but it is not available to the appellate court. So far as the case stands on paper, it not infrequently happens that a decision either way may seem

autres c. «Kathy K» et autres (Le navire), [1976] 2 R.C.S. 802, dans lequel le juge Ritchie, aux pages 806 à 808, a cité un certain nombre d'arrêts anglais—*Sir Robert Peel, The* (1880), 4 Asp. M.L.C. (N.S.) 321 (C.A.); *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. 35 (H.L.) *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.); *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.) et sur l'arrêt *Prudential Trust Co. et al v. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, de la Cour suprême du Canada. Cette Cour a depuis lors répété avec insistance, comme le montre de fait l'arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité, que la cour d'appel doit se rappeler l'avantage que possède le juge de première instance en sa qualité de juge des faits et qu'elle ne doit modifier pareilles conclusions que dans des cas exceptionnels. Un problème particulier se pose pour le tribunal de contrôle, lorsque la crédibilité des témoins est contestée ou même lorsqu'on estime que les témoins exagèrent ou sont portés à avoir une attitude partisane.

Les raisons sur lesquelles est fondé le principe de non-intervention sont énoncées dans les décisions que je viens de mentionner. Je citerai un autre arrêt pour illustrer la chose. Dans l'arrêt *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.), un grand nombre des décisions anglaises antérieures ont de nouveau été examinées. Chaque lord qui a entendu l'affaire s'est prononcé sur ce point. Je veux ici faire appel aux remarques de lord Macmillan et de lord Simonds, qui nous ont rappelé les difficultés auxquelles fait face la cour d'appel lorsqu'elle examine des conclusions de fait et la prudence dont elle doit faire preuve dans l'exécution de cette tâche. L'une de ces difficultés découle du fait que la cour d'appel doit effectuer son examen en se fondant sur une transcription. L'importance de ce fait a été soulignée par lord Macmillan, aux pages 490 et 491:

[TRADUCTION] Le tribunal d'appel ne dispose que de la transcription des témoignages. S'il s'agissait de toute la preuve, on pourrait dire que les juges du tribunal d'appel ont le droit et sont en mesure de tirer leurs propres conclusions à partir de la preuve. Mais ce n'est qu'une partie de la preuve. Ce qu'il manque, c'est la preuve du comportement des témoins, leur franchise ou leur esprit partisan, ainsi que tous ces éléments accessoires si difficiles à décrire qui composent l'atmosphère du procès même. Le juge de première instance bénéficie de cette aide pour tirer des conclusions, mais le tribunal d'appel en est démuné. Tant que la preuve reste sur papier, il arrive

equally open. When this is so, and it may be said of the present case, then the decision of the trial judge, who has enjoyed the advantages not available to the appellate court, becomes of paramount importance and ought not to be disturbed.

A passage in the speech of Lord Simonds seems to me of relevance here as well because, as I shall note, apart from some specific instances, the Trial Judge made no adverse comment on the credibility of witnesses whose testimony, if accepted, could well have led him to a different conclusion. Lord Simonds makes the following observation at page 492 in response to a submission of counsel:

There I should be content to leave this case but for certain criticisms made by counsel for the respondent in his able and candid address. Relying on the testimony of certain witnesses called on behalf of the respondent (whom I need not name) he said that the learned Lord Ordinary had come to a conclusion which was diametrically opposed to that testimony, yet he had not explicitly stated that he did not accept them as witnesses of truth nor indeed, made any adverse comment upon them. Your Lordships were therefore invited to find that the learned judge had forgotten or ignored this evidence and to hold that his judgment was thereby vitiated. I believe this to be fundamentally unsound criticism. The trial judge has come to certain conclusions of fact; your Lordships are entitled and bound, unless there is compelling reason to the contrary, to assume that he has taken the whole of the evidence into his consideration. If his conclusion is inconsistent with the evidence of certain of the witnesses but he does not, in terms, stigmatize them as false witnesses, it is not the proper or necessary inference that he has forgotten or ignored them; of this the present case is a cogent example, for I can well understand why the Lord Ordinary, while not accepting his evidence, did not think fit to comment unkindly on one at least of the witnesses in question.

Further, it has been held that an appellate court should not interfere with the findings at trial where the only point in issue is the interpretation of the evidence as a whole (*Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371). This is particularly so where the credibility of witnesses is in issue.

Misconstruction of the evidence

I turn now to the first issue raised by the Authority. The submission here is that the Trial Judge misconstrued the evidence in finding that the Authority had

fréquemment qu'elle donne ouverture à une décision dans un sens comme dans l'autre. Si tel est le cas, ce qui semble l'être en l'espèce, la décision du juge de première instance, qui a bénéficié d'avantages dont le tribunal d'appel ne dispose pas, prend une importance incontestable et ne devrait pas être modifiée.

Il me semble également opportun de citer ici un passage des remarques que lord Simonds a faites parce que, comme je le noterai, sauf dans certains cas précis, le juge de première instance n'a fait aucune observation défavorable au sujet de la crédibilité des témoins dont la déposition, si elle avait été retenue, aurait bien pu l'amener à tirer une conclusion différente. Lord Simonds fait observer ce qui suit, à la page 492, en réponse à l'argument invoqué par l'avocat:

[TRADUCTION] Je serais heureux de mettre cette affaire de côté si ce n'était de certaines critiques que l'avocat de l'intimé a formulées dans son exposé fort savant et sincère. En se fondant sur la déposition de certains témoins cités pour le compte de l'intimé (que je n'ai pas à nommer), il a dit que le lord Ordinary était arrivé à une conclusion tout à fait contraire à leur déposition; pourtant, il n'avait pas expressément déclaré qu'il ne considérait pas leur déposition comme véridique et, de fait, il n'a fait aucun commentaire défavorable à ce sujet. On a invité Vos Seigneuries à conclure que le juge a oublié ce témoignage ou n'en a pas tenu compte et de déclarer que son jugement en a été vicié. À mon avis, il s'agit d'une critique essentiellement mal fondée. Le juge de première instance a tiré certaines conclusions de fait; à moins de motif contraire très convaincant, Vos Seigneuries ont le droit et sont tenues de présumer qu'il a tenu compte de l'ensemble de la preuve. Si sa conclusion est incompatible avec la déposition de certains témoins, mais qu'il ne les qualifie pas directement de faux témoins, cela ne signifie pas nécessairement qu'il les a oubliés ou n'en a pas tenu compte; la présente affaire en est un exemple pertinent, car je comprends bien pourquoi le lord Ordinary, tout en n'acceptant pas son témoignage, n'a pas jugé bon de passer des commentaires désobligeants sur au moins l'un des témoins en cause.

En outre, il a été jugé que la cour d'appel ne devrait pas modifier les conclusions tirées en première instance lorsque le seul point litigieux porte sur l'interprétation de la preuve dans son ensemble (*Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371). Cela est particulièrement vrai lorsque la crédibilité des témoins est contestée.

Interprétation erronée de la preuve

J'examinerai maintenant la première question soulevée par l'Administration. Il est soutenu que le juge de première instance a interprété la preuve d'une

imposed a “precondition of monopoly.” I agree that the Trial Judge was mistaken in his treatment of some of the evidence when he stated, at page 381, that the minutes of the meeting of the Pilot Boat Committee of November 18, 1986 were “signed by Captain Stow” and, that these minutes concluded with the statement I have already quoted from Captain Stow’s written evaluation of the same date. That evaluation was annexed to the minutes. The Trial Judge was mistaken as well when he found later on, at page 385, that this concern of Captain Stow was “reiterated” at the meeting of the Pilot Boat Committee of January 20, 1987. The subject of monopoly was raised at this second meeting of the Pilot Boat Committee; there is no evidence that it was considered at the first.

On the other hand, I can detect no error in the Trial Judge’s findings, at page 393, that while it may not have come “openly to the fore” until the January 1987 Board meeting, Captain Stow’s concern with monopoly “had been very much on the mind of the Director of Operations” since the meeting of the Board in November 1986 and “had been the subject of discussions between him and the Chairman on a number of occasions.” They are supported by the evidence. There was evidence that Captain Stow discussed his monopoly concern with Captain Latter even before the November meeting of the Board where the bids on Tenders 47 and 48 were considered.⁵ It is important to recall that there existed a close working relationship between Captain Stow and Captain Latter. This is envisaged by the Authority’s by-laws. Because Captain Stow had had no previous experience with tendering for pilot boat service (he had assumed the position of Director of Operations on April 1, 1986), he had to rely on the Chairman of the Board for assistance in going through the process and took most of his instruction from that officer.⁶ Captain Stow was responsible to Captain Latter within the Authority. All of this and, indeed, the evidence as a whole must not be ignored in reviewing the Trial Judge’s findings. Although the

⁵ *Ibid.*, at pp. 1947 and 2060.

⁶ *Ibid.*, at pp. 2035-2036.

façon erronée en concluant que l’Administration avait imposé une «condition requise concernant le monopole». Je conviens que le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a traité certains éléments de preuve lorsqu’il a dit, à la page 381, que le procès-verbal de la réunion du comité des bateaux-pilotes du 18 novembre 1986 avait été «signé par le capitaine Stow» et qu’il se terminait par la remarque précitée tirée de l’évaluation écrite que le capitaine Stow avait présentée le même jour. Cette évaluation a été jointe au procès-verbal. Le juge de première instance a également commis une erreur lorsqu’il a conclu plus loin, à la page 385, que le comité des bateaux-pilotes avait «réitéré» la crainte du capitaine Stow lors de la réunion qu’il avait tenue le 20 janvier 1987. La question du monopole a été soulevée lors de la seconde réunion du comité des bateaux-pilotes; il n’est pas établi qu’elle ait été examinée lors de la première réunion.

D’autre part, je ne puis déceler aucune erreur dans les conclusions que le juge de première instance a tirées à la page 393, à savoir que la question du monopole n’avait peut-être pas été «soulevée franchement» avant la réunion que le conseil avait tenue en janvier 1987, mais que «le directeur des opérations l’avait vraiment à l’esprit» depuis la réunion du mois de novembre 1986 et qu’«il en avait discuté avec le président à plusieurs reprises». Ces conclusions sont étayées par la preuve. Selon la preuve, le capitaine Stow avait fait part au capitaine Latter de ses préoccupations au sujet du monopole même avant que le conseil se réunisse en novembre, lorsque les soumissions relatives aux appels d’offres n^{os} 47 et 48 ont été examinées⁵. Il importe de se rappeler que le capitaine Stow et le capitaine Latter entretenaient d’étroites relations de travail. La chose est prévue par les règlements administratifs de l’Administration. Étant donné que le capitaine Stow n’avait pas d’expérience antérieure relativement aux offres de service de bateau-pilote (il occupait le poste de directeur des opérations depuis le 1^{er} avril 1986), il devait compter sur le président du conseil pour l’aider à suivre le processus et ce dernier lui donnait la plupart des instructions⁶. Le capitaine Stow relevait du capitaine Latter au sein de l’Administration. Il ne faut pas

⁵ *Ibid.*, aux p. 1947 et 2060.

⁶ *Ibid.*, aux p. 2035 et 2036.

Trial Judge appears to have misunderstood the evidence with respect to the signing of the minutes of the November 18, 1986 meeting and some of the content thereof, that was not the only evidence upon which he based his findings of monopoly and lack of fair treatment in the tendering process. The issue of monopoly was clearly raised and extensively considered at the Pilot Boat Committee's meeting of January 20, 1987 and at the Board meeting that followed.

Evidence that, if accepted, might have put a concern with "monopoly" in a different light from the standpoint of the Authority, by perhaps suggesting that it centred on a valid anxiety of conflict of interest and the need of the Authority to make a prudent commercial decision, was plainly not accepted by the Trial Judge. The specifics of this evidence may be summarized. Although the Authority's by-laws permitted one of its pilots to tender his own boat, this could produce a so-called "conflict of interest" by causing reluctance of other pilots to complain about quality of service; safety on board either of the pilot boats, not cost, was the Authority's primary concern;⁷ financial difficulties being experienced by another member of the Slater group of companies—Chedabucto Shipwrights Limited—which at the time was under contract with the Authority to build a new pilot boat for use in the Authority's Newfoundland region; the *Chapel Hill* was a faster boat and would result in lower cost per assignment trip; the awarding of the contract to the respondent might cause diffi-

⁷ Captain Latter, the Chairman of the Authority, testified that the awarding of contract B to East Coast Marine Services Ltd. was based on three factors: safety, monopoly and price (Evidence Latter, Trial Transcript, Vol. 6, at p. 788, ll. 8-14). There was some evidence that the *Chapel Hill* was safer because it was equipped with a twin screw and a heated deck (*Ibid.*, Vol. 5, at p. 1665, ll. 7-16). However, under cross-examination Captain Latter agreed that both the Slater and Gay boats were "safe boats" and, accordingly, that "safety wasn't an issue" (*Ibid.*, Vol. 6, at p. 1823, ll. 18-19).

omettre de tenir compte de tout cela et, de fait, de la preuve dans son ensemble en examinant les conclusions du juge de première instance. Ce dernier semble avoir interprété la preuve d'une façon erronée en ce qui concerne la signature du procès-verbal de la réunion du 18 novembre 1986 et une partie de son contenu, mais ce n'est pas la seule preuve sur laquelle il a fondé ses conclusions au sujet du monopole et de la façon inéquitable dont les soumissionnaires avaient été traités dans le cadre du processus d'appel d'offres. La question du monopole a clairement été soulevée et minutieusement examinée lors de la réunion que le comité des bateaux-pilotes a tenue le 20 janvier 1987 et lors de la réunion du conseil qui a suivi.

La preuve qui, si elle avait été retenue, aurait pu jeter une lumière différente sur la question du «monopole» au point de vue de l'Administration, en laissant peut-être entendre que celle-ci découlait d'une appréhension valable de conflit d'intérêts et de la nécessité pour l'Administration de prendre une décision commerciale prudente, a de toute évidence été rejetée par le juge de première instance. Les éléments de cette preuve peuvent être résumés. Les règlements administratifs de l'Administration autorisaient l'un de ses pilotes à offrir son propre bateau, mais cela pouvait donner lieu à un soi-disant «conflit d'intérêts» puisque les autres pilotes hésiteraient à se plaindre de la qualité du service; l'Administration se préoccupait principalement de la sécurité à bord de l'un ou l'autre des bateaux-pilotes, et non du coût⁷, le fait qu'un autre membre du groupe de sociétés Slater—Chedabucto Shipwrights Limited—qui, à ce moment-là, avait passé un marché avec l'Administration en vue de la construction d'un nouveau bateau-pilote qui devait être utilisé dans la région de Terre-Neuve, fai-

⁷ Le président de l'Administration, soit le capitaine Latter, a témoigné que l'attribution du contrat B à East Coast Marine Services Ltd. était fondée sur trois éléments: la sécurité, le monopole et le prix (Témoignage du capitaine Latter, Transcription de l'instruction, vol. 6, à la p. 788, ll. 8-14). Selon certains éléments de preuve, le *Chapel Hill* était plus sûr parce qu'il était muni de deux hélices et d'un pont chauffé (*Ibid.*, vol. 5, à la page 1665, ll. 7-16). Toutefois, pendant le contre-interrogatoire, le capitaine Latter a convenu que les bateaux de Slater et du capitaine Gay étaient tous les deux des [TRADUCTION] «bateaux sûrs» et, par conséquent, que la [TRADUCTION] «sécurité n'entraînait pas en ligne de compte» (*Ibid.*, vol. 6, à la p. 1823, ll. 18-19).

culty five years later from an absence of competition. It was, of course, open to the Trial Judge to accept this evidence and, had he done so, the appellant's position might have been strengthened. The fact remains that he preferred other evidence which was to the effect that the true reason for awarding contract B to East Coast Marine Services Ltd. was not because of these or other concerns but a desire to unfairly favour that company over the respondent. It did not escape the Trial Judge's attention that the respondent's second bid, which was for use of a purpose-built boat equipped with twin screws, was not apparently considered by the Authority's Board at its January 20, 1987 meeting, despite the fact that it was approximately \$4,000 under the bid of East Coast Marine Services Ltd., the successful bidder, whose boat *Chapel Hill* was equipped with twin screws.

I have no doubt that the Trial Judge's finding on the issue of monopoly is intertwined with his finding that the awarding of the pilot boat service contract at the Strait of Canso to East Coast Marine Services Ltd. was a "foregone conclusion." In his words (at page 412), "the defendant rigged⁸ the bid against the plaintiff . . . by adopting as its governing criteria . . . conditions which excluded the plaintiff . . . and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded." I have already referred to the evidence upon which this finding was based. It is not necessary to repeat it here. This included his acceptance of the witness Veitch over Captain Stow, with respect to the above-quoted remark of Captain Gay made as he departed the room in which the bids were opened on January 16, 1987. This is an additional reason for this Court not interfering with the finding. The evidence included the letter of September 11, 1986, which was written by the Authority on behalf of Captain Gay

⁸ I read the use of this verb in a sense defined in *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., Vol. II: "To manage or manipulate in some underhanded or fraudulent manner." However, no explicit finding of fraudulent conduct was made by the Trial Judge.

sait face à des difficultés financières; le *Chapel Hill* était un bateau plus rapide et les coûts à la tâche seraient moins élevés; l'attribution du marché à l'intimée pourrait poser des problèmes cinq ans plus tard, compte tenu de l'absence de concurrence. Bien sûr, il était loisible au juge de première instance de retenir cette preuve et, s'il l'avait fait, la position de l'appelante aurait pu être renforcée. Il reste que le juge a préféré d'autres éléments de preuve, selon lesquels la véritable raison pour laquelle le contrat B avait été attribué à East Coast Marine Services Ltd. n'était pas attribuable à ces préoccupations ou à d'autres préoccupations, mais au fait qu'on voulait favoriser cette société au détriment de l'intimée, et ce, d'une façon inéquitable. Le juge de première instance a remarqué que la seconde soumission de l'intimée, selon laquelle un bateau construit aux fins visées, équipé de deux hélices devait être construit, n'a apparemment pas été examinée par le conseil de l'Administration lors de la réunion du 20 janvier 1987, même si cette soumission était inférieure d'environ 4 000 \$ à celle de l'attributaire, East Coast Marine Services Ltd., dont le *Chapel Hill* était équipé de deux hélices.

Je ne doute aucunement que la conclusion tirée par le juge de première instance au sujet de la question du monopole est liée à la conclusion selon laquelle il était «prévu d'avance» que le marché de service de bateau-pilote dans le détroit de Canso serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. Comme le juge l'a lui-même dit (à la page 412), «la défenderesse avait truqué⁸ l'appel d'offres au détriment de la demanderesse . . . en adoptant comme critères déterminants . . . des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué». J'ai déjà parlé de la preuve sur laquelle cette conclusion était fondée. Il n'est pas nécessaire d'en faire de nouveau mention. Elle comprenait le fait que le juge avait retenu la déposition de M. Veitch plutôt que celle du capitaine Stow, en ce qui concerne la remarque précitée que le capitaine Gay avait faite en quittant la salle dans laquelle les soumissions avaient été ouvertes le

⁸ J'interprète ce mot dans le sens où il est défini dans le *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., vol. II: [TRADUCTION] «Diriger ou manipuler d'une façon sournoise ou frauduleuse». Toutefois, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion expresse de conduite frauduleuse.

some time before tenders for the service at North Sydney and the Strait of Canso were called. While I agree that this letter might have been seen differently, it remained for the Trial Judge to assess and weigh it in the light of the evidence and of any impressions he may have formed about the reliability of witnesses. That apart, as was noted already, that letter was obviously not the only evidence of unfair treatment before the Trial Judge. In my view, the evidence as a whole can be reasonably regarded as justifying the conclusion that the awarding of contract B to East Coast Marine Services Ltd. was foregone.

Captain Latter, who was both an important witness for the Authority and the occupant of a key position as Chairman of the Authority with a casting vote at meetings of the Board, categorically denied the respondent's assertion that the tendering process was rigged against the respondent and in favour of the successful bidder. The evidence was clearly not accepted by the Trial Judge as his conclusions plainly indicate. The Trial Judge's finding that the Director of Operations had discussed the issue of monopoly with Captain Latter on a number of occasions between November 1986 and January 20, 1987, is supported by the evidence and was not challenged by the Authority. The evidence also shows that these two men discussed monopoly even before Tenders 47 and 48 were considered by the Board in November 1986. I wish here to underline that the decision taken by the Authority on January 20, 1987, was not unanimous. The vote was split: four in favour and two against. Those in favour included Captain Latter. In effect, the decision of which of the two remaining bidders would be selected lay in his hands. If the vote had been tied—three for and three against—the Chairman could have broken the tie with his casting vote. This placed him in a pivotal position as a decision-maker. Although this circumstance was not specifically dwelt on by the Trial Judge, it is not to say that it did not enter his consideration in deciding as he did.

16 janvier 1987. Il s'agit d'une raison additionnelle pour la Cour de ne pas modifier la conclusion. La preuve comprenait la lettre du 11 septembre 1986, qui avait été rédigée par l'Administration pour le compte du capitaine Gay quelque temps avant les appels d'offres pour le service à North Sydney et dans le détroit de Canso. Je conviens que cette lettre aurait pu être interprétée différemment, mais il incombait au juge de première instance de l'apprécier et de la soupeser à la lumière de la preuve et de toute impression qu'il pouvait avoir au sujet de la fiabilité des témoins. Indépendamment de cela, comme il en a déjà été fait mention, cette lettre n'était de toute évidence pas la seule preuve de traitement inéquitable dont disposait le juge de première instance. À mon avis, la preuve dans son ensemble peut raisonnablement être considérée comme justifiant la conclusion selon laquelle il était prévu d'avance que le marché B serait attribué à East Coast Marine Services Ltd.

Le capitaine Latter, qui était à la fois un témoin important pour le compte de l'Administration et le titulaire d'un poste-clé en sa qualité de président de l'Administration ayant une voix prépondérante aux réunions du conseil, a catégoriquement rejeté l'affirmation de l'intimée selon laquelle le processus d'appel d'offres était truqué à son détriment et favorable à l'attributaire. Comme les conclusions qu'il a tirées le montrent clairement, le juge de première instance a clairement rejeté cette preuve. La conclusion du juge de première instance selon laquelle le directeur des opérations avait discuté de la question du monopole avec le capitaine Latter à plusieurs reprises entre le mois de novembre 1986 et le 20 janvier 1987, est étayée par la preuve et n'a pas été contestée par l'Administration. La preuve montre également que ces deux hommes avaient discuté de la question du monopole même avant que les offres nos 47 et 48 soient examinées par le conseil, en novembre 1986. Je veux ici souligner que la décision que l'Administration a prise le 20 janvier 1987 n'était pas unanime. Les voix étaient partagées: quatre pour, deux contre. Parmi les membres qui étaient favorables, il y avait le capitaine Latter. De fait, il lui incombait de déterminer lequel des deux soumissionnaires restants serait retenu. Si les voix avaient été partagées à trois contre trois, le président aurait pu se prévaloir de sa voix prépondérante. Cela le mettait dans une position-clé à titre de décideur. Cette circonstance n'a pas été

expressément traitée par le juge de première instance, mais cela ne veut pas dire qu'il ne l'a pas prise en considération dans sa décision.

I conclude from all of the foregoing that the Trial Judge did not misconstrue the evidence. I have the impression from the judgment that his conclusions were based on the evidence as a whole adduced at the very lengthy trial and on his assessment of the witnesses as to their reliability. In my view, the process by which a trial judge comes to findings of fact and conclusions are difficult if not impossible to duplicate in an appellate court even with the assistance of the written reasons. I have mentioned a particular error but do not regard it as both palpable and overriding. On the whole I am persuaded that the Trial Judge's findings are supported by the evidence and that he did not misuse his advantages.

Implied term—lowest qualified bidder

The basis of the second attack is that the Trial Judge erred in finding, at page 413, that the contractual relationship between the parties under contract A included an implied term or obligation which required the Authority to award contract B to the lowest qualified bidder. It is my view that the implying of such a term was not central to the Judge's conclusion that the contract A had been breached. This finding, it appears, did no more than buttress the Judge's view that this was so. It seems clear, however, that the Trial Judge was influenced in the approach he took to the issue of damages by his view that the Authority was obliged to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder. Thus, at page 422, he found that the Authority "was aware that the plaintiff would be acting in accordance with the low bid concept on Tender 50." While I agree that this issue does require consideration, it is best deferred until the issue of damages is addressed.

^a Tout ce qui précède me fait conclure que le juge de première instance n'a pas interprété la preuve d'une façon erronée. J'ai l'impression, d'après le jugement, que le juge a fondé ses conclusions sur l'ensemble de la preuve présentée lors de l'instruction très longue qui avait eu lieu ainsi que sur son appréciation de la fiabilité des témoins. À mon avis, le processus par lequel le juge de première instance en arrive à des conclusions de fait est difficile, sinon impossible, à reproduire dans une cour d'appel, même à l'aide des motifs écrits. J'ai mentionné une erreur particulière, mais je ne la considère pas comme étant à la fois manifeste et dominante. Dans l'ensemble, je suis convaincu que les conclusions du juge de première instance sont étayées par la preuve et que ce dernier n'a pas abusé de l'avantage dont il jouissait.

Condition implicite—moins-disant remplissant les conditions

Le deuxième motif de contestation est fondé sur le fait que le juge de première instance aurait commis une erreur en concluant, à la page 413, que le contrat A que les parties avaient passé renfermait une condition implicite ou l'obligation d'attribuer le contrat B au moins-disant qui remplissait les conditions. À mon avis, le fait que le juge de première instance a supposé l'existence de pareille condition implicite n'était pas essentiel à la conclusion selon laquelle le contrat A avait été violé. Il semble que cette conclusion ne faisait que renforcer l'opinion du juge à ce sujet. Toutefois, il semble clair que l'opinion selon laquelle l'Administration était obligée d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant qui remplissait les conditions a influé sur la façon dont le juge de première instance a abordé la question des dommages-intérêts. Ainsi, à la page 422, le juge a conclu que l'Administration «savait que la demanderesse réglerait sa conduite sur le principe de l'offre la plus basse en réponse à l'appel d'offres n° 50». Je conviens qu'il faut examiner cette question, mais il est préférable d'attendre que la question des dommages-intérêts soit réglée.

Effectiveness of the "rejection clause"

The Authority then attacks the Trial Judge's conclusion that the "rejection clause"—which was included in the newspaper advertisements of Tender no. 50 but not in the specifications—did not entitle the Authority "to ignore the implied terms of the preliminary contract A." He appears here to have had in mind both the requirement for fair treatment of all bidders and of awarding the contract to the lowest qualified bidder. It is convenient to repeat the rejection clause:

The Authority reserves the right to reject any or all tenders or to accept any tender considered in its best interest.

Although this clause was not included in the specifications which were sent to the respondent on January 5, 1987, I am persuaded that the respondent accepted it upon submitting its bids on January 16, 1987. The advertisement containing the clause was placed in widely circulated daily newspapers in Halifax and on Cape Breton Island, where Captain Slater resided at the time. Captain Slater agreed on cross-examination that he probably saw the advertisement and that it was in the same form as had been published by the Authority on earlier occasions. The advertisement expressly identified the tender as "Tender no. 50" which is the same number that appeared on the face of the Authority's letter of January 5, 1987 to Captain Slater to which was attached the two-page specifications document. That letter, the specifications themselves and the advertisement each identified the service for which bids were invited as "Pilot Boat Service" at the Strait of Canso. While the Trial Judge did not make an explicit finding that this clause was included in contract A, he seems to have proceeded on the assumption that it was so included. I am satisfied from all of the evidence that this clause did become part of contract A at the time it came into being on January 16, 1987. In effect, applying the *Ron Engineering* analysis, the clause was included in the Authority's "offer;" the respondent's "acceptances" took the form of the submission of its bids.

Efficacité de la «clause de rejet»

L'Administration conteste ensuite la conclusion du juge de première instance selon laquelle la «clause de rejet»—qui figurait dans les annonces de l'appel d'offres n° 50 parues dans les journaux, mais non dans le cahier des charges—n'autorisait pas l'Administration à «ne pas tenir compte des conditions implicites des contrats préliminaires». Le juge semble ici avoir eu à l'esprit tant l'exigence voulant que tous les soumissionnaires soient traités équitablement que celle voulant que le marché soit attribué au moins-disant qui remplissait les conditions. Il est opportun de citer de nouveau la clause de rejet:

[TRADUCTION] L'Administration se réserve le droit de rejeter toutes les soumissions ou d'accepter toute soumission qu'elle jugerait plus avantageuse.

Cette clause n'a pas été incluse dans le cahier des charges qui a été envoyé à l'intimée le 5 janvier 1987, mais je suis convaincu que cette dernière l'a acceptée en présentant ses soumissions le 16 janvier 1987. L'annonce contenant la clause a été placée dans des quotidiens connaissant une large diffusion à Halifax et au Cap-Breton, où le capitaine Slater habitait alors. Pendant le contre-interrogatoire, le capitaine Slater a convenu qu'il avait probablement vu l'annonce et qu'elle avait la même forme que celles qui avaient déjà été publiées par l'Administration. L'annonce parlait expressément de l'[TRADUCTION] «appel d'offres n° 50», soit le numéro qui figurait dans la lettre que l'Administration avait envoyée au capitaine Slater le 5 janvier 1987, à laquelle était joint le cahier des charges de deux pages. Cette lettre, le cahier des charges lui-même et l'annonce désignaient chacun le service pour lequel on demandait des soumissions sous le nom de [TRADUCTION] «Service de bateau-pilote» dans le détroit de Canso. Le juge de première instance n'a pas expressément conclu que cette clause figurait dans le contrat A, mais il semble avoir supposé qu'elle y était ainsi incluse. L'ensemble de la preuve me convainc que cette clause a été incorporée dans le contrat A au moment où celui-ci a pris naissance, le 16 janvier 1987. En effet, si j'applique l'analyse qui a été effectuée dans l'arrêt *Ron Engineering*, la clause a été incluse dans l'«offre» de l'Administration; l'«acceptation» par l'intimée s'est faite au moyen de la présentation de soumissions.

The substantial issue is whether the Trial Judge erred in his treatment of the rejection clause. The reasons given for so doing are the following (at page 413):

I adopt the reasoning of Legg J.A. in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, *supra*, that the defendant, by attaching the undisclosed preconditions of monopoly to its tender offer, deprived itself of any benefit or advantage afforded by the disclaimer clause because it would be inequitable to allow that clause to govern in the face of the contractual duty or obligation to treat all bidders fairly.

In *Chinook Aggregates*, *supra*, it was argued that a disclaimer or privilege clause by which the "lowest or any tender will not necessarily be accepted" allowed the owner to give preferences to local contractors notwithstanding that the local preference was not revealed in the tendering documents. The argument was rejected by Legg J.A. who stated, at pages 628-629:

I am unable to accept counsel's submission that the privilege clause gave the appellant the right to exercise a local preference when that local preference was not revealed by, or stated in, the tender documents. The basis for that portion of the reasoning in *Ron Engr.*, *supra*, and for the reasoning in *M.S.K. Fin. Services Ltd.*, *supra*, giving effect to a privilege clause and relied upon by the appellant is the proposition that the tender documents have set out fully all the terms which will be incorporated into contract A once a bidder submits his bid in response to the tender documents. The concept is based upon offer and acceptance in the law of contract. But where the appellant attaches a condition to its offer, as the appellant did in the case at bar, and that condition is unknown to the respondent, the appellant cannot successfully contend that the privilege clause made clear to the respondent bidder that it had entered into a contract on the express terms of the wording of that clause It would be inequitable to allow the appellant to take the position that the privilege clause governed when the appellant had reserved to itself the right to prefer a local contractor

I am of the view for the reasons which I have already expressed for imposing an obligation of fair treatment, that the rejection clause was not intended to operate so as to nullify that obligation. If it were otherwise the obligation would fail to fulfill its true role of preserving the integrity of the tendering process by preventing the awarding of contract B on a basis other than as set forth in the tendering documents upon which contract A was based. Counsel for

Il s'agit essentiellement de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a traité la clause de rejet. Les raisons données pour ce faire sont les suivantes (à la page 413):

Je fais mien le raisonnement du juge Legg dans l'affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, précitée, selon lequel la défenderesse, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, relativement au monopole, qui n'ont pas été divulguées, s'est privée des avantages que lui procurait la clause d'exonération car il ne serait pas équitable de permettre que cette clause l'emporte sur l'obligation contractuelle de traiter équitablement tous les soumissionnaires.

Dans l'arrêt *Chinook Aggregates*, précité, il a été soutenu qu'une clause de dénégation ou de privilège stipulant que la [TRADUCTION] «soumission la plus basse ne sera pas nécessairement acceptée, ni aucune autre soumission» permettait au propriétaire d'accorder la préférence aux entrepreneurs locaux même si les appels d'offres ne précisaient pas qu'il en serait ainsi. L'argument a été rejeté par le juge Legg, J.C.A., qui a dit ceci, aux pages 628-629:

[TRADUCTION] Je ne peux pas accepter l'argument de l'avocat que la clause de privilège a donné à l'appelante le droit de choisir de préférence un entrepreneur local si cette préférence n'a pas été révélée ou énoncée dans les documents d'appel d'offres. Cette partie du raisonnement dans l'arrêt *Ron Engr.*, *supra*, et le raisonnement dans l'affaire *M.S.K. Fin. Services Ltd.*, précitée, appliquant une clause de privilège et invoqués par l'appelante, reposent sur la proposition que les documents d'appel d'offres renferment toutes les conditions qui seront insérées dans le contrat A quand un soumissionnaire aura présenté son offre en réponse à ces documents. Le concept est basé sur le principe de l'offre et de l'acceptation en droit des contrats. Mais si l'appelante assortit son appel d'offres d'une condition, comme en l'espèce, et que l'intimée n'en est pas informée, l'appelante ne peut pas faire valoir que la clause de privilège a indiqué clairement au soumissionnaire intimé qu'il a conclu un contrat conforme aux conditions expresses de cette clause . . . Permettre à l'appelante d'affirmer que la clause de privilège était déterminante ne serait pas équitable si elle s'était réservé le droit de donner la préférence à un entrepreneur local . . .

Pour les raisons que j'ai déjà énoncées lorsqu'il s'est agi d'imposer une obligation de traitement équitable, j'estime que la clause de rejet n'était pas destinée à s'appliquer de façon à annuler cette obligation. S'il en était autrement, l'obligation n'atteindrait pas le but réellement visé, à savoir préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres en empêchant l'attribution du contrat B pour un motif autre que celui qui était énoncé dans les appels d'offres sur lequel le

the Authority concedes, indeed, that the rejection clause could not override a requirement of fair treatment if it appeared from the evidence that the Authority somehow failed to act in good faith towards the respondent in the tendering process. This accords with views expressed by Denault J. in *Glenview Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* (1990), 44 Admin. L.R. 97 (F.C.T.D.), at page 104, that "the Court must be vigilant in assuring itself that the Crown is acting in the utmost good faith and is not actually attempting to obviate the tendering process." In my view, the findings of the Trial Judge that Tender no. 50 was "rigged" against the respondent and that the awarding of the contract to East Coast Marine Services Ltd. was "foregone" amply demonstrate that fair treatment was lacking in this case. Accordingly, in my view, the rejection clause cannot shield the Authority from a charge that it breached contract A by failing to fulfill its fair treatment obligation.

In the absence of unfair treatment, of course, the rejection clause would have entitled the Authority to choose from among the several bids submitted regardless of whether the bid chosen was the lowest or even the highest or to reject all bids provided, of course, it considered this to be in its "best interest." In the present case where unfair treatment has been established, the rejection clause did not entitle the Authority to reject the respondent's bid when to do so would not be for reason of best interest but, as the Trial Judge found, was from a desire to unfairly favour the successful bidder.

There remains the question of whether, despite the views I have just expressed, the rejection clause stands in the way of implying a term that contract B must be awarded to the respondent as the lowest qualified bidder. I have yet to deal with the question of whether such an obligation exists because, as I have stated, it adds nothing to the determination of

contrat A était fondé. L'avocate de l'Administration concède de fait que la clause de rejet ne pourrait pas l'emporter sur l'obligation de traitement équitable s'il ressortait de la preuve que l'Administration omettait d'une certaine façon d'agir en toute bonne foi à l'endroit de l'intimée dans le cadre du processus d'appel d'offres. Cela est conforme aux opinions que le juge Denault a exprimées dans l'arrêt *Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux Publics)* (1990), 44 Admin. L.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 104, à savoir que «la Cour doit faire preuve de vigilance pour s'assurer que la Couronne agit en toute bonne foi et ne cherche pas, de fait, à contourner le processus d'appel d'offres». À mon avis, les conclusions que le juge de première instance a tirées, à savoir que l'appel d'offres n° 50 était «truqué» au détriment de l'intimée et qu'il était prévu «d'avance» que le marché serait attribué à East Coast Marine Services Ltd., montrent amplement que, dans ce cas-ci, les soumissionnaires n'ont pas été traités d'une façon équitable. À mon avis, la clause de rejet ne peut donc pas protéger l'Administration contre l'accusation selon laquelle elle avait violé le contrat A en omettant de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait de traiter les soumissionnaires d'une façon équitable.

Bien sûr, en l'absence de traitement inéquitable, la clause de rejet aurait permis à l'Administration d'effectuer un choix parmi les diverses soumissions présentées, et ce, indépendamment de la question de savoir si la soumission retenue était la plus basse ou même la plus haute, ou encore de rejeter toutes les soumissions à condition, bien sûr, qu'il soit jugé que cela était [TRADUCTION] «plus avantageux». Dans ce cas-ci, puisqu'il a été établi que les soumissionnaires avaient été traités d'une façon inéquitable, la clause de rejet n'autorisait pas l'Administration à rejeter la soumission de l'intimée si la chose n'était pas jugée plus avantageuse, mais, comme le juge de première instance l'a conclu, découlait du désir de favoriser inéquitablement l'attributaire.

Il reste à savoir si, malgré les opinions que je viens d'exprimer, la clause de rejet m'empêche de conclure à l'existence d'une condition implicite voulant que le contrat B soit attribué à l'intimée, en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions. Il me reste à trancher la question de savoir si pareille obligation existe parce que, comme je l'ai dit, elle n'ajoute rien

whether the Authority breached contract A. That question may, however, have a bearing on the damages that may be recoverable on account of the breach of that contract. It is conveniently deferred until that question is considered.

Piercing the corporate veil

The fourth issue concerns the view of the Trial Judge that the Authority Board arbitrarily pierced the corporate veil of the respondent by having regard to evidence suggesting that another of Captain Slater's companies—Chedabucto Shipwrights Limited—was financially unsound. Two Board members in particular, Captains Goodyear and Bell, thought that this situation reflected financial unsoundness of the respondent itself. The error alleged, it is said, led the Trial Judge to conclude that the respondent itself was not financially unstable.

Because it is a distinct legal entity, the respondent's legal status would ordinarily have to be respected. On the Judge's analysis, the respondent's corporate veil could not be pierced unless there was evidence that the Slater group's corporate structure was "deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose." The evidence was to the effect that Chedabucto Shipwrights Ltd. had suffered the foreclosure of a property but that it was nevertheless able to successfully complete the construction of a new pilot boat for use in the Authority's Newfoundland region. Despite his view of the law, the Trial Judge's ultimate findings do suggest that he did pay attention to the concerns of two of the Authority's Board members. These findings appear at pages 397-398, as follows:

In my view, there is no cogent evidence to support the conclusion of Captains Goodyear and Bell that "Northeast Marine was not as financially sound as they would like to see". At best, this can be seen as nothing other than far-fetched speculation based on second hand knowledge of apparent financial difficulties besetting Chedabucto Shipwrights. Nor is there any evidence, in my view, capable of supporting the defendant's long-term concern that the awarding of the contract on Tender 50 would somehow eliminate all future competition for pilot boat service in the Cape Breton area and enhance the risk of

à la détermination de la question de savoir si l'Administration a violé le contrat A. Toutefois, cette question peut influencer sur les dommages-intérêts qui peuvent être recouverts par suite de la rupture de ce contrat. Pour plus de commodité, elle est remise à plus tard, en attendant que la question des dommages-intérêt soit examinée.

Le paravent de la société

La quatrième question se rapporte à l'opinion que le juge de première instance a exprimée, à savoir que le conseil de l'Administration avait arbitrairement contourné le paravent de la société intimée en tenant compte d'éléments de preuve qui laissaient entendre qu'une autre société du capitaine Slater—Chedabucto Shipwrights Limited—était insolvable. Deux membres du conseil en particulier, les capitaines Goodyear et Bell, pensaient que cette situation reflétait l'insolvabilité de l'intimée elle-même. L'erreur alléguée, dit-on, a amené le juge de première instance à conclure que l'intimée elle-même n'était pas insolvable.

Étant donné que l'intimée est une personne juridique distincte, sa situation juridique devrait normalement être respectée. Selon l'analyse effectuée par le juge, le paravent de la société intimée ne pouvait pas être contourné à moins qu'il ne soit prouvé que la structure du groupe de sociétés Slater avait été «conçue délibérément soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion». Selon la preuve, Chedabucto Shipwrights Ltd. avait fait l'objet d'une action en forclusion, mais elle avait néanmoins pu achever avec succès la construction d'un nouveau bateau-pilote destiné à être utilisé dans la région de Terre-Neuve. Malgré l'opinion que le juge de première instance a exprimée au sujet du droit, ses conclusions finales laissent entendre qu'il s'est arrêté aux préoccupations de deux membres de l'Administration. Ces conclusions figurent aux pages 397 et 398:

À mon avis, aucune preuve convaincante ne justifie la conclusion des capitaines Goodyear et Bell que [TRADUCTION] «la solvabilité de Northeast Marine était douteuse». Au mieux, cette affirmation peut être considérée comme rien d'autre qu'une supposition tirée par les cheveux, fondée sur une information de seconde main concernant les difficultés financières qui auraient assailli Chedabucto Shipwrights. Et aucune preuve n'a été fournie, selon moi, qui puisse étayer l'appréhension de la défenderesse quant à l'effet à long terme de l'attribution du marché dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, c'est-à-dire

ransom demands being made by Captain Slater or his group of companies.

In effect, based on the evidence adduced, the Trial Judge was simply not persuaded that the concerns that had been raised by these two Board members at the Board meeting of January 20, 1987, were valid. In the end, as we have seen, apart from a cost saving the Board's avowed reason in its majority resolution for rejecting the respondent's bid was not financial soundness of that party but because "it was unwise to give a monopoly for pilot boat services in the Cape Breton Region to one operator."

Damages

The Trial Judge's assessment of the damages came at the end of a lengthy consideration of the law and evidence. His award is attacked by both parties. The Authority maintains that damages must be limited to the expenses incurred by the respondent in submitting its bid of January 16, 1987 and, accordingly, that it was wrong for the Trial Judge to have allowed damages for loss of profits from the failure of the Authority to award contract B to the respondent. The respondent attacks the award as insufficient on the ground the Trial Judge reduced the damages he otherwise assessed by too great a measure.

I have already referred to the part played in the determination of this issue by the Trial Judge's view that contract A included an implied term requiring the Authority to award contract B to the lowest qualified bidder. That was one of the several factors he took into account, as appears in the following passage (at pages 421-422):

In my opinion, the evidence, weighed on the balance of probabilities, establishes to a sufficient degree of certainty that the plaintiff bid on Tender 50 with the full expectation of real-

l'élimination de la concurrence dans l'avenir pour les services de bateau-pilote dans la région du Cap-Breton et l'augmentation du risque de chantage de la part du capitaine Slater ou de son groupe de sociétés.

^a En effet, compte tenu de la preuve, le juge de première instance n'était tout simplement pas convaincu que les préoccupations qui avaient été exprimées par ces deux membres du conseil lors de la réunion du 20 janvier 1987 étaient fondées. En fin de compte, comme nous l'avons vu, à part les économies réalisées, la raison que le conseil a énoncée dans sa résolution majoritaire à l'appui du rejet de la soumission de l'intimée ne se rapportait pas à la solvabilité de cette dernière, mais au fait qu'il [TRADUCTION] «serait imprudent d'accorder un monopole à un seul exploitant à l'égard des services de bateau-pilote pour la région du Cap-Breton».

Les dommages-intérêts

Le juge de première instance a évalué les dommages-intérêts après avoir longuement examiné le droit et la preuve. Sa décision est contestée par les deux parties. L'Administration maintient que les dommages-intérêts doivent être limités aux frais que l'intimée avait engagés pour présenter sa soumission du 16 janvier 1987, et que le juge de première instance a donc eu tort d'accorder des dommages-intérêts pour le manque à gagner découlant du fait que le contrat B n'avait pas été attribué à l'intimée. De son côté, l'intimée dit que le montant accordé n'est pas suffisant parce que le juge de première instance a réduit dans une trop large mesure le montant qu'il aurait par ailleurs accordé.

^h J'ai déjà parlé du fait que l'opinion selon laquelle le contrat A renfermait une condition implicite obligeant l'Administration à attribuer le contrat B au moins-disant qui remplissait les conditions avait influé sur la décision du juge de première instance à cet égard. C'était l'un des facteurs dont ce dernier avait tenu compte, comme le montre le passage suivant (aux pages 421 et 422):

^j À mon avis, selon la prépondérance des probabilités, la preuve établit avec un degré de certitude suffisant que la demanderesse a présenté une soumission, en réponse à l'appel

izing some profit or monetary advantage therefrom over the whole contract period had it been successful on its bid, and that the loss of such profit was something which the defendant ought reasonably to have foreseen or contemplated, in the usual course of things, as the likely consequence of any breach of the preliminary contract A at the time it was made. Consequently, I am unable to find the plaintiff's claim for damages for loss of profits, based on its reasonable expectation interest, to be too remote under the first branch of the rule in *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] or otherwise. The defendant was experienced in the practice of calling tenders for the provision of pilotage service, knew the plaintiff and the nature of its business, and was aware that the plaintiff would be acting in accordance with the low bid concept on Tender 50. In the result, I find as a fact that the defendant must be taken to have reasonably foreseen the likely consequences of the breach of its contract with the plaintiff. [Emphasis added.]

The Trial Judge dealt with the arguments for and against implying a "lowest qualified bidder" term at some length. He first had regard to certain provisions of the Authority's by-laws and of its tendering manual which are referred to therein. Although neither of these specifically required the awarding of any contract to the lowest qualified bidder, the Trial Judge expressed the view (at page 392) that neither "necessarily exclude an implied, qualified obligation to accept the lowest bid in the case of public tender calls, where cost or price is the chief or sole criterion." This latter expression is found in the manual under the heading "Opening of Tenders." The policy there set down requires that any call for tenders advertised in a newspaper "shall be opened publicly unless the requirement is one for which cost is the chief or sole criterion."

Also of importance to the Trial Judge was that the case involved "a call for public tenders by a Crown corporation for the supplying of a pilot boat service where cost or price would have to be an important criterion in the evaluation of tenders and the ultimate accountability of such Crown corporation to the Par-

d'offres n° 50, en s'attendant vraiment à réaliser ainsi un profit ou à faire une affaire rentable tout au long de la durée du marché si celui-ci lui était attribué et que la privation de ce profit était quelque chose que la défenderesse aurait dû raisonnablement prévoir ou envisager lors de la conclusion du contrat, selon le cours normal des choses, comme conséquence probable de la rupture du contrat préliminaire A. Par conséquent, je ne peux pas conclure que les dommages-intérêts réclamés par la demanderesse à l'égard du manque à gagner, soit le préjudice lié à son expectative raisonnable, sont trop éloignés selon le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale* [(1854), 156 E.R. 145 (Ex. Ct.)] ou pour une autre raison. La défenderesse avait l'habitude de la tenue d'appels d'offres à l'égard de la fourniture de services de bateau-pilote, elle connaissait la demanderesse et la nature de son activité et elle savait que la demanderesse réglerait sa conduite sur le principe de l'offre la plus basse en réponse à l'appel d'offres n° 50. En conséquence, je suis arrivé à la conclusion que la défenderesse doit être présumée avoir raisonnablement prévu les conséquences probables de la rupture de son contrat avec la demanderesse. [Je souligne.]

Le juge de première instance a examiné passablement à fond les arguments qui militaient en faveur ou à l'encontre d'une présomption selon laquelle il existait une condition implicite relative au «moins-disant qui remplissait les conditions». Il a d'abord examiné certaines dispositions des règlements administratifs de l'Administration et du manuel des appels d'offres qui y est mentionné. Ni l'un ni l'autre de ces documents n'exigeait expressément l'attribution de quelque marché au moins-disant qui remplissait les conditions, mais le juge de première instance a exprimé l'avis (à la page 392) que ni l'un ni l'autre «[n']écarterent nécessairement une obligation implicite... d'accepter l'offre la plus basse en cas d'appel d'offres public, si le coût ou le prix est le principal ou le seul critère». Cette dernière expression se trouve dans le manuel, sous la rubrique «Ouverture des appels d'offres». La politique qui y est exposée exige que tout appel d'offres publié dans les journaux «soit ouvert au public à moins que la condition requise soit celle pour laquelle les coûts représentent le principal et unique critère».

Le juge de première instance a en outre tenu compte du fait que l'affaire se rapportait à «un appel d'offres public, lancé par une société d'État et concernant la fourniture de services de bateau-pilote, pour lequel le coût ou le prix devait être un critère important de l'évaluation des soumissions, et [que]

liament of Canada for the conduct of its affairs” (page 413).⁹ In his view, the language of the tendering manual implied that this should be so “according to the weight of the evidence.” Moreover, he was influenced by what he described, at page 413, as “a customary low bidder practice” on the part of the Authority. This was based on testimony of Captain Slater in re-direct examination. According to that evidence, as summarized by the Judge, at page 413, “they expected to be treated fairly and had presumed they would be likely to get the contract, based on the low bidder concept and from the fact of having the right equipment.”

Earlier in his reasons (at page 402), the Trial Judge referred to the following statement of Legg J.A. in *Chinook Aggregates*, *supra*, at page 630, as pertinent:

I agree with counsel for the respondent that it is inherent in the tendering process that the owner is inviting bidders to put in their lowest bid and that the bidders will respond accordingly. If the owner attaches an undisclosed term that is inconsistent with that tendering process, a term that the lowest qualified bid will be accepted should be implied in order to give effect to that process. [His emphasis.]

At page 413, the Trial Judge added:

Does the exclusion or disclaimer or privilege clause, call it what you will, entitle the defendant to ignore the implied terms of the preliminary contracts A arising from the submission of the tender bids by attaching to its tender call preferential preconditions which were not disclosed or communicated to the bidders? In my opinion, it does not. I adopt the reasoning of Legg J.A. in *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun.*

⁹ In *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask. Q.B.), at p. 721, it was held to be “imperative that the low, qualified bidder succeed” if the integrity of the tendering process was to be maintained. As Halvorson J. put it: “If governments meddle in the process and deviate from the industry custom of accepting the low bid, competition will wane. The inevitable consequence will be higher costs to the taxpayer. Moreover, when governments, for reasons of patronage or otherwise, apply criteria unknown to the bidders, great injustice follows.”

cette société d'État devait en définitive rendre compte de sa gestion devant le Parlement fédéral» (à la page 413)⁹. À son avis, c'est ce qui ressortait implicitement du libellé du manuel des appels d'offres ainsi que «du poids de la preuve». Le juge a en outre été influencé par ce qu'il a décrit, à la page 413, comme «la pratique [de] l'attribution au moins-disant» qui était établie au sein de l'Administration. Il s'est fondé sur la déposition que le capitaine Slater avait faite lors du nouvel interrogatoire principal. Selon cette déposition, telle qu'elle a été résumée par le juge à la page 413, «ils s'attendaient à être traités équitablement et ils avaient présumé qu'ils obtiendraient vraisemblablement le marché, vu le principe de l'attribution au moins-disant et le fait qu'ils possédaient le bon matériel».

Plus haut dans ses motifs (à la page 402), le juge de première instance a cité la remarque suivante que le juge Legg, J.C.A., avait faite dans l'arrêt *Chinook Aggregates*, précité, à la page 630, remarque qu'il jugeait pertinente:

[TRADUCTION] Je souscris à l'opinion de l'avocat de l'intimée que l'une caractéristique essentielle de l'appel d'offres veuille que le propriétaire invite les soumissionnaires à présenter leur offre la plus basse et que les soumissionnaires répondent en conséquence. Si le propriétaire inclut une condition non divulguée qui est incompatible avec cet appel d'offres, une condition voulant que l'offre la plus basse qui remplit les conditions soit acceptée doit être sous-entendue afin qu'il soit donné suite à cet appel d'offres. [C'est le juge qui souligne.]

Aux pages 413 et 414, le juge de première instance a ajouté ceci:

La clause d'exonération ou de dénégation ou de privilège, appelons-la comme on voudra, donnait-elle à la défenderesse le droit de ne pas tenir compte des conditions implicites des contrats préliminaires A découlant de la présentation des soumissions, en assortissant son appel d'offres de conditions requises, liées à sa préférence, qui n'ont pas été divulguées ou communiquées aux soumissionnaires? À mon avis, la réponse est non.

⁹ Dans *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (B.R. Sask.), à la p. 721, il a été statué que, pour que l'intégrité du processus d'appel d'offres soit maintenue, il fallait [TRADUCTION] «absolument que le soumissionnaire remplissant les conditions les plus basses soit retenu». Comme le juge Halvorson l'a dit: [TRADUCTION] «Si l'État intervient dans le processus et déroge à la coutume du secteur, voulant que la soumission la plus basse soit retenue, la concurrence disparaîtra. D'où des coûts plus élevés pour le contribuable. En outre, lorsque l'État, pour des raisons de népotisme ou pour d'autres raisons, applique certains critères que les soumissionnaires ne connaissent pas, une grave injustice est commise.»

Dist.), *supra*, that the defendant, by attaching the undisclosed preconditions of monopoly to its tender offer, deprived itself of any benefit or advantage afforded by the disclaimer clause because it would be inequitable to allow that clause to govern in the face of the contractual duty or obligation to treat all bidders fairly. In the result, I find that the defendant has breached the preliminary contract A with the plaintiff and is *prima facie* liable in damages.

The Authority submits that to imply a “lowest qualified bidder” term and to give it primacy over the rejection clause would be to neutralize that clause and impose upon the Authority an obligation to accept the lowest qualified bid in practically all cases. Thus, the Authority could not reject the lowest bid in other circumstances even if it had good and sufficient reasons to do so from a commercial standpoint. This, it is said, would be out of harmony with decided cases. In *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.), for example, an owner was permitted to reject the lowest bid and to award a contract to a higher bidder where that bidder would get the job done in a shorter period of time and would save the owner other costs.

I have difficulty with the view that custom or usage required the Authority to award contract B to the lowest qualified bidder. The Authority’s tendering manual did not require it to do so. Further, the evidence of a suggested custom or usage was, in my view, somewhat tenuous. The Trial Judge had reference to the testimony of Captain Slater who had “presumed”¹⁰ he would be likely to get the contract. With respect, I do not see this as decisively showing the existence of custom or usage. It appears to fall short of establishing the essential element of certainty required for either custom or usage to prevail. (See e.g. *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed., Vol. 12, at pages 9 and 53.)

¹⁰ See e.g. Evidence Slater, Trial Transcript, Vol. 3, at p. 272, l. 15 to l. 22.

Je fais mien le raisonnement du juge Legg dans l’affaire *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, précitée, selon lequel la défenderesse, en assortissant son appel d’offres de conditions requises, relativement au monopole, qui n’ont pas été divulguées, s’est privée des avantages que lui procurait la clause d’exonération car il ne serait pas équitable de permettre que cette clause l’emporte sur l’obligation contractuelle de traiter équitablement tous les soumissionnaires. Par conséquent, je conclus que la défenderesse a dérogé au contrat préliminaire A conclu avec la demanderesse et doit, à première vue, verser des dommages-intérêts à cette dernière.

L’Administration soutient que supposer l’existence d’une condition implicite à l’égard du «moins-disant qui remplit les conditions» et lui donner la primauté sur la clause de rejet aurait pour effet de neutraliser cette clause et d’imposer à l’Administration l’obligation d’accepter la soumission la plus basse qui remplit les conditions dans presque tous les cas. L’Administration ne pourrait donc pas rejeter la soumission la plus basse dans d’autres circonstances même si l’y avait des raisons valables et suffisantes de le faire au point de vue commercial. L’Administration dit que cela ne serait pas conforme à la jurisprudence. Ainsi, dans l’arrêt *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.), un propriétaire avait été autorisé à rejeter la soumission la plus basse et à attribuer le contrat à un soumissionnaire dont le prix était plus élevé parce que ce dernier exécuterait le travail dans un délai plus bref et lui épargnerait d’autres frais.

Il m’est difficile de souscrire à l’opinion selon laquelle la coutume ou l’usage obligerait l’Administration à attribuer le contrat B au moins-disant qui remplissait les conditions. Le manuel des appels d’offres de l’Administration ne l’obligeait pas à le faire. En outre, la preuve d’une coutume ou d’un usage suggérés était, à mon avis, quelque peu ténue. Le juge de première instance avait devant lui la déposition du capitaine Slater, qui avait [TRADUCTION] «présupposé»¹⁰ qu’il obtiendrait probablement le contrat. Avec égards, je ne considère pas cela comme montrant d’une façon décisive l’existence d’une coutume ou d’un usage. Cela ne semble pas établir l’élément essentiel de certitude qui est requis pour que la coutume ou l’usage l’emporte. (Voir, par exemple, *Halsbury’s Laws of England*, 4^e éd., vol. 12, aux pages 9 et 53).

¹⁰ Voir par exemple le témoignage du capitaine Slater, Transcription de l’instruction, vol. 3, à la p. 272, l. 15 à l. 22.

The Authority submits that even if custom or usage could be established, it could not override the express language of the rejection clause. The case of *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] S.C.R. 425 is relied upon for the proposition that an express provision of a contract prevails over custom or usage. At pages 429-430 Rinfret J. stated:

But it is, after all, a question of fact whether the contract was or was not entered into with reference to the customs and usage referred to (*Clarke v. Bailie*). Custom and usage cannot override a special contract. [Footnote omitted.]

and later, at page 431, he added:

But there can be no recognized custom in opposition to an actual contract, and the special agreement of the parties must prevail.

In *Acme*, *supra*, it was argued that an alleged custom or usage in the industry of awarding contracts to the lowest qualified bidder could be overridden by an express privilege clause in the instructions to tenderers. The Trial Judge [(1990), 38 C.L.R. 56 (Ont. Dist. Ct.)] there had rejected evidence of custom and usage. Nevertheless, the Court of Appeal stated, at page 309:

In our opinion, even if there was acceptable evidence of custom and usage known to all the tendering parties, it could not prevail over the express language of the tender documents which constituted an irrevocable bid once submitted, and a contract, when and if accepted . . .

and, at page 310:

With respect to accepting any given bid, the instructions to tenderers stated the "[o]wner shall have the right not to accept lowest or any other tender". This gave the respondent the right to reject the lowest bid and accept another qualifying bid without giving any reasons.

Chinook has no application to the case on appeal in light of the findings of the trial judge that no such custom and usage existed . . . There is no evidence of any undisclosed policy which was inconsistent with the tender process.

L'Administration soutient que même si la coutume ou l'usage pouvaient être établis, ils ne pourraient pas l'emporter sur le libellé exprès de la clause de rejet. L'arrêt *Cartwright & Crickmore Ltd. v. MacInnes*, [1931] R.C.S. 425 est invoqué à l'appui de la proposition selon laquelle une disposition expresse d'un contrat l'emporte sur la coutume ou l'usage. Aux pages 429 et 430, le juge Rinfret a dit ceci:

[TRADUCTION] Cependant, il s'agit après tout d'une question de fait que celle de savoir si le contrat avait été passé par rapport aux coutumes et à l'usage mentionnés (*Clarke v. Bailie*). La coutume et l'usage ne peuvent pas l'emporter sur un contrat spécial. [Note en bas de page omise.]

Et, plus loin, à la page 431, le juge a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Cependant, il ne peut y avoir aucune coutume reconnue s'opposant à un contrat véritable, et l'entente spéciale qui est intervenue entre les parties doit l'emporter.

Dans l'arrêt *Acme*, précité, il a été soutenu qu'une clause expresse de privilège figurant dans les instructions données aux soumissionnaires pouvait l'emporter sur une présumée coutume ou sur un présumé usage du secteur voulant que le marché soit attribué au moins-disant qui remplit les conditions. Dans cette affaire-là, le juge de première instance [(1990), 38 C.L.R. 56 (C. dist. Ont.)] avait rejeté la preuve de la coutume et de l'usage. Néanmoins, la Cour d'appel a dit ceci, à la page 309:

[TRADUCTION] À mon avis, même s'il existait une preuve acceptable de l'existence d'une coutume et d'un usage connus par tous les soumissionnaires, cela ne pourrait pas l'emporter sur le libellé exprès des appels d'offres qui constituaient une soumission irrévocable, une fois qu'elle avait été présentée, et un marché, si elle était acceptée . . .

Et, à la page 310 le juge a dit ceci:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'acceptation de toute soumission, les instructions données aux soumissionnaires disaient que le «[p]ropriétaire a[vait] le droit de ne pas accepter l'offre la plus basse ou toute autre offre». Cela donnait à l'intimée le droit de rejeter la soumission la plus basse et d'accepter toute autre soumission qui remplissait les conditions sans donner de raisons.

L'arrêt *Chinook* ne s'applique pas à l'affaire portée en appel compte tenu des conclusions que le juge de première instance a tirées, à savoir qu'il n'existait aucune coutume ni aucun usage de ce genre . . . Il n'existe aucune preuve de l'existence d'une politique non divulguée incompatible avec le processus d'appel d'offres.

It is evident that the views expressed at page 309 were not necessary to the Court's decision; the Trial Judge had already found that no custom or usage existed in the industry. Moreover, the Court was careful to distinguish *Chinook Aggregates*, *supra*, on that ground and on the further ground that in *Acme*, *supra*, there was no evidence of any undisclosed policy which was inconsistent with the tender process. Where a breach of the fair treatment obligation is not shown, there would appear to be no sound reason for refusing to give the rejection clause its full rein, for it is fully a part of contract A.

It must be noted that only the low bid of the respondent and the bid of East Coast Marine Services Ltd. were in play after all bids were reported to the Board by the Pilot Boat Committee following its meeting of January 20, 1987. There appears little doubt on the evidence that the Committee viewed both bids as qualified, although it considered the *Chapel Hill* to be the "better boat" and the service of the respondent the "better service." Bearing in mind the Judge's findings, nothing in the record suggests that the rejection of the respondent's low bid was inevitable had the Authority not decided to award contract B to East Coast Marine Services Ltd. on the pretext, according to the Trial Judge's finding, that to award it to the respondent would result in monopoly. Furthermore, there is the critical finding at trial that the respondent was never in the running for contract B because the Authority had rigged the tendering process against that party.

The position of the Authority is that damages for lost profits are not available to the respondent as there is no basis for saying that if it were not for the breach of contract A the respondent would have been awarded contract B. This argument rests on the Authority's contention that it could have used the rejection clause to reject all the bids, including the respondent's, at any time. It seems to me that there is a flaw in this reasoning. The aim of an award of dam-

Il est évident que les opinions exprimées à la page 309 n'étaient pas essentielles à la décision de la Cour; le juge de première instance avait déjà conclu qu'il n'existait aucune coutume ni aucun usage dans le secteur. En outre, la Cour a veillé à faire une distinction à l'égard de l'arrêt *Chinook Aggregates*, précité, pour ce motif ainsi que pour le motif que, dans l'arrêt *Acme*, précité, l'existence d'une politique non divulguée incompatible avec le processus d'appel d'offres n'était pas établie. Lorsque la violation de l'obligation relative au traitement équitable n'est pas établie, il ne semblerait y avoir aucune raison valable de refuser de donner plein effet à la clause de rejet, puisqu'elle fait partie intégrante du contrat A.

Il importe de noter que seule la soumission la moins élevée de l'intimée et la soumission d'East Coast Marine Services Ltd. entraient en ligne de compte après que le comité des bateaux-pilotes eut fait rapport au conseil sur toutes les soumissions, à la suite de sa réunion du 20 janvier 1987. D'après la preuve, il semble peu douteux que le comité estimait que les deux soumissions remplissaient les conditions, mais que, à son avis, le *Chapel Hill* était le «meilleur bateau», et les services de l'intimée les «meilleurs services». Compte tenu des conclusions tirées par le juge, rien dans le dossier ne laisse entendre que le rejet de la soumission la moins élevée de l'intimée aurait été inévitable si l'Administration n'avait pas décidé d'attribuer le contrat B à East Coast Marine Services Ltd. sous le prétexte, comme l'a conclu le juge de première instance, que l'attribution du contrat à l'intimée entraînerait l'existence d'un monopole. En outre, il y a la conclusion cruciale qui a été tirée à l'instruction, à savoir qu'il n'avait jamais été tenu compte de l'intimée à l'égard du contrat B parce que l'Administration avait truqué le processus d'appel d'offres à son détriment.

La position que l'Administration a prise est que l'intimée n'a pas droit à des dommages-intérêts pour le manque à gagner étant donné que rien ne permet de dire que, si ce n'avait été de la rupture du contrat A, elle se serait vu attribuer le contrat B. Cet argument repose sur la prétention de l'Administration selon laquelle cette dernière aurait pu invoquer la clause de rejet pour rejeter, à n'importe quel moment, toutes les soumissions, dont celle de l'intimée. Il me

ages in contract is to put a plaintiff (in this case the respondent) in the same position he would have been in if the breach had not occurred.¹¹ The breach in this case was the Authority's failure to treat the respondent fairly in choosing between the respondent's bid and the bid of East Coast Marine Services Ltd. The Authority did not choose to invoke the rejection clause so as to have a new call for tenders with new conditions; it chose to act unfairly. If the breach had not occurred, the Authority would have been choosing between the same two bids on a fair basis, having already decided not to rely on the rejection clause. In that situation, with no bias and no undisclosed conditions being relied on, it seems evident that the respondent would have stood a chance of being awarded contract B, the terms and conditions of which required no further negotiations between the parties.¹²

It cannot be said, of course, that "contract B" was breached because no such contract came into existence between the parties. Accordingly, we are not here dealing with a claim for damages based upon a breach of that contract. Rather, the case is one of damages flowing from the breach of contract A. As the Trial Judge held, the contractual relationship between the parties required the Authority to treat the respondent fairly in making its selection. As I see it, the failure of the Authority to do so deprived the respondent of the opportunity of being awarded contract B where, as the Trial Judge found, the respondent had met all the terms and conditions of the specifications. Under these circumstances, in my view, the recovery of damages for breach of contract A does not depend on the existence of an absolute obli-

¹¹ See e.g. *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Coudon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.).

¹² As was noted above, contract A required the successful bidder "to sign an Atlantic Pilotage Authority contract which will include the terms and conditions specified" in the appellant's letter to the respondent of January 5, 1987 and in the documents attached thereto.

semble y avoir une lacune dans ce raisonnement. Le but de l'octroi de dommages-intérêts résultant d'un contrat est de mettre le demandeur (en l'espèce, l'intimée) dans la même situation que celle dans laquelle il aurait été en l'absence de rupture du contrat¹¹. En l'espèce, la rupture était l'omission par l'Administration de traiter l'intimée équitablement, lorsqu'il s'était agi de choisir entre la soumission de cette dernière et celle d'East Coast Marine Services Ltd. L'Administration n'a pas décidé d'invoquer la clause de rejet de façon à lancer un nouvel appel d'offres comportant de nouvelles conditions; elle a décidé d'agir d'une façon inéquitable. En l'absence de rupture, l'Administration aurait effectué un choix entre les deux mêmes soumissions sur une base équitable, puisqu'elle aurait déjà décidé de ne pas se fonder sur la clause de rejet. En pareil cas, en l'absence de parti pris et puisqu'on ne se serait pas fondé sur des conditions non divulguées, il semble évident que l'intimée aurait eu des chances de se voir attribuer le contrat B, dont les conditions n'exigeaient aucune autre négociation entre les parties¹².

Bien sûr, on ne peut pas dire que le «contrat B» a été violé parce qu'aucun contrat de ce genre n'existait entre les parties. Par conséquent, nous ne sommes pas ici saisis d'une action en dommages-intérêts fondée sur la rupture de ce contrat. Il s'agit plutôt d'une action en dommages-intérêts découlant de la rupture du contrat A. Comme le juge de première instance l'a statué, la relation contractuelle existant entre les parties obligeait l'Administration à traiter l'intimée équitablement en effectuant son choix. À mon sens, l'omission par l'Administration de le faire a privé l'intimée de la possibilité de se voir attribuer le contrat B alors que, comme le juge de première instance l'a conclu, elle satisfaisait à toutes les conditions générales du cahier des charges. À mon avis, dans ces circonstances, le recouvrement de dommages-intérêts

¹¹ Voir, par ex. *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries, Ltd. Coudon & Co., Ltd. (Third Parties)*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.).

¹² Comme il en a ci-dessus été fait mention, le contrat A exigeait que l'attributaire [TRADUCTION] «signe un contrat avec l'Administration de pilotage de l'Atlantique, lequel comprenait les conditions générales énoncées» dans la lettre que l'appelante avait envoyée à l'intimée le 5 janvier 1987 et dans les documents annexés.

gation to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder.¹³ Indeed, as Estey J. stated in *Ron Engineering, supra*, at page 123, “the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders.” In my view, what the law seeks to compensate where a breach of contract A occurs is for the value of the loss suffered by the respondent by reason of that breach.

The common law recognizes a right to damages for loss of opportunity caused by the breach of a contract. *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.), is the seminal case on the point. It was concerned with a public competition whose object was to select several persons as the most beautiful women in the United Kingdom. Those selected were to be given an engagement at a London theatre for one week at specified remuneration. The plaintiff, who had complied with all of the preliminary requirements of the competition, was denied the opportunity of being selected when it was impossible for her to submit to a final interview on short notice. She alleged a breach of contract and claimed damages as a result of that breach. The Trial Judge found for the plaintiff. On appeal, two issues were raised. The first was that damages could not be awarded because they were too remote. The second was that the damages were of such a nature as to be impossible of assessment. The appeal failed.

¹³ Some of the decided cases do, indeed, suggest that lost anticipated profits are recoverable only where there is an obligation to award contract B to the plaintiff: *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362 (Q.B.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (Ont. Div. Ct.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (Alta Q.B.). It may be observed that in none of these cases does it appear that contract A was breached due to unfair treatment. In *Kencor Holdings Ltd., supra*, it was held, following *Chinook Aggregates, supra*, that the plaintiff was entitled to recover anticipated future profits under contract A where contract B was awarded to a third party on the basis that such party satisfied a term which was not disclosed in the tendering documents. See also, *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393 (B.C.S.C.).

déoulant de la rupture du contrat A ne dépend pas de l'existence d'une obligation absolue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions¹³. De fait, comme le juge Estey l'a dit dans l'arrêt *Ron Engineering*, précité, à la page 123, «l'étendue [de cette obligation] est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres». À mon avis, c'est la valeur de la perte subie par l'intimée en raison de la violation du contrat A que le droit cherche à compenser.

La common law reconnaît l'existence d'un droit à des dommages-intérêts pour la perte de la possibilité occasionnée par la rupture d'un contrat. L'arrêt *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786 (C.A.), fait autorité sur ce point. Cette affaire se rapportait à un concours public dont l'objet était de choisir plusieurs personnes comme étant les femmes les plus belles au Royaume-Uni. Les femmes qui avaient été choisies devaient avoir un engagement dans un théâtre de Londres pendant une semaine et toucher une rémunération précise. La demanderesse, qui avait satisfait à toutes les exigences préliminaires du concours, s'était vu refuser la possibilité d'être choisie parce qu'elle n'avait pas pu se présenter à une entrevue finale à bref délai. Elle a allégué la rupture du contrat et a réclamé des dommages-intérêts par suite de cette rupture. Le juge de première instance a rendu un jugement en faveur de la demanderesse. En appel, deux questions ont été soulevées. La première était que les dommages-intérêts ne pouvaient pas être accordés parce qu'ils étaient trop indirects. La

¹³ De fait, certains arrêts laissent entendre que le manque à gagner prévu est recouvrable uniquement s'il existe une obligation d'attribuer le contrat B au demandeur: *M.S.K. Financial Services Ltd. v. Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services)* (1987), 77 A.R. 362 (B.R.); *Scott Steel (Ottawa) Ltd. v. R.J. Nicol Construction (1975) Ltd.* (1993), 15 C.L.R. (2d) 10 (C. div. Ont.); *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 2 C.L.R. (2d) 157 (B.R. Alb.). Il est à noter qu'il semble que, dans aucune de ces affaires, le contrat A n'ait été violé en raison d'un traitement inéquitable. Dans *Kencor Holdings Ltd.*, précité, il a été statué, à la suite de la décision rendue dans l'affaire *Chinook Aggregates*, précitée, que le demandeur avait le droit de recouvrer le manque à gagner futur prévu en vertu du contrat A lorsque le contrat B était attribué à un tiers pour le motif que ce dernier remplissait une condition qui n'avait pas été divulguée dans les appels d'offres. Voir également, *Martin (L.B.) Construction Ltd. et al. v. Gaglardi et al.; Lauze et al., Third Parties* (1978), 91 D.L.R. (3d) 393 (C.S.C.-B.).

In addressing the first issue, Vaughan Williams L.J. stated, at page 791:

Now, the moment it is admitted that the contract was in effect one which gave the plaintiff a right to present herself and to take her chance of getting a prize, and the moment the jury find that she did not have a reasonable opportunity of presenting herself on the particular day, we have a breach attended by neglect of the defendant to give her a later opportunity; and when we get a breach of that sort and a claim for loss sustained in consequence of the failure to give the plaintiff an opportunity of taking part in the competition, it is impossible to say that such a result and such damages were not within the contemplation of the parties as the possible direct outcome of the breach of contract. I cannot think these damages are too remote, and I need say no more on the question of remoteness.

At page 795, Fletcher Moulton L.J. added these views:

To my mind the contention that they are too remote is unsustainable. The very object and scope of the contract were to give the plaintiff the chance of being selected as a prize-winner, and the refusal of that chance is the breach of contract complained of and in respect of which damages are claimed as compensation for the exclusion of the plaintiff from the limited class of competitors. In my judgment nothing more directly flowing from the contract and the intentions of the parties can well be found.

There was also a concurrence of views on the second issue. The argument was that it was impossible to say that the loss had any value because of a number of contingencies. The judges agreed that the circumstances would render it difficult to assess the value of the loss with precision because of these contingencies. However, Vaughan Williams L.J. expressed the view, at page 792, that:

... the fact that damages cannot be assessed with certainty does not relieve the wrong-doer of the necessity of paying damages for his breach of contract.

Fletcher Moulton L.J. made the same point in the following way, at page 794:

The Common Law Courts never enforced contracts specifically, as was done in equity; if a contract was broken, the common law held that an adequate solatium was to be found in a pecuniary sum, that is, in the damages assessed by the jury.

seconde était qu'à cause de la nature des dommages-intérêts, il était impossible de les évaluer. L'appel a été rejeté.

En examinant la première question, le lord juge Vaughan Williams a dit ceci, à la page 791:

[TRADUCTION] Dès qu'il est admis que le contrat était en fait un contrat qui conférait à la demanderesse le droit de se présenter et d'avoir la possibilité de gagner un prix, et dès que le jury conclut qu'elle n'a pas eu une possibilité raisonnable de se présenter le jour en question, nous sommes en présence d'une violation du fait que le défendeur a omis de donner par la suite à la demanderesse une autre possibilité; or, lorsqu'une telle violation est commise et qu'une action est intentée en raison de la perte subie par suite de l'omission de donner à la demanderesse la possibilité de participer au concours, on ne saurait dire que les parties ne prévoyaient pas que la violation du contrat pourrait directement entraîner pareil résultat et pareils dommages-intérêts. À mon avis, ces dommages ne sont pas trop indirects, et je n'ai pas à en dire davantage sur ce point.

À la page 795, le lord juge Fletcher Moulton a ajouté ceci:

[TRADUCTION] À mon avis, la prétention selon laquelle ils [les dommages] sont trop indirects est défendable. L'objet et la portée mêmes du contrat étaient de donner à la demanderesse la possibilité de gagner le prix, et le refus de lui donner cette possibilité constitue la violation du contrat dont on se plaint et à l'égard de laquelle des dommages-intérêts sont réclamés pour compenser l'exclusion de la demanderesse de la catégorie restreinte des concurrentes. À mon avis, on ne saurait rien trouver qui découle plus directement du contrat et de l'intention des parties.

Les avis étaient également concordants en ce qui concerne la seconde question. On avait soutenu qu'il était impossible de dire que la perte avait une valeur quelconque, à cause de la grande incertitude qui régnait. Les juges ont convenu que les circonstances permettaient difficilement d'évaluer avec précision la valeur de la perte à cause de cette incertitude. Toutefois, à la page 792, le lord juge Vaughan Williams a exprimé l'avis selon lequel:

[TRADUCTION] ... le fait que les dommages ne soient pas déterminés avec certitude ne décharge pas pour autant l'auteur du préjudice de l'obligation de payer des dommages pour la rupture de contrat.

À la page 794, le lord juge Fletcher Moulton a dit la même chose:

[TRADUCTION] Les tribunaux de *common law* n'ont jamais ordonné l'exécution de l'obligation même découlant d'un contrat, comme le faisaient les tribunaux d'*equity*; en cas de rupture de contrat, la *common law* prévoit que l'adjudication d'un

But there is no other universal principle as to the amount of damages than that it is the aim of the law to ensure that a person whose contract has been broken shall be placed as near as possible in the same position as if it had not. The assessment is sometimes a matter of great difficulty.

At page 795, he added:

But it is said that the damages cannot be arrived at because it is impossible to estimate the quantum of the reasonable probability of the plaintiff's being a prize-winner. I think that, where it is clear that there has been actual loss resulting from the breach of contract, which it is difficult to estimate in money, it is for the jury to do their best to estimate; it is not necessary that there should be an absolute measure of damages in each case.¹⁴

This case has been applied in Canada: see e.g. *Webb & Knapp (Canada) Limited et al. v. City of Edmonton*, [1970] S.C.R. 588; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6 (H.C.). See also Waddams, *The Law of Damages*, 2nd ed., (Toronto, 1993), at paragraphs 13.270-13.370; Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed., (Toronto, 1994), at pages 751-753. Its application has been extended to other situations involving loss of an expected profit or advantage from breach of contract.

The case at bar, in my view, falls within these principles. By its unfair treatment, the Authority deprived the respondent of the opportunity of being selected as the successful bidder in the tendering competition. It is not to say that the respondent was assured of contract B but, from the findings at trial, it does appear that the respondent stood a chance of being selected had the competition been conducted in a fair and honest manner. The respondent's bid was in fact the lowest one submitted. It would have enabled the Authority to procure the service it required at the least cost. At the time the final decision was made, the task was not one of selecting the successful

¹⁴ Indeed, at p. 792, Vaughan Williams L.J. stated that the trial court must do "the best [it] can" and that its decision will not be set aside even if "the amount of th[e] verdict will really be a matter of guesswork." See *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 S.C.R. 283, at p. 289; *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267. See also *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129 (C.A.) and *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279 (C.A.).

montant d'argent, c'est-à-dire le montant des dommages accordés par le jury, constitue une juste réparation. Il n'y a pas d'autre principe général que celui qui veut que la loi vise à remettre la victime d'une rupture de contrat, autant que possible, dans la même situation que s'il n'y en avait pas eu. La détermination des dommages pose parfois de grandes difficultés.

À la page 795, il a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Cependant, on dit que les dommages-intérêts ne peuvent pas être déterminés parce qu'il est impossible d'attribuer une valeur à la probabilité raisonnable que la demanderesse gagne le prix. Je pense que, lorsqu'une perte réelle résultant de la rupture d'un contrat n'est pas douteuse mais difficile à estimer en argent, le jury doit faire pour le mieux; il n'est pas nécessaire qu'il y ait dans chaque cas une mesure absolument précise des dommages¹⁴.

Cet arrêt a été appliqué au Canada: voir, par exemple, *Webb & Knapp (Canada) Limited et autre c. La Ville D'Edmonton*, [1970] R.C.S. 588; *Multi-Malls Inc. v. Tex-Mall Properties Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 6 (H.C.). Voir également Waddams, *The Law of Damages*, 2^e éd., (Toronto, 1993), aux paragraphes 13,270 à 13,370; Fridman, *The Law of Contract in Canada*, 3^e éd., (Toronto, 1994), aux pages 751 à 753. Son application a été étendue à d'autres situations comportant la perte d'un profit ou d'un avantage prévus par suite de la rupture d'un contrat.

À mon avis, ces principes s'appliquent en l'espèce. Par la façon inéquitable dont elle a traité l'intimée, l'Administration a privé celle-ci de la possibilité d'être choisie comme contributaire dans le cadre de l'appel d'offres. Cela ne veut pas dire que le contrat B allait nécessairement être attribué à l'intimée, mais, d'après les conclusions tirées en première instance, il semble que l'intimée ait eu des chances d'être choisie si le concours avait été équitable et honnête. La soumission la plus basse était de fait celle de l'intimée. Elle aurait permis à l'Administration d'obtenir le service requis au coût le plus bas. Au moment où la décision finale a été prise, il ne s'agis-

¹⁴ De fait, à la p. 792, le lord juge Vaughan Williams a dit que la cour de première instance devait faire [TRADUCTION] «son possible» et que sa décision ne serait pas annulée même si [TRADUCTION] «le montant accordé [était] réellement un montant estimatif». Voir *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.*, [1915] 51 R.C.S. 283, à la p. 289; *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267. Voir également *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129 (C.A.) et *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279 (C.A.).

bidder from a group of six but from the only two qualified competitors.¹⁵ In those circumstances, and assuming fair treatment all around, the possibility remained that the Authority would have yet rejected the respondent's bid in favour of that presented by East Coast Marine Services Ltd.

I turn next to the Trial Judge's assessment of damages. At the trial, the respondent called Mr. O. B. Tilley, a chartered accountant, as an expert witness on the issue of damages. Mr. Tilley presented two sets of calculations. In the first, he arrived at a figure of \$329,311 as the projected after-tax earnings over the five-year term of contract B. His second calculation, which was based on assumptions put to him in cross-examination on the first calculation, produced a figure of \$44,580 in after-tax earnings. After noting some dissatisfaction with Mr. Tilley's evidence and finding that the first figure was "too high" while the second was "inordinately low," the Trial Judge proceeded to adopt what he described as "a global approach in endeavouring to arrive at a fair and realistic assessment of the plaintiff's damages for breach of contract." In doing so, he turned for guidance to the decision of the Supreme Court of Canada in *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, at pages 708-709, where Dickson J. (as he then was) stated:

¹⁵ Thus in *Chaplin v. Hicks*, *supra*, Farwell L.J. observed at pp. 798-799:

It is obvious, of course, that the chance or probability may in a given case be so slender that a jury could not properly give more than nominal damages, say one shilling; if they had done so in the present case, it would have been entirely a question for them, and this Court could not have interfered. But in the present competition we find chance upon chance, two of which the plaintiff had succeeded in passing; from being one of six thousand she had become a member of a class of fifty, and, as I understand it, was first in her particular division by the votes of readers of the paper; out of those fifty there were to be selected twelve prize-winners; it is obvious that her chances were then far greater and more easily assessable than when she was only one of the original six thousand. If the plaintiff had never been selected at all, the case would have been very different; but that was not the case.

sait pas de choisir l'attributaire parmi un groupe de six soumissionnaires, mais de déterminer lequel des deux concurrents restants qui remplissaient les conditions devait être retenu¹⁵. Dans ces circonstances, et à supposer qu'elle ait toujours agi d'une façon équitable, il était encore possible que l'Administration rejette la soumission de l'intimée en faveur de celle qu'East Coast Marine Services Ltd. avait présentée.

J'examinerai maintenant la façon dont le juge de première instance a évalué les dommages-intérêts. À l'instruction, l'intimée a cité M. O. B. Tilley, comptable agréé, à titre d'expert pour témoigner sur la question des dommages-intérêts. M. Tilley a présenté deux ensembles de calculs. En premier lieu, il est arrivé au montant de 329 311 \$, qui représentait le profit net après impôt qui aurait probablement été réalisé pendant les cinq années où le contrat B aurait été en vigueur. Selon son second calcul, qui était fondé sur des hypothèses qui lui ont été présentées pendant le contre-interrogatoire sur le premier calcul, le profit net après impôt était de 44 580 \$. Après s'être déclaré plus ou moins satisfait du témoignage de M. Tilley et après avoir conclu que le premier chiffre était «trop élevé», alors que le second était «excessivement bas», le juge de première instance a adopté ce qu'il a décrit comme «une approche globale», en tentant d'évaluer d'une manière équitable et réaliste les dommages-intérêts de la demanderesse pour la rupture du contrat. Ce faisant, il s'est fondé sur la décision que la Cour suprême du Canada avait

¹⁵ Ainsi, dans *Chaplin v. Hicks*, précité, le lord juge Farwell a fait observer ceci, aux p. 798 et 799:

[TRADUCTION] Bien sûr, il est évident que les chances ou la probabilité, dans un cas donné, puissent être si minces qu'un jury ne pourrait pas légitimement accorder plus que des dommages-intérêts symboliques, disons un shilling; s'ils l'avaient fait en l'espèce, il leur aurait strictement appartenu de le faire et la Cour n'aurait pas pu intervenir. Cependant, dans le concours dont il est ici question, les chances se sont accumulées et la demanderesse a déjà réussi à deux reprises; elle, qui n'était qu'une candidate parmi tant d'autres, est passée dans une catégorie composée de cinquante candidates, et, si je comprends bien, elle était la première dans sa division particulière, à la suite d'un vote tenu parmi les lecteurs du journal; de ces cinquante candidates, douze devaient être choisies; de toute évidence, ses chances étaient alors beaucoup plus grandes et beaucoup plus faciles à évaluer que lorsqu'elle était l'une de six mille candidates. Si la demanderesse n'avait jamais été choisie, l'affaire aurait été fort différente, mais ce n'était pas le cas.

If the Courts are to apply basic principles of the law of damages and seek to achieve a reasonable approximation to pecuniary *restitutio in integrum* expert assistance is vital. But the trial judge, who is required to make the decision, must be accorded a large measure of freedom in dealing with the evidence presented by the experts. If the figures lead to an award which in all the circumstances seems to the judge to be inordinately high it is his duty, as I conceive it, to adjust those figures downward; and in like manner to adjust them upward if they lead to what seems to be an unusually low award.

In coming to his final assessment, the Trial Judge stated at page 424:

Taking Mr. Tilley's cumulative earnings figure of \$329,311 as a starting point, I would add back income tax of \$72,448, calculated at his 22 per cent rate of tax, which yields the gross-up total of \$401,759. I feel this should be reduced by the deduction of 42 per cent contingency factor to account for uncertainties, which leaves a net balance of \$233,020. I would allow the plaintiff the additional sum of \$2,390 for the cost of preparing its bid on Tender 50. The resulting total is \$235,410 which I hereby assess as the plaintiff's damages for breach of contract, rounded off to \$235,000.

Now, it is a well-established principle that an appellate court ought not to reverse a finding of a trial judge as to the quantum of damages merely because the court is of the view that, had it tried the case in the first instance, it would have awarded a lesser or greater sum. The case of *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.), sets out the limits within which an appellate court may interfere with the quantum of damages assessed at trial. At pages 613-614, Viscount Simon stated:

Whether the assessment of damages be by a judge or a jury, the appellate court is not justified in substituting a figure of its own for that awarded below simply because it would have awarded a different figure if it had tried the case at first instance. Even if the tribunal of first instance was a judge sitting alone, then, before the appellate court can properly intervene, it must be satisfied either that the judge, in assessing the damages, applied a wrong principle of law (as by taking into account some irrelevant factor or leaving out of account some relevant one); or, short of this, that the amount awarded is either so inordinately low or so inordinately high that it must be a wholly erroneous estimate of the damage (*Flint v. Lovell*, approved by the House of Lords in *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*). The last named case further shows

rendue dans l'affaire *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, où le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit ceci aux pages 708 et 709:

Si les tribunaux doivent appliquer les principes fondamentaux du droit aux dommages-intérêts et chercher à assurer une remise en état pécuniaire aussi proche de la réalité que possible, il est essentiel de faire appel à des experts. Mais il faut accorder au juge de première instance, qui doit prendre la décision, une grande liberté dans l'examen de la preuve présentée par les experts. Si le juge estime que le montant des dommages-intérêts dicté par les chiffres est, dans les circonstances, déraisonnablement élevé, il doit, à mon avis, ajuster ces chiffres à la baisse; de même, il doit les ajuster à la hausse si l'indemnité qu'ils indiquent est anormalement faible.

En arrivant à son évaluation finale, le juge de première instance a dit ceci, à la page 424:

Au total des revenus calculé par M. Tilley, soit 329 311 \$, je rajouterais les impôts, soit 72 448 \$ au taux de 22 pour cent qu'il a utilisé, pour obtenir le total majoré, savoir 401 759 \$. Il faut réduire cette somme, à mon sens, de 42 pour cent pour tenir compte du facteur incertitude, ce qui laisse un solde net de 233 020 \$. J'accorderais à la demanderesse une autre somme de 2 390 \$ à l'égard du coût de préparation de sa soumission en réponse à l'appel d'offres n° 50. Le nouveau total de 235 410 \$ forme le montant des dommages-intérêts que j'estime dus à la demanderesse pour la rupture de contrat, arrondi à 235 000 \$.

Selon un principe bien établi, la cour d'appel ne devrait pas annuler la conclusion que le juge de première instance a tirée au sujet du montant des dommages-intérêts simplement parce qu'elle estime que, si elle avait en premier lieu statué sur l'affaire, elle aurait accordé un montant différent. L'arrêt *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (H.L.) établit jusqu'à quel point la cour d'appel peut modifier le montant des dommages-intérêts accordés en première instance. Aux pages 613 et 614, le vicomte Simon a dit ceci:

[TRADUCTION] Que l'appréciation des dommages soit effectuée par un juge ou par un jury, la Cour d'appel n'est pas autorisée à remplacer le montant alloué par une cour d'instance inférieure par un montant calculé par elle, simplement parce qu'elle aurait elle-même accordé un montant différent si elle avait jugé l'affaire en première instance. Même si le tribunal de première instance était constitué par un juge siégeant seul, la Cour d'appel ne peut intervenir à bon droit que si elle est convaincue: soit que le juge, en évaluant les dommages, a appliqué un principe juridique erroné (en tenant compte par exemple d'un facteur non pertinent ou en ne tenant pas compte d'un élément pertinent), soit, si tel n'est pas le cas, que le montant des dommages est ou bien si excessivement bas ou bien si excessivement élevé qu'une telle estimation du dommage doit

that when on a proper direction the quantum is ascertained by a jury, the disparity between the figure at which they have arrived and any figure at which they would properly have arrived must, to justify correction by a court of appeal, be even wider than when the figure has been assessed by a judge sitting alone. The figure must be wholly "out of all proportion" (*per* Lord Wright, *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*). [Footnotes omitted.]

It seems to me that the relevant question, therefore, is whether the Trial Judge applied a wrong principle of law in assessing the damages. With respect, in my view he erred in two aspects. As I have indicated, his assessment was based at least in part on a view that the Authority was bound to award contract B to the respondent as the lowest qualified bidder. In the view I have taken, while there was no such obligation in the circumstances, there remained a chance that, absent the unfair treatment, the respondent would have been awarded contract B. It is the value of this lost opportunity rather than of the contract itself that should be compensated for in damages. It was also wrong for the Judge to take the expert's figure of \$329,311 as his "starting point," when he had already rejected that figure as "too high." The record shows that there was general agreement on the expert's lower figure of \$44,580 as the starting point. The dispute was whether this figure represented total damages or whether it should be increased to reflect the use of a three-man rather than a four-man crew on board the *Captain Parker*. The use of a three-man crew would have increased the net earnings over the projected period of contract B by \$163,000 including interest. As I am of the view, for the reasons expressed below, that the Trial Judge did not err in finding that a four-man crew was not required by the specifications, this sum of \$163,000 should be added to the base figure of \$44,580 which I would regard as the starting point. To the combined figures should be added the 22% factor for income tax which is not in dispute, for an aggregate of \$45,676. This results in a gross earnings over the said period of \$253,248.

de ce fait être entièrement erronée. (Voir *Flint v. Lovell*, approuvé par la Chambre des Lords dans *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.* La dernière affaire citée montre, de plus, que lorsque le montant est fixé par un jury convenablement instruit, la différence entre le chiffre auquel il est arrivé et celui auquel il aurait pu convenablement arriver doit, pour justifier une modification par une cour d'appel, être encore plus grande que dans le cas où ce même chiffre aurait été fixé par un juge seul. Le montant doit être tout à fait «hors de toute proportion» (lord Wright, *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.* [Les notes en bas de page sont omises.]

Il me semble qu'il s'agit donc de savoir si le juge de première instance a appliqué un principe de droit erroné en évaluant les dommages-intérêts. Avec égards, j'estime qu'il a commis une erreur sur deux points. Comme je l'ai mentionné, son évaluation était fondée, du moins en partie, sur l'opinion selon laquelle l'Administration était tenue d'attribuer le contrat B à l'intimée en sa qualité de moins-disant remplissant les conditions. À mon avis, il n'existait dans les circonstances aucune obligation de ce genre, mais il était néanmoins possible que, en l'absence de traitement inéquitable, l'intimée se soit vu attribuer le contrat B. C'est la valeur de la perte de cette possibilité plutôt que du contrat lui-même qui devrait faire l'objet d'une indemnisation au moyen de l'octroi de dommages-intérêts. Le juge a également eu tort de se fonder sur la somme de 329 311 \$ calculée par l'expert, alors qu'il avait déjà estimé que ce montant était «trop élevé». Le dossier montre qu'on s'entendait généralement sur le montant inférieur de 44 580 \$ calculé par l'expert. Le litige portait sur la question de savoir si ce chiffre représentait le montant total des dommages-intérêts ou s'il devait être augmenté de façon à refléter le recours à un équipage de trois hommes plutôt que de quatre, à bord du *Captain Parker*. Le recours à un équipage de trois hommes aurait augmenté le profit net de 163 000 \$, intérêt compris, sur la période prévue du contrat B. Étant donné que, pour les motifs ci-dessous énoncés, j'estime que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le cahier des charges n'exigeait pas un équipage de quatre hommes, la somme de 163 000 \$ devait être ajoutée au moment de base de 44 580 \$, que je prendrais comme point de départ. Il faudrait ajouter à ces chiffres combinés un facteur de 22 % pour l'impôt sur le revenu, ce qui n'est pas contesté, de façon à obtenir au total 45 676 \$. Pour ladite période, le profit brut serait donc de 253 248 \$.

I return then to the contingency factor which was adopted by the Trial Judge. As indicated above, the error of principle in arriving at the factor selected was the failure to take account of the uncertainty as to whether contract B would have been awarded to the respondent in a fair competition. The task of the Trial Judge was to make an estimate of what the chances were that contract B would have gone to the respondent but for the unfair treatment and to reflect those chances in the award of damages (*Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.), per Lord Diplock, at page 176). As was stated by McLachlin J.A. (as she then was) in *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (B.C.C.A.), at page 211:

The plaintiff is entitled to compensation for the loss of that opportunity. But it would be wrong to assess the damages for that lost opportunity as though it were a certainty.

As the Trial Judge did not reflect this element of uncertainty in his assessment, in my view this Court is required to do so.

There remains for consideration three sub-issues. The first is whether the Trial Judge erred in allowing the respondent an expense of \$2,390 for bidding on Tender no. 50 in addition to lost profits. The second is whether the Trial Judge erred in the manner he quantified the lost profits having regard to all of the evidence. The last is whether the Trial Judge erred in reducing the damages he had otherwise assessed.

In my view, the expense incurred in submitting the bid on January 16, 1987, is not recoverable as damages for breach of contract A in addition to lost profits. I agree with the Authority that had the respondent been awarded contract B it would not have been reimbursed this expense. I do not think it mere idle speculation that a business entity in the position of the respondent would most likely have factored the

Je reviens maintenant au facteur d'incertitude qui a été adopté par le juge de première instance. Comme je l'ai ci-dessus mentionné, l'erreur de principe qu'il a commise en arrivant au facteur choisi était attribuable au fait qu'il avait omis de tenir compte de l'incertitude qui régnait au sujet de la question de savoir si le contrat B aurait été attribué à l'intimée dans le cadre d'un concours équitable. La tâche du juge de première instance consistait à estimer quelles auraient été les chances que le contrat B soit attribué à l'intimée, si ce n'avait été de la façon inéquitable dont cette dernière avait été traitée, et à en tenir compte dans le montant des dommages-intérêt accordés (*Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.), lord Diplock, à la page 176). Comme l'a dit le juge d'appel McLachlin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Houweling Nurseries Ltd. v. Fisons Western Corp.* (1988), 49 D.L.R. (4th) 205 (C.A.C.-B.), à la page 211:

[TRADUCTION] La demanderesse a le droit d'être indemnisée de la perte de cette possibilité. Cependant, il serait erroné d'évaluer les dommages-intérêts découlant de la perte de cette possibilité comme s'il s'agissait d'une certitude.

Étant donné que le juge de première instance n'a pas tenu compte de cet élément d'incertitude dans son évaluation, la Cour est, à mon avis, tenue de le faire.

Il reste à examiner trois questions accessoires. Premièrement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant à l'intimée, en plus du manque à gagner, la somme de 2 390 \$ pour les frais que celle-ci avait engagés en présentant sa soumission relativement à l'appel d'offres n° 50? Deuxièmement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans la façon dont il a quantifié le manque à gagner, compte tenu de l'ensemble de la preuve? Troisièmement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en réduisant le montant des dommages-intérêts qu'il aurait par ailleurs accordés?

À mon avis, l'intimée ne peut pas recouvrer, en plus du manque à gagner, les frais qu'elle a engagés en présentant sa soumission, le 16 janvier 1987, à titre de dommages-intérêts pour la rupture du contrat A. Je souscris à l'avis de l'Administration, à savoir que si l'intimée s'était vu attribuer le contrat B, elle n'aurait pas été indemnisée de ces frais. Je ne crois pas qu'on fait une conjecture oiseuse en suppo-

tendering expense into the bid price and recouped this expense in that manner.

The second sub-issue is concerned with the Trial Judge's finding that Tender no. 50 did not require a four-man crew for any pilot boat chosen by the Authority. This, says the Authority, was in error because the evidence is clear that a four-man crew was specified. If the Authority is correct, the measure of damages should be correspondingly reduced because the respondent's lost profits would not be as large as those which were found by the Trial Judge.

I agree that the specifications on this point are somewhat vague. Clause 1(h) thereof refers to the boat being "manned by a minimum crew of two persons at all times when underway." Subclause 2(c)(i) then provides:

(i) Boat must be manned by at least a launchmaster and deckhand when underway but may be partially manned when not in use provided that the boat can be underway under all circumstances within one hour of the launchmaster being notified by Cape Breton dispatch.

These provisions spell out the crew requirements when the boat would be in use and when not; they do not spell out the total number of crew. The basis of the Authority's assertion is that the proposal submitted by the respondent referred to a four-man crew and that this was the past practice of the respondent in the Strait of Canso area where a system of compulsory pilotage continued to prevail. On the other hand, there was evidence that, based on the Authority's own understanding, the *Captain Parker* would be operating the service at the Strait of Canso with a three-man crew after September of 1986. The Trial Judge appears to have accepted that evidence. It remained on all of the evidence for the Trial Judge to determine as a mixed question whether a three or four-man crew was called for by the specifications. I am unable to see that he misconstrued the specifications or misapprehended the evidence viewed as a whole.

sant qu'une entité commerciale qui serait dans la situation de l'intimée aurait probablement tenu compte des frais de présentation de la soumission dans le prix de la soumission et aurait ainsi recouvré ces frais.

La deuxième question accessoire se rapporte à la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appel d'offres n° 50 n'exigeait pas que le bateau-pilote choisi par l'Administration ait à son bord quatre membres d'équipage. Selon l'Administration, il s'agissait d'une erreur puisque, selon la preuve, il était clairement précisé que l'équipage devait être composé de quatre personnes. Si l'Administration a raison, le montant des dommages-intérêts devrait être réduit en conséquence parce que le manque à gagner ne serait pas aussi important que celui auquel le juge de première instance a conclu.

Je conviens que, sur ce point, le cahier des charges est quelque peu vague. La clause 1h) dit que le bateau doit être [TRADUCTION] «doté d'au moins deux membres d'équipage en tout temps lorsqu'il fait route». La sous-clause 2c)(i) dit ensuite ceci:

[TRADUCTION] (i) Le bateau doit être doté, en route, d'au moins un capitaine et d'un matelot de pont, mais il peut n'être doté que par une partie des effectifs lorsqu'il n'est pas utilisé, à condition qu'il puisse dans tous les cas être prêt à partir dans un délai d'une heure sur réception par le capitaine d'un avis du régulateur du Cap-Breton.

Ces dispositions énoncent les exigences relatives à l'équipage lorsque le bateau est utilisé et lorsqu'il ne l'est pas; elles ne parlent pas du nombre total de membres d'équipage. L'affirmation de l'Administration est fondée sur ce que la proposition soumise par l'intimée parlait d'un équipage de quatre hommes et que telle était la pratique passée de l'intimée dans la région du détroit de Canso, où un système de pilotage obligatoire continuait à exister. D'autre part, certains éléments de preuve montraient que, après le mois de septembre 1986, selon l'entente même de l'Administration, le *Captain Parker* exploiterait le service dans le détroit de Canso avec un équipage de trois hommes. Le juge de première instance semble avoir retenu cette preuve. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, il lui restait à trancher la question mixte de savoir si le cahier des charges exigeait un équipage de trois hommes ou un équipage de quatre hommes. Je ne puis dire que le juge a inter-

prété le cahier des charges d'une façon erronée ou qu'il a apprécié la preuve dans son ensemble d'une façon erronée.

The final point is raised by the respondent but, in view of what I have already indicated, the contingency factor of 42% applied by the Trial Judge to account for uncertainties requires examination because of neglect to include the uncertainty of whether contract B would have been awarded to the respondent. I shall deal first with the respondent's submission. Its position is that this factor should be reduced. I agree with the Authority, however, that there was evidence of uncertainty that was not accounted for by the respondent's expert witness. I am satisfied that the Trial Judge committed no error in refusing to adopt a lower factor than 42%. This was for him to determine in the first instance and it has not been demonstrated that the factor he selected was too high.

On the other hand, I am persuaded for the reasons already given that the factor adopted by the Trial Judge is too low. It simply does not include any element to account for the uncertainty of whether contract B would have gone to the respondent but for the Authority's unfair treatment. The Court must seek to compensate the respondent for the value of the lost opportunity; not to over-compensate for that loss. In my view, bearing in mind the scenario I have described above of the Authority acting fairly towards the two bidders remaining in the competition, there was no certainty that the respondent's bid would have been selected over that of East Coast Marine Services Ltd. Being qualified meant that the respondent stood a chance of being selected but its selection in what had become a two-way contest was not assured. Weighing the matter as best I can, I consider that the contingency factor should be increased to 50% to account for this further uncertainty. As applied to the gross earnings of \$253,248 referred to above, this would reduce the "net balance" to \$126,624. No portion of the respondent's expense of preparing its bid on Tender no. 50 should be added to this sum.

a Le dernier point est soulevé par l'intimée mais, compte tenu de ce que j'ai déjà dit, il faut examiner le facteur d'incertitude (42 %) que le juge de première instance a appliqué, parce que celui-ci a omis de tenir compte de l'incertitude qui régnait au sujet de la question de savoir si le contrat B aurait été attribué à l'intimée. J'examinerai d'abord l'argument de l'intimée. Elle soutient que ce facteur devrait être réduit. Toutefois, je souscris à l'avis de l'Administration, à savoir qu'il existait, au sujet de l'incertitude, certains éléments de preuve dont le témoin expert de l'intimée n'avait pas tenu compte. Je suis convaincu que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en refusant d'adopter un facteur inférieur à 42 %. Il lui appartenait de déterminer en premier lieu ce facteur et il n'a pas été démontré que le facteur qu'il a choisi était trop élevé.

D'autre part, je suis convaincu, pour les motifs que j'ai déjà énoncés, que le facteur adopté par le juge de première instance est trop bas. Il ne comprend tout simplement pas d'élément permettant de tenir compte de l'incertitude qui régnait au sujet de la question de savoir si le contrat B aurait été attribué à l'intimée, si ce n'avait été de la façon inéquitable dont l'Administration avait traité cette dernière. La Cour doit chercher à indemniser l'intimée de la valeur de la perte de cette possibilité, et non à lui accorder une indemnité trop élevée pour cette perte. À mon avis, compte tenu du scénario que j'ai ci-dessus décrit, soit que l'Administration a agi d'une façon équitable à l'endroit des deux soumissionnaires restants, il n'est pas certain que la soumission de l'intimée est été choisie par rapport à celle d'East Coast Marine Services Ltd. Le fait que l'intimée remplissait les conditions voulait dire qu'elle avait des chances d'être choisie, mais qu'il n'était pas certain qu'on lui accorde la préférence par rapport à l'autre soumissionnaire. Si je soupèse la question du mieux qu'il est possible, j'estime que le facteur incertitude devrait être porté à 50 %. Si l'on applique ce facteur au profit brut de 253 348 \$ susmentionné, cela réduit le «solde net» à 126 624 \$. Aucune partie des frais que l'intimée a engagés pour préparer sa soumission à l'égard de l'appel d'offres n° 50 ne devrait être ajoutée à cette somme.

DISPOSITION

I would allow the appeal in part by disallowing any portion of the sum of \$2,390 incurred by the respondent in submitting its bid on Tender no. 50 and by reducing the damages otherwise assessed at trial to \$126,624. I would vary the judgment of the Trial Division accordingly and would otherwise affirm it in all other respects. Success being almost equally divided, I would allow the respondent one-half of its costs of this appeal.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my colleague Stone J.A. and I am in general agreement with them, except for his rejection of the appellant's contention that the Trial Judge misconstrued the evidence before him. In my view, the learned Judge of the Trial Division committed errors which fundamentally flawed his decision. His misconstruction of the evidence coloured his perception of the issues and unfavourably tainted his decision against the appellant. Consequently, I have reached conclusions different from those of my colleague.

The learned Trial Judge came to the conclusion that the granting of the contract to East Coast Marine Services Ltd. on Tender no. 50 was a foregone conclusion because of an undisclosed precondition of the tendering process, namely that of monopoly. This finding of the Trial Judge, found at page 398 of his reasons and quoted by my colleague, bears repeating:

Taking all these factors into account, I find that it was a foregone conclusion in the collective mind of the defendant, acting through its responsible officers and directors, that the plaintiff was never even in the running for fair consideration with respect to its bids on Tender 50 because of the undisclosed preconditions of monopoly. In other words, the tendering process was rigged against the plaintiff from the very outset.

DISPOSITIF

J'accueillerais l'appel en partie en refusant au complet la somme de 2 390 \$ que l'intimée a dépensée pour présenter sa soumission à l'égard de l'appel d'offres n° 50 et en fixant à 126 624 \$ le montant des dommages-intérêts par ailleurs accordés à l'instruction. Je modifierais le jugement de la Section de première instance en conséquence et je le confirmerais par ailleurs à tous les autres égards. Étant donné que le succès est partagé presque également, j'accorderais à l'intimée la moitié des dépens de l'appel.

* * *

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Stone, J.C.A., et, d'une façon générale, j'y souscris, sauf en ce qui concerne le rejet de la prétention de l'appelante selon laquelle le juge de première instance a interprété la preuve d'une façon erronée. À mon avis, le juge de la Section de première instance a commis des erreurs qui ont fondamentalement vicié sa décision. L'interprétation erronée qu'il a donnée de la preuve a faussé l'idée qu'il s'était faite des questions litigieuses et a influé d'une façon défavorable sur la décision qu'il a rendue contre l'appelante. Par conséquent, je suis arrivé à des conclusions différentes de celles de mon collègue.

Le juge de première instance a conclu qu'il était prévu d'avance que le marché serait attribué à East Coast Marine Services Ltd. en ce qui concerne l'appel d'offres n° 50, et ce, à cause d'une condition requise non divulguée du processus de l'appel d'offres, soit celle relative au monopole. Il est opportun de reproduire cette conclusion du juge de première instance, qui se trouve à la page 398 et qui a été citée par mon collègue:

Prenant en considération tous ces facteurs, je conclus qu'il était prévu d'avance, dans l'esprit de la défenderesse, agissant par l'entremise de ses dirigeants et administrateurs compétents, que la demanderesse n'aurait même pas la chance de voir ses soumissions examinées équitablement dans le cadre de l'appel d'offres n° 50, à cause des conditions requises, non divulguées, relatives au monopole. Autrement dit, le processus de l'appel d'offres a été truqué au détriment de la demanderesse dès le départ.

Indeed, the learned Judge saw the condition of monopoly as the governing criterion in the tendering process. At page 412 of his decision, he wrote:

I also found as a fact that the defendant rigged the bid against the plaintiff in the tendering process for Tender 50 by adopting as its governing criteria for the awarding of the tender conditions which excluded the plaintiff from any consideration whatever, and thus unfairly preferred the rival bidder, East Coast Marine Services Ltd., to whom the contract was awarded.

In my view, this was an error induced by his misconception and misinterpretation of the evidence. He confused a relevant consideration in the exercise of the appellant's power under the "rejection clause" to reject any tender in the public interest with a condition of the tendering process. The issue of monopoly was never a condition or precondition of the tendering process which made that process unfair and a foregone conclusion. Indeed, there is no obligation, as the respondent claims and as the Trial Judge's decision would require, to make any express mention in the advertisements of tenders that the tendering authority will not assist or be an accomplice in the creation or granting of a monopoly to the public detriment. There is no more an obligation to make that kind of consideration a condition of the tendering process than there is to require as a condition of the process that bidders not be in conflict of interest or in breach of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] and be financially sound.

The issue of monopoly like those of safety, financial stability of the bidders and conflict of interest are legitimate and relevant commercial considerations that the appellant could, and indeed in the public interest should, take into account in the exercise of its power under the "rejection clause." As a result of a monopoly for five years, other boats would have been likely to leave the area. This could have subsequently resulted in a more costly renewal of the contract or, worse, it could have left the area with no pilot boats in the event of a collapse of the respondent's compa-

En fait, le savant juge a considéré la condition relative au monopole comme constituant le critère déterminant du processus de l'appel d'offres. À la page 412, il a dit ceci:

^a J'ai également conclu que la défenderesse avait truqué l'appel d'offres au détriment de la demanderesse dans le processus de l'appel d'offres n° 50 en adoptant comme critères déterminants pour l'attribution du marché des conditions qui écartaient directement la demanderesse et accordaient ainsi injustement la préférence au concurrent East Coast Marine Services Ltd., à qui le marché a été attribué.

^b À mon avis, il s'agissait d'une erreur découlant de son appréciation et de son interprétation erronées de la preuve. Le juge a confondu une considération pertinente à l'exercice par l'appelante de son pouvoir de rejeter une offre dans l'intérêt du public en vertu de la «clause de rejet» et une condition du processus de l'appel d'offres. La question du monopole n'a jamais été une condition du processus de l'appel d'offres ayant pour effet de rendre le processus inéquitable et de faire en sorte que le contrat soit attribué d'avance. En fait, il n'existe aucune obligation, comme l'affirme l'intimée et comme la décision du juge de première instance l'exigerait, de mentionner expressément, dans les annonces d'appels d'offres, que l'autorité adjudicative n'aidera pas à la création ou à l'octroi d'un monopole au détriment du public, ou qu'elle ne se rendra pas complice d'un tel fait. Il n'existe pas plus une obligation de faire de ce genre de considération une condition du processus de l'appel d'offres qu'il n'existe une obligation d'exiger, comme condition du processus, que les soumissionnaires ne soient pas dans une situation de conflit d'intérêts ou qu'ils ne violent pas la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)] et qu'ils soient solvables.

^c La question du monopole, ainsi que celles de la sécurité, de la stabilité financière des soumissionnaires et du conflit d'intérêts, sont des considérations commerciales légitimes et pertinentes dont l'appelante pourrait et, en fait, devrait, dans l'intérêt du public, tenir compte dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré en vertu de la «clause de rejet». L'octroi d'un monopole de cinq ans aurait probablement amené les autres bateaux à quitter la région. Cela aurait par la suite pu entraîner un renouvellement plus coûteux du contrat ou, ce qui est pire, laisser la

nies one of which (Chedabucto Shipwrights Ltd.) at the time was the subject of foreclosure proceedings on account of financial difficulties.

In the case at bar, the issue of monopoly was not made a governing condition of the tendering process since the respondent was one of the two qualified bidders as a result of the process. Had it been a condition of the tendering process, the respondent's tender would have been rejected at the outset with the four others which were dismissed and the respondent would not have been qualified. This issue of monopoly emerged at the stage when the appellant exercised its authority under the "rejection clause" and, as I have already mentioned, it was in my opinion a proper and relevant consideration to take into account.

In addition, I cannot accept the Trial Judge's finding that the process was unfair because the appellant wanted to unfairly favour East Coast Marine Services Ltd. over the respondent. Such finding was induced by the learned Judge's misconstruction of the evidence.

First, the Trial Judge was mistaken when he concluded that the subject of monopoly, a concern of the Director of Operations, Captain Stow, was raised at the November 18, 1986 meeting of the Pilot Boat Committee, which had been set up by the appellant to assess the bids, and appeared in the minutes of the Committee. The matter came up for the first time at the second meeting held on January 20, 1987 which tends to contradict the Judge's finding that the refusal to grant the contract to the respondent was a foregone conclusion from the very outset.

It is true that the question of monopoly, as the Trial Judge pointed out, was on the mind of the Director of Operations, Captain Stow, since the November meeting. However, this fact is no evidence of a prejudicial attitude of the Committee itself toward the respondent. Indeed, it was the function of the Director of Operations to bring to the attention of the Committee any fact pertaining to the qualified bidders which

région sans service de bateaux-pilotes dans le cas de l'effondrement des sociétés de l'intimée, dont l'une (Chedabucto Shipwrights Ltd.) faisait à ce moment-là l'objet d'une action en forclusion à la suite de difficultés financières.

En l'espèce, la question du monopole n'était pas une condition déterminante du processus de l'appel d'offres puisque l'intimée fut l'un des deux soumissionnaires dont les noms furent retenus au terme du processus. Si cette question avait été une condition du processus de l'appel d'offres, la soumission de l'intimée aurait été rejetée dès le départ, en même temps que les quatre autres qui ont été rejetées, et l'intimée ne se serait pas qualifiée. La question du monopole s'est posée au moment où l'appelante a exercé le pouvoir qui lui était conféré en vertu de la «clause de rejet» et, comme je l'ai déjà mentionné, j'estime qu'il s'agissait d'une considération légitime et pertinente à prendre en compte.

De plus, je ne puis souscrire à la conclusion du juge de première instance selon laquelle le processus était inéquitable parce que l'appelante voulait favoriser, d'une façon injuste, East Coast Marine Services Ltd. par rapport à l'intimée. Le savant juge est arrivé à cette conclusion par suite d'une interprétation erronée de la preuve.

Premièrement, le juge de première instance a conclu à tort que la question du monopole, dont se préoccupait le capitaine Stow, directeur des opérations, avait été soulevée lors de la réunion du comité des bateaux-pilotes que l'appelante avait organisée pour évaluer les soumissions le 18 novembre 1986, et qu'elle figurait dans le procès-verbal de la réunion. La question a été soulevée pour la première fois lors de la seconde réunion, soit le 20 janvier 1987, ce qui semble contredire la conclusion du juge selon laquelle il était prévu d'avance, dès le départ, que le marché ne serait pas attribué à l'intimée.

Comme le juge de première instance l'a souligné, il est vrai que la question du monopole préoccupait le capitaine Stow, directeur des opérations, depuis la réunion du mois de novembre. Toutefois, ce fait ne prouve pas l'existence d'une attitude préjudiciable de la part du comité lui-même à l'endroit de l'intimée. En fait, il incombait au directeur des opérations d'attirer l'attention du comité sur tout fait concernant les

could justify the refusal of a contract in the best public interest pursuant to the tendering process.

Second, the learned Judge saw as an indication of “possible favouritism” a letter of September 11, 1986 testifying to the personal abilities and capabilities of Captain Gay who now owns East Coast Marine Services Ltd. The letter was issued by the appellant’s corporate secretary. At pages 396-397, after having found that the Director of Operations, Captain Stow, was favourable to East Coast Marine Services Ltd., the learned Judge wrote:

However, he was not the only one among the defendant’s officers inclined to possible favouritism. Indeed, I find it to be quite significant in this regard that Captain Gay’s bid on Tender 50 had annexed thereto as Exhibit “B” a letter dated September 11, 1986 on the Authority’s letterhead from the Corporate Secretary, J. B. Kushner, in which the author gives a glowing testimonial to Captain Gay’s personal qualities and capabilities as well as the “eminently satisfactory” service provided by him for the Authority in the North Sydney crewing service and pilot boat operations since 1977.

This letter was a mere letter of reference for future employment sent to Captain Gay in September 1986 at the same time the appellant informed him that he had lost his job as the Sydney crewing contract was being phased out on December 31 of the same year. This appears from this excerpt from the transcript of the trial proceedings:

Q. Now you mentioned a Sydney crewing contract. Could you tell us what the time frame is for that, and tell us a little more about that?

A. The time frame?

Q. Yes. What years are we talking about for that Sydney crewing contract?

A. We’re talking from 1977—April 1st, 1977.

Q. To?

A. Until ’86.

Q. Until ’86.

A. When it was—

Q. And I gather that this was an A.P.A. contract.

A. Yes, sir, it was.

soumissionnaires dont les noms avaient été retenus qui, dans le meilleur intérêt du public, pouvait justifier le refus d’attribuer un marché au terme du processus de l’appel d’offres.

Deuxièmement, le juge a considéré comme un signe de «favoritisme» une lettre datée du 11 septembre 1986, attestant de la capacité et de la compétence personnelles du capitaine Gay, aujourd’hui propriétaire d’East Coast Marine Services Ltd. La lettre a été rédigée par le secrétaire de la société appelante. Aux pages 396 et 397, après avoir conclu que le capitaine Stow, directeur des opérations, favorisait East Coast Marine Services Ltd., le juge a dit ceci:

Toutefois, il n’était pas le seul dirigeant de la défenderesse qui ait peut-être été enclin au favoritisme. En effet, j’estime tout à fait révélatrice sous cet aspect la lettre en date du 11 septembre 1986 (pièce B) annexée à la soumission du capitaine Gay dans le cadre de l’appel d’offres n° 50; cette lettre de l’Administration envoyée par le secrétaire de la société, J. B. Kushner, est une recommandation chaleureuse du capitaine Gay en raison de ses qualités personnelles et de ses compétences, ainsi que des services [TRADUCTION] «éminemment satisfaisants» qu’il a rendus à l’Administration depuis 1977 à l’égard des équipages pour North Sydney et des bateaux-pilotes.

Cette lettre est une simple lettre de recommandation, en vue d’un emploi futur, envoyée au capitaine Gay en septembre 1986, au moment où l’appelante informait celui-ci qu’il avait perdu son emploi du fait qu’il était graduellement mis fin au contrat de services d’équipage à Sydney, le 31 décembre de cette année-là. C’est ce qui ressort de ce passage de la transcription de l’instruction:

[TRADUCTION] Q. Vous avez mentionné le contrat de services d’équipage à Sydney. Pourriez-vous nous dire à quelle période il se rapporte, et nous donner des précisions à ce sujet?

R. La période?

Q. Oui. Quelles années ce contrat vise-t-il?

R. L’année 1977—le 1^{er} avril 1977.

Q. Jusqu’en?

R. Jusqu’en 1986.

Q. Jusqu’en 1986.

R. Lorsque—

Q. Et je suppose qu’il s’agissait d’un contrat de l’APA.

R. Oui, Monsieur.

Q. Yes. So you were crewing a boat for A.P.A. up in Sydney.

A. Yes.

Q. All right. And then this contract came to an end, you say. Tell me about that. How did it come to an end?

A. I received a letter from the Atlantic Pilot Authority, stating that the contract will—they're closing off the contract on December 31st, '86, and tendering for a company with their own boat.

Q. Okay. When did you get that letter, just roughly?

A. It was sometime in September.

Q. So you get this letter from A.P.A., saying that the Sydney crewing contract is being phased out, in September sometime. What was your reaction on getting that letter?

THE COURT

September or December?

MR. HAYASHI

September.

BY CAPTAIN GAY

A. At the time, it was a feeling of panic sort of. I would possibly have to look for other employment, or try and find a vessel of my own, to tender.

Q. Now you mentioned, try to find other employment. Did you follow-up that avenue?

A. Yes. I had submitted applications to Fisheries and Oceans, and Public Service of Canada.

Q. And what kind of work were you looking for, through those organizations?

A. Either Master or Mate, or something in that department.

Q. So it was in the marine field again.

A. Yes.¹⁶

The letter of reference speaks for itself:

September 11, 1986

TO WHOM IT MAY CONCERN

RE: Captain A. Gay

This is to certify that Captain Alexander Gay has provided a crewing service and pilot boat operation for the Atlantic Pilotage Authority pilot boat in North Sydney since 1977. His service during these ten years has been eminently satisfactory and

¹⁶ See Transcript of Testimony at Trial, vol. 4, at pp. 1245-1246.

Q. Oui. Vous fournissiez donc l'équipage nécessaire au fonctionnement d'un bateau pour l'APA à Sydney?

R. Oui.

Q. Très bien. Et vous avez dit que ce contrat a pris fin. Dites-m'en davantage. Comment a-t-il pris fin?

R. J'ai reçu une lettre de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, disant que le contrat—qu'on allait mettre fin au contrat le 31 décembre 1986, et qu'on ferait un appel d'offres pour traiter avec une société possédant son propre bateau.

Q. D'accord. À peu près à quel moment avez-vous reçu cette lettre?

R. À un moment donné, en septembre.

Q. Par conséquent, vous avez reçu cette lettre de l'APA, disant qu'il était graduellement mis fin au contrat de services d'équipage à Sydney, à un moment donné en septembre. Quelle a été votre réaction, lorsque vous avez reçu cette lettre?

LE JUGE

En septembre ou en décembre?

M^e HAYASHI

En septembre.

LE CAPITAINE GAY

R. À ce moment-là, j'ai été en quelque sorte pris de panique. Je devais probablement chercher un autre emploi, ou essayer de trouver mon propre bateau afin de formuler une offre.

Q. Vous avez dit que vous deviez essayer de trouver un autre emploi. Avez-vous donné suite à cette idée?

R. Oui. J'ai présenté des demandes à Pêches et Océans, et à la fonction publique du Canada.

Q. Et quel genre de travail cherchiez-vous, par l'entremise de ces organismes?

R. Un emploi de capitaine ou de second, ou quelque chose du même genre.

Q. C'était donc encore dans le secteur maritime.

R. Oui¹⁶.

La lettre de recommandation est claire:

[TRADUCTION] Le 11 septembre 1986

À QUI DE DROIT:

OBJET: Le capitaine A. Gay

Nous attestons par la présente que, depuis 1977, le capitaine Alexander Gay fournit l'équipage et assure le fonctionnement d'un bateau-pilote pour l'Administration de pilotage de l'Atlantique, à North Sydney. Pendant ces dix années, ses services

¹⁶ Voir la transcription de la déposition faite à l'instruction, vol. 4, aux p. 1245 et 1246.

in recognition of his ability and good service, the Board has granted yearly increases in the value of his contract over this time.

Captain Gay provides a 24 hour service and to expedite this, hires three (3) other full time workers and two (2) casual workers. His record keeping and administration have been appropriate and reliable and we have found him to be sober, industrious and hard working. We have also found him to be resourceful and energetic in solving the various problems that have come his way in providing continuous operation of the pilot boat in North Sydney.

The Authority has been pleased with its contractual association with Captain Gay and would be happy to supply any further information you may require about him.

J.B. Kushner

Corporate Secretary

Captain Gay decided to file with his application for the contract to be issued by the appellant this letter of reference as proof of previous experience and qualification. Although it was unnecessary for him to do so as he was well known to the appellant, he cannot be blamed for having done that. Nor can the appellant be blamed for such decision taken by Captain Gay over which it had no control. It was improper for the Trial Judge to infer from this letter of reference a possible favouritism on the part of the appellant while the issuance of such a letter is merely usual and standard practice in the case of the dismissal of an employee who has provided valuable services over a ten-year period.

Third, the Trial Judge drew an inference adverse to the appellant from the fact that Captain Gay was confident after the first meeting of the Pilot Boat Committee that he would get the contract, regardless of what had been said at the meeting.

With due respect, the optimism, confidence and even bragging of Captain Gay is no evidence of bias or favouritism on the part of the Pilot Boat Committee or the appellant. Indeed, while the Director of Operations, Captain Stow, may have been favourable to Captain Gay, there is no evidence whatsoever that the Pilot Boat Committee was biased. In addition, Captain Stow was not a member of the Committee and did not vote. The four-member Committee con-

ont été éminemment satisfaisants et en reconnaissance de sa compétence et de ses bons services, le conseil lui a accordé, avec le temps, des augmentations annuelles dans le cadre de son contrat.

Le capitaine Gay assure un service 24 heures sur 24 et, pour ce faire, il a recours à trois (3) autres employés à plein temps et à deux (2) employés occasionnels. Sa tenue de registres et sa gestion étaient appropriées et fiables et nous l'avons trouvé sobre, diligent et travailleur. Nous l'avons également trouvé ingénieux et énergique lorsqu'il s'agissait de résoudre les divers problèmes auxquels il faisait face en assurant l'exploitation continue du bateau-pilote à North Sydney.

L'Administration a été satisfaite de son association contractuelle avec le capitaine Gay et vous fournira volontiers tout autre renseignement dont vous pourriez avoir besoin.

J.B. Kushner

Secrétaire de la société

Le capitaine Gay a décidé de déposer, avec sa demande en vue de se faire attribuer le marché par l'appelante, cette lettre de recommandation comme preuve de son expérience antérieure et de sa compétence. Il n'était pas tenu de le faire, étant donné que l'appelante le connaissait bien, mais on ne saurait le blâmer de l'avoir fait. On ne saurait non plus blâmer l'appelante de cette décision prise par le capitaine Gay, laquelle était indépendante de sa volonté. Le juge de première instance a eu tort d'inférer, en se fondant sur cette lettre de recommandation, l'existence d'un favoritisme de la part de l'appelante, alors que l'envoi de pareille lettre est simplement une pratique courante lorsqu'un employé qui a rendu des services précieux sur une période de dix ans est renvoyé.

Troisièmement, le juge de première instance a fait une inférence défavorable à l'appelante en se fondant sur le fait que le capitaine Gay s'est montré confiant, après la première entrevue qu'il avait eue avec le comité des bateaux-pilotes, d'obtenir le marché, indépendamment de ce qui avait été dit lors de la réunion.

Avec égards, l'optimisme, la confiance et même la vantardise du capitaine Gay ne prouvent pas l'existence d'un parti pris ou de favoritisme de la part du comité des bateaux-pilotes ou de l'appelante. En fait, le capitaine Stow, directeur des opérations, peut avoir favorisé le capitaine Gay, mais il n'existe pas la moindre preuve que le comité des bateaux-pilotes ait eu un parti pris. De plus, le capitaine Stow n'était pas membre du comité et n'a pas voté. Le comité, qui

sidered the tenders and raised in the course of the meetings different questions in relation to the respondent's tender. One member showed his disquietude with a possible conflict of interest resulting from the fact that the respondent was a pilot and that the pilots who would be using his services would be loath to criticize a colleague. Another member expressed concern about the financial stability of one of the respondent's related companies (Chedabucto Shipwrights Ltd.) with which the appellant already had a contract and which, as I have already mentioned, had been made the subject of foreclosure proceedings. The majority was apprehensive of a possible monopoly. These concerns were all legitimate and relevant concerns on the part of the appellant which rather than prove favouritism, reveal a sound and responsible exercise of its jurisdiction to issue a contract in the best public interest.

Fourth, the learned Trial Judge saw as an error of law and as another example of unfair treatment of the respondent the fact that the appellant looked at the financial stability of the related companies of the respondent. It should be recalled that, under its proposal, the respondent had committed itself to commence construction of a new twin-screw vessel. In addition, it should be noted that Captain Slater, who is the principal actor and spokesman for the respondent, was also the majority shareholder and director and officer of the two other related companies, i.e., Chedabucto Shipwrights Ltd. which was building boats and Cantow Marine Limited. At page 397 of his decision, the learned Judge wrote:

In my opinion, the directors committed a serious error of law by arbitrarily lifting or piercing the corporate veil so as to deny the autonomous and independent existence of the Slater group of companies in the absence of any evidence at the material time to suggest that the group corporate structure was deliberately designed to perpetrate some fraudulent or collusive purpose: see *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (Sask. C.A.) per Culliton C.J.C. at page 336; and *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (Man. C.A.).

It is common practice in commercial matters for banks and businesses to look at the financial stability of another business before embarking upon any commercial transaction with that business. This means

était composé de quatre membres, a examiné les soumissions et a soulevé, dans le cadre des réunions, différentes questions relativement à la soumission présentée par l'intimée. Un membre s'inquiétait de l'existence possible d'un conflit d'intérêts découlant du fait que l'intimé était un pilote et que les pilotes qui auraient recours à ses services hésiteraient à critiquer un collègue. Un autre membre se préoccupait de la stabilité financière d'une des sociétés liées à l'intimée (Chedabucto Shipwrights Ltd.) avec laquelle l'appelante avait déjà passé un contrat et qui, comme je l'ai déjà mentionné, avait fait l'objet d'une action en forclusion. La majorité craignait l'existence possible d'un monopole. Il s'agissait de préoccupations légitimes et pertinentes et, au lieu de prouver le favoritisme, elles révélaient que l'appelante exerçait, d'une façon juste et réfléchie, la compétence qu'elle avait pour attribuer un marché dans le meilleur intérêt du public.

Quatrièmement, le savant juge de première instance a estimé que le fait que l'appelante tenait compte de la stabilité financière des sociétés liées à l'intimée constituait une erreur de droit et un autre exemple de traitement inéquitable. Il faut se rappeler qu'en vertu de sa proposition, l'intimée s'était engagée à entreprendre la construction d'un nouveau navire à deux hélices. De plus, il est à noter que le capitaine Slater, principal agent et porte-parole de l'intimée, était également l'actionnaire majoritaire et un administrateur et dirigeant des deux autres sociétés liées, à savoir Chedabucto Shipwrights Ltd., qui construisait des bateaux, et Cantow Marine Limited. À la page 397, le juge a dit ceci:

À mon avis, les administrateurs ont commis une grave erreur de droit en levant ou en contournant arbitrairement le paravent de la société de façon à nier l'existence autonome et indépendante du groupe de sociétés de Slater en l'absence de tout élément de preuve qui eût pu, à l'époque en cause, les porter à croire que la structure du groupe avait été conçue délibérément soit pour réaliser un dessein frauduleux, soit par suite d'une collusion: voir *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (C.A. Sask.), juge en chef Culliton, à la page 336; *Northern Electric Co. Ltd. v. Frank Warkentin Electric Ltd. et al.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 (C.A. Man.).

En matière commerciale, les banques et les entreprises ont l'habitude de tenir compte de la stabilité financière d'une entreprise avant de conclure une opération commerciale avec elle. Cela veut dire

looking not only at the books of that business, but also at the books of any other company owned by that business which may affect its financial stability.

In my view, it was certainly not unfair for the appellant to consider the financial stability of the respondent, as affected by its related and commonly owned companies, before entering into contractual arrangements with it. It was proper for the appellant to assess the commercial realities represented by the common ownership and control of all the respondent's companies.

Furthermore, it was no error of law to do so. Counsel for the respondent cited, as did the Trial Judge, some decisions to support his position.¹⁷ All these decisions refer to a judicial test for enabling the courts to pierce the corporate veil and disregard the doctrine of corporate legal personality in order to determine liability.

In *Nedco Ltd. v. Clark et al.*,¹⁸ the Saskatchewan Court of Appeal allowed the Court to lift the corporate veil for the purpose of determining whether the picketing of the premises of Nedco Ltd., a wholly-owned subsidiary of Northern Electric Company Ltd., during a legal strike at Northern Electric Company Ltd. ought to be permitted. This case shows that the judicial test is not as restricted as the Trial Judge suggested. A similar view can be found in this statement of Lord Denning M.R. in *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*:

The doctrine laid down in *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.* ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E.R. Rep. 33) has to be watched very carefully. It has often been supposed to cast a veil over the personality of a limited company through which the courts cannot see. But that is not true. The courts can and often do draw aside the veil. They can, and often do, pull off the mask. They look to see what really lies behind. The legislature has shown the way with group accounts and the rest. And the courts should follow suit. I think that we should look at the Fork company and see it as it really is—the wholly-owned subsidiary of the taxpayers. It is the creature, the puppet, of the

¹⁷ See *supra*. See also *Nedco Ltd. v. Clark et al.* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (Sask. C.A.).

¹⁸ *Id.*

qu'elles consultent non seulement les livres de l'entreprise mais aussi les livres de toute autre société appartenant à cette dernière qui peut influencer sur sa stabilité financière.

À mon avis, il était certainement légitime pour l'appelante de tenir compte de la stabilité financière de l'intimée, compte tenu des sociétés liées et des sociétés en propriété commune que possédait l'intimée, avant de conclure un accord contractuel avec elle. Il était opportun pour l'appelante d'évaluer la situation commerciale résultant de la propriété et du contrôle communs de toutes les sociétés de l'intimée.

En outre, cela ne constituait pas une erreur de droit. Comme le juge de première instance, l'avocate de l'intimée a cité certaines décisions à l'appui de sa position¹⁷. Toutes ces décisions parlent d'un critère judiciaire permettant aux tribunaux de contourner le paravent de la société et de ne pas tenir compte de la doctrine de la personnalité juridique de la société pour déterminer la question de la responsabilité.

Dans l'arrêt *Nedco Ltd. v. Clark et al.*¹⁸, la Cour d'appel de la Saskatchewan a permis au tribunal de lever le paravent de la société pour déterminer si le piquetage des locaux de Nedco Ltd., filiale appartenant à cent pour cent à Northern Electric Company Ltd., au cours d'une grève légalement déclenchée par les employés de cette dernière, devait être autorisé. Cet arrêt montre que le critère judiciaire n'est pas aussi restreint que le juge de première instance l'a laissé entendre. Une opinion similaire a été exprimée par lord Denning, M.R. dans l'arrêt *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. McGregor (Inspector of Taxes)*:

[TRADUCTION] Il faut prêter une attention toute particulière à la doctrine énoncée dans l'arrêt *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.*, ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E.R. Rep. 33). On a souvent supposé qu'elle avait pour effet de cacher la personnalité d'une société à responsabilité limitée d'un paravent derrière lequel les tribunaux ne pouvaient rien voir. Ce n'est pas vrai. Les tribunaux peuvent lever le paravent et, de fait, ils le font souvent. Ils peuvent lever le masque, et ils le font souvent. Ils cherchent à voir ce qu'il y a réellement derrière. Le législateur a ouvert la voie au moyen des états financiers collectifs et d'autres dispositions. Et les tribunaux devraient emboîter le pas. À mon avis,

¹⁷ Voir ci-dessus. Voir également *Nedco Ltd. v. Clark et al.* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (C.A. Sask.).

¹⁸ *Id.*

taxpayers in point of *fact*; and it should be so regarded in point of *law*.¹⁹

In addition, the judicial test designed to assist the courts in the fulfillment of their role, in my view, does not apply to the appellant who is entrusted with the duty in making contractual arrangements to ensure public safety and the best use of public funds. Accordingly, the judicial test could not be used to prevent the appellant from properly assessing the financial suitability of the party it wanted to contract with, especially when the financial instability of that party might have posed a threat to public safety.

All these misconstructions of the evidence coloured the learned Trial Judge's views of the appellant's behaviour during the tendering process and led him to disregard positive evidence of the appellant's responsible conduct designed to establish, operate, maintain and administer in the interests of safety an efficient pilotage service in the Strait of Canso.

The appellant set up a Committee of four to assess the bids and make recommendations. There is no evidence whatsoever that this Committee as a whole was prejudiced against the respondent and in favour of East Coast Marine Services Ltd. The final decision was taken by the Board of Directors of the Atlantic Pilotage Authority and there is no scintilla of evidence that this Board as a whole was biased in favour of East Coast Marine Services Ltd. On the contrary, the respondent and its related companies were given by the appellant, at the November 18, 1986 meeting, a five-year contract with respect to Tender 47 for the use of one of their boats in North Sydney. That contract was won by the respondent over East Coast Marine Services Ltd. whose bid was found to be too high.²⁰

nous devrions examiner la société Fork et la voir telle qu'elle est—une filiale appartenant à cent pour cent aux contribuables. En *fait*, c'est la créature, le pantin des contribuables; et il faudrait en *droit* la considérer comme telle¹⁹.

^a De plus, le critère judiciaire destiné à aider les tribunaux à s'acquitter de leurs fonctions ne s'applique pas, à mon avis, à l'appelante qui, dans la passation d'accords contractuels, est tenue d'assurer la sécurité du public et l'utilisation optimale des fonds publics. Par conséquent, le critère judiciaire ne pouvait pas servir à empêcher l'appelante d'évaluer comme il se doit la capacité financière de la personne avec laquelle elle voulait contracter, en particulier lorsque ^b l'instabilité financière de cette personne aurait pu mettre en danger la sécurité publique. ^c

Toutes ces interprétations erronées de la preuve ont influé sur l'opinion du juge de première instance quant à la conduite de l'appelante au cours du processus de l'appel d'offres et l'ont amené à ne pas tenir compte d'une preuve favorable montrant que celle-ci s'était conduite d'une façon réfléchie, de façon à mettre sur pied, à faire fonctionner, à entretenir et à gérer, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans le détroit de Canso. ^d ^e

L'appelante a créé un comité de quatre membres pour évaluer les soumissions et faire des recommandations. Il n'existe pas la moindre preuve que ce comité dans son ensemble ait fait preuve de partialité contre l'intimée et en faveur d'East Coast Marine Services Ltd. La décision finale a été prise par le conseil d'administration de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, et il n'existe pas la moindre parcelle de preuve montrant l'existence d'un parti pris de la part du conseil dans son ensemble en faveur d'East Coast Marine Services Ltd. Au contraire, l'appelante a accordé à l'intimée et à ses sociétés liées, lors de la réunion du 18 novembre 1986, un contrat de cinq ans portant sur l'appel d'offres n° 47 pour l'utilisation d'un de leurs bateaux à North Sydney. L'intimée ^f s'est vu attribuer ce marché au détriment d'East Coast Marine Services Ltd., dont la soumission a été jugée trop élevée²⁰. ^g ^h ⁱ

¹⁹ [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.), at p. 860.

²⁰ See the minutes of the meeting of the Board of the Atlantic Pilotage Authority, Appeal Book, vol. 2, at p. 335.

¹⁹ [1969] 3 All E.R. 855 (C.A.), à la p. 860.

²⁰ Voir le procès-verbal de la réunion du conseil de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, dossier conjoint, vol. 2, à la p. 335.

Finally, counsel for the respondent submits that on the subject of monopoly, if it were found to be a legitimate concern, the Pilot Boat Committee should have given her client the opportunity to be heard and to rebut such concern. Consequently, failure to do so was unfair.

With due respect, I cannot agree with this submission. What counsel for the respondent is asking us to do is, in essence, to transform the tendering process into a show cause order whereby the appellant would have had to summon the respondent to give reasons why the contract should not be denied to it on account of a possible monopoly. Other bidders would also have had to be summoned to show cause why the contract should not be denied to them on account of the fact that their proposals did not meet the safety standards or that they were not financially stable.

I believe it is of the very nature and essence of the tendering process that bidders provide probative evidence of their financial capacity, commercial reliability as well as their commitment and capacity to meet any safety standards imposed in the public interest. In the same way, I believe the burden and duty are on a bidder, who knows of an actual or potential monopoly or conflict of interest in which he finds or may find himself, to declare such state of affair and to provide the tendering authority with an outline of the measures that he has taken to remedy the actual problem or the guarantees he offers to prevent the occurrence of such eventuality. In my view, he who decides not to reveal or to ignore such state of affair does it at his own peril and takes the risk that the fact, if and when discovered, may adversely impact on him.

In conclusion, I can find no fault with the procedure followed by the appellant. Four members of the Pilot Boat Committee assessed the bids. Six members of the appellant's Board of Directors, of which three were not members of the Pilot Boat Committee, took the final decision to give the contract to East Coast Marine Services Ltd. on the basis of relevant considerations in the public interest. It is difficult to imagine how and why all or the majority of these persons

Enfin, l'avocate de l'intimée soutient qu'en ce qui concerne la question du monopole, s'il avait été jugé qu'il s'agissait d'une préoccupation légitime, le comité des bateaux-pilotes aurait dû donner à sa cliente la possibilité de se faire entendre et d'apaiser cette inquiétude. Par conséquent, il était injuste d'omettre de le faire.

Avec égards, je ne puis souscrire à cet argument. L'avocate de l'intimée nous demande essentiellement de transformer le processus de l'appel d'offres en une ordonnance de justification par laquelle l'appelante se serait vu obligée de citer l'intimée pour expliquer pourquoi le marché ne devait pas lui être refusé en raison de l'existence possible d'un monopole. Il aurait également fallu citer les autres soumissionnaires pour expliquer pourquoi le marché ne devait pas leur être refusé au motif que leurs propositions ne satisfaisaient pas aux normes de sécurité ou qu'ils n'étaient pas financièrement stables.

Je crois que la nature même du processus d'appel d'offres exige que les soumissionnaires fournissent une preuve probante de leur capacité financière, de leur fiabilité commerciale ainsi que de leur engagement et de leur capacité de satisfaire à toute norme de sécurité imposée dans l'intérêt du public. De même, je crois qu'il incombe au soumissionnaire, qui est au courant de l'existence d'un monopole ou d'un conflit d'intérêts réel ou possible auquel il est mêlé ou peut être mêlé, de divulguer cet état de choses et de donner à l'autorité adjudicative un aperçu des mesures qu'il a prises pour résoudre le problème lui-même ou les garanties qu'il offre pour empêcher que pareille éventualité ne se produise. À mon avis, celui qui décide de ne pas révéler pareil état de choses ou de ne pas en tenir compte le fait à ses risques et périls et s'expose à ce que la chose ait sur lui un effet préjudiciable, si elle est découverte.

Bref, je ne puis trouver aucun vice dans la procédure suivie par l'appelante. Quatre membres du comité des bateaux-pilotes ont évalué les soumissions. Six membres du conseil d'administration de l'appelante, dont trois n'étaient pas membres du comité des bateaux-pilotes, ont finalement décidé d'attribuer le marché à East Coast Marine Services Ltd. en se fondant sur des considérations pertinentes, dans l'intérêt du public. Il est difficile d'imaginer

would all at the same time be prejudiced against the respondent to whom they had just issued a five-year contract. The respondent's contention, accepted by the Trial Judge, that the appellant unfairly favoured East Coast Marine Services Ltd. to the respondent's detriment is unsupported by properly construed evidence.

For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Trial Judge and dismiss with costs the action of the respondent.

DÉCARY J.A.: I concur.

comment et pourquoi toutes ces personnes ou la majorité d'entre elles auraient eu toutes au même moment un parti pris à l'encontre de l'intimée, à qui elles venaient d'attribuer un marché de cinq ans. La prétention de l'intimée, que le juge de première instance a retenue, selon laquelle l'appelante avait, d'une façon inéquitable, favorisé East Coast Marine Services Ltd. au détriment de l'intimée n'est pas étayée par la preuve, lorsqu'on l'interprète comme elle doit l'être.

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais la décision du juge de première instance et je rejetterais avec dépens l'action intentée par l'intimée.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

IMM-6067-93

Amador Franciso Pena Casetellanos, Natalia Monsievich, Irina Alvarez Monsievich and Natalia Pena Monsievich (Applicants)

v.

The Solicitor General of Canada (Respondent)

INDEXED AS: CASETELLANOS v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Nadon J.—Toronto, September 27; Ottawa, December 15, 1994.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of denial of Convention refugee status to wife, daughters of Convention refugee — Wife born in part of U.S.S.R. now Ukraine — Moved to Cuba, retaining U.S.S.R. passport — Neither Cuban nor Ukrainian citizen — Board erred in holding Ukrainian citizen — Uncertain applicant could become Ukrainian citizen — Daughters Cuban citizens — Family unity, family as social group, indirect persecution considered — Convention refugee definition not to be extended to incorporate concept of family unity — Although family social group, must be nexus between persecution of one and that against other family members — No evidence daughters persecuted — Indirect persecution extended to economic considerations not part of Canadian refugee law.

This was an application for judicial review of a CRDD decision denying Convention refugee status to the wife and daughters of Mr. Casetellanos, a Cuban citizen who had been granted refugee status on the ground of fear of persecution based on political opinion. Natalia Monsievich was born in that part of the U.S.S.R. which is now the Ukraine. She moved to Cuba in 1974, but retained her U.S.S.R. passport, and has never been a citizen of Cuba or the Ukraine. Their two daughters have Cuban citizenship. The Board determined that Mrs. Monsievich, on balance of probabilities, was a citizen of the Ukraine, and that she should seek the protection of that state before she could gain admission to Canada as a refugee.

The issues were: (1) whether the Board erred in finding that Natalia Monsievich was a citizen of the Ukraine; (2) whether the concept of family unity exists in Canadian refugee law; (3) what is the current acceptance of the family as a social group for the purposes of the definition of Convention refugee; (4)

IMM-6067-93

Amador Franciso Pena Casetellanos, Natalia Monsievich, Irina Alvarez Monsievich et Natalia Pena Monsievich (requérants)

a

c.

Solliciteur général du Canada (intimé)

RÉPERTOIRE: CASETELLANOS c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Nadon—Toronto, 27 septembre; Ottawa, 15 décembre 1994.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le statut de réfugié au sens de la Convention a été refusé à la femme et aux filles d'un réfugié au sens de la Convention — La femme est née dans une partie de l'U.R.S.S. qui est maintenant l'Ukraine — Elle est allée s'installer à Cuba et a conservé son passeport de l'U.R.S.S. — Elle n'est ni citoyenne cubaine, ni citoyenne ukrainienne — La Commission a commis une erreur en statuant qu'elle était citoyenne ukrainienne — Il n'est pas certain que la requérante pourrait devenir citoyenne ukrainienne — Les filles sont des citoyennes cubaines — Examen des notions d'unité de la famille, de famille en tant que groupe social et de persécution indirecte — La définition de réfugié au sens de la Convention ne doit pas être élargie pour incorporer la notion de l'unité de la famille — Bien que la famille constitue un groupe social, il doit exister un lien entre la persécution dont est victime l'un des membres de la famille et celle dont les autres membres de la même famille font l'objet — Rien ne permet de conclure que les filles ont été persécutées — En droit canadien, on ne peut étendre la portée du principe de la persécution indirecte pour tenir compte de considérations d'ordre économique.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a refusé de reconnaître le statut de réfugiés à la femme et aux filles de M. Casetellanos, un citoyen cubain qui s'était vu reconnaître le statut de réfugié sur le fondement de sa crainte d'être persécuté du fait de ses opinions politiques. M^{me} Natalia Monsievich est née dans la partie de l'U.R.S.S. qui est devenue l'Ukraine. Elle s'est installée à Cuba en 1974, mais a conservé son passeport de l'U.R.S.S. et n'a jamais été citoyenne de Cuba ou de l'Ukraine. Leurs deux filles ont la citoyenneté cubaine. La Commission a jugé que, selon la prépondérance des probabilités, M^{me} Monsievich était citoyenne de l'Ukraine et qu'elle pouvait se réclamer de la protection de cet État avant de pouvoir être admise au Canada à titre de réfugiée.

Les questions en litige étaient celles de savoir: (1) si la Commission avait eu tort de conclure que M^{me} Natalia Monsievich était citoyenne de l'Ukraine; (2) si la notion de l'unité de la famille est reconnue en droit canadien; (3) si la famille est actuellement reconnue comme un groupe social pour l'applica-

what is the scope of the concept of indirect persecution, and is it applicable herein?

Held, the application of Mrs. Monsievich should be allowed; that of the daughters should be dismissed.

(1) The Board erred in fact and law in determining that Mrs. Monsievich was a Ukrainian citizen. She is not a Ukrainian citizen and it is uncertain that she will be able to obtain Ukrainian citizenship under the present Ukrainian law governing citizenship.

(2) The principle of family unity could not be applied with respect to the female applicants. That principle requires that persons granted refugee status should not be separated from their closest family members, particularly when a situation of dependency exists; it is a principle of togetherness. The principle of family unity is not explicitly stated in the Act, nor has any case taken a definite position on the issue. The definition of Convention refugee in the *Immigration Act* does not incorporate the concept of family unity. There is no justification for extending that definition. The statements in paragraph 3(c) of the Act that one of the objectives of the Act and Regulations is to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives, is insufficient to mandate application of the principle of family unity. The onus is on the person seeking to be recognized as a Convention refugee to prove that he or she falls within the scope of the definition.

(3) The female applicants' claims cannot be founded on the basis that they are persecuted members of a social group. The family unit forms a social group which is protected against persecution by the Act. But there must be a clear nexus between the persecution that is being levelled against one of the family members and that which is taking place against the others. There was no evidence of persecutory activities against the female applicants.

(4) The female applicants could not rely upon the principle of indirect persecution to obtain refugee status because that principle, as defined by Jerome A.C.J. in *Bhatti v. Canada (Secretary of State)*, is not part of Canadian refugee law. To establish a claim to refugee status, there must be a clear link between a refugee claimant and one of the five prescribed grounds in the Convention refugee definition. Indirect persecution does not require the claimant to have a well-founded fear of persecution or to be persecuted; it arises out of the fact that the claimant is the unwilling spectator of violence against other members of the social group. Jerome A.C.J. held that the scope of the principle of indirect persecution could be extended beyond traditional grounds of persecution, to support or economic considerations. Such an extension is unacceptable as lack of economic, monetary or emotional support do not constitute a ground for being found a Convention refugee.

tion de la définition de réfugié au sens de la Convention; (4) quelle est l'étendue de la notion de persécution indirecte et si cette notion s'applique en l'espèce.

Jugement: la demande de M^{me} Monsievich doit être accueillie et celle des filles doivent être rejetée.

(1) La Commission a eu tort en fait et en droit en statuant que M^{me} Monsievich était citoyenne ukrainienne. Elle n'est pas citoyenne de l'Ukraine et il n'est pas certain qu'elle pourra obtenir la citoyenneté ukrainienne sous le régime des règles de droit ukrainiennes actuelles qui régissent la citoyenneté.

(2) Le principe de l'unité de la famille ne s'applique pas aux requérantes. Ce principe veut que les personnes auxquelles est accordé le statut de réfugié ne soient pas séparées des membres les plus proches de leur famille, particulièrement lorsque des personnes à charge sont visées; ce principe concerne l'union des membres d'une famille. Le principe de l'unité de la famille n'est pas explicitement énoncé dans la Loi et on ne trouve pas de décision adoptant une position ferme sur cette question. La notion de l'unité de la famille est absente de la définition de réfugié au sens de la Convention contenue dans la *Loi sur l'immigration*. Rien ne justifie d'élargir cette définition. Le fait que l'alinéa 3c) de la Loi prévoit que l'un des objectifs visés par la Loi est de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents ne suffit pas à donner le mandat à la Cour d'appliquer le principe de l'unité de la famille. La personne qui revendique le statut de réfugié a le fardeau de prouver qu'elle répond à la définition.

(3) Les requérantes ne peuvent justifier leur revendication en alléguant qu'elles sont des membres persécutés d'un groupe social. La cellule familiale constitue un groupe social protégé contre la persécution par la Loi. Mais il doit y avoir un lien bien défini entre la persécution dirigée contre l'un des membres de la famille et celle dont les autres membres de cette même famille sont victimes. Il n'y a aucun élément de preuve démontrant que les requérantes ont été victimes de persécution.

(4) Les requérantes ne peuvent invoquer le principe de la persécution indirecte pour obtenir le statut de réfugiées au sens de la Convention parce que ce principe, tel qu'il a été défini par le juge en chef adjoint Jerome dans l'arrêt *Bhatti c. Canada (Secrétaire d'État)*, n'est pas reconnu en droit canadien en matière de réfugiés. La revendication du statut de réfugié doit établir un lien très clair entre le revendicateur et l'un des cinq motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention. Il n'est pas nécessaire, pour que le principe de la persécution indirecte s'applique, que le revendicateur ait été persécuté ou qu'il ait de bonnes raisons de craindre d'être persécuté. La persécution indirecte résulte du fait que le revendicateur est malgré lui témoin de gestes violents dirigés contre d'autres membres du groupe social auquel il appartient. Le juge en chef adjoint Jerome a déclaré que l'on pouvait étendre la portée du principe de la persécution indirecte au-delà des motifs traditionnels de persécution et l'étendre aux cas de pertes de soutien économique ou social. Il est inadmissible d'étendre ainsi la portée de ce principe, étant donné que la perte de soutien économique, monétaire ou émotif ne constitue

pas l'un des motifs justifiant l'octroi du statut de réfugié au sens de la Convention.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), "dependant" (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1), 3(c), 46.04 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c.49, s. 38).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/92-101, s. 1).

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

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Bhatti v. Canada (Secretary of State), [1994] F.C.J. No. 1346 (T.D.) (QL).

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.); *Requena-Cruz v. Minister of Employment and Immigration*, Doc. No. 83-10559, judgment dated 8/2/84, Imm. App. Bd.; *Rizkallah v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 156 N.R. 1 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 2 F.C. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.).

CONSIDERED:

Keyakumaran v. Canada (1994), 74 F.T.R. 64 (T.D.); *Mohamed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1590 (C.A.) (QL); *Moore v. Minister of Employment and Immigration*, Doc. No. 78-3016, judgment dated 6/12/78, Imm. App. Bd.

REFERRED TO:

Gonzalez v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51; 129 N.R. 396 (F.C.A.); *Taheri v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 389 (C.A.) (QL); *Al-Busaidy v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 119; 139 N.R. 208 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Helton, Arthur C. "Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status" (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «personne à charge» (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), «réfugié au sens de la convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 3c), 46.04 (édicte, *idem*, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 38).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/92-101, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISION ÉCARTÉE:

Bhatti c. Canada (Secrétaire d'État), [1994] F.C.J. n° 1346 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.); *Requena-Cruz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, dossier n° 83-10559, jugement en date du 8-2-84, C.A.I.; *Rizkallah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 156 N.R. 1 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 2 C.F. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Keyakumaran c. Canada (1994), 74 F.T.R. 64 (1^{re} inst.); *Mohamed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 1590 (C.A.) (QL); *Moore c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, dossier n° 78-3016, jugement en date du 6-12-78, C.A.I.

DÉCISIONS CITÉES:

Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51; 129 N.R. 396 (C.A.F.); *Taheri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] F.C.J. n° 389 (C.A.) (QL); *Al-Busaidy c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 119; 139 N.R. 208 (C.A.F.).

DOCTRINE

Helton, Arthur C. «Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status» (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guides des procédures et critères à*

Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Geneva, September 1979

United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.3

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, septembre 1979.

Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.3.

APPLICATION for judicial review of CRDD decision (*S. (K.E.) (Re)*), [1993] C.R.D.D. No. 303 (QL) that the wife and daughters of a Convention refugee were not Convention refugees. Application allowed as to wife but denied as to daughters.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*S. (K.E.) (Re)*), [1993] C.R.D.D. n° 303 (QL) par laquelle la SSR a statué que la femme et les filles d'un réfugié au sens de la Convention n'étaient pas des réfugiées au sens de la Convention. La demande est accueillie en ce qui concerne la femme, mais est rejetée en ce qui concerne les filles.

COUNSEL:

Stuart Beverley Scott for applicants.
Mark M. Persaud for respondent.

AVOCATS:

Stuart Beverley Scott pour les requérants.
Mark M. Persaud pour l'intimé.

SOLICITORS:

Stuart Beverley Scott, Toronto, for applicants.

PROCUREURS:

Stuart Beverley Scott, Toronto, pour les requérants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

The following are the reasons for order rendered in English by

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

NADON J.: This application for judicial review, from a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board, (the Board) rendered September 28, 1993 [[1993] C.R.D.D. No. 303 (QL)], raises several interesting issues concerning the family and its relevance in Canadian refugee law.

LE JUGE NADON: La présente demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), rendue le 28 septembre 1993 [[1993] C.R.D.D. n° 303 (QL)], soulève plusieurs questions intéressantes concernant la famille et son importance en droit canadien en matière de réfugiés.

I. Facts

Mrs. Natalia Monsievich and her two daughters, Irina and Natalia, currently aged 19 and 6, respectively, arrived in Canada at Gander, Newfoundland on September 3, 1992 along with her husband and their father, Mr. Amador Pena Casetellanos. They were returning from a vacation in the wife's country of origin, the Ukraine, when they elected to disembark the plane during a routine refuelling stop en route to Cuba and make a refugee claim before the Canadian authorities.

I. Les faits

M^{me} Natalia Monsievich et ses deux filles, Irina et Natalia, actuellement âgées de dix-neuf et de six ans, respectivement, sont entrées au Canada par Gander (Terre-Neuve) le 3 septembre 1992, en compagnie de M. Amador Pena Casetellanos, l'époux de madame et le père d'Irina et Natalia. Ils revenaient du pays d'origine de la mère, l'Ukraine, où ils étaient partis en vacances, lorsqu'ils ont décidé de descendre de l'avion qui allait à Cuba pendant un arrêt de ravitaillement de routine, et de présenter une demande de statut de réfugié aux autorités canadiennes.

Mr. Casetellanos was granted refugee status under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act) by the same decision which forms the basis of this judicial review. He has Cuban citizenship as do his daughters, applicants in this matter. His ground for claiming such status was a fear of persecution by reason of his political opinion, which was at odds with that of the Cuban government. Apparently, following the reawakening of the Union of Soviet Socialist Republics (U.S.S.R.) under the impetus of *glasnost*, Mr. Casetellanos had attempted to propagate these principles to his co-workers at the Cuban Ministry of Transport. Following these actions, he was demoted from his job and two suspicious automobile accidents occurred that led him to believe that attempts were being made on his life by government agents.

With respect to Mrs. Monsievich and her two daughters, the situation was not as straightforward because there was no evidence that they were ever the subject of persecution by the Cuban authorities or otherwise.

Mrs. Monsievich was born in the Ukraine in 1951, and moved permanently to Cuba after she married Mr. Casetellanos in 1974. There she obtained a special permit which allowed her to stay in Cuba (renewable every five years), but never actually obtained citizenship. Throughout this period, she retained her U.S.S.R. passport. She has never been a citizen of the Ukraine, as this was impossible under the political organization of the now-defunct U.S.S.R. Once Mrs. Monsievich arrived in Canada, she did not pursue Ukrainian citizenship with much fervour, but she did make several inquiries that led to negative responses from the Ukrainian General Consulate in Toronto.

II. Issues

The four principal issues to be addressed are as follows:

1. Did the Board err in finding Natalia Monsievich, on a balance of probabilities, to be a citizen of the Ukraine?

M. Casetellanos s'est vu reconnaître le statut de réfugié aux termes de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi), et ce, en vertu de la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire. Il est citoyen cubain tout comme ses filles, qui sont également parties à la présente affaire, à titre de requérantes. M. Casetellanos revendiquait le statut de réfugié parce qu'il craignait d'être persécuté en raison de ses opinions politiques, qui sont contraires aux positions du gouvernement cubain. Il semble que dans la foulée du réveil de l'Union des républiques socialistes soviétiques (l'U.R.S.S.), survenu à la faveur de la *glasnost*, M. Casetellanos aurait tenté de propager les principes de celle-ci auprès de ses collègues du ministère des Transports cubain. Ses agissements lui ont valu d'être rétrogradé, et deux accidents de voiture suspects l'ont amené à croire que des agents du gouvernement attentaient à ses jours.

En ce qui concerne M^{me} Monsievich et ses deux filles, la situation n'est pas aussi claire étant donné qu'il n'y a aucun élément de preuve montrant qu'elles se sont fait persécuter ne serait-ce qu'une seule fois par les autorités cubaines, ou par qui que soit d'autre.

M^{me} Monsievich est née en Ukraine en 1951, et est allée vivre en permanence à Cuba après avoir épousé M. Casetellanos en 1974. Là-bas elle a obtenu un permis spécial (renouvelable tous les cinq ans) grâce auquel elle a pu demeurer à Cuba, mais elle n'a jamais pu devenir citoyenne de ce pays. Pendant toute cette période, elle a conservé son passeport de l'U.R.S.S. Elle n'a jamais été citoyenne ukrainienne, puisque cela était impossible sous le régime politique en place dans l'ex-U.R.S.S. Lorsqu'elle est arrivée au Canada, elle n'a déployé que peu d'efforts pour obtenir la citoyenneté ukrainienne, mais elle a néanmoins effectué plusieurs démarches en ce sens qui se soldèrent toutes par des refus de la part du consulat général de l'Ukraine à Toronto.

i II. Les questions en litige

Les quatre principales questions que nous devons examiner sont les suivantes:

1. La Commission a-t-elle eu tort de conclure que, selon la prépondérance des probabilités, Natalia Monsievich était citoyenne de l'Ukraine?

2. Does the concept of family unity exist in Canadian refugee law?

3. What is the current acceptance of the family as a social group for the purposes of the definition of Convention refugee in the Act?

4. What is the scope of the concept of indirect persecution, and is it applicable to the case at bar?

The last three issues relate to the concept of family, and will therefore be considered together.

III. Nationality of Mrs. Natalia Monsievich

The issue of the nationality of Mrs. Monsievich was resolved by the Board as follows:

After hearing the testimony of the female claimant and submissions from counsel for the claimant and from the RHO, the panel ruled that on the balance of probabilities the claimant is a Ukrainian national and that her claim would be assessed in relation with Ukraine.

In the panel's view, the female claimant should have sought the protection of her nationality, before seeking international protection. The fact that the female claimant never attempted to obtain Ukrainian citizenship when she was in Ukraine, even after she was told that her Soviet passport was only valid for her last trip to Ukraine leads the panel to conclude that she has not discharged her onus to seek national protection, or that this protection was not available to her.

The Board determined that she was a citizen of the Ukraine and that she should therefore seek the protection of that state before she could gain admission to Canada as a refugee.

However, upon a closer examination of the facts in present case, it can be seen that Mrs. Monsievich has never been a citizen of the Ukraine, nor is there any evidence that she could be if she wanted. She was born in the Ukraine at a time when it was one of the federated republics of the U.S.S.R., and she therefore only officially had the national Soviet citizenship.

The Ukraine has been an independent country since August, 1991. As a result, the laws and policies

2. La notion de l'unité de la famille est-elle reconnue en droit canadien?

3. Aux fins de la définition d'un réfugié au sens de la Convention figurant dans la Loi, la famille est-elle actuellement reconnue comme un groupe social et, si oui, dans quelle mesure?

4. Quelle est l'étendue de la notion de persécution indirecte, et cette notion s'applique-t-elle en l'espèce?

Les trois dernières questions se rapportent à la notion de famille et seront donc examinées ensemble.

c III. La nationalité de M^{me} Natalia Monsievich

La question de la nationalité de M^{me} Monsievich a été tranchée comme suit par la Commission:

[TRADUCTION] Après avoir entendu le témoignage de la demanderesse ainsi que les représentations de son avocat et de l'agent d'audience, le tribunal juge que, selon la prépondérance des probabilités, la demanderesse est une ressortissante de l'Ukraine, et que sa revendication doit être examinée par rapport à l'Ukraine.

De l'avis du tribunal, la demanderesse aurait dû réclamer la protection de son pays de nationalité, avant de solliciter la protection internationale. Le fait qu'elle n'ait jamais tenté d'obtenir la citoyenneté ukrainienne lorsqu'elle se trouvait en Ukraine, même après qu'on lui eut dit que son passeport soviétique ne serait valide que pour son dernier voyage en Ukraine, incite le tribunal à conclure qu'elle ne s'est pas acquittée de son obligation de demander la protection de son pays de nationalité, ou qu'elle ne pouvait s'en prévaloir.

8 La Commission a jugé que la requérante était citoyenne de l'Ukraine et qu'elle devrait solliciter la protection de cet État avant de demander d'être admise au Canada à titre de réfugiée.

h Mais lorsqu'on examine de plus près les faits entourant la présente affaire, on s'aperçoit que M^{me} Monsievich n'a jamais été citoyenne de l'Ukraine, et qu'aucun élément de preuve ne démontre non plus qu'elle pourrait le devenir si tel était son désir. Elle est née en Ukraine à une époque où ce pays était l'une des républiques fédérées de l'U.R.S.S. et elle n'avait donc officiellement à ce moment que la citoyenneté soviétique.

j L'Ukraine est un pays indépendant depuis août 1991. Par conséquent, les lois et politiques qui s'ap-

that previously affected citizenship in the U.S.S.R. are no longer relevant. Ukrainian citizenship is currently regulated by a law that came into force on October 8, 1991. An uncertified translation of this statute was provided to the Board at the original hearing. The statute declares that all persons residing in the Ukraine as of the date of the adoption of the new law may qualify as Ukrainian citizens, so long as they are not nationals of another state. However, the law is somewhat more complicated with respect to persons residing outside of the Ukraine who wish to acquire citizenship. The following articles of the *Ukrainian Law on Ukrainian Citizenship (Pravda Ukrainy, 14 November 1991. [FBIS-USR-91-962, 30 December 1991])* are relevant:

Article 2—Vesting as to Ukrainian Citizenship

The following are Ukrainian citizens:

(2) persons working for the state, doing military service, or studying outside Ukraine, on condition that they were born on its territory or can prove that they have been residing permanently on its territory, and who are not citizens of other states, and who no later than one year after the entry of this law into force express a desire to become citizens of Ukraine.

This article clearly shows that Mrs. Monsievich is technically ineligible to become a citizen *ab initio*, as she does not come within the enumerated eligible classes of persons who can become Ukrainian citizens upon application.

Other relevant articles are:

Article 17—Adoption of Ukrainian Citizenship

Foreign citizens and stateless persons may at their own request acquire citizenship of Ukraine.

Conditions for adoption as citizens of Ukraine are the following:

- (1) resignation of foreign citizenship;
- (2) permanent residence on the territory of Ukraine for the previous five years. This rule does not apply to persons who have expressed a desire to become citizens of Ukraine, on condition that they were born on its territory, or can prove that at least one of their parents, grandfathers or grandmothers was born on its territory, and are not citizens of other states;

pliquaient auparavant à la citoyenneté en U.R.S.S. sont désormais périmées. La citoyenneté ukrainienne est actuellement régie par une loi dont l'entrée en vigueur remonte au 8 octobre 1991. Une traduction non certifiée de cette Loi a été fournie à la Commission lors de la première audience. Cette Loi prévoit que toutes les personnes qui résidaient en Ukraine au moment de son adoption peuvent prétendre à la citoyenneté ukrainienne, à condition de ne pas être des ressortissants d'autres États. Mais la Loi devient un peu plus compliquée lorsqu'elle traite du cas des personnes qui n'habitent pas en Ukraine et qui veulent en obtenir la citoyenneté. Les dispositions suivantes de la [TRADUCTION] *Loi sur la citoyenneté ukrainienne (Pravda Ukrainy, 14 novembre 1991 [FBIS-USR-91-962, 30 décembre 1991])* s'appliquent à la présente affaire:

[TRADUCTION] Article 2—Attribution de la citoyenneté ukrainienne

Est citoyen de l'Ukraine:

(2) quiconque travaille pour le compte de l'État, accomplit son service militaire ou étudie en dehors de l'Ukraine, s'il est né sur son territoire ou peut démontrer qu'il y a résidé en permanence, s'il n'est pas citoyen d'autres États et s'il exprime le désir de devenir citoyen de l'Ukraine au plus tard un an après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Cet article établit clairement que M^{me} Monsievich est techniquement inapte, dès le départ, à devenir citoyenne de l'Ukraine, puisqu'elle ne fait pas partie de l'une des catégories de personnes habilitées à demander cette citoyenneté.

Les articles suivants s'appliquent aussi au présent cas:

[TRADUCTION] Article 17—Adoption de la citoyenneté ukrainienne

Les citoyens étrangers et les apatrides peuvent demander en leur nom la citoyenneté ukrainienne.

Les candidats à la citoyenneté de l'Ukraine devront:

- (1) renoncer à toute citoyenneté étrangère;
- (2) avoir résidé en permanence sur le territoire de l'Ukraine pendant les cinq années précédant le dépôt de leur demande; cette règle ne s'applique pas aux personnes ayant exprimé le désir d'acquérir la citoyenneté ukrainienne et qui sont nés sur son territoire, ou qui peuvent démontrer qu'au moins un de leurs parents, grands-pères ou grands-mères y est né et n'est pas citoyen d'autres États;

- (3) knowledge of Ukrainian language at a level adequate for normal dealings;
- (4) availability of legal sources of income;
- (5) recognition of and compliance with the Constitution of Ukraine.

These requirements may be disregarded only in exceptional cases with the permission of the president of Ukraine, with respect to particular persons who have rendered outstanding services to the Ukrainian state.

Article 29—Powers of the President of Ukraine

The president of Ukraine decides the following:

- (2) granting citizenship of Ukraine to foreign citizens and stateless persons residing abroad who make appropriate application to the president of Ukraine.

As can be seen from the above-quoted articles, Mrs. Monsievich faces several barriers to citizenship in the Ukraine. That the standard is rather ambiguous is confirmed by the possibility of a direct appeal to the president to obtain citizenship if all else fails: *vide* article 29.

That there is a lack of certainty that Mrs. Monsievich will be able to obtain citizenship is further bolstered by the terse response from the Consulate General of Ukraine dated July 20, 1993 which reads as follows:

This is to certify that Mrs. MONSIEVICH Natalia, the holder of the Passport OK-II#410422, isn't considered to be a citizen of Ukraine in accordance with the Law on citizenship of Ukraine which is in force from November 13, 1991 and can't get the Ukrainian citizenship automatically.

There can be no doubt after such an unequivocal reply that Mrs. Monsievich is not a Ukrainian citizen. In passing, I find it somewhat surprising that a representative from the Consulate General of Ukraine was not called to offer evidence on this point at the hearing before the Board.

Therefore, I am of the view that the Board erred, in fact and in law, in determining that Mrs. Monsievich was a Ukrainian citizen. This finding is sufficient to allow her judicial review application and send her before a newly constituted panel of the Board to have her claim for refugee status heard *de novo*. Although this resolves Mrs. Monsievich's application, it still

- (3) connaître la langue ukrainienne suffisamment pour pouvoir se débrouiller dans des situations courantes;
- (4) disposer de sources de revenus légales;
- (5) reconnaître la constitution de l'Ukraine et s'y conformer.

Ces exigences pourront être contournées dans certains cas très particuliers avec la permission du président de l'Ukraine, en ce qui concerne les personnes ayant rendu des services exceptionnels à l'État ukrainien.

Article 29—Pouvoirs du président de l'Ukraine

Le président de l'Ukraine décide de:

- (2) l'attribution de la citoyenneté ukrainienne à des citoyens d'autres pays et à des apatrides résidant à l'étranger qui lui soumettent une demande appropriée.

Tel qu'il découle des articles précités, M^{me} Monsievich devrait surmonter plusieurs obstacles pour obtenir la citoyenneté ukrainienne. L'ambiguïté des normes d'attribution est confirmée par la possibilité de s'adresser directement au président en dernier recours pour obtenir la citoyenneté (voir l'article 29).

La réponse sèche du consulat général de l'Ukraine qui figure dans une lettre datée du 20 juillet 1993 achève de convaincre la Cour que M^{me} Monsievich n'est pas assurée d'obtenir la citoyenneté ukrainienne. Cette lettre se lit comme suit:

[TRADUCTION] La présente vise à certifier que M^{me} MONSIEVICH Natalia, détentrice du passeport OK-II n°410422, n'est pas considérée comme une citoyenne de l'Ukraine aux termes de la Loi sur la citoyenneté ukrainienne, qui est entrée en vigueur le 13 novembre 1991, et qu'elle ne peut obtenir automatiquement la citoyenneté ukrainienne.

Le libellé sans équivoque de cette lettre confirme hors de tout doute que M^{me} Monsievich n'est pas citoyenne de l'Ukraine. Du reste, je trouve surprenant qu'aucun représentant du consulat général de l'Ukraine n'ait été appelé à la barre afin de témoigner à ce sujet pendant l'audience tenue par la Commission.

C'est pourquoi j'estime que la Commission a commis une erreur, en fait et en droit, en statuant que M^{me} Monsievich était citoyenne ukrainienne. Cette conclusion me suffit pour accueillir sa demande de contrôle judiciaire et déférer sa cause devant une formation de la commission constituée de nouveaux membres, qui entendra *de novo* sa revendication du

leaves the issue of the status of her two daughters open.

IV. The Family Issues

A. Distinction Between the Concepts

The three issues to be canvassed below all relate in one way or another to the family unit. Although the concepts of family unity, family as a social group and indirect persecution may appear similar, they are in fact very different.

Family unity is a “togetherness” concept rather than a legalistic interpretation of the principles of international refugee law contained in the Act. Family unity only applies when all claiming family members are already on Canadian soil whereas the policy of family reunification does not have this requirement. It is also separate from the recognition of the family as a social group for the purposes of the Convention refugee definition, as it is not necessary to show that there is persecution *per se* in order to rely on family unity.

The characterization of the family as a social group goes to the persecution that is directly suffered by a person simply because he is a member of a certain family. Such would be the case, for example, where the son of a revolutionary is consistently detained and harassed by the authorities simply because of the political leanings of his father.

On the other hand, indirect persecution, as its name implies, is somewhat of a step away from the usually rigorous characterization that must be found to bring a claimant within the meaning of refugee. Indirect persecution does not involve the claimant in question being persecuted *per se*, and it is arguable that it concerns “persecution” of a type that is far too remote to bring it within the definition of Convention refugee in the Act.

statut de réfugié. Cette décision ne règle cependant pas la question du statut de ses deux filles.

IV. Les questions relatives à la famille

A. Les distinctions à établir entre les notions pertinentes

Les trois questions que nous examinerons se rapportent toutes d'une façon ou d'une autre à la famille en tant qu'unité. L'unité de la famille, la famille en tant que groupe social et la persécution indirecte sont trois notions qui peuvent paraître semblables, mais en fait elles diffèrent énormément.

L'unité de la famille est une notion renvoyant à l'«union» d'une famille, et non à une interprétation légaliste des principes du droit international en matière de réfugiés qui figurent dans la Loi. Il s'agit d'un principe qui ne s'applique qu'à compter du moment où tous les membres d'une famille requérante se trouvent déjà en sol canadien, alors que la politique en matière de réunion des familles ne comporte pas une telle exigence. On ne doit pas non plus le confondre avec le principe de la reconnaissance de la famille comme groupe social aux fins de la définition d'un réfugié au sens de la Convention, puisqu'il n'est pas nécessaire de démontrer que des actes de persécution ont été commis en tant que tels pour pouvoir invoquer l'unité de la famille.

Afin qu'une famille puisse être considérée comme un groupe social, il faut que la victime se soit fait persécuter à titre de membre de cette famille. Citons par exemple le cas d'un fils de révolutionnaire qui se ferait régulièrement arrêter et harceler par les autorités à cause, tout simplement, des allégeances politiques de son père.

La persécution indirecte, en revanche, tel que son nom l'indique, est un motif un peu moins formel que ceux que doit habituellement invoquer un demandeur revendiquant le statut de réfugié au sens de la Convention. Pour qu'il y ait persécution indirecte il n'est pas nécessaire que le demandeur se soit fait persécuter comme tel, et c'est pourquoi on peut avancer que ce type de «persécution» est beaucoup trop lointain pour être visé par la définition d'un réfugié au sens de la Convention figurant dans la Loi.

B. Family Unity as a Concept in Canadian Refugee Law

The principle of family unity requires that persons granted refugee status should not be separated from their closest family members, particularly when a situation of dependency exists; it is a principle of togetherness.

The principle of family unity currently occupies a very ambiguous position in Canadian law. It is not explicitly stated in the Act, nor have any cases taken a definite position on the issue. The case of *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), at page 325 is frequently cited as authority for the proposition that family unity is an entrenched and accepted principle in Canadian refugee law:

The Board also erred in its treatment of the minor appellant. As a minor child dependent on Ms. Cheung, Karen Lee may also claim the benefit of such status on the principle of family unity. Moreover, if Karen Lee were sent back to China, she would, in her own right, experience such concerted and severe discrimination, including deprivation of medical care, education and employment opportunities and even food, so as to amount to persecution. She was poignantly described as a "black-market person," denied the ordinary rights of Chinese children. As such, she is a member of a particular social group, that is, second children. Karen Lee has already experienced certain deprivations and may be subject to further persecution should she be returned to China. [Emphasis added.]

It is clear that the Court in the *Cheung* case considers that the minor applicant is eligible to refugee status primarily on the basis of discrimination as a member of the social group of second children rather than by virtue of the family unity principle. Given this and the lack of any elucidation by the Court on how it came to the conclusion that family unity existed and should be applied, the *Cheung* case should be distinguished from the case at bar as it cannot be stated to lay down a principle of family unity.

B. L'unité de la famille en tant que notion du droit canadien en matière de réfugiés

Le principe de l'unité de la famille veut que les personnes auxquelles est accordé le statut de réfugié ne soient pas séparées des membres les plus proches de leur famille, particulièrement lorsque des personnes à charge sont visées. Ce principe concerne donc l'union des membres d'une famille.

À l'heure actuelle, la valeur de ce principe est très incertaine en droit canadien, et il n'est pas explicitement énoncé dans la Loi. On ne trouve pas non plus de décision adoptant une position ferme sur cette question. La décision *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), à la page 325; sert souvent de source jurisprudentielle quand vient le moment de défendre le point de vue selon lequel l'unité de la famille est un principe clairement reconnu du droit canadien relatif aux réfugiés:

La Commission a également eu tort dans le traitement qu'elle a réservé à l'appelante mineure. En tant qu'enfant mineure à la charge de M^{me} Cheung, Karen Lee peut également prétendre à un tel statut compte tenu du principe de l'unité familiale. De plus, si on renvoyait Karen Lee en Chine, elle ferait l'objet, personnellement, d'une discrimination si concertée et si grave, dont la privation de soins médicaux, d'instruction et de chances d'emploi et même de nourriture, qu'elle s'assimilerait à la persécution. On l'a décrite de façon poignante comme une [TRADUCTION] «personne du marché noir» qui se voit refuser les droits ordinaires dont bénéficient les enfants chinois. En tant que telle, elle est membre d'un groupe social, c'est-à-dire le groupe des seconds enfants. Karen Lee a déjà connu certaines privations, et elle pourrait être persécutée de nouveau si on la renvoyait en Chine. [Non souligné dans l'original.]

Il est évident, dans cette décision, que la Cour a jugé que la requérante mineure était principalement admissible au statut de réfugié parce qu'elle avait été victime de discrimination en tant que membre du groupe social des seconds enfants, et non pas en vertu du principe de l'unité de la famille. Étant donné, par ailleurs, que la Cour n'a rien révélé au sujet des considérations qui l'avaient amenée à conclure que le principe de l'unité de la famille existait et qu'il devait être appliqué, on doit donc distinguer la présente affaire de la décision *Cheung*, dans la mesure où on ne peut affirmer que celle-ci établit le principe de l'unité de la famille.

Proof that the family unity principle remains unsettled is given by the Federal Court, Trial Division cases of *Keyakumaran v. Canada*, (1994), 74 F.T.R. 64 and *Bhatti v. Canada (Secretary of State)*, [1994] F.C.J. No. 1346 (T.D.) (QL). In both cases, the Court decided on other grounds, therefore being relieved from the necessity of addressing the issue of family unity. In the case of *Mohamed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1590 (C.A.) (QL), the Court canvassed whether the applicant could be admitted under the family unity principle. However, no legal authority was given for the applicability of that principle.

The concept of family unity is based on Chapter VI of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (Geneva: United Nations, 1979) published by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. Paragraphs 182 to 185 of the Handbook are the product of the discussions of the *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons* (Summary Record of the Third Meeting, held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, 3 July 1951. U.N. Doc. A/CONF.2/SR.3):

182. The Final Act of the Conference that adopted the 1951 Convention:

“Recommends Governments to take the necessary measures for the protection of the refugee’s family, especially with a view to:

(1) Ensuring that the unity of the refugee’s family is maintained particularly in cases where the head of the family has fulfilled the necessary conditions for admission to a particular country.

(2) The protection of refugees who are minors, in particular unaccompanied children and girls, with special reference to guardianship and adoption.”

183. The 1951 Convention does not incorporate the principle of family unity in the definition of the term refugee. The above-mentioned Recommendation in the Final Act of the Conference is, however, observed by the majority of States, whether or not parties to the 1951 Convention or the 1967 Protocol.

184. If the head of a family meets the criteria of the definition, his dependants are normally granted refugee status according to the principle of family unity. It is obvious, however, that

Nul ne saurait dire si ce principe est véritablement reconnu en droit canadien, tel que le révèlent les décisions *Keyakumaran c. Canada*, (1994), 74 F.T.R. 64 et *Bhatti c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1994] F.C.J. n° 1346 (QL), qui émanent de la Section de première instance de la Cour fédérale. Dans ces deux causes, la Cour a fondé sa décision sur des motifs autres que l’unité de la famille, ce qui lui évitait de devoir traiter de ce principe. Dans l’affaire *Mohamed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 1590 (C.A.) (QL), la Cour s’est posée la question de savoir si le requérant pouvait être admis en vertu du principe de l’unité de la famille. Mais aucune décision n’a pu être citée relativement à l’applicabilité de ce principe.

La notion de l’unité de la famille provient du chapitre VI du *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* (le Guide) (Nations Unies, Genève, 1979), publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Les paragraphes 182 à 185 du Guide sont le fruit de discussions menées lors de la *Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides* (compte rendu sommaire du Troisième Congrès, tenu au Palais des Nations, à Genève, le mardi 3 juillet 1951; U.N. Doc. A/CONF.2/SR.3). Ils se lisent comme suit:

182. L’Acte final de la Conférence qui a adopté la Convention de 1951:

«Recommande aux gouvernements de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié et en particulier pour:

1) Assurer le maintien de l’unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays;

2) Assurer la protection des réfugiés mineurs, notamment des enfants isolés et des jeunes filles, spécialement en ce qui concerne la tutelle et l’adoption.»

183. La Convention de 1951 n’a pas introduit le principe de l’unité de la famille dans la définition du terme «réfugié». Cependant, la recommandation figurant dans l’Acte final de la Conférence—qui est reproduite ci-dessus—est observée par la majorité des États, qu’ils soient ou non parties à la Convention de 1951 ou au Protocole de 1967.

184. Lorsque le chef de famille satisfait aux critères énoncés dans la définition, les membres de la famille qui sont à sa charge se voient généralement reconnaître le statut de réfugié,

formal refugee status should not be granted to a dependant if this is incompatible with his personal legal status. Thus, a dependent member of a refugee family may be a national of the country of asylum or of another country, and may enjoy that country's protection. To grant him refugee status in such circumstances would not be called for.

185. As to which family members may benefit from the principle of family unity, the minimum requirement is the inclusion of the spouse and minor children. In practice, other dependants, such as aged parents of refugees, are normally considered if they are living in the same household. On the other hand, if the head of the family is not a refugee, there is nothing to prevent any one of his dependants, if they can invoke reasons on their own account, from applying for recognition as refugees under the 1951 Convention of the 1967 Protocol. In other words, the principle of family unity operates in favour of dependants, and not against them. [Emphasis added.]

The definition of Convention refugee to which Canada subscribes by virtue of its being a signatory to the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Geneva, July 28, 1951), [1969] Can. T.S. No. 6, does not incorporate the concept of family unity.

The definition of "Convention refugee" in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] of the Act is as follows:

2. (1)

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2)

It is quite plain that there is no mention of family unity in the current definition. Therefore, in order to apply the principle of family unity in the case at bar, I would have to extend the definition of Convention refugee. There is no justification for doing so.

selon le principe de l'unité de la famille. Il est évident, toutefois, qu'un membre de la famille ne doit pas se voir reconnaître formellement le statut de réfugié si cela est incompatible avec sa situation juridique personnelle. Ainsi, l'intéressé peut avoir la nationalité du pays d'asile ou d'un autre pays et il peut jouir de la protection de ce pays. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de lui accorder le statut de réfugié.

185. Quant aux membres de la famille au profit desquels peut jouer le principe de l'unité de la famille, il faut au moins inclure parmi eux le conjoint et les enfants mineurs. Dans la pratique, d'autres personnes à charge—par exemple les parents âgés—d'un réfugié sont normalement incluses dans sa famille si elles font partie de son ménage. Par contre, si le chef de famille n'est pas un réfugié, rien n'interdit à un membre de la famille qui est à sa charge, lorsqu'il peut invoquer de son propre chef des raisons valables, de demander la reconnaissance de son statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951 ou du Protocole de 1967. En d'autres termes, le principe de l'unité de la famille joue en faveur des personnes à charge, mais non pas contre elles. [Non souligné dans l'original.]

La notion de l'unité de la famille est absente de la définition de réfugié au sens de la Convention à laquelle le Canada souscrit en tant que signataire de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (adoptée à Genève le 28 juillet 1951), [1969] R.T. Can. 1969, n° 6.

La définition de «réfugié au sens de la Convention» figurant au paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1] de la Loi se lit comme suit:

2. (1)

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Il est bien évident que le principe de l'unité de la famille n'est pas mentionné dans la définition actuelle de réfugié au sens de la Convention. Afin d'appliquer ce principe en l'espèce, je devrais donc élargir cette définition, mais rien ne le justifierait.

While the definition of Convention refugee is silent on the principle of family unification or re-unification, there is some recognition in the Act that consideration should be given to this concept when considering refugee claims. In particular, paragraph 3(c) of the Act indicates that one of the objectives of the Act and *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 is to "facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad." However, this is insufficient to mandate that this Court apply the principle of family unity.

The applicants argue that paragraphs 182 to 185 of the Handbook in fact import the concept of family unity into Canadian law. The Supreme Court of Canada considered the applicability of the Handbook to refugee proceedings in the case of *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at pages 713-714:

While the drafting history of the Convention may not go far in justifying the exclusion of state complicity from the interpretation of "Convention refugee", other sources provide more convincing support. A much-cited guide on this question is paragraph 65 of the UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* ("UNHCR Handbook"). While not formally binding on signatory states, the Handbook has been endorsed by the states which are members of the Executive Committee of the UNHCR, including Canada, and has been relied upon by the courts of signatory states. [Emphasis added.]

In other words, even if one accepts that paragraphs 182 to 185 establish a concept of family unity, their authority is only persuasive, not mandatory. The onus is on the person seeking to be recognized as a Convention refugee to prove that he or she is a person falling within the scope of the definition. That is, that he or she has a well-founded fear of persecution for a reason enumerated within the definition: *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.). Thus, the principle cannot be applied with respect to the female applicants.

C. The Family as a "Social Group"

For a person to be considered a Convention refugee, it must be shown that they are a member of one

Bien que cette définition ne fasse pas non plus mention du principe de la réunion des familles, la Loi reconnaît d'une certaine manière que cette notion devrait intervenir dans l'examen d'une demande du statut de réfugié. L'alinéa 3c) de la Loi, en particulier, prévoit que l'un des objectifs visés par la Loi et son Règlement [*Règlement sur l'immigration de 1978*], DORS/78-172, est «de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger». Mais cela ne suffit pas à donner pour mandat à la Cour d'appliquer le principe de l'unité de la famille.

Les requérants soutiennent que les paragraphes 182 à 185 du Guide ont pour effet d'introduire, ce principe en droit canadien. La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de l'applicabilité du Guide aux procédures concernant des réfugiés, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, aux pages 713 et 714, où l'on peut notamment lire ce qui suit:

L'historique de la rédaction de la Convention ne permet peut-être pas vraiment de justifier l'exclusion de la complicité de l'État de l'interprétation de l'expression «réfugié au sens de la Convention», mais d'autres sources étayent cette exclusion d'une façon plus convaincante. Sur ce point, on cite souvent le paragraphe 65 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du HCNUR («Guide du HCNUR»). Bien qu'il ne lie pas officiellement les États signataires, ce guide a été approuvé par les États membres du comité exécutif du HCNUR, dont le Canada, et les tribunaux des États signataires se sont fondés sur lui. [Non souligné dans l'original.]

En d'autres termes, même si l'on estime que les paragraphes 182 à 185 établissent la notion de l'unité de la famille, ils ne s'appliquent pas obligatoirement et n'ont qu'un effet persuasif. La personne qui revendique le statut de réfugié a le fardeau de prouver qu'elle est visée par la définition, c'est-à-dire qu'elle a de bonnes raisons de craindre d'être persécutée pour l'un des motifs qui y sont énumérés (voir *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.)). Par conséquent, le principe de l'unité de la famille ne peut être appliqué au cas des requérantes.

C. La famille en tant que «groupe social»

Afin d'être considérée comme un réfugié au sens de la Convention, une personne doit appartenir à

of the five enumerated classes in subsection 2(1) of the Act. The class of membership in a particular social group is the basket clause of this definitional provision. As stated by Arthur C. Helton in his article "Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status" (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39, at pages 45 and 51:

The intent of the framers of the Refugee Convention was not to redress prior persecution of social groups, but rather to save individuals from future injustice. The "social group" category was meant to be a catch-all which could include all the bases for and types of persecution which an imaginative despot might conjure up.

Examples of "social groups" which can reasonably be defined include "kin, family, ethnic, territorial, age, sex, political, governmental, language, religious, residential, class, occupational, recreational, propinquity, business, nationality, scientific, charity, insurance, educational, honorary, learned, [etc.] . . ." The essential character of the "social group" is that it may be defined in "as many [ways] as convenience may dictate . . ."

Therefore, "social group" is a broad concept that is capable of encompassing several types of associations among persons. The Supreme Court of Canada decision in *Ward, supra*, is the leading case on this issue. On page 739, La Forest J. defines the new test for "particular social group":

The meaning assigned to "particular social group" in the Act should take into account the general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination that form the basis for the international refugee protection initiative. The tests proposed in *Mayers* [(1992), 97 D.L.R. (4th) 729], *Cheung* [[1993] 2 F.C. 314] and *Matter of Acosta* [Interim Decision 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.)], *supra*, provide a good working rule to achieve this result. They identify three possible categories:

- (1) groups defined by an innate or unchangeable characteristic;
- (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and
- (3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence.

l'une des cinq catégories énumérées au paragraphe 2(1) de la Loi. L'appartenance à un groupe social constitue la clause omnibus de cette disposition définitionnelle. Voici ce que Arthur C. Helton déclare à ce sujet dans son article intitulé «Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status» (1983), 15 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 39, aux pages 45 et 51:

[TRADUCTION] L'intention des auteurs de la Convention relative aux réfugiés n'était pas de redresser les torts subis par les groupes sociaux victimes de persécutions antérieures, mais bien de soustraire des gens à des injustices ultérieures. La catégorie du «groupe social» était destinée à devenir une catégorie omnibus qui pourrait viser tous les types de persécutions auxquels un despote imaginatif pourrait songer et tous les motifs qu'il pourrait concevoir pour s'y livrer.

Parmi les groupes sociaux qui pourraient raisonnablement être visés par la définition, citons à titre d'exemples «la famille, la parenté, les ethnies, les habitants ou résidents d'un territoire, les groupes d'âge, les membres d'un même sexe, les formations politiques et gouvernementales, les groupes linguistiques et religieux, les classes sociales, les associations professionnelles, récréatives, commerciales, nationales et scientifiques, les sociétés de bienfaisance, les assureurs, les enseignants, les sociétés honorifiques et savantes, [etc.]» . . . La caractéristique fondamentale du «groupe social, c'est qu'il peut être défini d'«autant [de façons] qu'on juge utile de le faire» . . .

La notion de «groupe social» est donc très large et elle peut englober plusieurs types d'associations de personnes. À cet égard, l'arrêt *Ward* précité de la Cour suprême du Canada fait autorité. Le juge La Forest y précise les nouveaux critères retenus pour définir le «groupe social» (à la page 739):

Le sens donné à l'expression «groupe social» dans la Loi devrait tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés. Les critères proposés dans *Mayers* [(1992), 97 D.L.R. (4th) 729], *Cheung* [[1993] 2 C.F. 314] et *Matter of Acosta* [décision provisoire 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.)], précités, permettent d'établir une bonne règle pratique en vue d'atteindre ce résultat. Trois catégories possibles sont identifiées:

- (1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable;
- (2) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association; et
- (3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.

The first category would embrace individuals fearing persecution on such bases as gender, linguistic background and sexual orientation, while the second would encompass, for example, human rights activists. The third branch is included more because of historical intentions, although it is also relevant to the anti-discrimination influences, in that one's past is an immutable part of the person.

When considering such associations or social groups, one cannot imagine a closer-knit or easier to confirm unit than the family. This is especially true with respect to immediate family, being a person's sons, daughters, parents and any other blood relative they permanently reside with. There can be absolutely no doubt that the family unit forms a social group which is protected against persecution by the Act.

The acceptance of the family as a social group can be seen in the jurisprudence. In *Requena-Cruz v. Minister of Employment and Immigration* (8 February 1984), Doc. No. 83-10559 the Immigration Appeal Board stated at page 3 that:

The application, based on social group, raises the question as to whether or not a family can be considered a social group for the purposes of the *Immigration Act, 1976*. The answer to that question is a qualified yes. In some cultures, including Latin America, certain African nations and some others, for example, it is quite likely that an individual will be assumed to be a supporter of specific social, religious or political ideas merely because a father, uncle or other prominent family member is a known advocate of those ideas.

This principle was recently confirmed by the Federal Court of Appeal in *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 and *Taheri v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 389 (QL).

It is clear that the scope of the family as a social group is not limitless, as was mentioned in *Requena-Cruz, supra*, at page 4:

[E]ach case must be decided on its own merits on the basis of evidence presented.

One will not, for example, be deemed to be a Convention refugee just because one has a relative who is being persecuted. There has to be a clear nexus

La première catégorie comprendrait les personnes qui craignent d'être persécutées pour des motifs comme le sexe, les antécédents linguistiques et l'orientation sexuelle, alors que la deuxième comprendrait, par exemple, les défenseurs des droits de la personne. La troisième catégorie est incluse davantage à cause d'intentions historiques, quoiqu'elle se rattache également aux influences antidiscriminatoires, en ce sens que le passé d'une personne constitue une partie immuable de sa vie.

Parmi ces associations et ces groupes sociaux, l'unité la plus serrée et la plus évidente qui nous vient à l'esprit est la famille. Cela est encore plus vrai dans le cas de la famille immédiate, soit les fils, filles et parents d'une personne, ainsi que toute autre personne à laquelle elle est unie par les liens du sang et avec laquelle elle réside en permanence. Il est absolument indéniable que l'unité familiale constitue un groupe social protégé contre la persécution par la Loi.

La famille est reconnue comme groupe social dans la jurisprudence. Dans *Requena-Cruz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (8 février 1984), dossier n° 83-10559, la Commission d'appel de l'immigration déclare ce qui suit à la page 3:

[TRADUCTION] Cette demande, fondée sur l'appartenance à un groupe social, soulève la question de savoir si une famille peut être considérée comme un groupe social aux fins de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Or tel est le cas, dans une certaine mesure. Dans certaines cultures, notamment en Amérique latine, dans certains pays africains et dans certains autres pays, cités à titre d'exemples, il est probable que l'on présumera qu'une personne endosse certains principes sociaux, religieux ou politiques tout simplement parce qu'un père, un oncle ou un autre membre en vue de sa famille est un défenseur notoire de ces principes.

L'existence de ce principe a été récemment confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 et *Taheri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] F.C.J. n° 389 (QL).

Il est évident que l'étendue du principe de l'assimilation de la famille à un groupe social n'est pas illimitée, tel qu'il est mentionné dans *Requena-Cruz, précitée*, à la page 4:

[TRADUCTION] [C]haque affaire doit être jugée au fond, en fonction de la preuve soumise.

Ainsi nul ne sera considéré comme un réfugié au sens de la Convention pour le simple motif qu'un membre de sa famille se fait persécuter. Il doit y avoir un lien

between the persecution that is being levelled against one of the family members and that which is taking place against the others: *vide Al-Busaidy v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 119 (F.C.A.). The family can only be considered to be a social group in cases where there is evidence that the persecution is taking place against the family members as a social group. For example, it is possible that a claimant may be persecuted for his own political views, and not because of those of his parents, who may also be dissidents.

Here, the father qualified as a Convention refugee on the ground of political opinion. However, I must conclude that the Board was correct in its finding that the fear of persecution felt by the female applicants was insufficient to draw the required nexus. The Board found that there was no evidence whatsoever that any persecutory activities had been levelled against the mother or her daughters, let alone any based upon their being members of Mr. Casetellanos's family. For that matter, there was no evidence presented that the female applicants could be the subject of future persecution by virtue of being part of Mr. Casetellanos's family if they were returned to Cuba, either. Their claims can therefore not be founded on the basis that they are persecuted members of a social group, and I must uphold the Board's finding in this regard.

D. The Principle of Indirect Persecution

The applicants in this matter have brought to my attention at the last moment the issue of indirect persecution. It should be noted that this issue was not argued before me, nor did the respondent prepare a memorandum in response.

Indirect persecution is a principle of questionable status in Canadian law. The decision of Jerome A.C.J. in *Bhatti v. Canada (Secretary of State)*, *supra*, describes the concept of indirect persecution as follows, at page 4 [of the reasons for judgment]:

bien défini entre la persécution dirigée contre l'un des membres de la famille et celle dont les autres membres de cette même famille sont victimes (voir *Al-Busaidy c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 16 Imm. L.R. (2d) 119 (C.A.F.). La famille peut être considérée comme un groupe social seulement à compter du moment où il y a certains éléments de preuve quant au fait que la persécution dont elle souffre la vise en tant que groupe social. Par exemple, il est possible qu'un demandeur se fasse persécuter à cause de ses idées politiques, et non à cause de celles de ses parents, qui peuvent néanmoins aussi être des dissidents.

En l'espèce, le père a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention en fondant sa crainte sur ses opinions politiques. Toutefois, je dois conclure que la Commission était bien fondée de déterminer que la crainte d'être persécutées ressentie par les requérantes ne suffisait pas à établir le lien requis mentionné ci-dessus. Elle a jugé qu'il n'y avait absolument aucun élément de preuve démontrant que des gestes assimilables à de la persécution avaient été posés contre la mère ou ses filles, et encore moins qu'elles se seraient fait persécuter parce qu'elles faisaient partie de la famille de M. Casetellanos. Pour tout dire, il n'y avait aucun élément de preuve, non plus, quant au fait que les requérantes pourraient être victimes de persécutions futures en raison de leur appartenance à cette famille, si elles étaient renvoyées à Cuba. C'est pourquoi elles ne peuvent justifier leur demande en alléguant qu'elles sont des membres persécutés d'un groupe social. Il s'ensuit que je dois confirmer les conclusions de la Commission à cet égard.

D. Le principe de la persécution indirecte

Les requérants ont attiré mon attention à la dernière minute sur la question de la persécution indirecte. Il faut noter que cette question n'a pas fait l'objet d'une argumentation devant la Cour, et que l'intimé n'a pas non plus préparé d'exposé afin d'y répliquer.

La reconnaissance de la notion de persécution indirecte en droit canadien est plus ou moins claire. Dans *Bhatti c. Canada (Secrétaire d'État)*, *supra*, le juge en chef adjoint Jerome décrit la persécution indirecte comme suit à la page 4 [des motifs du jugement]:

These cases demonstrate that the theory of indirect persecution has indeed been recognized in Canadian refugee law. The theory is based on a recognition of the broader harm caused by persecutory acts. By recognizing that family members of persecuted persons may themselves be victims of persecution, the theory allows the granting of status to those who might otherwise be unable to individually prove a well-founded fear of persecution.

With respect, I find myself unable to agree with Jerome A.C.J. "that the theory of indirect persecution has indeed been recognized in Canadian law." [Underlining added.]

In order to establish a claim to refugee status, a claimant must show that the harm or injury feared is linked to race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion. This requirement was elaborated upon in *Rizkallah v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 156 N.R. 1 (F.C.A.), where MacGuigan J.A. stated, at page 1:

To succeed, refugee claimants must establish a link between themselves and persecution for a Convention reason. In other words, they must be targeted for persecution in some way, either personally or collectively.

Therefore, there must be a very clear link between a refugee claimant and one of the five prescribed grounds in the Convention refugee definition. However, the principle of indirect persecution does not require the claimant to have a well-founded fear of persecution or to be persecuted; indirect persecution arises out of the fact that the claimant is the unwilling spectator of some incidents of violence targeted against other members of the family or the social group to which he or she belongs, for example.

Furthermore, in *Bhatti*, *supra*, Jerome A.C.J. held that the scope of the principle was such that it could extend beyond traditional grounds of persecution to support or economic considerations, at page 3:

The concept of indirect persecution is premised on the assumption that family members are likely to suffer great harm when their close relatives are persecuted. This harm may mani-

Cette jurisprudence démontre que la théorie de la persécution indirecte a effectivement été reconnue par le droit canadien en matière de réfugiés. Cette théorie repose sur la reconnaissance du préjudice étendu causé par les actes de persécution. En reconnaissant que les membres de la famille des personnes persécutées peuvent eux-mêmes être victimes de persécution, la théorie en question permet d'octroyer le statut de réfugié à ceux qui par ailleurs ne seraient pas en mesure de prouver individuellement une crainte fondée de persécution.

Avec égards, je suis incapable de souscrire à l'opinion du juge en chef adjoint Jerome lorsqu'il affirme que «la théorie de la persécution indirecte a effectivement été reconnue par le droit canadien en matière de réfugiés». [Soulignement ajouté.]

Afin d'établir le bien-fondé d'une revendication du statut de réfugié, un demandeur doit démontrer que le préjudice appréhendé est lié à l'un des facteurs suivants: sa race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un groupe social ou ses opinions politiques. Cette exigence a été commentée dans la décision *Rizkallah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 156 N.R. 1 (C.A.F.), où le juge MacGuigan, J.C.A., déclare ce qui suit à la page 1:

Pour avoir gain de cause, les demandeurs du statut de réfugié doivent établir qu'ils font eux-mêmes l'objet de persécution pour un motif visé par la Convention. Cette persécution doit être dirigée contre eux, soit personnellement, soit en tant que membres d'une collectivité.

Une revendication du statut de réfugié doit donc établir un lien très clair entre le demandeur du statut et l'un des cinq motifs énumérés dans la définition d'un réfugié au sens de Convention. En vertu du principe de la persécution indirecte, toutefois, le demandeur n'est pas tenu d'être persécuté ou d'avoir de bonnes raisons de craindre d'être persécuté. Cette persécution indirecte résulte du fait que le demandeur est malgré lui témoin de gestes violents dirigés contre d'autres membres de sa famille ou le groupe social auquel il appartient, par exemple.

De plus, dans la décision *Bhatti*, précitée, le juge en chef adjoint Jerome a déclaré que la portée de ce principe était telle qu'il pouvait s'appliquer au-delà des motifs traditionnels de persécution pour s'étendre aux cas de pertes de soutien économique ou social (à la page 3):

La notion de persécution indirecte repose sur l'hypothèse que les membres de la famille sont susceptibles de subir un grave préjudice lorsque leurs proches parents sont persécutés.

fest itself in many ways ranging from the loss of the victim's economic and social support to the psychological trauma associated with witnessing the suffering of loved ones. [Emphasis added.]

In my opinion, such an extension of the so-called principle of indirect persecution is unacceptable as lack of economic, monetary or emotional support do not constitute a ground for being found a Convention refugee. It would therefore be surprising if the principle of indirect persecution could subsume such a concept. Under the current test for determination of persecuted social group as set out in *Ward, supra*, it is very unlikely that persons having insufficient "economic and social support" would qualify. Additional support for this proposition can be found in *Cheung, supra*.

I am not prepared to accept that the principle of indirect persecution, as defined by Jerome A.C.J. in *Bhatti, supra*, is part of our refugee law. In other words, since indirect persecution does not constitute persecution within the meaning of the definition of Convention refugee, a claim based on it should not be allowed.

Therefore, I need not make a finding on the facts of this case as they relate to the principle of indirect persecution. The female applicants in this matter cannot rely upon the principle of indirect persecution in order to obtain refugee status.

V. Section 46.04 of the Act: A Legislative Answer?

As demonstrated above, the principles of family unity and indirect persecution, cannot be considered elements of Canadian refugee law. Although the family unit has been accepted as a social group this is not sufficient to qualify Mrs. Monsievich and her daughters for refugee status.

The principles of family unity and indirect persecution, even though not incorporated in the Convention refugee definition, are nevertheless subscribed to by virtue of section 46.04 of the Act. This provision,

Ce préjudice peut revêtir plusieurs formes, dont la perte du soutien économique, ou social apporté par la victime et le traumatisme psychologique causé par la souffrance de ceux qu'on aime. [Non souligné dans l'original.]

^a Aux yeux de la Cour, cependant, il est inadmissible d'étendre ainsi la portée du soi-disant principe de la persécution indirecte, étant donné que la perte d'un soutien économique, social ou émotif ne constitue pas l'un des motifs justifiant l'octroi du statut de réfugié au sens de la Convention. Il serait donc surprenant que le principe de la persécution indirecte puisse englober ce type de perte. Selon les critères actuellement employés pour établir si un groupe social est victime de persécution, tel qu'il sont exposés dans *Ward*, précitée, il est fort improbable qu'un demandeur verrait sa revendication accueillie parce qu'il ne bénéficie pas d'un «soutien économique ou social» suffisant. Certains passages de la décision ^d *Cheung*, précitée, étayaient cette conclusion.

^e Je ne puis donc reconnaître que le principe de la persécution indirecte, tel qu'il est défini par le juge en chef adjoint Jerome dans *Bhatti*, précitée, fait maintenant partie du droit canadien en matière de réfugiés. En d'autres termes, comme la persécution indirecte ne peut être assimilée à de la persécution selon la définition de réfugié au sens de la Convention, toute demande à laquelle elle sert de fondement ^f devrait être rejetée.

^g Je n'ai donc pas à tirer de conclusion sur les faits d'espèce en ce qui a trait au principe de la persécution indirecte, sur lequel les requérantes ne pourront s'appuyer pour obtenir le statut de réfugié.

V. L'article 46.04 de la Loi: une solution législative?

^h Tel que nous l'avons démontré plus haut, les principes de l'unité de la famille et de la persécution indirecte ne peuvent être considérés faire partie du droit canadien en matière de réfugiés. Bien que la famille en tant qu'unité ait été reconnue comme groupe social, cela ne suffit pas à justifier l'octroi du statut de réfugié à M^{me} Monsievich et à ses filles.

^j Mais même s'ils ne figurent pas dans la définition de réfugié au sens de la Convention, ces principes sont toutefois sanctionnés par l'article 46.04 de la Loi. Cette disposition, d'abord ajoutée en vertu de

which was originally added by virtue of Bill C-55, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14, and modified by Bill C-86, S.C. 1992, c. 49, s. 38, embraces the principle of family unity in that it allows a person who has been determined to be a Convention refugee to apply to an immigration officer for the landing of that person and any dependants.

The section presently reads as follows:

46.04 (1) Any person who is determined by the Refugee Division to be a Convention refugee may, within the prescribed period, apply to an immigration officer for landing of that person and any dependant of that person, unless the Convention refugee is

(a) a permanent resident;

(b) a person who has been recognized by any country, other than Canada, as a Convention refugee and who, if removed from Canada, would be allowed to return to that country;

(c) a national or citizen of a country, other than the country that the person left, or outside of which the person remains, by reason of fear of persecution; or

(d) a person who has permanently resided in a country, other than the country that the person left, or outside of which the person remains, by reason of fear of persecution, and who, if removed from Canada, would be allowed to return to that country.

. . . .

(3) Notwithstanding any other provision of this Act, but subject to subsections (3.1) and (8), an immigration officer to whom an application is made under subsection (1) shall grant landing to the applicant, and to any dependant for whom landing is sought if the immigration officer is satisfied that neither the applicant nor any of those dependants is a person described in paragraph 19(1)(c.1), (c.2), (d), (e), (f), (g), (j), (k) or (l) or a person who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of

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

(b) five years or more may be imposed. [Emphasis added.]

I note the imperative language in subsection 46.04(3). In other words, the immigration officer who receives such an application must grant landing unless the applicant is a citizen of another country, a criminal, or inadmissible on some other grounds. There does not appear to be any exercise of discretion allowed here; the Act must be followed.

l'article 14 du projet de loi C-55, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, puis modifiée en vertu de l'article 38 du projet de loi C-86, L.C. 1992, ch. 49, entérine le principe de l'unité de la famille dans la mesure où elle permet à une personne à qui l'on a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention de demander le droit d'établissement à un agent d'immigration pour elle-même et toute personne à sa charge.

Cet article se lit actuellement comme suit:

46.04 (1) La personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention est reconnu par la section du statut peut, dans le délai réglementaire, demander le droit d'établissement à un agent d'immigration pour elle-même et les personnes à sa charge, sauf si elle se trouve dans l'une des situations suivantes:

a) elle est un résident permanent;

b) un autre pays lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention et elle serait, en cas de renvoi du Canada, autorisée à retourner dans ce pays;

c) elle a la nationalité ou la citoyenneté d'un autre pays que celui qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée;

d) elle a résidé en permanence dans un autre pays que celui qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée et elle serait, en cas de renvoi du Canada, autorisée à retourner dans ce pays.

. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi mais sous réserve des paragraphes (3.1) et (8), l'agent d'immigration accorde le droit d'établissement à l'intéressé et aux personnes à sa charge visées par la demande, s'il est convaincu qu'aucun d'entre eux n'est visé à l'un des alinéas 19(1)c.1), c.2), d), e), f), g), j), k) ou l) ou n'a été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale:

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

b) soit passible d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à cinq ans. [Non souligné dans l'original.]

Je souligne que le paragraphe 46.04(3) a un caractère obligatoire. L'agent d'immigration saisi de la demande doit accorder le droit d'établissement, sauf si le requérant est un citoyen d'un autre pays, un criminel ou s'il n'est pas admissible pour un quelconque autre motif. Aucun pouvoir discrétionnaire ne semble être accordé. La Loi doit être appliquée.

Section 46.04 may be used by Mr. Casetellanos to land himself, as he has been determined to be a Convention refugee. It may also be used by Irina, Natalia and Mrs. Monsievich, but successful application here will turn on whether or not they can establish that they are dependants of Mr. Casetellanos. Subsection 2(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1] of the Act states that the term “dependant” “has the meaning assigned by the Regulations” [underlining added]. The terms “dependant” and “dependent daughter” are defined in subsection 2(1) [as am. by SOR/92-101, s. 1] of the *Immigration Regulations, 1978, supra*.

2. (1)
“dependant”, means

(c) with respect to a person other than a person referred to in paragraph (a) or (b)

- (i) the spouse of the person,
- (ii) any dependent son or dependent daughter of that person or of the spouse of that person, and
- (iii) any dependent son or dependent daughter of a son or daughter referred to in subparagraph (ii);

“dependent daughter” means a daughter who

- (a) is less than 19 years of age and unmarried,
- (b) is enrolled and in attendance as a full-time student in an academic, professional or vocational program at a university, college or other educational institution and

(i) has been continuously enrolled and in attendance in such a program since attaining 19 years of age or, if married before 19 years of age, the time of her marriage, and

(ii) is determined by an immigration officer, on the basis of information received by the immigration officer, to be wholly or substantially financially supported by her parents since attaining 19 years of age or, if married before 19 years of age, the time of her marriage, or

(c) is wholly or substantially financially supported by her parents and

- (i) is determined by a medical officer to be suffering from a physical or mental disability, and
- (ii) is determined by an immigration officer, on the basis of information received by the immigration officer, including information from the medical officer referred to in subparagraph (i), to be incapable of supporting herself by reason of such disability. [Emphasis added.]

Applying these definitions to Mrs. Monsievich and her daughters, we see that she qualifies *prima facie* as a dependant under the definition given above, as does

M. Casetellanos pourrait invoquer l'article 46.04 afin d'obtenir le droit de s'établir au Canada, étant donné qu'on lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention. M^{me} Monsievich et ses filles Irina et Natalia pourraient faire de même, mais le succès de leur démarche dépendra de leur capacité d'établir qu'elles sont à la charge de M. Casetellanos. Le paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1] de la Loi prévoit que l'expression «personne à charge» «s'entend au sens des règlements» [soulignement ajouté]. Les expressions «personne à charge» et «fille à charge» sont définies comme suit au paragraphe 2(1) [mod. par DORS/92-101, art. 1] du *Règlement sur l'immigration de 1978*, précité:

2. (1) . . .
«personne à charge»

c) par rapport à une personne non visée aux alinéas a) et b):

- (i) son conjoint,
- (ii) le fils à sa charge ou la fille à sa charge ou le fils à la charge ou la fille à la charge de son conjoint,
- (iii) le fils à la charge ou la fille à la charge du fils ou de la fille visé au sous-alinéa (ii).

«fille à charge» Fille:

- a) soit qui est âgée de moins de 19 ans et n'est pas mariée;
- b) soit qui est inscrite à une université, un collège ou un autre établissement d'enseignement et y suit à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle, et qui:

(i) d'une part, y a été inscrite et y a suivi sans interruption ce genre de cours depuis la date de ses 19 ans ou, si elle était déjà mariée à cette date, depuis la date de son mariage,

(ii) d'autre part, selon l'agent d'immigration qui fonde son opinion sur les renseignements qu'il a reçus, a été entièrement ou en grande partie à la charge financière de ses parents depuis la date de ses 19 ans ou, si elle était déjà mariée à cette date, depuis la date de son mariage;

c) soit qui est entièrement ou en grande partie à la charge financière de ses parents et qui:

- (i) d'une part, selon un médecin agréé, souffre d'une incapacité de nature physique ou mentale;
- (ii) d'autre part, selon l'agent d'immigration qui fonde son opinion sur les renseignements qu'il a reçus, y compris les renseignements reçus du médecin agréé visé au sous-alinéa (i), est incapable de subvenir à ses besoins en raison de cette incapacité. [Non souligné dans l'original.]

En vertu de ces définitions, M^{me} Monsievich et sa fille Natalia (dans la mesure où cette dernière est âgée de moins de 19 ans) sont, à première vue, des

Natalia, given that she is less than 19 years of age. Furthermore, the case of *Moore v. Minister of Employment and Immigration* (6 December 1978), Doc. No. 78-3016 (Imm. App. Bd.) held that for the purposes of the Act, "dependant" is a term of art and includes a spouse whether or not that spouse is actually dependent for support. However, for Irina, her characterization as a dependant will turn on whether or not she can satisfy the criteria set out above.

VI. Conclusion

By virtue of the error committed by the Board with respect to the nationality of Mrs. Monsievich, her judicial review application is allowed and it is ordered that a new panel of the Board should convene to reconsider her claim *de novo*.

With respect to the other applicants, Irina and Natalia, their application must be dismissed.

Should either party wish to have a question of general importance certified, they may speak to me by December 22, 1994.

Consequently, I will delay the issuance of my order until December 23, 1994.

personnes à charge. Ce constat est renforcé par la décision *Moore c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, 6 décembre 1978, dossier n° 78-3016 (C.A.I.), où l'on peut notamment lire qu'«[i]l est évident que l'expression «personne à charge» est, aux fins de la Loi et du Règlement, une expression technique incluant un conjoint, que ce dernier soit réellement une personne à charge ou non pour l'immigrant éventuel». En ce qui concerne Irina, en revanche, on devra appliquer les critères définis plus haut afin de trancher la question de savoir si elle est ou non une personne à charge.

VI. Conclusion

En raison de l'erreur commise par la Commission relativement à la nationalité de M^{me} Monsievich, la demande de contrôle judiciaire de cette dernière est accueillie, et il est ordonné par les présentes qu'une formation de la Commission constituée de nouveaux membres reprenne *de novo* l'examen de sa demande de statut de réfugié.

En ce qui concerne les autres requérantes, Irina et Natalia, leur demande est rejetée.

Si l'une des parties souhaite faire certifier une question d'importance générale, elle pourra s'adresser à moi d'ici le 22 décembre 1994.

Par conséquent, je vais retarder l'émission de mon ordonnance jusqu'au 23 décembre 1994.

IMM-6067-93

Amador Franciso Pena Casetellanos, Natalia Monsievich, Irina Alvarez Monsievich and Natalia Pena Monsievich (*Applicants*)

v.

The Solicitor General of Canada (*Respondent*)

INDEXED AS: CASETELLANOS v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Nadon J.—Toronto, September 27, 1994; Ottawa, January 20, 1995.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision denying refugee status to daughters of Convention refugee dismissed — Whether principle of family unity applies in determination of Convention refugee status in Canadian refugee law, and if so, whether applies to find daughters Convention refugees by reason of fact father, joined claimant, so found, certified question of general importance.

CERTIFICATION of question of general importance.

COUNSEL:

Stuart Beverley Scott for applicants.
Mark M. Persaud for respondent.

SOLICITORS:

Stuart Beverley Scott, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

NADON J.: On December 15, 1994, I issued reasons for the order [[1995] 2 F.C. 190] which I proposed to make with respect to the judicial review applications of Natalia Monsievich, Irina Alvarez Monsievich and Natalia Pena Monsievich.

In my reasons for order I indicated that I would delay the issuance of my order until December 22,

IMM-6067-93

Amador Franciso Pena Casetellanos, Natalia Monsievich, Irina Alvarez Monsievich et Natalia Pena Monsievich (*requérants*)

a
c.

Solliciteur général du Canada (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: CASETELLANOS c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (1re INST.)

Section de première instance, juge Nadon—Toronto, 27 septembre 1994; Ottawa, 20 janvier 1995.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Rejet d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le statut de réfugiées au sens de la Convention a été refusé aux filles d'un réfugié au sens de la Convention — Est certifiée la question grave de portée générale suivante: le principe de l'unité de la famille s'applique-t-il en droit canadien en matière de réfugiés pour déterminer le statut de réfugié au sens de la Convention et, dans l'affirmative, ce principe s'applique-t-il pour reconnaître le statut de réfugiées aux filles en raison du fait que leur père, un revendicateur qui a été mis en cause en l'espèce et à qui ce statut a été accordé?

CERTIFICATION d'une question grave de portée générale.

f AVOCATS:

Stuart Beverley Scott pour les requérants.
Mark M. Persaud pour l'intimé.

g PROCUREURS:

Stuart Beverley Scott, Toronto, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE NADON: Le 15 décembre 1994, j'ai prononcé les motifs de l'ordonnance [[1995] 2 C.F. 190] que j'avais l'intention de rendre à l'égard des demandes de contrôle judiciaire de Natalia Monsievich, Irina Alvarez Monsievich et Natalia Pena Monsievich.

j Dans mes motifs d'ordonnance, j'ai précisé que je retarderais le prononcé de mon ordonnance jusqu'au

1994, so as to enable the parties, should they so wish, to address me regarding the certification of a question of general importance.

In view of the short delay given to the parties, I gave instructions that my reasons for order be faxed to the parties. Unfortunately, my reasons for order did not reach the applicants' counsel by December 22, 1994 as they were sent to him by registered mail only on December 19 or 20, 1994. In view of the foregoing, on December 22, 1994 I gave the parties until January 13, 1995, which delay I subsequently extended to January 18, 1995, to address me with respect to certification.

Counsel for the applicants submits that I should certify two (2) questions which, in his view, are of general importance. On January 16, 1995 counsel sent the following letter to the Registry for my attention.

I have enclosed a question of general importance which I request be certified.

Facts

The Refugee claims by a family of four were joined.

The male claimant is the husband of the female claimant and they are the parents of two dependant children. The Refugee Division found that he would suffer serious harm amounting to persecution in Cuba by reason of his political opinion and the panel determined that the male claimant is a Convention refugee.

The refugee Division also found that:

"The evidence presented at the hearing is not sufficient for the panel to conclude that the daughters of the male claimant would suffer treatment amounting to persecution, should they return to Cuba. Therefore, the panel determines that they are not Convention refugees by reason of their membership in a particular social group, namely their family."

Question

Does the principle of family unity, as set out in the Handbook, apply in the determination of Convention refugees under Canadian refugee law?

If so:

22 décembre 1994, pour permettre aux parties, si elles le désiraient, de me faire des observations concernant la certification d'une question de portée générale.

a

Compte tenu du court délai accordé aux parties, j'ai ordonné que mes motifs d'ordonnance soient faxés aux parties. Malheureusement, mes motifs d'ordonnance n'étaient pas parvenus à l'avocat des requérants le 22 décembre 1994, car ils lui ont été transmis par courrier recommandé seulement le 19 ou le 20 décembre 1994. Compte tenu de ce qui précède, le 22 décembre 1994, j'ai donné aux parties jusqu'au 13 janvier 1995, délai que j'ai par la suite prorogé au 18 janvier 1995, pour me faire des observations sur la certification en question.

b

c

L'avocat des requérants prétend que je devrais certifier deux (2) questions qui, à son avis, sont des questions de portée générale. Le 16 janvier 1995, l'avocat en question a envoyé au greffe, à mes soins, la lettre suivante:

[TRADUCTION] Vous trouverez ci-joint une question de portée générale pour laquelle je sollicite la certification.

Les faits

Les demandes du statut de réfugié d'une famille de quatre personnes ont été présentées ensemble.

Le demandeur de statut est le mari de la demanderesse de statut et ils sont les parents de deux enfants à charge. La section du statut de réfugié a conclu que le demandeur subirait à Cuba un préjudice grave équivalant à de la persécution, du fait de ses opinions politiques, et le tribunal a décidé que le demandeur est un réfugié au sens de la Convention.

La section du statut de réfugié a également conclu que:

«Les éléments de preuve présentés à l'audience ne sont pas suffisants pour permettre au tribunal de conclure que les filles du demandeur subiraient un traitement s'assimilant à la persécution, si elles devaient retourner à Cuba. Le tribunal arrive donc à la conclusion qu'elles ne sont pas des réfugiées au sens de la Convention en raison de leur appartenance à un groupe social particulier, à savoir leur famille.»

i

Question

Le principe de l'unité de la famille, tel qu'énoncé dans le Guide, s'applique-t-il à la détermination du statut de réfugié au sens de la Convention, conformément au droit canadien en matière de réfugiés?

j

Si tel est le cas:

1. Does the principle of family unity apply to find the two daughters Convention refugees by reason of the fact that their father, a joined claimant, was so found?

2. Does the principle of family unity apply where dependant children are found to be members of a particular social group and their father, upon whom they are dependant, is found to be a Convention refugee?

1. The Handbook for Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (sic) Nations High Commissioner for Refugees Geneva January 1988

Ch. VI paragraphs 181-8, pp. 43-4

Please refer this question to the Honourable Mr. Justice Nadon.

I would certify the following question:

Does the principle of family unity, as set out in the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, January 1988—Ch. VI paragraphs 181-188, at pages 43-44, apply in the determination of Convention refugees under Canadian refugee law?

and if so:

Does the principle of family unity apply to find the two daughters Convention refugees by reason of the fact that their father, a joined claimant, was so found?

1. Le principe de l'unité de la famille s'applique-t-il pour reconnaître aux deux filles du requérant le statut de réfugiées au sens de la Convention du fait que leur père, un codemandeur en l'espèce, s'est vu attribuer le statut de réfugié?

2. Le principe de l'unité de la famille s'applique-t-il lorsqu'on arrive à la conclusion que des enfants à charge appartiennent à un groupe social particulier et que leur père, de qui elles dépendent, s'est vu attribuer le statut de réfugié au sens de la Convention?

1. 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 relativement au statut des réfugiés, Haut commissariat des Nations unies pour les réfugiés, Genève, janvier 1988.

Ch. VI paragraphes 181-8, p. 43 et 44.

Auriez-vous l'obligeance de transmettre cette question à Monsieur le juge Nadon.

Je certifierais la question suivante:

Le principe de l'unité de la famille, tel qu'énoncé dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relativement au statut des réfugiés*, Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, Genève, janvier 1988—ch. VI, paragraphes 181 à 188, aux pages 47 et 48, s'applique-t-il à la détermination du statut de réfugié au sens de la Convention, conformément au droit canadien en matière de réfugiés?

et si tel est le cas:

Le principe de l'unité de la famille s'applique-t-il pour reconnaître aux deux filles du requérant le statut de réfugiées au sens de la Convention du fait que leur père, un codemandeur en l'espèce, s'est vu attribuer le statut de réfugié au sens de la Convention?

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ANTI-DUMPING

Appeal from decision of Canadian International Trade Tribunal interpreting scope of previous finding respecting dumping of women's leather shoes and boots in Canada—Whether goods in issue "sports footwear" for purpose of Tribunal's Dumping Finding, therefore excluded from dumping duty—Tribunal holding goods in issue not within definition of "sports footwear" in Dumping Finding, therefore not excluded from dumping duty—Decision appealed under Special Import Measures Act, s. 62—Tribunal finding "extended definition" of "sports footwear" exhaustive—Permissible to refer to separately issued statement of reasons in order to interpret otherwise ambiguous finding of Tribunal—Category of "sports footwear" trade term of indeterminate meaning connoting broad range of footwear—Ambiguous term—Tribunal properly had regard to "extended definition"—Words-in-context approach to statutory construction instructive—Necessary to examine utilization by Tribunal of word "generally" throughout entire "extended definition," not only portion pertaining to "sports footwear"—Extended definition of "sports footwear" derived from Harmonized System of tariff classification—Tribunal adopting broader definition of "sports footwear" which generalized scope of Harmonized System definition—Wrong in misconstruing intended scope of exemption clause as relating to "sports footwear"—"Extended definition" of "sports footwear" merely illustrative, not exhaustive—Inappropriate for Court to determine whether "Instep shoes" designed for sporting activity and whether fitness walking such activity—Both issues questions of fact—Appeal allowed, matter sent back to Tribunal for reconsideration—Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 62.

J.V. MARKETING INC. v. CANADA (INTERNATIONAL TRADE TRIBUNAL) (A-1349-92, Robertson J.A., judgment dated 29/11/94, 12 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Judicial review of decision insufficient humanitarian, compassionate grounds to allow applicant to apply for landed

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

immigrant status from within Canada because marriage not *bona fide*—Applicant entering Canada in November 1992 on stolen passport—Released on cash, performance bonds—Marrying Canadian citizen in May 1993—In June applying to immigrate to Canada under sponsorship of husband—In August 1993 undergoing inquiry into *bona fides* of marriage—Application rejected October 19, 1993—On October 22 Minister notified Convention refugee claim withdrawn by notice filed October 5—Respondent submitting (1) applicant failed to perfect application for leave by serving, filing record within 30 days after filing application as required by Federal Court Immigration Rules, 1993, R. 10(1); (2) immigration officer making erroneous finding of fact in that (i) relied on notes by examining officer, (ii) failed to consider withdrawal of refugee claim consistent with *bona fide* marriage, (iii) noted applicant married while case in enforcement, but first notice to appear for immigration inquiry received month after married—Application dismissed—(1) Mistaken assumption time limit for filing commenced on date of receipt of immigration officer's notes, recommendations since informed by earlier letter reasons not issued—Federal Court Registry lacking authority to authorize extension of time without Court order—Teitelbaum J. granting leave on September 13, 1994 despite fact application record filed out of time—Respondent, at time leave application pending, not raising argument record filed outside time limit—Although Teitelbaum J. not granting extension of time (presumably because issue never raised), extension effectively granted in conjunction with leave—Raising issue of time limit over two months after leave granted and only week before matter set to be heard prejudicial, unfair to applicant—Respondent's arguments on this ground not considered—(2) Conditions precedent to justify judicial interference for erroneous finding of fact: (i) finding must be truly erroneous; (ii) finding must be made capriciously or without regard to evidence; (iii) decision must be based on erroneous finding—Even if convinced decision based on erroneous finding of fact, Court cannot intervene unless also of view tribunal, in making its finding acted in perverse and capricious manner or without regard to evidence before it—No egregious error—Immigration officer not exercising discretion in bad faith or on grounds unrelated to purposes for which discretion granted—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 10(1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1), 114(2)—Immigration

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 4(1)(a) (as am. by SOR/84-140, s. 1), (3) (as am. *idem*).

AMEVENU v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)
(IMM-6324-93, Cullen J., order dated 6/12/94, 7 pp.)

Judicial review of decision insufficient humanitarian, compassionate grounds to allow application for landing to be processed from within Canada—Applicant entering Canada in 1984 with sister on student visas—Family disowning her upon marriage in 1988—When marriage breaking down husband withdrawing sponsorship application—Applicant remaining illegally in Canada after expiry of visitor's visa in 1990—Upon arrest in 1991 misrepresenting self as someone else—Sister becoming permanent resident in 1991; father, mother sister, brother landed in 1992—No immediate family in Hong Kong—Applicant reconciling with family after divorce—Immigration officer's notes referring extensively to arresting officer's notes—Length of time lived in country, immediate family's presence here, reintegration as part of family unit not referred to in recommendation section—Recommending officer basing decision on misunderstanding of evidence, as applicant's present relationship with family overlooked—In *Portilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, IMM-94-93, judgment dated 3/3/93, Simpson J. finding officer not failing to undertake exhaustive humanitarian, compassionate review merely because notes silent on issue of undue hardship in absence of concrete indication in notes relevant matters overlooked or intentionally ignored—Notes herein concrete indication relevant matters overlooked.

CHAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-925-94, Reed J., order dated 1/12/94, 6 pp.)

Judicial review of July 14, 1994 adjudicator's decision ordering applicant's continued detention pursuant to Immigration Act, s. 103—S. 103 requiring regular review of detention orders—Applicant, Iranian, entering Canada on false passport, allegedly lacking identification, claiming refugee status only after arrest—Subject to conditional deportation order—Convention refugee status granted August 5, 1994—Identification documents belonging to applicant found in security box in premises where applicant detained—After brief hearing on August 8 applicant released—Applicant submitting notwithstanding release Court should exercise discretion in hearing, determining all issues so that more particularized doctrine relating to s. 103 detentions, reviews respecting refugee claimants could be established—Alleging failure of natural justice, grievous errors in adjudicator's decision—Application dismissed—Refugee claimants subject to conditional deportation order not in more privileged position than anyone else in breach of Immigration Act—S. 103 granting wide discretion to order detention, release—Original order may be wrong, but process of regular, constant reviews designed to control abuses and ensure people not unreasonably detained—Egregious error or *mala fides* only grounds for judicial review of detention orders—S. 103 could result in situations where in practice judicial review of no avail if at any time prior to hearing new detention, release order issued—As one detention order succeeding another, and as last one might be succeeded by release

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

order, applicant having no further grounds to seek relief—In those circumstances, validity of next-to-last order could not be tested by judicial review proceedings—Possibility if pressure applied to respondent's officers on grounds of abuse, bias, or *mala fides*, enquiry into case effectively aborted by release order, but other avenues of relief including *habeus corpus*, action in damages, legislative amendment—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 103 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94).

RANJBAR v. CANADA (SECRETARY OF STATE)
(IMM-3462-94, Joyal J., order dated 30/11/94, 7 pp.)

Inadmissible Persons

Application for judicial review of CRDD decision principal applicant excluded from Convention refugee definition as serious reason to believe had committed crime against humanity—Applicants, from Uruguay, claimed refugee status fearing persecution for political opinion, membership in particular social group—Principal applicant feared arrest as deserter—Had voluntarily joined Defence Ministry—Administrative duties included transmitting orders to security officials re: surveillance of dissidents—Later worked at police station as driver transporting detainees—Signed referendum against Impunity Law—Denied discharge from forces—Repeatedly detained for such reasons as refusing to vote for Colorado party, seeking transfer to Interior Ministry—In PIF admitted while driver saw detainees beaten by officers—Once transported package thought to contain body to desolate military property—When applicant questioned officers, told someone had gotten carried away during interrogation—Told to forget about incident or would end up at same place—Refugee Division found applicant was aware of acts of brutality by police, had helped transport corpse—Applied principles in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), found applicant not simple on-looker but participating member of military force having objective to torture prisoners and did not distance himself—Could have deserted sooner—Whether tribunal misapplied complicity test set out by MacGuigan J.A. in *Ramirez* or misconstrued evidence—Argued that record not disclosing applicant had close association with principal actors or encouraged commission of international crimes—Panel did not err in formulating and applying principles to facts of case—Three requirements for complicity: (1) membership in organization committing international crimes as regular part of operation; (2) knowing participation; (3) failure to disassociate at earliest safe opportunity—Evidence on which panel could conclude serious reasons for considering applicant participated in crime against humanity—Unnecessary applicant directly participate in torture if knew international crimes committed: *Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 79 (T.D.)—Factors to be considered as to disassociation: (1) how long member; (2) earliest date had chance to get out; (3) consequences of speaking out, disobeying orders, desertion; (4) circumstances of leaving—*Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), distinguished—Even one in low-ranking position may share common purpose—Facts herein similar to *Ramirez*—While bothered by conscience, continued to play active part in forces committing international crimes—Not unreasonable to con-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

clude applicant never decided would not participate in international crimes—*Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646 (C.A.), authority for proposition CRDD does not err in proceeding directly to finding applicant excluded under Art. 1F(a) without considering whether inclusionary requirements of Convention refugee definition met—Sufficient to assess dependent claim on own merits, taking into account circumstances on which principal claim was based—Dependant's evidence not found credible—Application dismissed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

GUTIERREZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-2170-93, MacKay J., order dated 11/10/94, 18 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application to set aside decision applicant not Convention refugee—Two IRB members hearing refugee claim August 11 and 30, 1993—Decision rendered January 17, 1994 by one member relying on Immigration Act, s. 63(2), although applicant not consenting to such procedure—S. 63(2) providing where person to whom s. 63(1) applies, remaining members who heard matter may make disposition—S. 63(1) providing member ceasing to hold office may within eight weeks thereof take part in disposition of matter previously heard—S. 69.1(10) providing decision favourable to applicant prevailing where split decision—Both members aware of imminent departure from Board—Must have anticipated only one of them would be rendering decision—Decision by one member breach of fundamental justice—*Weerasinghe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.) applied—Since Convention refugee hearing engaging Charter, s. 7 claimant entitled to two-member panel and to benefit of any disagreement between them—Recourse to s. 63(2) serious matter denying claimant right accorded by Act—Purposeful action by panel member denying individual that right rendering decision invalid—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 63(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 52), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 69.1 (7) (as am. *idem*), (8) (as am. *idem*), (10) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 60)—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.

ZIVKOVIC V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-592-94, Reed J., order dated 8/12/94, 6 pp.)

Judicial review of CRDD decision based upon Immigration Act, s. 69.1(10.1)(a)—S. 69.1(10.1)(a) stating when two-member panel reaching split decision as to whether person Convention refugee, negative decision shall prevail if both panel members satisfied reasonable grounds to believe person, without valid reason, destroying or disposing of identity documents in person's possession—Applicant using fraudulent passport, giving it to unknown agent in New York according to instructions—Panel members reaching opposite conclusions as to whether applicant Convention refugee, but agreeing facts

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

within s. 69.1(10.1)(a)—Panel never informing applicant considering applying s. 69.1(10.1)(a)—Application allowed—Just as panel must give refugee claimant notice of intention to consider whether viable internal flight alternative in home country, similar procedure should be followed when contemplating application of s. 69.1(10.1)(a)—Severe consequences of such finding as applicant will be returned to country where one panel member of view facing serious possibility of persecution—Applicant entitled to opportunity to adduce evidence or make representations before s. 69.1(10.1)(a) decision made—S. 69.1(10.1)(a) encompassing both genuine and fraudulent identity documents—Panel's decision quashed and claim in entirety referred back for reconsideration—S. 69.1(10.1)(a) finding not severable from refugee status decision—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(10.1)(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 60).

SEBASTIAMPILLAI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-866-94, Reed J., order dated 5/12/94, 4 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Mexico, arrived in Canada on May 1, 1990—Claimed refugee status on account of membership in particular social group, namely gays—Claimed if he returned to Mexico, mental health would be compromised since feared would be victim of discrimination and mistreatment on account of sexual orientation—Refugee Division recognized existence of brutality and corruption in Mexican police and intolerance of society towards gays—Homosexuality not crime in Mexico—Division found no risk of persecution resulting from applicant's sexual orientation and no evidence fundamental rights would be infringed or impossible for him to earn living—Concluded applicant could not attribute misfortunes solely to sexual orientation and could have no objective fear of persecution within Convention—Conclusion not unreasonable and did not create error of law on basis of which Court could intervene—Application dismissed.

GOMEZ-REJON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-470-93, Joyal J., order dated 25/11/94, 8 pp.)

Judicial review of CRDD decision applicant, Angolan, not Convention refugee—Relaying information received as telex agent with governmental telecommunications facility re: government troop (MPLA) locations to rebels—Arrested, sentenced without trial to execution for spying, but escaped—Upon arrival in Canada, claimed Convention refugee status—CRDD concluding no well-founded fear of persecution as punishment justifiable "prosecution" for applicant's deliberate sabotage of MPLA's information network—Also referring to change in country conditions since applicant left Angola in that ceasefire treaty signed, human rights conditions improved significantly—Application dismissed—(1) Board's conclusion applicant fearing prosecution for politically motivated acts,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

versus persecution for political opinions not reviewable—As no evidence before Board applicant manifesting political opinions prior to providing information to rebels, no political opinions in respect of which authorities seeking to punish him—On evidence Board's conclusion not perverse, capricious, or without regard to evidence—(2) Death penalty or execution for treason not persecution—(3) Board's finding applicant criminal for divulging troop location information not perverse—Applicant alleging catch-22 predicament as either guilty of espionage or crime against humanity if participated without resistance in government's war against rebels—Debatable whether latter war crime—(4) Board's decision on country changes open to it on record—Proposed questions not certified.

ANTONIO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1072-93, Nadon J., order dated 27/9/94, 16 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant citizen of Ukraine—Claiming refugee status based on fear of persecution by reason of political opinion, membership in particular social group—Problems encountered stemming from era of communist government in Ukraine—Applicant submitting to Board situation in Ukraine still "quite volatile" despite intervening change of government, achievement of independence; many old KGB members still occupying positions of power; as passport indicating claimed refugee status in Canada, likely tried for treason on return—Submitting paper by Dr. Benifand in support of contentions—Further paper by Dr. Benifand (arguing many of old political structures of communism firmly entrenched in Ukraine, impeding democratization) submitted in May 1993 after close of hearing, but prior to date on which Board rendering decision—Board not considering admissibility of document—Holding required to examine alleged fear of persecution as it related to conditions in Ukraine at date of receipt of final evidence—Applicant relying on *Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 404 (C.A.), *Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 247 (C.A.), to argue Board having jurisdiction, duty "to receive evidence submitted by parties at any time up until rendering of a decision"—Application allowed—In not considering admissibility of Dr. Benifand's second report, Board refusing to exercise jurisdiction—Fundamental difference between Board's decision not to admit evidence based on its perception of relevance and other factors and failure to even consider question of admissibility—In former circumstances, Immigration Act, s. 68(3) vesting Board with broad discretion to receive or not to receive evidence—As long as evidence not material to case before it, Board's decision not to allow claim "based on all of evidence before it" not erroneous, even if Board not specifically referring to each piece of evidence—Board cannot preclude itself from considering evidence merely on basis such evidence submitted after last day of hearing—In *Salinas*, Court holding Refugee Division having jurisdiction to consider new evidence submitted by refugee claimants until end of proceedings, i.e. until decision rendered—In circumstances, Board ought to have reopened hearing to consider admissibility of second Benifand report—Respondent relying on *Yassine v. Minister of Employment and*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Immigration (1994), 172 N.R. 308 (F.C.A.) for proposition despite error of law on substantive matter, applicant should be denied relief sought—Stone J.A. holding where Refugee Division making clear findings of credibility against applicant, pointless to return matter to Refugee Division notwithstanding possible breach of natural justice—*Yassine, Mobile Oil Canada Ltd. et al. v. Canada Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202 distinguished as reviewable error herein substantive, not procedural—Unlike cases where independent substantive findings of Board unaffected by other errors, no such independent substantive findings herein where outcome of applicant's case depending entirely on Board's appreciation of Benifand's second report—Following question certified: Does Refugee Division breach tenets of natural justice by not acknowledging receipt of or considering relevant new evidence submitted after hearing but before decision rendered where no formal request to reopen hearing made?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 68(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

YUSHCHUK V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-4773-93, Nadon J., order dated 9/9/94, 13 pp.)

Immigration and Refugee Board rejecting Convention refugee claim based on lack of credibility—Applicant submitting two different personal information forms in support of claim—Second including statement charged with murder, released on bail in Nigeria—Raising question of whether applicant excluded under Convention, Art. 1F—Hearing adjourned to give Minister opportunity to participate in proceedings—When investigations revealing applicant not charged with murder in Nigeria, Minister withdrawing notice of intention to participate—Board admitting into evidence telex from Canadian High Commission in Lagos indicating applicant not charged with murder—In making negative credibility finding, Board noting discrepancies between two personal information forms, finding explanations creating further inconsistencies, contradiction between personal information form and telex—Board also citing documentary evidence indicating accused murderers not granted bail in Nigeria—Privacy Act, s. 8 prohibiting disclosure of personal information controlled by government institution without consent of individual to whom relates except, *inter alia*, for purpose for which obtained or for use consistent with that purpose—Application for judicial review dismissed—Applicant's identity disclosed to Nigerian police officials to determine whether charged with murder—Objection to admissibility of telex based on violation of Privacy Act advanced in absence of proper evidentiary framework, i.e. no evidence confidential information disclosed—Even if confidential information provided to Nigerian police, disclosure made to facilitate formulation of opinion as to whether applicant's claim raising matter within exclusionary provision—Since information provided for immigration purposes, Minister's use consistent with that purpose—Minister's decision not to participate in proceedings irrelevant to admissibility of lawfully obtained evidence—Under Immigration Act, s. 68(3) Board having discretion to receive evidence considered credible or trustworthy in circumstances—Board exercised discretion properly in admitting telex into evidence and in considering it in assessment of credibility—Public interest in proper determination of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

refugee claim requiring information be considered by Board—All Board's reasons in support of negative credibility finding reasonable, supported by evidence—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 8—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 68(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 69.1(5) (as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 60).

IGBINOSUN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7410-93, McGillis J., order dated 17/11/94, 5 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee under Immigration Act, s. 2(1)—Claim to refugee status based upon fear of persecution at hands of ex-husband on grounds of membership in social group comprised of women victims of domestic abuse and violence who could not obtain protection from state—Applicant, citizen of Grenada, arrived as visitor in March 1988—Claimed Convention refugee status in June 1988—Divorced in 1992 after beatings, sexual abuse from husband—Tribunal not properly assessing whether merit to applicant's claim to membership in particular social group—Inappropriate to define social group solely by reason of common victimization of members of group—Tribunal failing to explicitly assess applicant's claim in relation to Guidelines concerning Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution—Guidelines not binding but intended to be considered by members of tribunal in appropriate cases—Conclusion of tribunal that protection of applicant could be expected from authorities in Grenada not unreasonable on evidence before it—Documentary evidence concerning efforts of government in Grenada to provide protection for victims of violence, particularly women—Where protection available, no well-founded basis for fear of persecution—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

FOUCHONG v. CANADA (SECRETARY OF STATE) (IMM-7603-93, MacKay J., order dated 18/11/94, 6 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Tribunal finding no credible evidence of applicant's claim to fear persecution if forced to return to country of origin, Romania—After leaving Romania, applicant travelled through Yugoslavia to Italy, France and Belgium—Not claiming refugee status in any of countries in which briefly resident—Each of these countries signatories of 1951 Convention, 1967 Protocol—Specialized tribunal like CRDD entitled to take notice of status of countries of world in relation to international conventions which Canadian law administered by tribunal intended to implement for Canada—Tribunal authorized by Immigration Act, s. 68(4) to take notice of such matters—Also entitled to assume country adhering to international convention will meet obligation to implement convention within own territory—Tribunal's reliance upon facts of which it took notice and assumption that protection available to refugee claimants in those countries not unreasonable, specifically authorized by s. 68(4)—Tribunal not so unfair in process that Court should intervene—Entitled to consider applicant's failure to claim refugee status in other coun-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

tries while travelling from July 1992 to January 1993 in Europe and to consider how evidence should be weighed in light of that—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 68 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 57(E)).

ILIE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-462-94, MacKay J., order dated 22/11/94, 5 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant sixty-four-year-old citizen of Nicaragua claiming refugee status based on well-founded fear of persecution by reason of political opinion, membership in particular social group—Applicant's fears connected with daughter's previous problems in Nicaragua with Sandinistas—Daughter's house in which applicant lived confiscated—Allegations revealing personal inconvenience and harassment not bringing applicant within definition of "persecution"—Panel correct in so finding—Main issue whether confiscation of applicant's house and impact on her amount to persecution—That applicant might suffer from not having home upon return to Nicaragua not amounting to persecution as defined by jurisprudence—Open to Board to so decide after careful and sympathetic analysis of evidence—Trials, tribulation of applicant not amounting to persecution—Application dismissed.

RAMIREZ v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (IMM-1192-94, Rouleau J., order dated 9/12/94, 6 pp.)

Application for judicial review of CRDD determination applicants not Convention refugees—Applicants members of Kikuyu tribe from Rift Valley, Kenya—Principal applicant posted outside Kenya since 1973 as cook to Kenyan Ambassador or High Commissioner—High Commissioner in Ottawa learning voted against Government party—Subjecting applicant to verbal abuse, change to more onerous working hours, accusation of plotting to kill High Commissioner, refusal to pay applicant's medical bills, termination of employment in 1993—Applicant claiming Convention refugee status—Alleging risk being killed, having land, property taken by members of politically dominant tribe who engage in such conduct without fear of prosecution—CRDD finding more than mere possibility of persecution if applicants returned to Rift Valley, but applicants having internal flight alternative (IFA) to Nairobi—At time of CRDD hearing, question of IFA to be expressly raised at hearing: *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706 (C.A.); burden on Minister to prove IFA: *Bindra v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (F.C.A.)—During CRDD hearing presiding member expressly, though not by name, raising issue of IFA in questioning of applicant—In response, applicants' counsel indicating no follow-up questions—Two weeks later, refugee hearing officer providing additional documentary material on Kenyan country conditions that, in context of request would have reflected on possibility of IFA—On same day, Federal Court of Appeal releasing decision in *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589 (C.A.) wherein held onus on Minister, Board to warn if IFA going to be raised, but onus on applicant to establish Convention refugee claim—Refugee

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

claimant may waive notice: *Kaler v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 73 F.T.R. 217 (F.C.T.D.)—Notice of IFA issue given to applicants during hearing—Counsel's conduct amounting to waiver of any earlier or more formal notice—Agreed to arrangements to allow submissions to be made—At time of submissions, applicant's counsel not aware of *Thirunavukkarasu* and of view onus on Minister or refugee hearing officer to prove IFA—No breach of duty to act fairly—Adequate notice of IFA issue given—Reasonable opportunity to address issues on basis of all material before CRDD provided—In interest of fairness and in spirit of non-adversarial process, preferable had refugee hearing officer advised applicants' counsel of *Thirunavukkarasu* decision, impact on issue, matter counsel would address in written submissions—Failure to do so not breach of duty to act fairly—CRDD's conclusion IFA available reasonably open to it on basis of material before it—Not purely speculative finding.

WARUIRU v. CANADA (SECRETARY OF STATE)
(IMM-2070-94, Gibson J., order dated 14/11/94, 10 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board allowing respondent's appeal from visa officer's decision refusing sponsored application for permanent residence from outside Canada made by respondent's wife—Respondent citizen of India obtaining in 1983 permanent resident status in Canada—Married sponsored applicant in August 1992 in India—Sponsoring wife's application for landing to Canada—Application refused by visa officer under Immigration Regulations, s. 4(3)—Board finding answers provided by sponsored applicant during interview with visa officer did not reveal intention not to reside permanently with respondent in Canada—Board member misapprehending evidence before him—In deciding whether sponsored applicant had intention of permanently residing with husband in Canada, Board must look at sponsored applicant's intentions, not husband's beliefs or intentions—Board failing to consider clear and uncontradicted evidence of sponsored applicant—S. 4(3) must be read in entire context—Two elements contained in s. 4(3) not representing distinct and separate tests—Evidence relevant to issue of entering marriage primarily for gaining admission to Canada can be relevant to assessment of intention of residing permanently with sponsoring spouse—Board failing to examine actual intentions of wife—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3) (as am. SOR/84-140, s. 1).

CANADA (SOLICITOR GENERAL) v. BISLA (IMM-5690-93,
Denault J., order dated 28/11/94, 5 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Appellant deducting air conditioner as medical expense in 1985—Air conditioner alleviating heat induced symptoms of

INCOME TAX—Continued

wife's multiple sclerosis, thereby assisting her to walk—Income Tax Act, s. 110(1)(c)(xii) permitting deduction of equipment prescribed by medical practitioner—Reg. 5700(i) providing equipment prescribed if "designed to assist a crippled individual in walking"—"Design" used with modifiers "exclusively" or "solely" in three subsections of Reg. 5700, and without modifiers in five subsections—Absence of "exclusively" suggesting more than one purpose may have been involved in design which need not have been focused on precise objective—Authors of s. 110, Reg. 5700 having medical expertise—Reg. 5700 not taxing provision, but providing relief from taxation in form of deductions for medical expenses—Subsections drafted narrowly to ensure only purchases made to address specific medical conditions deductible—Reg. 5700 not intended to deal only with obvious physical devices used to assist disabled in walking, as Act, s. 110(1)(c)(ix) separately dealing with canes, crutches, braces—"Intended" reasonable substitution for "designed"—Relevant intention that formed by original inventor, recent modifier, not purchaser—Air conditioner developed in medical context—Designed to lower fever patients' body temperatures, assist in restoration of normal health, including mobility—Therefore air conditioning designed to assist crippled person in walking—Appellant acquired, used air conditioner for general purpose for which designed—Air conditioners expressly excluded in Reg. 5700(c) as deductible items for those with chronic respiratory ailments since class of sufferer broadly defined, resulting in many taxpayers seeking to deduct air conditioners—Air conditioning known as effective treatment for heat sensitive multiple sclerosis patients long before Reg. 5700(i) enacted—As no exclusion made in Reg. 5700(i), but exclusion made in Reg. 5700(c), no intention to exclude them in Reg. 5700(i).—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 110(1)(c)(xii) (as am. by S.C. 1983-84, c. 1, s. 49)—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945 Reg. 5700.

BROWN v. CANADA (T-7-89, Simpson J., judgment dated 8/12/94, 9 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Tax Court decision upholding reassessments for 1979, 1980, 1981—Plaintiff shareholder, director, president of Orell Copper Mines Ltd., junior mining company—Certified general accountant by profession, prospector by trade—Devoting 50% of time to accounting practice, balance on Orell's affairs, principally in dealing with mining ventures, activities—Dealing extensively with both free and escrowed Orell shares—In 1978 tax return, plaintiff electing under Income Tax Act, s. 39(4) to have all transactions in Canadian securities treated on capital account—S. 39(4) providing where Canadian security disposed of in taxation year and taxpayer so electing, every Canadian security owned by him in that year or subsequent taxation year deemed capital property, and disposition of such Canadian security deemed disposition of capital property—S. 39(5) providing election under s. 39(4) not applying to disposition of Canadian security by trader, dealer in securities—MNR, relying on s. 39(5), disregarding election on basis plaintiff trader in shares—Whether plaintiff trader, dealer in securities—Appeal dismissed—*Vancouver Art Metal Works Ltd. v. Canada*, [1993] 2 F.C. 179 (C.A.) confining category of persons prevented from making election to registered or

INCOME TAX—Continued

licensed dealers in securities, and those who, without being licensed, registered, make it their business or profession to trade in securities—Investors, those engaged in business of dealing, trading in securities only by virtue of having embarked upon adventures in nature of trade, outside category—Plaintiff “promoter” within B.C. Securities Act, but not licensed dealer in securities—Not sufficient that plaintiff’s actions be akin to those involved in trade, business or of same nature—Actions must on own account be those of person involved in business of “trading” or “dealing” in securities within plain, ordinary meaning of those words—Difficulty herein distinction between trader, dealer in true sense and trader, dealer only by virtue of having engaged in adventures in nature of trade—Question of fact to determine whether activities amounting to carrying on trade, business—Consideration of factors outlined in *Vancouver Art* useful in ascertaining existence of securities trading business as opposed to investment, but begging question as to legal basis on which such business said to arise, once found to exist—Factors highlighted by Court of Appeal traditionally applied indiscriminately to identify both persons who carry on business in true sense, as well as persons in business by virtue of having engaged in adventure in nature of trade—Because indicia of trade, must be found to exist under either analysis before conclusion as to existence of business for tax purposes can be reached—Usually distinction matters little as tax treatment of profits, losses arising from business generally same whether business existing as such or whether existence premised on extended definition of “business”—Distinction between trader by virtue of engaging in adventure in nature of trade, and dealer as expression used in s. 39(5)(a) found by reference to legislative intent in enacting limitation embodied therein—S. 39(5)(a) intended to prevent registered, licensed traders, dealers in securities from converting income arising from that trade into capital gains—In normal course, licensed dealers trading for account of clients and s. 39(5)(a) not relevant to them—Only relevant when, from time to time, choose to trade on own account—Legislator not intending individuals who, by their trade, have professional knowledge of market in which dealing, to benefit from election—In determining availability of election to trader in securities without being licensed, focus should be whether author of transactions possessing particular, special knowledge of market in which trades—To extent that does, distinguishes himself from common risk takers who “play the market” based on commonly available investment advice, information—Plaintiff having special knowledge of market in which Orell shares traded—Insider by virtue of holdings, promoter as term used in B.C. Securities Act—Directly involved in mining ventures of Orell and in organizing public financing offerings—In position to anticipate market reaction to Orell’s ongoing activities—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 39 (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16)—Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83.

KANE V. CANADA (T-1506-89, Noël J., judgment dated 14/10/94, 8 pp.)

PRACTICE

Appeal from decision of Tax Court of Canada as to whether taxpayer, as shareholder of company, appropriated to himself account receivable payable to company—If so, amount or

INCOME TAX—Continued

value of asset to be included in computation of income for 1981 under Income Tax Act, s. 15(1)(b)—From 1974 to 1979, taxpayer principal shareholder of Canada Tube Company Limited (Canada Tube)—Sold 50% interest to partner in 1979—Commission sales agreement entered into between Canada Tube and Bolton Steel Sales Ltd. (Bolton Sales)—Taxpayer, Bolton Sales “synonymous”—By April 13, 1981, Canada Tube owing Bolton Sales commissions in amount of \$336,684.96 (Bolton Sales Receivable)—Taxpayer acquiring Canada Tube’s assets—New company incorporated as Bolton Steel Tube Co. Ltd. (Bolton Tube)—Sole purchaser of Canada Tube’s assets—Bolton Sales Receivable shown in number of documents as payable to taxpayer personally—Appropriation of Bolton Sales Receivable by taxpayer under s. 15 occurred as of April 13, 1981 as alleged by Minister—Not result of alleged accounting error—Taxpayer, legal advisor treating Bolton Sales Receivable as amount to be paid to taxpayer—Word “appropriation” in s. 15(1)(b) requiring intention, cannot be inadvertent—Relevant documents stating repeatedly Bolton Sales Receivable payable to taxpayer—Taxpayer aware Bolton Sales Receivable payable to him—That such asset could not have been realized in 1981 not bar to appropriation—Appropriated property need not be cash or be capable of being converted into cash—As long as shareholder derives benefit, legality of appropriation matters not—Bolton Sales Receivable undoubtedly appropriated for taxpayer’s benefit—Interest paid to him in 1981 by Bolton Tube on amount of Bolton Sales Receivable—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 15(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8(1), (2)).

PENNY V. CANADA (T-1051-91, Simpson J., judgment dated 7/12/94, 10 pp.)

SEIZURES

Motion to stay realization proceedings under writ of execution for income tax debt—Pursuant to writ of execution sheriff seizing 86,000 out of some 400,000 shares held by taxpayer in Slumber-Magic Adjustable Bed Co., amounting to 9% of total issued and outstanding shares—Income Tax Act, s. 158 providing when Minister mailing notice of assessment of any amount payable, that part of amount assessed then remaining unpaid payable forthwith—S. 225.1 allowing tax debtor relief from execution proceedings, where appeal from assessment in progress—Taxpayer relying on R. 2100, permitting Court to stay execution of judgment if satisfied applicant unable to pay, unusual hardship i.e. sale of shares causing bankruptcy, and 1994 tax losses may offset outstanding assessment—Application dismissed—Common threads in cases dealing with s. 158 where taxpayer successful in obtaining stay of execution: appeal of tax assessment certificate not final, hardship not compensable in money in event of successful appeal by taxpayer, express or implied protection for Revenue Canada in case appeal not successful—Hardship to taxpayer if release of shares driving down share price causing taxpayer to declare bankruptcy, but possible harm to Crown if giving up secured position for promise of token monthly payments and additional lump sums when possible, if necessary to collect for tax assessment in future—On balance harm to Crown greater if execution proceedings stayed—Also, no appeal of underlying assessment—Neither for Revenue Canada to speculate on what

INCOME TAX—Concluded

its balance with taxpayer might be in future, nor to have to give up secured position—Income Tax Act, S.C., 1970-71-72, c. 63, ss. 158, 225.1—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 2100.

MILNE (RE) (ITA-3150-94, Hargrave P., order dated 23/11/94, 7 pp.)

MARITIME LAW**PILOTAGE**

Action in damages following incident in May 1988 on St-Lawrence River at St-Romuald, Quebec—Ship *Czantoria*, loaded with crude oil and in process of berthing at Ultramar's dock, coming into contact with dock, causing damage to dock face and perforating part of hull on portside of ship—Perforation of ship's hull causing serious oil spill, contamination and pollution to Port of Québec installations and to St-Lawrence shoreline—Costs of \$1.7 million shared by plaintiffs Ultramar and defendant *Czantoria* pending adjudication as to liability for spill and damages—*Czantoria* counterclaiming for damages for ship repairs, loss of use, costs of clean-up on grounds Ultramar's berthing facilities unsafe—Third party proceedings also taken by *Czantoria* against APL (Administration de pilotage des Laurentides) on ground communications equipment provided by APL to docking pilot defective—Fourth party proceedings by APL against docking pilot for same relief—Ultramar's installations specifically for purpose of discharging crude oil from crude oil carriers and loading refined oil onto petroleum product ships—Ample evidence of Ultramar's constant awareness of operational safety requirements and concern of meeting standard of care imposed by handling of products—When moving object goes out of control and causes damage to stationary one, person in control must establish by positive evidence damage not due to own act or omission—Ultramar consignee of crude oil cargo aboard *Czantoria*—Berthing cases resting on particular facts—Matter of evidence—Court finding *Czantoria* hit dock, under ideal conditions, in state of seaworthiness, with experienced master and docking pilot on board—Burden on defendants to rebut presumption of liability thereby created and to establish on balance of probabilities resulting damages attributable to Ultramar's want of care or to APL's negligence in providing docking pilot with faulty equipment—*Czantoria* could not absolve itself of any liability—Breakdown of radio telephone not causing or contributing to accident—Occurred during berthing process when collision became inevitable—Duty of care on dock owner not to make it guarantor for mishap arising out of faulty navigation—Anomaly existing at cell No. 4 with respect to defences installed on mainstream or discharging side of berth—Contrary to fendering system on other cells, cell No. 4 not having upper defences—Plaintiffs partly responsible for accident—Upper fendering at deck level of cell No. 4 would have reduced perforation of ship's hull and volume of oil spill—Plaintiffs' liability fixed to 20% of losses sustained—Not case of contributory negligence—Plaintiff Ultramar entitled to 80% of damages—Ship *Czantoria* entitled to 20% of damage claim—Third party claim by *Czantoria*

MARITIME LAW—Concluded

against APL dismissed—Fourth party claim against pilot dismissed.

ULTRAMAR CANADA INC. v. CZANTORIA (THE) (T-868-88, Joyal J., judgment dated 14/10/94, 58 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Patent infringement action dismissed with costs—Defendant presenting party and party bill of costs at \$99,671.18—Defendant submitting maximums for fee items justified as trial requiring 25 days due to complexity of legal, factual issues—Lengthy reasons allegedly confirming volume, complexity—Plaintiff submitting maximum fees inappropriate because no costs taxable relative to counterclaim (validity), and counterclaim consuming significant amount of time at trial—Submitting \$600 per day for inhouse lawyer excessive and not reflecting cost for taxing party—Bill of costs taxed and allowed at \$78,060.94—Plaintiff's submissions concerning inhouse counsel given no weight—Infringement action belonging in upper portion of Tariff items, but not at maximum—Not much weight given to mix of issues of infringement and validity, inducement and quantity—Authorities clearly indicating counterclaim existing independently and therefore generating independent bill of costs—As to disbursements, defendants' submission forced to come to Court unnecessarily not given much weight in world commonly perceived as increasingly litigious—Test, particularly in face of disinterested business relationship without collusion between expert selling services and litigant purchasing services to fill void in expertise requisite to success in litigation, not to cut experts' accounts down to some lowest common denominator—Evidence of real invoices received and paid—Test for indemnification of disbursements not function of hindsight but whether in circumstances existing when litigant's solicitor deciding to incur expenditure, represented prudent, reasonable representation of client both in terms of leading, responding to R. 482 expert evidence and of filling void of technical expertise requisite to solicitor's preparation and conduct—Plaintiff's suggestion to lower rates rejected—Experts charge different rates as function of particular discipline, market, location—Expert witness representing business: loss of weekend cost of doing business so far as plaintiff's obligation for indemnification in this lawsuit concerned—First, eighth days taxed off—In scheme of costs taxing party obliged to do more than simply accept, pay bills without some sort of preliminary filtering process i.e. breakdown of charges by purpose, rates, hours—Dollars taxed off not penalty for deficiency of proof (one-line invoice), but measure of extent to which discretion could be exercised to compensate for deficiency and still achieve most realistic indemnification in circumstances—Plaintiff objecting to full-fare economy ticket for trip to England to interview witness—With evolving technology, facsimiles, photocopies, and features readily tying them to specific piece of litigation, reality of litigation to which scheme of costs relative to indemnification between litigants slowly adapting—Economy fares versus business or first-class fares previously approved with comment should be norm—Given volatility at times of legal schedules

PRACTICE—Continued

and need for adjustments on short notice, fare savers (usually with penalty clauses of varying severity) should not yet be norm—Economy fare allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariffs A (as am. by SOR/86-319, ss. 2, 3), B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

DABLEH, v. ONTARIO HYDRO (T-1422-90, Stinson T.O., taxation dated 2/11/94, 16 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Defendants seeking production of three of plaintiff's employees to make discovery of corporate plaintiff, and of eight of nine inventors, who are assignors of Canadian patent, also plaintiff's employees, to submit to examination as assignors—Proposed place of examinations Budapest, Hungary—Asking Court to issue letter of request to Central District Court of Pest, requesting order compelling attendance, submission to examination for discovery—Motion dismissed—R. 456(2) providing where corporation to be examined for discovery, it (not adverse party) shall select informed officer to be examined on its behalf—No reason to doubt plaintiff's selections best qualified—Defendants must be content with plaintiff's selection unless can persuade plaintiff without compulsion to reconsider—If plaintiff's selections uninformed, defendants entitled to invoke R. 456(4), but presently premature—R. 456(5) providing where assignee party to action, assignor may also be examined for discovery—Despite Interpretation Act imparting mutuality of singular and plural, case law declaring because R. 456(5) expressed in singular, only one assignor may be examined—Scope of motion narrowed to request to examine only one assignor—Because of limited use to examining party, Court should be extra vigilant to prevent abuse of procedure—Court declining to order extra-territorial examination pursuant to R. 462(4) or pursuant to international convention unless and until defendants demonstrating genuine need to examine assignor, and designate which assignor appropriate—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 456, 462.

RICHTER GEDEON VEGYÉSZETI GYAR Rt v. MERCK & Co. INC. (T-2615-92, Muldoon J., order dated 28/11/94, 9 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS*Want of Prosecution*

1979 judgment for plaintiff, by consent of parties, leaving quantum of damages to be decided, if necessary, at later date—16 years later, quantum not decided—Medical reports completed in 1984, actuarial report given to plaintiff in 1990—Five years between commencement of preparation of affidavit of documents and filing—Application of test in *Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467 (F.C.T.D.)—Excessive, inexcusable delay—Defendants assuming, but not demonstrating, prejudice inevitable result of delay—Motion denied—Plaintiff's failure to proceed with due despatch exceptional circumstance within R. 440(2)—Defendants exempted from two-week advance notice requirement—

PRACTICE—Continued

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 440, 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 468, 477.

TREMBLAY v. CANADA (T-2273-76, Nadon J., order dated 19/1/95, 8 pp.)

"GAP RULE"

Appeal from trial judgment confirming dismissal of application for order requiring assignors of patent to attend for examination for discovery although statement of defence not filed—Federal Court Rules, R. 456(5) permitting examination of assignor where assignee party to action—R. 457 governing examination for discovery of adverse parties—Trial Judge, prothonotary holding right to examine assignor only after close of pleadings—Trial Judge holding "Gap Rule" applicable so as to allow resort to Saskatchewan Queen's Bench Rules, precluding discovery prior to filing statement of defence—Appeal dismissed—While gap in Federal Court Rules as no specific provision as to when non-party, i.e. assignor, may be examined, matter determined by analogy to other provisions of Federal Court Rules—Principle of R. 457 that normally examination for discovery not available to party until its pleading filed and affidavit of documents served—Sole exception R. 457(2), allowing defendant to examine plaintiff any time after statement of claim filed—No justification for imposing on non-party such as assignor obligation which Rules only place on plaintiff, i.e. obligation to be examined for discovery before issues clearly identified by filing statement of defence—Appellant to pay costs here and below regardless of outcome of cause—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 456 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 457 (as am. *idem*).

FLEXI-COIL LTD. v. F.P. BOURGAULT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. (A-256-94, Strayer J.A., judgment dated 29/11/94, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Motion for reconsideration of judgment ([1995] 2 F.C. 37) as to amount of damages on basis Trial Judge misunderstood counsel's agreement damages sustained \$210,776.89 rather than \$201,776.89—Application allowed—No basis to argument since judgment under appeal, proper course would be for plaintiff to raise issue before Court of Appeal—Under R. 337(5), party may move for reconsideration before Court as constituted at time of pronouncement—Court of Appeal would therefore not be in position to deal with plaintiff's motion—No basis to defendants' counsel argument, although admitting agreement on higher amount, as statement of claim had not been amended, corrective order would be *ultra petita*—Counsel's agreement manifestly indicating consent to amendment to statement of claim—Apparent in absence of slip, statement of claim would have been so read, and judgment would have been given accordingly—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5).

KISHINCHAND & SONS (HONG KONG) LTD. v. WELLCORP CONTAINER LINES LTD. (T-271-93, Noël J., order dated 30/5/95, 3 pp.)

PRACTICE—Continued

PLEADINGS

Motion to Strike

Application for order setting aside decision of prothonotary dismissing defendant's motion for order striking out allegations in statement of claim referring to trust, general or specific fiduciary duties and proprietary estoppel—Coopers Lybrand Ltd. trustee in bankruptcy for Tagish Kwan Corp.—Corporation owned by Kwantlin Dun Indian Band in Whitehorse—Treasury Board submission made regarding Band relocation and plan approved in principle—Corporation assigned into bankruptcy in February 1991—Exercise of Court's discretion *de novo* required—Defendant seeking, under R. 419(1), to strike paragraphs alleging existence of trusts and general or specific fiduciary duties between plaintiff and defendant—Plaintiff submitting findings of fact and conclusions of law based on facts matters that can and should only be determined at trial, not on motion to strike under R. 419—Difference between principles of pleading, establishment of cause of action, and various principles that may underlie particular legal right or obligation involving fiduciary duty and proprietary estoppel—Defendant not establishing plain and obvious case in which to strike any paragraphs from statement of claim—Plaintiff having set out in pleading necessary facts to establish relationship between parties which could give rise to cause of action for fiduciary duty and/or cause of action for proprietary estoppel—Exact nature of relationships must be left to trial—Defendant not demonstrating paragraphs 3 to 10 of statement of claim should also be struck under R. 419(1)(b) or (d)—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1).

TAGISH KWAN CORP. (TRUSTEE OF) v. CANADA (T-48-94, Wetston J., order dated 23/11/94, 7 pp.)

PRIVILEGE

Three actions seeking damages for breach of trust, fiduciary duty—Actions involving claims against Crown in relation to management of resources, royalties therefrom, other monies, on behalf of plaintiff bands—Defendants' list of documents including documents originating from solicitors or from officers of defendants to solicitors, or internal communications of Department of Indian Affairs communicating information for and from solicitors—Now claiming privilege as solicitor-client communications, confidences of Cabinet for some of those documents—Also claiming some documents concerning communications between solicitors and client relating to other Indian Bands not involved herein included by mistake—Defendants to provide amended schedule listing all documents originally claimed as privileged for which no dispute as to disclosure, including (i) those already produced; (ii) those to be certified by production of certificate as subject to privilege as confidence of Queen's Privy Council; and (iii) those claimed to be privileged based on solicitor-client privilege as documents, dominant purpose of which preparation for use in litigation—Principal issues herein concerning documents now claimed to be irrelevant to these actions, or now claimed as subject to gen-

PRACTICE—Concluded

eral solicitor and client privilege—Determination of relationship between parties, and responsibilities arising in that relationship, key to resolution of actions herein—Circumstances warranting order for production of documents ordinarily protected as privileged communications between solicitor and client under legal professional privilege: (1) relevant documentary evidence generally relating to relations between parties over years virtually exclusively within possession, power, control of Crown; (2) documentary evidence concerning legal advice relating to performance of public duties on ongoing basis in accord with law, and Crown now defending performance of those duties, not quality of legal advice provided about discharge of those duties, and not with reference to whether actions in accord with advice received; (3) documents when produced subject to confidentiality order already issued under which to be used for purposes of these actions only; (4) principle of openness warranting ordering production of documents except those dealt with under Canada Evidence Act, s. 39—Production at pre-trial proceedings having no significance to authenticity, admissibility at trial where legal professional privilege for documents as rule of evidence still applicable—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 447 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 448 (as am. *idem*)—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

SAMSON INDIAN BAND v. CANADA (T-2022-89, T-1386-90, T-1254-92, MacKay J., order dated 3/10/94, 12 pp.)

RCMP

Application for interlocutory injunction ordering respondents to reinstate applicant in his position in Physical Security Section (PSS) with all rights and privileges—Applicant, member of RCMP since April 1973, received copy of transfer order signed by Inspector Lang transferring him to National Security Investigations Sub-Section—Applicant then presented grievance under Royal Canadian Mounted Police Act, ss. 31 *et seq.*—Applicant tried in vain to obtain stay of execution of transfer—Inspector Lang made decision under power invested in him by Act, ss. 2(3) and 5(2)—His decision that of "federal board, commission or other tribunal" and therefore subject to review by Court—According to legal authors and case law, injunction discretionary remedy not generally granted if another remedy available to applicant—In case at bar, applicant has remedy other than injunction to obtain reinstatement in former position—Did slowness of grievance process permit Court to ignore intention stated by Parliament in Act and intervene in this case?—Court will refuse to intervene when another remedy exists before lower tribunal that bears on same decision—Court should exercise duty of deference in respect of exclusive mechanisms Parliament has established for resolving labour relations conflicts—Court must not intervene herein—Application dismissed—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 2(3), 5(2), 31.

BRIÈRE v. LANG (T-1830-94, Rouleau J., order dated 25/11/94, 9 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of Umpire's decision under Unemployment Insurance Act, s. 11(7)—Respondent taking fifteen weeks of maternity leave from employment as registered nurse—Child born in November 1991—Discharged from hospital on April 8, 1992, to be cared for by virtue of extramural hospital service provided under provincial law—Application for five weeks extension of parental benefits refused by Commission under s. 11(7)(a)—Decision reversed by Board of Referees, Umpire—Umpire finding extramural hospital or hospital "without walls" not home—Wrong in construction of

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—
Concluded**

word "home" in Act, s. 11(7)(a)—Child must have left hospital and arrived at claimant's ordinary place of residence in order for parental benefits to be payable—To construe word "home" differently would do violence to plain meaning of word in s. 11(7)(a)—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 11(7)(a).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. THORNE (A-228-94, Stone J.A., judgment dated 1/12/94, 4 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ANTIDUMPING

Appel de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a interprété la portée d'une conclusion antérieure concernant le dumping de souliers et bottes en cuir pour dames au Canada—Question de savoir si les marchandises en question sont des «chaussures de sport» aux fins de la conclusion de dumping du Tribunal, de sorte qu'elles sont exemptées des droits de dumping—Le Tribunal a conclu que les marchandises en question ne satisfaisaient pas à la définition de «chaussures de sport» énoncée dans la conclusion de dumping, et qu'elles n'étaient donc pas exemptées des droits de dumping—La décision a été portée en appel en vertu de l'art. 62 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation—Le Tribunal a conclu que la «définition étoffée» des «chaussures de sport» était exhaustive—On peut se référer à un exposé des motifs publié séparément afin d'interpréter une conclusion par ailleurs ambiguë du Tribunal—La catégorie des «chaussures de sport» est une expression commerciale dont le sens n'est pas défini et qui sous-entend une gamme étendue de chaussures—Expression ambiguë—Le Tribunal avait à juste titre tenu compte de la «définition étoffée»—Il est intéressant de noter la méthode d'interprétation de la loi selon laquelle les mots doivent être interprétés dans leur contexte—Il faut examiner la façon dont le Tribunal a employé le mot «généralement» dans toute la «définition étoffée» et non seulement dans la partie se rapportant aux «chaussures de sport»—La définition étoffée de «chaussures de sport» a son origine dans le système harmonisé de classement tarifaire—Le Tribunal a adopté une définition plus générale de «chaussures de sport» qui généralisait la portée de la définition donnée dans le système harmonisé—Il a commis une erreur en interprétant la portée prévue de la clause d'exemption en ce qui concerne les «chaussures de sport»—La «définition étoffée» de «chaussures de sport» sert simplement d'illustration, et n'est pas exhaustive—Il ne convient pas pour la Cour de déterminer si les «chaussures Instep» étaient conçues en vue d'une activité sportive et si la marche de santé est une activité de ce genre—Les deux questions sont des questions de fait—Appel accueilli, affaire renvoyée au Tribunal pour réexamen—Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 62.

J.V. MARKETING INC. C. CANADA (TRIBUNAL CANADIEN DU COMMERCE EXTÉRIEUR) (A-1349-92, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 29-11-94, 11 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un juge-arbitre aux termes de l'art. 11(7) de la Loi sur l'assurance-chômage—L'intimée, qui travaillait comme infirmière autorisée, a pris un congé de maternité de quinze semaines—Son enfant, qui est née en novembre 1991, a reçu son congé de l'hôpital le 8 avril 1992 et a été confiée aux soins d'un hôpital extra muros, qui assurait des services conformément à la loi provinciale—La Commission a refusé à l'intimée une demande de prolongation de cinq semaines des prestations parentales aux termes de l'art. 11(7)a)—La décision de la Commission a été infirmée par le conseil arbitral, dont la décision a été confirmée par le juge-arbitre—Le juge-arbitre a conclu qu'un hôpital extra muros ou un hôpital «sans murs» n'est pas une «maison»—L'interprétation du mot «maison» de l'art. 11(7)a) était erronée—L'enfant doit avoir quitté l'hôpital et être arrivé à la maison, au lieu de résidence habituel du prestataire, pour que celui-ci ait droit à des prestations parentales—Toute interprétation différente du mot «maison» irait à l'encontre du texte clair de l'art. 11(7)a) de la Loi—La demande est accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 11(7)a).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. THORNE (A-228-94, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 1-12-94, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes non admissibles

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a conclu que le requérant principal était exclu de la définition de «réfugié au sens de la Convention» étant donné qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis des crimes contre l'humanité—Les requérants, qui venaient de l'Uruguay, ont revendiqué le statut de réfugié en alléguant craindre d'être persécutés du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social—Le requérant principal craignait d'être arrêté en tant que déserteur—Il avait volontairement joint le ministère de la Défense—Ses tâches administratives consistaient notamment à transmettre aux responsables de la sécurité des ordres concernant la surveillance

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

de dissidents—Par la suite, il a travaillé dans un poste de police comme chauffeur chargé de transporter les détenus—Il a signé un référendum contre la Loi sur l'impunité—On a refusé de le libérer des forces—Il a été détenu à maintes reprises, par exemple, parce qu'il avait refusé de voter pour le parti Colorado et parce qu'il avait demandé une mutation au ministère de l'Intérieur—Dans son FRP, il a admis que, pendant qu'il était chauffeur, il avait observé des agents qui battaient les détenus—À un moment donné, il avait transporté un colis qui, croyait-il, contenait un cadavre jusqu'à une propriété militaire isolée—Lorsque le requérant a questionné les agents, ces derniers lui ont dit que quelqu'un s'était emporté pendant l'interrogatoire—On lui a dit d'oublier ce qui s'était passé à défaut de quoi il aboutirait au même endroit—La section du statut a conclu que le requérant était au courant de brutalités commises par la police, et qu'il avait aidé à transporter un cadavre—Elle a appliqué les principes énoncés dans *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), et a conclu que le requérant n'était pas un simple spectateur, mais qu'il était un membre actif d'une force armée dont l'objectif était la torture de prisonniers et qu'il ne s'était pas distancé—Il aurait pu désertier plus tôt—Question de savoir si le tribunal a appliqué d'une façon erronée le critère de la complicité énoncé par le juge MacGuigan dans *Ramirez*, ou s'il a interprété la preuve d'une façon erronée—Il a été soutenu que le dossier ne montrait pas que le requérant était étroitement associé aux acteurs principaux ou avait encouragé les infractions internationales qui avaient été commises—La formation n'a pas commis d'erreur en formulant les principes et en les appliquant aux faits de l'affaire—Pour qu'il y ait complicité, trois conditions doivent être remplies: (1) l'appartenance à une organisation qui commet régulièrement des infractions internationales dans le cadre de ses activités; (2) la participation consciente; (3) l'omission de se dissocier dès que possible—Il existait des éléments de preuve permettant à la formation de conclure qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que le requérant participait à des crimes contre l'humanité—Il n'est pas nécessaire que le requérant ait directement participé à la torture, dans la mesure où il savait que des infractions internationales étaient commises: *Penate c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 79 (1^{re} inst.)—Facteurs à prendre en considération en ce qui concerne la dissociation: (1) la période pendant laquelle l'intéressé était membre; (2) la date où il a eu l'occasion de quitter l'organisation pour la première fois; (3) les conséquences que comporte le fait de s'élever contre la perpétration des infractions, de désobéir aux ordres et de désertier; (4) les circonstances dans lesquelles l'intéressé a quitté l'organisation—Distinction faite avec *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.)—Même une personne occupant un poste subalterne peut partager un objectif commun—Les faits de l'espèce sont semblables à ceux de l'affaire *Ramirez*—Le requérant avait des remords de conscience, mais il a continué à faire activement partie des forces qui commettaient des infractions internationales—Il n'est pas déraisonnable de conclure que le requérant n'a jamais décidé de ne pas participer à la perpétration d'infractions internationales—*Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.) est l'arrêt qui fait autorité en ce qui concerne la proposition selon laquelle la SSR ne commet pas d'erreur en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

arrivant directement à la conclusion selon laquelle le requérant était exclu en vertu de l'art. 1Fa) sans se demander s'il satisfaisait aux conditions d'inclusion de la définition de «réfugié au sens de la Convention»—Il suffit d'apprécier la revendication accessoire selon son propre bien-fondé, en tenant compte des circonstances sur lesquelles la revendication principale est fondée—La preuve relative à la revendication accessoire n'a pas été jugée crédible—Demande rejetée—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can., n° 6, art. 1Fa).

GUTIERREZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2170-93, juge MacKay, ordonnance en date du 11-10-94, 17 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire d'une décision portant qu'il n'y avait pas suffisamment de considérations humanitaires pour permettre à la requérante de revendiquer au Canada le statut de personne ayant obtenu le droit d'établissement, étant donné que son mariage n'était pas un mariage véritable—La requérante est entrée au Canada en novembre 1992 munie d'un passeport volé—Remise en liberté après avoir fourni un cautionnement et une garantie de bonne exécution—A épousé un citoyen canadien en mai 1993—En juin, elle a présenté une demande d'immigration au Canada parrainée par son mari—En août 1993, son mariage a fait l'objet d'une enquête—Demande rejetée le 19 octobre 1993—Le 22 octobre, le ministre a été avisé que la requérante avait retiré sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, par avis déposé le 5 octobre 1993—L'intimé a fait valoir 1) que la requérante n'a pas mis sa demande d'autorisation en état en signifiant et en déposant un dossier dans les 30 jours du dépôt de la demande, comme l'exige l'art. 10(1) des Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration; (2) que l'agent d'immigration a tiré des conclusions de fait erronées en ce qu'il (i) s'est fondé sur des notes prises par l'agent examinateur, (ii) n'a pas tenu compte du fait que le retrait par la requérante de sa revendication du statut de réfugiée accrédite la thèse du mariage véritable, (iii) a souligné que la requérante s'était mariée au moment où des mesures à l'égard de son dossier devaient être mises en application, alors que celle-ci n'a été convoquée à une enquête en matière d'immigration qu'un mois après son mariage—Demande rejetée—Erreur de presumer que le délai imparti pour le dépôt du dossier commençait à courir à compter de la réception des notes et des recommandations de l'agent d'immigration, la partie ayant été informée par lettre antérieurement que des motifs ne seraient pas rendus—Le greffe de la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir d'autoriser une prorogation du délai sans une ordonnance de la Cour—Le juge Teitelbaum a accordé l'autorisation le 13 septembre 1994 malgré le fait que le dossier de demande avait été déposé après l'expiration du délai—L'intimé n'a pas soulevé cette question au moment où la demande d'autorisation était en instance—Bien que le juge Teitelbaum n'ait pas accordé une prorogation du délai (probablement parce que la question n'a jamais été soulevée), une prorogation a effectivement été accordée en même temps que l'autorisation—Soulever la question du délai plus de deux

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

mois après que l'autorisation a été accordée et seulement une semaine avant la date de l'audition porterait préjudice à la requérante et serait injuste envers elle—Les moyens invoqués par l'intimé sur ce point n'ont pas été pris en considération—(2) Les conditions préalables suivantes doivent être réunies afin de justifier une intervention judiciaire pour modifier une conclusion de fait erronée: (i) la conclusion doit être véritablement erronée; (ii) la conclusion doit avoir été tirée de façon arbitraire ou sans tenir compte de la preuve—(iii) la décision doit être fondée sur la conclusion erronée—Même si elle est convaincue qu'une décision est fondée sur une conclusion de fait erronée, la Cour ne peut intervenir à moins qu'elle ne soit également d'avis que, pour en arriver à sa conclusion, le tribunal a agi de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte de la preuve présentée—Absence d'erreur flagrante—L'agent d'immigration n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de mauvaise foi ou pour des motifs sans rapport avec les fins pour lesquelles ce pouvoir lui est conféré—Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, art. 10(1)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1), 114(2)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 4(1*a*) (mod. par DORS/84-140, art 1), (3) (mod., *idem*).

AMEVENU C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)
(IMM-6324-93, juge Cullen, ordonnance en date du
6-12-94, 8 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle il a été conclu que les raisons d'ordre humanitaire invoquées étaient insuffisantes pour que la demande de droit d'établissement faite au Canada même y soit traitée—La requérante est entrée au Canada en 1984 avec sa sœur grâce à des visas d'étudiant—La famille l'a reniée à la suite de son mariage en 1988—Lorsque le mariage a pris fin, le mari a retiré sa demande de parrainage—La requérante est illégalement demeurée au Canada après l'expiration de son visa de visiteur en 1990—Arrêtée en 1991, elle s'est fait passer pour une autre personne—La sœur est devenue résidente permanente en 1991; le père, la mère, la sœur et le frère de la requérante ont obtenu le droit d'établissement en 1992—Il ne reste à Hong Kong aucun membre de la famille immédiate de la requérante—Par suite de son divorce, la requérante s'est réconciliée avec sa famille—L'agent d'immigration a rédigé des notes en s'appuyant abondamment sur des notes rédigées par l'agent qui avait arrêté la requérante—La section «Recommandation» des notes passe sous silence la période durant laquelle elle a vécu dans ce pays, la présence ici de sa famille immédiate, et sa réintégration dans le cercle familial—L'auteur de la recommandation a fondé sa décision sur une mauvaise interprétation de la preuve, puisque la relation actuelle de la requérante avec sa famille a été oubliée—Dans l'affaire *Portilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, IMM-94-93, jugement en date du 3-3-93, le juge Simpson a conclu que l'agent n'avait pas omis de procéder à l'examen approfondi des raisons d'ordre humanitaire simplement parce que ses notes étaient silencieuses sur la question des difficultés excessives en l'absence de l'indice précis dans

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

les notes que des questions pertinentes avaient été oubliées ou volontairement omises—En l'espèce, les notes contiennent un indice précis que des questions pertinentes ont été oubliées.

CHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE
L'IMMIGRATION) (IMM-925-94, juge Reed, ordonnance en
date du 1-12-94, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la décision en date du 14 juillet 1994 de l'arbitre d'ordonner la prolongation de la détention du requérant en application de l'art. 103 de la Loi sur l'immigration—L'art. 103 exige une révision régulière des ordonnances portant détention—Le requérant, iranien, est entré au Canada à l'aide d'un faux passeport, prétendant n'avoir pas de pièces d'identité et revendiquant le statut de réfugié seulement après qu'il eut été arrêté—Il fait l'objet d'une mesure d'expulsion conditionnelle—Le statut de réfugié au sens de la Convention a été accordé le 5 août 1994—Des documents d'identité appartenant au requérant ont été trouvés dans une boîte de sécurité du lieu où le requérant était détenu—Après une brève audience tenue le 8 août, le requérant a été libéré—Le requérant soutient que, malgré la libération, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher tous les points litigieux afin qu'une doctrine plus détaillée relative aux détentions, aux révisions prévues à l'art. 103 concernant les demandeurs de statut de réfugié puisse être établie—Il est allégué qu'il y a eu inobservation de la justice naturelle, de graves erreurs dans la décision de l'arbitre—Demande rejetée—Les demandeurs de statut de réfugié faisant l'objet d'une ordonnance d'expulsion conditionnelle ne sont pas dans une position plus privilégiée que quiconque a violé la Loi sur l'immigration—L'art. 103 confère un pouvoir discrétionnaire d'une grande portée pour ordonner la détention, la libération—Il se peut que la mesure initiale soit erronée, mais le processus des révisions régulières constantes est un moyen de contrôler les abus et de s'assurer qu'il n'y a pas détention abusive de gens—Une erreur énorme ou la mauvaise foi ne sont que des motifs de contrôle judiciaire des ordonnances portant détention—L'art. 103 pourrait donner lieu à des cas où, en pratique, le contrôle judiciaire ne servirait à rien si, à un moment antérieur à l'audition, une nouvelle mesure de détention, de libération a été prise—Comme une mesure de détention succède à une autre, et comme une mesure de libération pourrait succéder à la dernière mesure de détention, un requérant n'aurait aucun autre motif de demander une réparation—Dans ces circonstances, la validité de l'avant-dernière mesure ne pourrait être vérifiée par voie de contrôle judiciaire—Il est possible que, si on fait pression sur les agents de l'intimé pour des motifs d'abus, de partialité ou de mauvaise foi, une enquête sur le cas puisse effectivement avorter par suite d'une mesure de libération, mais il existe d'autres possibilités de réparation dont l'*habeus corpus*, des actions en dommages-intérêts, des modifications législatives—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94).

RANJBAR C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (IMM-3462-94,
juge Joyal, ordonnance en date du 30-11-94, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande d'annulation de la décision de refuser au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention—Deux commissaires de la CISR ont entendu la demande de statut de réfugié les 11 et 30 août 1993—Décision rendue le 17 janvier 1994 par un seul commissaire se fondant sur l'art. 63(2) de la Loi sur l'immigration, bien que le requérant n'ait pas consenti à cette procédure—L'art. 63(2) prévoit que dans les cas visés par l'art. 63(1), les commissaires qui restent peuvent disposer de l'affaire—Aux termes de l'art. 63(1), le membre qui a cessé d'exercer sa charge peut, dans les huit semaines qui suivent, participer aux décisions à rendre sur les affaires qu'il avait préalablement entendues—L'art. 69.1(10) prévoit qu'en cas de partage, la décision en faveur du demandeur prévaut—Les deux commissaires étaient au courant du départ imminent de la Commission—Ils devaient avoir prévu que seul l'un d'entre eux rendrait la décision—Le fait pour un seul commissaire de rendre la décision constitue une violation des règles de justice fondamentale—Arrêt *Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.) appliqué—La tenue d'une audience sur une demande de statut de réfugié au sens de la Convention donnant lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte, le demandeur avait le droit d'être entendu par un tribunal composé de deux commissaires et à ce que tout désaccord entre ceux-ci soit résolu en sa faveur—L'art. 63(2) ne peut être invoqué que pour des motifs sérieux puisqu'il prive le demandeur d'un droit que la Loi lui accorde—Un geste délibéré de la part d'un commissaire ayant pour effet de priver une personne de ce droit rend la décision invalide—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 63(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 52), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e Suppl.), ch. 28, art. 18), 69.1(7) (mod., *idem*), (8) (mod., *idem*), (10) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 7.

ZIVKOVIC C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-592-94, juge Reed, ordonnance en date du 8-12-94, 5 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR fondée sur l'art. 69.1(10.1)a) de la Loi sur l'immigration—Selon l'art. 69.1(10.1)a), lorsque les deux membres de la formation sont partagés quant à savoir si une personne est ou non un réfugié au sens de la Convention, la décision négative l'emportera si les deux membres sont convaincus qu'il y a des motifs raisonnables de croire que l'intéressé, sans raison valable, a détruit les papiers d'identité qu'il avait en sa possession ou s'en est départi—La requérante a utilisé un faux passeport et l'a remis à un intermédiaire inconnu à New York conformément à des instructions reçues en ce sens—Les membres du tribunal sont parvenus à des conclusions opposées quant à savoir si la requérante était un réfugié au sens de la Convention, mais ils s'entendaient pour dire que les faits donnaient lieu à l'application de l'art. 69.1(10.1)a)—Le tribunal n'a jamais informé la requérante qu'il envisageait d'appliquer l'art. 69.1(10.1)a)—Demande accueillie—Le tribunal qui a l'intention de se demander si le revendicateur a une possibilité de refuge dans le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

pays d'où il vient doit lui en donner avis; le tribunal qui envisage d'appliquer l'art. 69.1(10.1)a) doit suivre la même procédure—Les conséquences d'une conclusion en vertu de cette disposition sont très graves car la requérante sera retournée dans un pays où l'un des membres de la formation croit qu'elle court un risque sérieux de persécution—La requérante a droit à la possibilité de produire une preuve ou de faire des observations avant qu'une décision soit prise quant à l'application de l'art. 69.1(10.1)a)—Cette disposition englobe à la fois les papiers d'identité authentiques et les faux papiers—La décision du tribunal est annulée et la revendication est renvoyée intégralement pour réexamen—La conclusion relative à l'art. 69.1(10.1)a) ne peut être isolée de la décision touchant le statut de réfugié au sens de la convention—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(10.1)a) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

SEBASTIAMPILLAI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-866-94, juge Reed, ordonnance du 5-12-94, 4 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié qui a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen du Mexique, est arrivé au Canada le 1^{er} mai 1990—Il a revendiqué le statut de réfugié en raison de son appartenance à un groupe social, soit la société gaie—Il a prétendu que s'il retourne au Mexique, sa santé psychologique sera compromise, puisqu'il craint d'être victime de discrimination et de sévices en raison de son orientation sexuelle—La section du statut a reconnu l'existence de la brutalité et de la corruption de la police mexicaine et de l'intolérance sociale envers les gays—L'homosexualité ne constitue pas un crime au Mexique—La section a jugé qu'il n'y avait aucun risque de persécution résultant de l'orientation sexuelle du requérant ni aucune preuve que celui-ci subira une atteinte à ses droits fondamentaux ou qu'il lui sera impossible de gagner sa vie—Elle a conclu que le requérant ne pouvait attribuer ses infortunes au seul fait de son orientation sexuelle et qu'il ne pouvait avoir une crainte objective de persécution au sens de la Convention—Cette conclusion n'était pas déraisonnable et ne créait pas une erreur de droit de nature à permettre l'intervention de la Cour—Demande rejetée.

GOMEZ-REJON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-470-93, juge Joyal, ordonnance en date du 25-11-94, 8 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR selon laquelle le requérant, un Angolais, n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Transmission aux rebelles d'informations concernant la position des troupes gouvernementales (MPLA), reçues alors que le requérant était téléxiste à une installation gouvernementale de télécommunications—Arrestation; sentence de mort pour espionnage prononcée sans procès; évasion—À son arrivée au Canada, le requérant a demandé le statut de réfugié au sens de la Convention—La SSR a conclu que la crainte du

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

requérant n'est pas fondée étant donné que la punition prévue était justifiée par le fait que le requérant avait délibérément saboté le réseau d'information du MPLA—Référence au changement de circonstances survenu dans le pays d'origine depuis le départ du requérant, soit la signature d'un cessez-le-feu et l'amélioration significative de la situation des droits de l'homme—Demande rejetée—(1) La conclusion de la Commission selon laquelle le requérant craint la punition rattachée à des actes commis pour des motifs politiques, et non la persécution pour ses opinions politiques, n'est pas susceptible de contrôle judiciaire—Étant donné qu'il n'y a aucune preuve devant la Commission que le requérant avait manifesté ses opinions politiques avant d'accepter de passer des renseignements aux rebelles, il n'y a aucune opinion politique à l'égard de laquelle on pourrait affirmer que les autorités ont voulu le punir—Compte tenu de la preuve, la conclusion de la Commission n'est pas tirée de façon abusive ou arbitraire, ou sans tenir compte de la preuve déposée—(2) L'exécution ou la peine de mort imposée pour trahison ne constitue pas de la persécution—(3) La conclusion de la Commission selon laquelle le requérant est un criminel parce qu'il a divulgué des renseignements sur l'emplacement des troupes n'est pas tirée de façon abusive—Le requérant allègue qu'il est placé dans une situation sans issue: il est soit coupable d'espionnage, soit de crimes contre l'humanité pour avoir participé sans résistance à la guerre que le gouvernement faisait aux rebelles—Il est discutable que cette participation pourrait constituer un crime de guerre—(4) Sur la question des changements de circonstances survenus dans le pays d'origine, il était loisible à la Commission de rendre la décision qu'elle a rendue au vu du dossier—Les questions proposées n'ont pas été certifiées.

ANTONIO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1072-93, juge Nadon, ordonnance du 27-9-94, 19 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la section du statut concluant que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante est citoyenne de l'Ukraine—Elle fonde sa revendication du statut de réfugié sur la crainte d'être persécutée en raison de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—Ses difficultés remontent à l'époque du régime communiste en Ukraine—La requérante soutient devant la Commission que malgré le changement de régime et la réalisation de l'indépendance en Ukraine, la situation y est encore «très instable»; qu'un grand nombre d'anciens membres du KGB occupent encore des postes d'autorité; et que son passeport portant maintenant la mention qu'elle a revendiqué le statut de réfugié au Canada, elle serait probablement poursuivie pour trahison si elle revenait dans son pays—À l'appui, elle a soumis un article signé de M. Benifand—Elle a soumis une autre étude de M. Benifand (faisant valoir que nombre d'anciennes structures politiques communistes sont solidement établies dans ce pays et font obstacle à la démocratisation) après la clôture de l'audition mais avant que la Commission n'ait rendu sa décision—La Commission n'a pas examiné si ce document était admissible, concluant qu'elle doit examiner la crainte de persécution au regard de la situation en Ukraine à la date de la clôture de la production des

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

preuves et témoignages—La requérante cite les décisions *Lawal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 404 (C.A.), et *Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 247 (C.A.), pour soutenir que la Commission est tenue de «recevoir les preuves produites par les parties à tout moment avant qu'elle ne rende sa décision»—Demande accueillie—Faute d'avoir examiné la question de l'admissibilité du second rapport de M. Benifand, la Commission a refusé d'exercer sa compétence—Différence fondamentale entre le fait pour la Commission de ne pas admettre des preuves jugées sans rapport avec l'affaire en instance ou pour d'autres raisons d'une part, et son défaut même d'examiner si une preuve est admissible, d'autre part—Dans le premier cas, l'art. 68(3) de la Loi sur l'immigration l'investit d'un large pouvoir discrétionnaire pour juger si une preuve est admissible ou non—Si la preuve produite n'a aucun rapport avec l'affaire en instance, la décision de la Commission de ne pas faire droit à la revendication «compte tenu de toutes les preuves produites» n'est pas erronée, même si elle ne mentionne pas expressément chacune des preuves produites—Elle ne peut s'abstenir de prendre en considération un élément de preuve par ce motif que celui-ci est produit après la clôture de l'audience—Dans *Salinas*, il a été jugé que la section du statut a compétence pour examiner les preuves nouvelles produites par les demandeurs du statut de réfugié jusqu'à la toute fin de l'instance, c'est-à-dire jusqu'au moment où elle rend sa décision—En l'espèce, la Commission aurait dû rouvrir l'audience pour examiner l'admissibilité du second rapport Benifand—L'intimé cite l'arrêt *Yassine c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 172 N.R. 308 (C.A.F.), pour soutenir que nonobstant toute erreur de droit sur le fond, il ne faut pas faire droit aux prétentions de la requérante—Dans cette dernière affaire, le juge Stone, J.C.A., a jugé qu'en cas de conclusion catégorique de la section du statut sur le manque de crédibilité chez le demandeur, il ne servirait à rien de lui renvoyer l'affaire quand bien même il y aurait violation possible des principes de justice naturelle—L'affaire en instance est différente des causes *Yassine* et *Mobile Oil Canada Ltd. et al c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, car en l'espèce, l'erreur susceptible de contrôle judiciaire est une erreur de fond, et non pas de procédure—À la différence de ces cas où il a été jugé que les conclusions indépendantes de la Commission sur le fond n'étaient pas compromises par d'autres erreurs, il n'y a aucune «conclusion indépendante sur le fond» en l'espèce, où l'issue de la revendication de la requérante dépend entièrement de l'appréciation par la Commission du second rapport de M. Benifand—Question certifiée: «La section du statut a-t-elle manqué aux principes de justice naturelle faute d'avoir accusé réception des preuves pertinentes nouvelles, soumises après la clôture de l'audience mais avant le prononcé de la décision, ou faute de les avoir prises en considération, bien qu'elle n'ait été saisie d'aucune demande formelle de réouverture de l'audience?»—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

YUSHCHUK C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4773-93, juge Nadon, ordonnance en date du 9-9-94, 13 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la revendication du statut de réfugié présentée par le requérant pour le motif que celui-ci manquait de crédibilité—Le requérant a soumis deux formulaires différents de renseignements personnels à l'appui de sa revendication—Le deuxième formulaire contenait une déclaration selon laquelle il avait été accusé de meurtre et remis en liberté sous cautionnement au Nigéria—La question s'est posée de savoir s'il ne serait pas exclu au titre de l'art. 1F de la Convention—L'audience a été ajournée pour donner au ministre la possibilité d'intervenir dans la procédure—Lorsque des enquêtes ont révélé que le requérant n'avait pas été accusé de meurtre au Nigéria, le ministre a retiré son avis de participation—La Commission a admis en preuve le télex du Haut commissariat du Canada à Lagos, énonçant que le requérant n'avait pas été accusé de meurtre—Dans sa conclusion quant au manque de crédibilité, la Commission a noté des incohérences entre les deux formulaires de renseignements personnels, elle a également conclu que le requérant a fourni des explications qui ont fait naître d'autres illogismes et elle a mentionné la contradiction entre le formulaire de renseignements personnels et le télex—De plus, la Commission a cité la preuve documentaire qui indiquait qu'au Nigéria les personnes accusées de meurtre ne sont pas admissibles à la mise en liberté sous cautionnement—L'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels interdit la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, sauf, entre autres, aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins—Demande de contrôle judiciaire rejetée—L'identité du requérant a été communiquée aux autorités policières nigérianes pour déterminer s'il avait été accusé de meurtre—L'objection à l'admissibilité du télex pour le motif que la Loi sur la protection des renseignements personnels avait été violée a été soulevée sans être étayée sur la preuve qui s'impose, c'est-à-dire que rien n'indiquait que des renseignements confidentiels avaient été communiqués—Même si les autorités canadiennes ont communiqué à la police nigérienne des renseignements confidentiels, la divulgation a été faite dans le but de permettre au ministre de décider si la revendication du requérant soulevait une question relevant des causes d'exclusion—Comme les renseignements avaient été fournis pour les fins de la procédure d'immigration, leur utilisation par le ministre visait ces fins—La décision du ministre de ne pas participer à la procédure est étrangère à la question de l'admissibilité d'éléments de preuve légalement obtenus—L'art. 68(3) de la Loi sur l'immigration accorde à la Commission le pouvoir discrétionnaire de recevoir les éléments de preuve qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence—Elle a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en admettant le télex en preuve et en tenant compte dans son évaluation de la crédibilité du requérant—L'intérêt public, voulant que soit prise une décision éclairée relative à cette revendication du statut de réfugié, exigeait que la Commission tienne compte de ces renseignements—Toutes les raisons qu'elle a avancées pour justifier sa décision quant au manque de crédibilité étaient raisonnables et amplement justifiées par la preuve—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969]

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

R.T. Can, n° 6, art. 1Fb)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 69.1(5) (édicé, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

IGBINOSUN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7410-93, juge McGillis, ordonnance en date du 17-11-94, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention, compte tenu de l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—Revendication du statut de réfugié, fondée sur une crainte de persécution aux mains de l'ancien mari, du fait de l'appartenance à un groupe social composé de femmes victimes d'abus et de violence au foyer qui ne pouvaient obtenir la protection de l'État—La requérante, citoyenne de la Grenade, est arrivée en tant que visiteuse en mars 1988—Elle a revendiqué le statut de réfugié en juin 1988—Elle a divorcé en 1992 après avoir été victime de coups et d'abus sexuels de la part de son mari—Le tribunal n'a pas examiné comme elle aurait dû le faire la question de savoir si la prétention de la requérante selon laquelle elle appartenait à un groupe social était fondée—Il ne convient pas de définir un groupe social uniquement en raison de la victimisation commune des membres du groupe—Le tribunal n'a pas expressément examiné la revendication de la requérante par rapport aux Directives concernant les Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe—Les Directives ne sont pas obligatoires, mais elles doivent être examinées par les membres du tribunal dans les cas appropriés—La conclusion du tribunal selon laquelle la protection de la requérante pouvait être assurée par les autorités de la Grenade n'était pas déraisonnable compte tenu des éléments de preuve dont il disposait—Existence d'une preuve documentaire portant sur la tentative par le gouvernement de la Grenade d'assurer la protection des victimes de violence, particulièrement des femmes—Lorsqu'il y a protection, la crainte de persécution n'est pas fondée—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

FOUCHONG C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (IMM-7603-93, juge MacKay, ordonnance en date du 18-11-94, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le tribunal a conclu qu'il n'existait aucune preuve crédible de la crainte du requérant d'être persécuté s'il était forcé de retourner dans son pays d'origine, la Roumanie—Après avoir quitté la Roumanie, le requérant a traversé la Yougoslavie pour se rendre en Italie, en France et en Belgique—Il n'a revendiqué le statut de réfugié dans aucun des pays dans lesquels il a résidé brièvement—Chacun d'eux a signé la Convention de 1951 et le Protocole de 1967—Les tribunaux spécialisés comme la SSR peuvent admettre d'office le statut des pays étrangers en ce qui concerne les conventions internationales mêmes que le droit canadien, appliqué par un tribunal, vise à mettre en œuvre au Canada—L'art. 68(4) de la Loi sur l'immigration autorise le tribunal à prendre connaissance d'of-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

fice de ces questions—Le tribunal peut aussi tenir pour acquis qu'un pays signataire d'une convention internationale s'acquittera de son obligation d'appliquer la convention à l'intérieur de son territoire—Il n'était pas déraisonnable pour le tribunal de s'appuyer sur les faits qu'il a admis d'office et de présupposer que les revendicateurs du statut de réfugié pouvaient obtenir la protection de ces pays, l'art. 68(4) l'y autorisant expressément—La procédure suivie par le tribunal n'était pas inéquitable au point de justifier l'intervention de la Cour—Le tribunal était autorisé à tenir compte du défaut du requérant de revendiquer le statut de réfugié dans les autres pays d'Europe par lesquels il est passé entre juillet 1992 et janvier 1993 et à déterminer comment le témoignage du requérant devait être apprécié au regard de ce défaut—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

ILIE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-462-94, juge MacKay, ordonnance du 22-11-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a jugé que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante, une citoyenne du Nicaragua âgée de soixante-quatre ans, fonde sa revendication du statut de réfugiée au sens de la Convention sur une crainte justifiée d'être persécutée du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—Craintes de la requérante liées aux difficultés antérieures de sa fille avec les sandinistes au Nicaragua—La maison de celle-ci, dans laquelle vivait la requérante, a été saisie—Les allégations selon lesquelles la requérante a personnellement subi des inconvénients et qu'elle a été harcelée ne correspondent pas à la définition de la « persécution »—Bien-fondé de la conclusion du tribunal à cet égard—La principale question à trancher est de savoir si la saisie de la maison de la requérante et les conséquences qui en découlent équivalent à de la persécution—Même si la requérante pourrait subir un préjudice du fait qu'elle n'a pas de foyer où retourner au Nicaragua, cette situation n'équivaut pas à de la persécution au sens de la jurisprudence—Il appartenait à la Commission d'en venir à une telle conclusion après une analyse attentive et bienveillante de la preuve—Les peines et les épreuves de la requérante n'équivalent pas à de la persécution—Demande rejetée.

RAMIREZ C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (IMM-1192-94, juge Rouleau, ordonnance en date du 9-12-94, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a jugé que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants appartiennent à la tribu des Kikuyus et sont originaires de la vallée du Rift au Kenya—Le requérant principal a été affecté à l'extérieur du Kenya à partir de 1973 à titre de cuisinier de l'ambassadeur ou du haut-commissaire du Kenya—Le haut-commissaire à Ottawa a su qu'il avait voté contre le parti gouvernemental—Il a injurié le requérant, lui a attribué des heures de travail beaucoup plus pénibles, l'a accusé de comploter en vue de le tuer, a refusé de régler les comptes de médecin du requérant et a mis fin à son emploi en 1993—Le requérant a revendiqué le statut de réfugié

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

au sens de la Convention—Il soutient qu'ils risquent d'être tués et de voir leurs terres et leurs biens pris par des membres de la tribu dominante sur le plan politique qui se comportent ainsi sans crainte de subir des poursuites judiciaires—La SSR a conclu que les requérants faisaient face plus qu'à une simple possibilité de persécution s'ils devaient retourner dans la vallée du Rift, mais qu'ils avaient la possibilité de se réfugier dans une autre partie du même pays, soit à Nairobi—Au moment de l'audition de l'affaire devant la SSR, la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays doit être expressément soulevée lors de l'audience: *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706 (C.A.F.); il incombe au ministre de prouver qu'il existait une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays: *Bindra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (C.A.F.)—Durant l'audience tenue devant la SSR, la personne qui présidait l'audience a soulevé expressément, même si ce n'était pas nommément, la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays en questionnant le requérant—En réponse, l'avocat des requérants n'a indiqué aucune question de contrôle—Deux semaines plus tard, l'agent d'audience a fourni plus de documentation sur les conditions existant au Kenya qui, dans le contexte de la requête, auraient nui à la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays—Le même jour, la Cour d'appel fédérale a fait connaître sa décision dans l'affaire *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.), où elle a jugé qu'il appartient au ministre ou à la Commission d'avertir le demandeur si la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays doit être soulevée, mais qu'il appartient au requérant de prouver les faits qui justifient sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Le revendicateur du statut de réfugié peut renoncer à l'avis: *Kaler c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 73 F.T.R. 217 (C.F. 1^{re} inst.)—Les requérants ont été avisés au cours de l'audience que serait abordée la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays—Le comportement de l'avocat à l'audience équivalait à une renonciation à tout avis antérieur ou plus officiel—Des arrangements ont été convenus pour permettre la présentation d'observations—Au moment de la présentation des observations, l'avocat des requérants n'était pas au courant de la décision *Thirunavukkarasu* ni de l'avis que le fardeau de la preuve de l'existence d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays incombait au ministre ou à l'agent d'audience—Il n'y a pas eu de manquement à l'obligation d'agir de façon équitable—Les requérants et leur avocat ont été suffisamment informés que serait abordée la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays—Ils ont eu une chance raisonnable d'aborder la question en se fondant sur l'ensemble des éléments portés à la connaissance de la SSR—Dans l'intérêt de la justice et l'esprit d'une procédure de type non accusatoire, il aurait été préférable que l'agent d'audience mette l'avocat des requérants au courant de la décision *Thirunavukkarasu* et de ses répercussions sur la question et l'affaire dont l'avocat devait traiter peu après dans ses observations écrites—L'omission de ce faire n'équivalait pas à un manquement à l'obligation d'agir de façon équitable—Compte tenu des éléments portés à sa connaissance, la SSR pouvait raisonnablement con-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

clure que les requérants avaient la possibilité de se réfugier dans une autre partie du même pays—Il ne s'agissait pas d'une conclusion purement théorique.

WARUIRU C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (IMM-2070-94, juge Gibson, ordonnance en date du 14-11-94, 11 p.)

Résidents permanents

Recours en contrôle judiciaire contre la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a fait droit à l'appel formé par l'intimé contre le rejet par l'agent des visas de la demande parrainée de résidence permanente, faite par son épouse à l'extérieur du Canada—L'intimé est un citoyen de l'Inde qui a obtenu en 1983 le statut de résident permanent au Canada—Il a épousé la demanderesse parrainée en août 1992 en Inde—Il a subséquemment parrainé la demande de droit d'établissement pour sa femme au Canada—La demande a été rejetée par l'agent des visas en application de l'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration—La Commission a conclu que les réponses faites par la demanderesse parrainée au cours de son entrevue avec l'agent des visas ne trahissaient pas l'intention de ne pas vivre en permanence avec l'intimé au Canada—Le membre de la Commission a mal saisi les preuves produites—Pour examiner si la demanderesse parrainée avait l'intention de vivre en permanence avec son mari au Canada, la Commission doit prendre en considération les intentions de la première, non pas la croyance ou les intentions de son mari—La Commission n'a pas pris en considération le témoignage catégorique et non contesté de la demanderesse parrainée—L'art. 4(3) doit être pris dans son contexte, en ce sens que les deux conditions qu'il prévoit ne représentent pas des critères distincts et séparés—Le témoignage selon lequel l'intéressé a contracté mariage principalement dans le but de se faire admettre au Canada peut entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'examiner s'il a l'intention de vivre en permanence avec le conjoint répondant—La Commission n'a pas examiné les intentions véritables de la femme—Demande accueillie—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 4(3), (mod. par DORS/84-140, art. 1).

CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) C. BISLA (IMM-5690-93, juge Denault, ordonnance en date du 28-11-94, 5 p.)

DROIT MARITIME*PILOTAGE*

Action en dommages-intérêts à la suite d'un incident survenu en mai 1988 sur le fleuve Saint-Laurent à St-Romuald (Québec)—Le navire *Czantoria*, ayant une cargaison de pétrole brut à son bord et s'appêtant à accoster le quai d'Ultramar, a percuté le quai, a endommagé la face d'accostage de ce dernier et a perforé une partie de sa coque à bâbord—La perforation de la coque du navire a causé un sérieux déversement de pétrole, a occasionné la contamination et la pollution du port

DROIT MARITIME—Fin

du Québec, de ses installations et du rivage du Saint-Laurent—Le coût de 1,7 million de dollars a été partagé par les demanderesse Ultramar et le navire défendeur *Czantoria*, dans l'attente d'une décision quant à la responsabilité du déversement et des dommages—Le *Czantoria* a fait une demande reconventionnelle de dommages-intérêts pour la réparation du navire, la perte d'usage et les coûts de nettoyage, sous prétexte que le bassin d'accostage d'Ultramar n'était pas sécuritaire—Le *Czantoria* a aussi entamé des procédures afin de mettre en cause APL (Administration de pilotage des Laurentides), alléguant que les instruments de communication fournis par cette dernière au pilote lamaneur étaient défectueux—APL a entamé des procédures afin de constituer mis en cause subséquent le pilote lamaneur dans le but d'obtenir le même redressement—Les installations d'Ultramar servent spécifiquement au déchargement de pétrole brut livré par des transporteurs de brut et au chargement de pétrole raffiné à bord de transporteurs de produits pétroliers—Il y a amplement de preuves qu'Ultramar était en tout temps bien consciente des exigences opérationnelles relatives à la sécurité, et qu'elle tenait à apporter tous les soins requis dans la manipulation de ses produits—Si quelqu'un a le contrôle d'un objet mobile, il doit, s'il en perd la maîtrise et que l'objet cause un dommage à un objet stationnaire, établir par une preuve positive que le dommage n'est pas dû à un acte ou à une omission de sa part—Ultramar était la consignataire de la cargaison de pétrole brut qui se trouvait à bord du *Czantoria*—Les affaires d'accostage reposent sur des faits particuliers—Question de preuve—La Cour a conclu que le *Czantoria* avait heurté le quai, dans des conditions idéales et alors qu'il était en état de naviguer, avec à son bord un capitaine d'expérience et un pilote lamaneur—Il incombe aux défendeurs de réfuter la présomption de responsabilité ainsi créée, et d'établir, selon la prépondérance des responsabilités, que les dommages sont attribuables soit à l'incurie d'Ultramar, soit à la négligence d'APL qui aurait fourni un appareil défectueux au lamaneur—Le *Czantoria* ne peut être complètement déchargé de toute responsabilité—La panne du radiotéléphone n'a ni causé l'accident ni contribué à la cause de ce dernier—La panne du radiotéléphone est survenue à un moment durant la manœuvre d'accostage où la collision était devenue inévitable—Le devoir de diligence qui incombe au propriétaire du quai n'est pas d'en faire une garantie à toute épreuve contre les accidents résultant d'une erreur de navigation—Il y avait une anomalie en ce qui a trait aux défenses installées sur la face d'accostage principale du quai, cette anomalie se trouvant au caisson n° 4—Le caisson n° 4 n'était pas muni de défenses dans sa partie supérieure, contrairement au système de défenses des autres caissons—Les demanderesse sont en partie responsables de l'accident—Des défenses installées au couronnement du caisson n° 4 auraient réduit la déchirure survenue dans la coque du navire et la quantité de pétrole déversé—La responsabilité des demanderesse est fixée à 20 % des dommages subis—Il ne s'agit pas d'une cause mettant en jeu la négligence de la victime—La demanderesse Ultramar a droit à 80 % des dommages-intérêts—Le *Czantoria* a droit à 20 % des dommages réclamés—La demande du *Czantoria* en vue de constituer mise en cause APL est rejetée—La demande de mise en cause subséquent du pilote est rejetée.

ULTRAMAR CANADA INC. C. CZANTORIA (LB) (T-868-88, juge Joyal, jugement en date du 14-10-94, 58 p.)

GRC

Requête en injonction interlocutoire ordonnant aux intimés de réintégrer le requérant dans son poste à la Section de la sécurité corporelle (SSC) avec tous ses droits et privilèges—Le requérant, qui est membre de la GRC depuis avril 1973, a reçu copie d'un ordre de mutation signé par l'inspecteur Lang qui le mutait à la sous-section des enquêtes relatives à la sécurité nationale—Il a alors présenté un grief en vertu des art. 31 et ss. de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada—Il a vainement tenté d'obtenir un sursis d'application de sa mutation—L'inspecteur Lang a rendu sa décision en vertu d'un pouvoir dont il est investi par les art. 2(3) et 5(2) de la Loi—Sa décision est celle d'un «office fédéral» et elle est donc assujettie au pouvoir de révision de la Cour—Selon la doctrine et la jurisprudence, une injonction est un recours discrétionnaire qui ne sera généralement pas accordé si un autre recours s'offre au requérant—Le requérant en l'espèce bénéficiait d'un recours autre que l'injonction pour réintégrer son ancien poste—La lenteur du déroulement du processus de grief permettait-elle à la Cour d'ignorer l'intention formulée par le législateur dans la Loi et d'intervenir en l'espèce?—Un tribunal refusera d'intervenir lorsqu'il existe un autre recours devant une instance inférieure qui porte sur la même décision—La Cour doit exercer un devoir de retenue envers les mécanismes exclusifs de règlement des différends en matière de travail établis par le législateur—Elle ne doit pas intervenir en l'espèce—Requête rejetée—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 2(3), 5(2), 31.

BRIÈRE C. LANG (T-1830-94, juge Rouleau, ordonnance en date du 25-11-94, 9 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Déduction par l'appelant du coût d'acquisition d'un climatiseur à titre de frais médicaux en 1985—La femme de l'appelant était atteinte de sclérose en plaques et le climatiseur soulageait les symptômes causés par la chaleur, ce qui l'aidait à marcher—L'art. 110(1)c)(xii) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet la déduction de l'équipement prescrit par un médecin—L'art. 5700i) du Règlement dispose qu'un équipement est prescrit s'il est «destiné à aider un handicapé physique à marcher»—Le terme anglais «*design*» est modifié par les mots «*exclusively*» (exclusivement) ou «*solely*» dans trois alinéas de l'art. 5700 du Règlement et est employé sans modificatif dans cinq alinéas—L'absence du mot «*exclusively*» (exclusivement) semble indiquer qu'on peut avoir poursuivi plus d'un but lors de la conception et qu'il n'est pas nécessaire d'avoir cherché à atteindre un objectif précis—Les rédacteurs de l'art. 110 de la Loi et de l'art. 5700 du Règlement ont bénéficié de connaissances médicales—L'art. 5700 du Règlement n'est pas une disposition fiscale, mais vise à alléger le fardeau fiscal en admettant la déduction de certains frais médicaux—Les alinéas de cet article sont rédigés en termes stricts dans le but de faire en sorte que seuls les achats effectués pour corriger des états de santé précis soient déductibles—Le législateur n'a pas voulu que l'art. 5700 s'applique uniquement aux disposi-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

tifs physiques patents qui servent à aider les handicapés à marcher puisque la question des cannes, béquilles et appareils orthopédiques est prévue dans une disposition distincte, soit l'art. 110(1)c)(ix) de la Loi—Le terme «*intended*» peut valablement remplacer le terme «*designed*»—L'intention pertinente est celle de l'inventeur initial ou du responsable d'une modification ultérieure, et non celle de l'acheteur—Le climatiseur a été mis au point dans un contexte médical—Il a été conçu pour abaisser la température du corps des patients fiévreux et pour les aider à recouvrer un état de santé normal, notamment la mobilité—Par conséquent, un climatiseur est destiné à aider une personne handicapée physiquement à marcher—L'appelant a acheté et utilisé le climatiseur dans le but général pour lequel il a été conçu—Les climatiseurs sont expressément exclus à l'art. 5700c), disposition qui permet la déduction du coût d'acquisition d'articles destinés aux personnes souffrant d'une maladie respiratoire chronique, car la catégorie de malades étant définie en termes généraux, de nombreux contribuables cherchent à déduire le coût d'acquisition des climatiseurs—On savait que la climatisation était un traitement efficace pour les patients atteints de sclérose en plaques qui sont incommodés par la chaleur bien avant l'adoption de l'art. 5700i) du Règlement—Comme les climatiseurs ne sont pas exclus à l'art. 5700i), mais qu'ils le sont à l'art. 5700c), le législateur n'a pas voulu les exclure à l'art. 5700i)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 110(1)c)(xii) (mod. par S.C. 1983-84, ch. 1, art. 49)—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 5700.

BROWN C. CANADA (T-7-89, juge Simpson, jugement en date du 8-12-94, 11 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel d'une décision de la Cour de l'impôt confirmant de nouvelles cotisations établies pour les années 1979, 1980, 1981—Le demandeur était actionnaire, administrateur et président d'Orell Copper Mines Ltd., une petite société minière—Il était comptable général licencié de profession, et prospecteur de métier—Il consacrait la moitié de son temps à sa profession de comptable et le reste du temps aux affaires d'Orell, s'occupant principalement d'entreprises et d'activités minières—Il faisait d'une façon étendue le commerce d'actions données en prime et d'actions bloquées d'Orell—Dans sa déclaration de revenu de 1978, le demandeur a choisi, en vertu de l'art. 39(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu, de faire traiter toutes les opérations effectuées à l'égard de titres canadiens comme étant imputables au capital—L'art. 39(4) prévoit que lorsqu'un contribuable dispose d'un titre canadien au cours d'une année d'imposition et qu'il exerce un choix en ce sens, chacun des titres canadiens qu'il possède dans ladite année ou dans toute l'année d'imposition subséquente est réputé avoir été un bien en immobilisations, et que la disposition d'un tel titre canadien est réputée être une disposition d'un bien en immobilisations—L'art. 39(5) prévoit qu'un choix fait en vertu de l'art. 39(4) ne s'applique pas à une disposition d'un titre canadien faite par un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières—En se fondant sur l'art. 39(5), le MRN n'a pas tenu compte du choix pour le motif que le demandeur faisait le commerce d'actions—Question de savoir si le demandeur est un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières—Appel rejeté—*Vancouver Art Metal Works Ltd. c. Canada*, [1993] 2 C.F. 179 (C.A.) limite la

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

catégorie de personnes qui ne peuvent pas exercer ce choix aux courtiers en valeurs mobilières inscrits ou autorisés et aux personnes qui, sans être inscrites ou autorisées, font par profession le commerce de valeurs mobilières—Les investisseurs et ceux qui s'occupent du commerce et du courtage de valeurs mobilières uniquement parce qu'ils se sont engagés dans des projets comportant des risques de caractère commercial n'appartiennent pas à cette catégorie—Le demandeur est un «promoteur» au sens de la Securities Act de la C.-B., mais il n'est pas un courtier en valeurs mobilières inscrit—Il ne suffit pas que les actions du demandeur soient assimilables à celles qui sont en cause dans un commerce ou dans une entreprise, ou qu'elles soient de la même nature—Les actions doivent en soi être celles d'une personne dont l'entreprise consiste à s'occuper du «commerce» ou du «courtage» de valeurs mobilières au sens courant et ordinaire de ces mots—En l'espèce, il est difficile de faire la distinction entre la personne qui est un commerçant ou un courtier au sens véritable du terme et celle qui est un commerçant ou un courtier uniquement du fait qu'elle s'est engagée dans des projets comportant des risques de caractère commercial—La question de savoir si des activités équivalent à l'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise est une question de fait—L'examen des facteurs énoncés dans Vancouver Art est utile lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un commerce de valeurs mobilières par opposition à un placement, mais cela nous amène à nous demander quel est le fondement juridique sur lequel l'entreprise repose, une fois que son existence est déterminée—Les facteurs sur lesquels la Cour d'appel a mis l'accent ont toujours été appliqués sans distinction pour désigner tant les personnes qui exploitent une entreprise au sens véritable du terme que celles qui exploitent une entreprise du fait qu'elles se sont engagées dans un projet comportant un risque de caractère commercial—Étant donné qu'ils indiquent l'existence d'un commerce, il faut conclure qu'ils existent en vertu d'une analyse ou de l'autre avant qu'il soit possible de conclure à l'existence d'une entreprise à des fins fiscales—Habituellement, la distinction importe peu puisque le traitement fiscal des bénéfices et des pertes découlant d'une entreprise est généralement le même, et ce, que l'entreprise existe en tant que telle ou que son existence soit fondée sur la définition du mot «entreprise» au sens large—La distinction entre la personne qui est un commerçant du fait qu'elle s'est engagée dans un projet comportant un risque de caractère commercial et le commerçant au sens où ces termes sont employés à l'art. 39(5)a) dépend de l'intention du législateur lorsqu'il a établi la restriction qui y est énoncée—L'art. 39(5)a) vise à empêcher les commerçants et les courtiers en valeurs mobilières inscrits et autorisés à convertir en gain en capital le revenu qu'ils tirent de ce commerce—Normalement, les courtiers autorisés négocient les valeurs pour le compte de clients, et l'art. 39(5)a) ne s'applique pas à eux—Cette disposition ne s'applique à eux que lorsque, de temps en temps, ils décident de négocier des valeurs pour leur propre compte—Le législateur ne voulait pas que les personnes qui, à cause de leur commerce, ont une connaissance professionnelle du marché sur lequel elles négocient bénéficient du choix exercé—En déterminant si la personne qui fait le commerce de valeurs mobilières sans être inscrite peut se prévaloir du choix, il faut se demander si l'auteur des opérations possède une connaissance particulière ou spéciale du marché sur lequel il négocie—Dans la mesure où c'est le cas, cette personne se

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

distingue des personnes disposées à prendre des risques qui «jouent à la bourse» en se fondant sur des conseils ou des renseignements facilement disponibles en matière de placements—Le demandeur avait une connaissance spéciale du marché sur lequel les actions d'Orell étaient négociées—Il était un initié étant donné les valeurs mobilières qu'il détenait, et il était un promoteur au sens de la Securities Act de la C.-B.—Il prenait directement part aux entreprises minières d'Orell et aidait à organiser les offres de financement public—Il était en mesure de prévoir la réaction du marché aux activités continues d'Orell—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 39 (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16)—Securities Act, S.B.C., 1985, ch. 83.

KANE C. CANADA (T-1506-89, juge Noël, jugement en date du 14-10-94, 8 p.)

PRATIQUE

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt sur la question de savoir si le contribuable, en tant qu'actionnaire d'une personne morale, s'est attribué une créance payable à la personne morale—S'il l'a fait, le montant ou la valeur du bien doit être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année 1981 en application de l'art. 15(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu—De 1974 à 1979, le contribuable a été un actionnaire principal de Canada Tube Company Limited (Canada Tube)—En 1979, il a vendu sa participation de 50 p. 100 à son associé—Un contrat de vente à commission a été conclu entre Canada Tube et Bolton Steel Sales Ltd. (Bolton Sales)—Le contribuable et Bolton Sales étaient «synonymes»—Au 13 avril 1981, Canada Tube devait à Bolton Sales des commissions s'élevant à 336 684,96 \$ (la créance de Bolton Sales)—Le contribuable s'est porté acquéreur de l'actif de Canada Tube—La nouvelle personne morale a été constituée sous la dénomination de Bolton Steel Tube Co. Ltd. (Bolton Tube)—Bolton Tube a été reconnue comme l'unique acheteur de l'actif de Canada Tube—Des documents indiquaient que la créance de Bolton Sales était payable au contribuable personnellement—Le contribuable s'est attribué la créance de Bolton Sales en vertu de l'art. 15 le 13 avril 1981, comme l'a affirmé le ministre—L'attribution n'a pas été la conséquence de l'erreur comptable invoquée—Le contribuable et son conseiller juridique ont traité la créance de Bolton Sales comme un montant payable au contribuable—Une attribution au sens de l'art. 15(1)b) de la Loi requiert une intention et ne peut être faite par mégarde—Les documents pertinents mentionnaient très souvent que la créance de Bolton Sales était payable au contribuable—Le contribuable savait que la créance de Bolton Sales lui était payable—Le fait que ce bien n'aurait pu être réalisé en 1981 ne fait pas obstacle à une attribution—Il n'est pas nécessaire que le bien attribué soit de l'argent comptant ou puisse être converti en espèces—Dans la mesure où un avantage est conféré à l'actionnaire, la légalité de l'attribution est sans importance—La créance de Bolton Sales a incontestablement été attribuée à l'avantage du contribuable—Des intérêts lui ont été versés en 1981 par Bolton Tube sur le montant de la créance de Bolton Sales—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(1) (mod. par S.C. 1977-1978, ch. 1, art. 8(1),(2)).

PENNY C. CANADA (T-1051-91, juge Simpson, jugement en date du 7-12-94, 11 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

SAISIES

Requête en suspension des procédures de liquidation en vertu d'un bref d'exécution à la suite d'une dette fiscale—Conformément au bref d'exécution, le shérif a saisi 86 000 actions sur quelque 400 000 actions de Slumber-Magic Adjustable Bed Co. détenues par le contribuable, représentant environ 9 % du total des actions émises et en circulation—L'art. 158 de la Loi sur l'impôt sur le revenu prévoit que lorsque le ministre poste un avis de cotisation pour un montant payable par un contribuable, celui-ci doit immédiatement verser la partie alors payée de ce montant—L'art. 225.1 accorde au débiteur fiscal la suspension des mesures d'exécution lorsque l'appel de la cotisation est pendant—Le contribuable invoque la Règle 2100, qui permet à la Cour de suspendre l'exécution du jugement si elle est convaincue que le requérant est incapable de payer, que le préjudice serait irréparable si la vente des actions causait une faillite, et que les pertes fiscales subies en 1994 pourraient compenser la cotisation impayée—Rejet de la demande—Points communs dans les affaires concernant l'art. 158 où le contribuable a obtenu la suspension des mesures d'exécution: un appel d'un certificat de cotisation qui n'est pas définitif, un préjudice qu'une somme d'argent ne pourrait compenser si l'appel du contribuable était accueilli, des garanties expresses ou implicites pour Revenu Canada au cas où l'appel serait rejeté—Préjudice causé au contribuable si la vente des actions faisait baisser leur prix et amenait le contribuable à déclarer faillite, mais préjudice possible pour la Couronne si elle renonce à sa position privilégiée contre la promesse de paiements mensuels symboliques en plus de sommes forfaitaires dans la mesure du possible, si Revenu Canada devait recouvrer plus tard le montant de la cotisation—Tout bien pesé, le préjudice causé à la Couronne serait plus grand s'il y avait suspension des procédures—Aucun appel contre la cotisation concernée—Revenu Canada n'est pas tenu de faire des conjectures sur ce que sera sa situation envers le contribuable à l'avenir, ni de renoncer à une position garantie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 158, 225.1—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 2100.

MILNE (RE) (ITA-3150-94, notaire Hargrave, ordonnance en date du 23-11-94, 7 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Les défenderesses cherchent à faire comparaître trois des employés de la société demanderesse pour être interrogés au préalable, ainsi que huit des neuf inventeurs qui ont cédé un brevet canadien, lesquels sont également employés par la demanderesse, pour se soumettre à l'interrogatoire en leur qualité de cédants—Les interrogatoires doivent avoir lieu à Budapest (Hongrie)—Les défenderesses demandent à la Cour d'adresser une lettre rogatoire à la cour de district centrale de Pest, lui demandant de rendre une ordonnance de comparution aux fins de l'interrogatoire préalable—Requête rejetée—La

PRATIQUE—Suite

Règle 456(2) prévoit que lorsqu'une personne morale est soumise à un interrogatoire préalable, elle (et non la partie adverse) doit choisir un directeur bien renseigné qui sera interrogé en son nom—Il n'y a pas lieu de douter que les personnes que la demanderesse a désignées ne sont pas les plus compétentes—Les défenderesses doivent se satisfaire du choix de la demanderesse à moins qu'elles ne puissent persuader cette dernière, sans la contraindre, de se raviser—Si les personnes que la demanderesse a désignées ne sont pas renseignées, les défenderesses auraient le droit d'invoquer la Règle 456(4), mais à l'heure actuelle la requête est prématurée—La Règle 456(5) prévoit que lorsque le cessionnaire est partie à l'action, le cédant peut également faire l'objet d'un interrogatoire préalable—Bien que la Loi d'interprétation prévoit que le pluriel ou le singulier s'applique à l'unité et à la pluralité, les arrêts disent que, parce que la Règle 456(5) est exprimée au singulier, un seul cédant peut être interrogé—La portée de la requête est limitée à la demande voulant qu'on interroge un seul cédant—À cause de l'application restreinte à la partie qui procède à l'interrogatoire, la Cour devrait faire preuve d'une vigilance particulière, de façon à empêcher un abus de procédure—La Cour refuse d'ordonner l'interrogatoire extraterritorial, conformément à la Règle 462(4) ou conformément à l'accord international, à moins que les défenderesses ne démontrent qu'elles doivent réellement interroger un cédant, et qu'elles désignent le cédant qu'il convient d'interroger—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 456, 462.

RICHTER GEDEON VEGYÉSZETI GYAR RT c. MERCK & CO. INC. (T-2615-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 28-11-94, 9 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Trois actions en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour abus de confiance et manquement à un devoir de fiduciaire—Ces actions comportent des réclamations contre Sa Majesté concernant la gestion de ressources, de redevances connexes et d'autres sommes d'argent pour le compte des bandes demanderesse—La liste de documents des défendeurs comprend des documents représentant des échanges entre des avocats et des représentants des défendeurs ou des communications internes du ministère des Affaires indiennes entre des avocats et des fonctionnaires—Prétention selon laquelle certains documents seraient protégés par le privilège applicable aux communications entre avocat et client et aux renseignements confidentiels du Cabinet—Prétention additionnelle selon laquelle certains documents concernant des communications entre avocat et client au sujet d'autres bandes indiennes qui ne sont pas parties à ces actions ont été inclus par erreur—Les défendeurs doivent fournir une annexe modifiée dressant la liste de tous les documents à l'égard desquels un privilège a initialement été revendiqué et dont la divulgation n'est pas contestée, y compris (i) les documents déjà remis; (ii) les documents devant faire l'objet d'une attestation indiquant qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine; (iii) les documents à l'égard desquels le privilège revendiqué se fonde sur le privilège des communications entre avocat et client, et qui ont été préparés principalement en vue du litige—Les questions principales en l'espèce concernent les documents que les défendeurs prétendent non pertinents aux actions ou protégés par le privilège général des communications entre client et avocat—

PRATIQUE—Suite

La nature de la relation entre les parties et les responsabilités découlant de cette relation, sont au cœur du règlement des actions en cause—Les circonstances justifiant la délivrance d'une ordonnance de production de documents qui, en temps ordinaire, pourraient être protégés en tant que communications entre avocat et client en vertu du secret professionnel sont: (1) la preuve documentaire pertinente ayant trait généralement à leurs relations depuis de nombreuses années se trouve presque exclusivement en la possession, sous l'autorité et le contrôle de la Couronne; (2) la preuve documentaire concerne les avis juridiques ayant trait à l'exercice continu de fonctions publiques, conformément à la loi, et c'est précisément l'exercice de ces fonctions que la Couronne est appelée à justifier, et non pas la qualité des conseils juridiques donnés concernant l'exercice de ces fonctions, sans qu'il soit question de déterminer si des actes ont été posés conformément aux conseils reçus; (3) les documents, une fois produits, sont assujettis à une ordonnance de confidentialité qui a déjà été prononcée et en vertu de laquelle ils doivent être utilisés uniquement pour le règlement des actions; (4) le principe d'ouverture justifie l'ordre de produire les documents, à l'exception des documents visés à l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada—La production préalable à l'instruction ne constitue pas une reconnaissance de l'authenticité ou de l'admissibilité des documents dans le cadre de l'action, le secret professionnel continuant de s'appliquer comme règle de preuve au procès—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 447 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 448 (mod., *idem*)—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.

BANDE INDIENNE SAMSON C. CANADA (T-2022-89, T-1386-90, T-1254-92, juge MacKay, ordonnance du 3-10-94, 12 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Action en contrefaçon de brevet rejetée avec dépens—La défenderesse a présenté un mémoire de frais entre parties, de 99 671,18 \$—La défenderesse soutient qu'il est justifié d'accorder les honoraires maximums étant donné que le procès a duré 25 jours, à cause de la complexité des questions de droit et des questions de fait en litige—De longs motifs confirment apparemment la charge de travail et la complexité des questions—Le demandeur soutient que les honoraires maximums ne sont pas appropriés parce que les frais ne sont pas taxables relativement à la demande reconventionnelle (portant sur la validité), et parce qu'il a fallu consacrer, lors du procès, énormément de temps à la demande reconventionnelle—Il soutient que la somme de 600 \$ par jour est excessive pour un avocat interne et ne correspond pas aux frais de la partie taxatrice—Le mémoire de frais est taxé et accordé jusqu'à concurrence de la somme de 78 060,94 \$—La Cour n'accorde pas d'importance aux arguments que le demandeur a invoqués au sujet de l'avocat interne—L'action en contrefaçon justifie l'octroi de sommes élevées, mais non du maximum prévu au tarif—La Cour n'accorde pas beaucoup d'importance à l'enchevêtrement des questions liées à la contrefaçon et à la validité, ainsi qu'à celles de l'incitation et du quantum—Les arrêts montrent clairement que la demande reconventionnelle a une existence indépendante et, par conséquent, qu'elle donne lieu à un mémoire de frais indépendant—Quant aux débours, l'argument de la défenderesse selon lequel elle a été obligée de se présenter inu-

PRATIQUE—Suite

tilement devant la Cour n'a pas beaucoup de poids dans un monde communément perçu comme engendrant de plus en plus de litiges—Le critère, compte tenu en particulier d'une relation professionnelle désintéressée, sans collusion entre l'expert qui vend ses services et le plaideur qui achète lesdits services pour combler le vide dans les connaissances spécialisées requises pour avoir gain de cause, ne consiste pas à réduire les comptes des experts au plus petit dénominateur commun—Preuve de véritables factures qui ont été reçues et payées—Le critère, lorsqu'il s'agit d'indemniser quelqu'un de ses débours, n'est pas fonction de ce qui arrive après coup, mais de la question de savoir si, compte tenu des circonstances qui existaient au moment où il a décidé d'engager les frais, le procureur représentait son client d'une façon prudente et raisonnable, tant lorsqu'il s'est agi de présenter la preuve d'expert visée par la Règle 482 et d'y répondre que de combler le manque de connaissances techniques requises pour la préparation et le procès—La proposition du demandeur, de réduire les taux, est rejetée—Les experts exigent des taux différents selon leur discipline particulière, le marché et le lieu—Le témoin expert représentait une entreprise: le fait de perdre une fin de semaine constituait la rançon des affaires, en ce qui concerne l'obligation du demandeur de l'indemniser dans ce litige particulier—Les premier et huitième jours sont éliminés—Selon le système des dépens, la partie taxatrice doit faire plus que d'accepter et de payer les comptes sans les filtrer d'abord, d'une façon ou de l'autre, par exemple en répartissant les frais selon le but, les taux et les heures—La somme déduite ne constituait pas une pénalité par suite de l'insuffisance de la preuve (une facture d'une ligne), mais elle indiquait la mesure dans laquelle la Cour pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire pour compenser le manque tout en arrivant à l'indemnisation la plus réaliste dans les circonstances—Le demandeur s'oppose au montant réclamé pour le billet de classe économique au plein tarif à l'égard d'un voyage en Angleterre au cours duquel un témoin devait être interrogé—L'évolution de la technologie a fait de postes, comme ceux qui se rapportent aux télécopies et aux photocopies et des caractéristiques qui permettent de les associer facilement à une partie précise du litige, une réalité à laquelle le système des dépens, en ce qui concerne l'indemnisation des plaideurs, s'est lentement adapté—Le tarif en classe économique par opposition à la classe d'affaire ou à la première classe a déjà été approuvé et l'on a fait remarquer qu'il devait être la norme—Étant donné que les horaires judiciaires sont parfois imprévisibles et qu'il faut faire des changements à la dernière minute, le plan économique (qui comporte habituellement des clauses pénales plus ou moins sévères) ne devrait pas encore être la norme—Le tarif de la classe économique est admis—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Tarif A (mod. par DORS/86-319, art. 2, 3) B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

DABLEH C. ONTARIO HYDRO (T-1422-90, officier taxateur Stinson, taxation en date du 2-11-94, 16 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Requête en nouvel examen d'un jugement ([1995] 2 C.F. 37) quant au montant des dommages-intérêts au motif que le juge de première instance avait mal compris l'accord des avocats

PRATIQUE—Suite

des parties que les dommages-intérêts s'élevaient à 210 776,89 \$ au lieu de 201 776,89 \$—Demande accueillie—Est sans fondement l'argument voulant que puisque le jugement est porté en appel, c'est devant la Cour d'appel que la demanderesse devrait soulever la question—La Règle 337(5) prévoit qu'une partie peut demander un nouvel examen devant la Cour telle que constituée au moment du prononcé—La Cour d'appel ne pourrait donc pas traiter de la requête de la demanderesse—Est également sans fondement l'argument de l'avocate des défenderesses voulant que, bien que les avocats se soient mis d'accord sur le montant plus élevé, puisque la déclaration n'avait pas été modifiée, une ordonnance corrective serait *ultra petita*—L'accord des avocats impliquait manifestement consentement à une modification de la déclaration—Il est évident que, n'eût été l'erreur, la déclaration aurait été corrigée et le jugement aurait été rendu en conséquence—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 337(5).

KISHINCHAND & SONS (HONG KONG) LTD. C. WELLCORP CONTAINER LINES LTD. (T-271-93, juge Noël, ordonnance en date du 30-5-95, 3 p.)

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Demande d'une ordonnance annulant la décision par laquelle le protonotaire a rejeté la requête de la défenderesse visant à faire radier les allégations de la déclaration concernant une fiducie, des obligations fiduciaires générales ou particulières et la préclusion rattachée à la propriété—Coopers & Lybrand Ltd. est le syndic de la faillite de la société Tagish Kwan Corporation—Cette société appartient entièrement à la bande indienne Kwantlin Dun située à Whitehorse—Une proposition a été soumise au Conseil du Trésor concernant la réinstallation de la bande et le plan a été approuvé en principe—La société a été mise en faillite en février 1991—Exercice du pouvoir discrétionnaire *de novo* de la Cour exigé—La défenderesse demande, en vertu de la Règle 419(1) des Règles, la radiation des paragraphes alléguant l'existence d'une fiducie et d'obligations fiduciaires générales ou particulières entre la demanderesse et la défenderesse—La demanderesse fait valoir des conclusions de fait et des conclusions de droit fondées sur les faits qui ne doivent et ne peuvent être tranchées qu'au procès, et non dans le cadre d'une requête présentée en vertu de la Règle 419—Il existe une différence entre les principes d'argumentation, la preuve d'une cause d'action et les différents principes qui peuvent sous-tendre un droit ou une obligation juridique spécifique qui implique une obligation fiduciaire et la préclusion rattachée à la propriété—La défenderesse n'a pas établi qu'il s'agit d'un cas manifeste dans lequel il convient de radier des paragraphes de la déclaration—La demanderesse a énoncé dans l'acte de procédure les faits nécessaires pour établir, entre les parties, l'existence d'un rapport qui pourrait donner naissance soit à une cause d'action fondée sur une obligation fiduciaire et à une cause d'action fondée sur la préclusion rattachée à la propriété, soit à l'une ou l'autre—La nature exacte des rapports en cause doit être déterminée dans le cadre d'un procès—La défenderesse n'a pas démontré que les paragraphes 3 à 10 de la déclaration doivent être radiés par

PRATIQUE—Suite

application de la Règle 419(1*b*) ou 419(1*d*) des Règles—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1).

TAGISH KWAN CORP. (SYNDIC) C. CANADA (T-48-94, juge Wetston, ordonnance du 23-11-94, 7 p.)

RÈGLE DES «LACUNES»

Appel d'un jugement de première instance confirmant le rejet de la demande visant à obtenir une ordonnance enjoignant aux cédants du brevet de comparaître aux fins de l'interrogatoire préalable bien que la défense n'ait pas encore été déposée—La Règle 456(5) des Règles de la Cour fédérale permet l'interrogatoire préalable du cédant lorsque le cessionnaire est partie à l'action—La Règle 457 régit l'interrogatoire préalable de la partie adverse—Le juge de première instance et le protonotaire ont conclu au droit d'interroger au préalable le cédant seulement après la clôture de la procédure écrite—Le juge de première instance a conclu que la «Règle des lacunes» s'appliquait de façon à permettre le recours aux Règles de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, qui interdisent tout interrogatoire par le défendeur avant le dépôt de la défense—Rejet de l'appel—Bien qu'il y ait une lacune dans les Règles de la Cour fédérale, aucune de ses dispositions ne prévoyant expressément quand il est possible de procéder à l'interrogatoire préalable d'un tiers, soit le cédant, l'affaire est décidée par analogie avec les autres dispositions des Règles de la Cour fédérale—Le principe fondamental de la Règle 457 est que, normalement, une partie ne devrait pas pouvoir procéder à un interrogatoire au préalable avant d'avoir déposé ses actes de procédure et signifié son affidavit de documents—La seule exception à cette règle est la Règle 457(2), qui permet à la partie défenderesse d'interroger la partie demanderesse en tout temps après la signification de la déclaration—Aucune raison d'imposer à un tiers tel un cédant l'obligation que les Règles n'imposent qu'à la partie demanderesse—À savoir l'obligation d'être interrogée au préalable avant que les questions litigieuses n'aient été précisées clairement par le dépôt de la défense—L'appelante doit payer les dépens en appel et en première instance, indépendamment de l'issue de la cause—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 456 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 457 (mod., *idem*).

FLEXI-COIL LTD. C. F.P. BOURGAULT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. (A-256-94, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 29-11-94, 4 p.)

REJET DES PROCÉDURES

Défaut de poursuivre

Jugement rendu en 1979 en faveur de la demanderesse, sur consentement des parties, le quantum des dommages devant être décidé, s'il y a lieu, à une date ultérieure—16 ans plus tard, le quantum n'a pas été décidé—Les rapports médicaux sont complets depuis 1984 et le rapport actuariel a été transmis à la demanderesse en 1990—Il s'est écoulé cinq années entre le moment du commencement de la préparation de l'affidavit

PRATIQUE—Suite

de documents et le moment où celui-ci a été déposé—Application du critère énoncé dans *Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467 (C.F. 1^{re} inst.)—Retard excessif et inexcusable—Les défendeurs ont présumé, et mais n'ont pas démontré, qu'un préjudice résultait inévitablement du retard—Requête rejetée—Le défaut de la demanderesse de poursuivre son action de façon diligente constitue une circons-

PRATIQUE—Fin

tance exceptionnelle au sens de la Règle 440(2)—Les défendeurs sont exemptés de l'exigence d'un préavis de deux semaines—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 440, 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 468, 477.

TREMBLAY C. CANADA (T-2273-76, juge Nadon, ordonnance en date du 19-1-95, 8 p.)

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

8801320

OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group --- Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada --- Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Available from Canada Communication Group --- Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada --- Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9