



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 3, Part 2

2009, Vol. 3, 2^e fascicule

Cited as [2009] 3 F.C.R., 201–414

Renvoi [2009] 3 R.C.F., 201–414

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L.
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP
SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2009.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

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

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

CONTENTS

Judgments	201-414
Digests	D-9

Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc. (F.C.)	234
---	------------

Patents—Action brought under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations), s. 8 claiming recovery against defendants for loss suffered as result of having been kept off market for period of time—Plaintiff generic drug manufacturer seeking to sell generic version of alendronate in Canada—Issuance of notice of compliance (NOC) to plaintiff delayed given prohibition proceedings commenced by defendants—Preliminary issues raised concerning Federal Court jurisdiction, validity of PMNOC Regulations, s. 8, nature, extent of remedy available thereunder—Federal Court having jurisdiction to hear matter—PMNOC Regulations, s. 8 properly enabled by *Patent Act*, s. 55.2(4), not matter falling within exclusive provincial jurisdiction—Patents falling within exclusive competence of federal Parliament—As to nature, extent of remedy available, PMNOC Regulations, s. 8 providing for damages or profits—Generic drug manufacturer entitled to seek profits it would have made if able to market product earlier—PMNOC Regulations, s. 8(1)(b) providing

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Jugements	201-414
Fiches analytiques	F-9

Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc. (C.F.)	234
---	------------

Brevets—Action intentée en vertu de l'art. 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) pour obtenir le recouvrement de dommages-intérêts à l'encontre des défenderesses au titre de la perte subie du fait d'avoir été empêché d'entrer sur le marché—La demanderesse, un fabricant de médicaments génériques, voulait être autorisée à vendre une version générique de l'alendronate au Canada—La délivrance d'un avis de conformité à la demanderesse a été retardée en raison de la procédure d'interdiction entamée par les défenderesses—Les questions préliminaires à trancher concernaient la compétence de la Cour fédérale, la validité de l'art. 8 du Règlement ainsi que la nature et la portée des recours prévus par l'art. 8 —La Cour fédérale a compétence pour statuer sur l'action—L'art. 8 du Règlement est valablement autorisé par l'art 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, ne s'agissant pas d'une matière qui relève de la compétence exclusive des provinces—Les brevets relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral—S'agissant de la nature et de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

compensation period ending on date prohibition application dismissed—Preliminary issues determined.

Federal Court Jurisdiction—Court’s jurisdiction to hear, determine action brought under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations), s. 8—*Federal Courts Act*, s. 20(2) providing Federal Court having jurisdiction in all cases in which remedy sought under Act of Parliament respecting patent of invention—*Patent Act*, s. 55.2(4) authorizing making of regulations to prevent infringement, conferring jurisdiction on “any court of competent jurisdiction” such as Federal Court.

Construction of Statutes—*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations), s. 8 providing Court may make order by way of damages or profits for certain prescribed losses—Words “damages or profits” in s. 8 interpreted as meaning profits generic drug manufacturer would have made if allowed to market product at earlier time—Date “as certified by the Minister” in s. 8(1)(a) regarding period over which compensation provided not defined—Reasonable to conclude date “as certified” corresponding in present case to date Minister’s letter approving plaintiff’s abbreviated new drug submission sent out.

Canada (Attorney General) v. 2431-9154 Québec Inc. (F.C.) 317

Air Law—Judicial review of first-level determination by Transportation Appeal Tribunal concerning Minister of Transport’s cancellation of respondent’s two operator certificates pursuant to *Aeronautics Act*, s. 7.1(1)(c)—Minister cancelling respondent’s Flight Training Unit Operator Certificate (FTUOC), Air Operator Certificate for commercial air service—Tribunal referring Minister’s determination back for reconsideration, staying cancellation until consideration concluded—Minister relying on same 30 grounds to justify cancellation of both certificates but Tribunal dividing evidence in two according to each certificate—Therefore, Tribunal only considering 10 of 30 grounds relied on to cancel

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

portée des recours prévus, l’art. 8 du Règlement prévoit des dommages-intérêts ou des profits—Le fabricant de produits génériques a droit aux profits qu’il aurait réalisés s’il avait pu commercialiser son produit plus tôt—L’art. 8(1)b) du Règlement dispose que la période visée par l’indemnité se terminera à la date du rejet de la demande en interdiction—Les questions préliminaires ont été tranchées.

Compétence de la Cour fédérale—Compétence de la Cour pour statuer sur les actions introduites en vertu de l’art. 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement)—L’art. 20(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que la Cour fédérale a compétence dans tous les autres cas de recours sous le régime d’une loi fédérale relativement à un brevet d’invention—L’art. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* autorise la prise de règlements pour empêcher la contrefaçon de brevets, conférant des droits d’action « devant tout tribunal compétent », notamment la Cour fédérale.

Interprétation des lois—L’art. 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) précise que le tribunal peut rendre une ordonnance pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l’égard de certaines pertes prévues—Les mots « recouvrement de dommages-intérêts ou de profits » à l’art. 8 sont interprétés comme signifiant les profits que le fabricant de produits génériques aurait réalisés s’il avait pu commercialiser son produit plus tôt—La date « attestée par le ministre » à l’art. 8(1)a) quant à la période visée par l’indemnité n’est pas définie—Il était raisonnable de conclure que la date « attestée » en l’espèce était la date de transmission de la lettre dans laquelle le ministre a approuvé la présentation abrégée de drogue nouvelle de la demanderesse.

Canada (Procureur général) c. 2431-9154 Québec Inc. (C.F.) 317

Droit aérien—Contrôle judiciaire d’une décision au premier palier rendue par le Tribunal d’appel des transports concernant la décision du ministre des Transports d’annuler les deux certificats d’exploitation de la défenderesse en vertu de l’art. 7.1(1)c) de la *Loi sur l’aéronautique*—Le ministre a annulé le certificat d’exploitation de l’unité de formation au pilotage (le certificat) et le certificat d’exploitation d’un service commercial aérien de la défenderesse—Le Tribunal a renvoyé au ministre pour réexamen sa décision et a suspendu la décision d’annuler le certificat jusqu’à ce que le ministre ait réexaminé sa décision—Le ministre a invoqué les mêmes 30 motifs pour justifier l’annulation des deux certificats, mais

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

FTUOC—Under Act, s. 7.1(1), Minister entitled to suspend, cancel or refuse renewal of Canadian aviation document on specific grounds—Minister having onus to justify actions taken under s. 7.1(1)—Act, s. 7.1(1)(c) giving Minister power to cancel operator certificate if Minister of opinion public interest warranted—Minister entitled to examine entire record of licensee or principals thereof before cancelling certificate, including contravention history of operator certificate's holder—Tribunal having no power to exclude consideration of 20 grounds for cancellation relied on by Minister—Exclusion of evidence going to heart of circumstances relied on by Minister in cancelling certificate, contrary to purpose of Act, s. 7.1(1)(c)—Tribunal erring in law by failing to consider all evidence in record—Application allowed.

Construction of Statutes—Judicial review of first-level determination by Transportation Appeal Tribunal concerning Minister of Transport's cancellation of respondent's two operator certificates pursuant to *Aeronautics Act*, s. 7.1(1)(c)—Whether *Aeronautics Act*, s. 7.2(1) giving Minister right to appeal to second level of Tribunal from member's determination under Act, s. 7.1(7)—Contradictions existing between English, French versions of Act, s. 7.2(1) regarding right of appeal since English version not giving Minister right to appeal to first-level determination made under s. 7.1(7) while French version granting Minister that right—Contradiction resulting from drafting error in French when s. 7.2(1) amended in 2004—Judicial review only way to challenge Tribunal's decision—Whether Tribunal misinterpreting Act, s. 7.1(1)(c) in dividing grounds for cancellation of certificates—Mandate of Minister of Transport, officials in Department of Transport to enforce law, regulations in interest of public safety in aviation—S. 7.1(1) intended to provide Minister with tool to promote Act's objective—Public interest engaged when past non-compliance serious, repeated enough that risk of further offences being committed in future.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

le Tribunal a divisé la preuve en deux selon chaque certificat —Par conséquent, le Tribunal n'a examiné que 10 des 30 motifs invoqués pour annuler le certificat—En vertu de l'art. 7.1(1) de la Loi, le ministre est fondé de suspendre, d'annuler ou de ne pas renouveler un document d'aviation canadien pour des motifs précis—Il incombe au ministre de justifier les mesures prises en vertu de l'art. 7.1(1)—L'art. 7.1(1)(c) de la Loi autorise le ministre à annuler un certificat d'exploitation s'il estime que l'intérêt public le requiert—Le ministre est fondé de considérer le dossier complet du titulaire de la licence ou de ses dirigeants avant d'annuler un certificat, notamment l'historique des contraventions d'un titulaire d'un certificat d'exploitation—Le Tribunal n'avait aucun pouvoir d'exclure la considération de 20 motifs d'annulation que le ministre avait invoqués—L'exclusion de la preuve allait au cœur des circonstances invoquées par le ministre pour l'annulation du certificat et allait à l'encontre du but visé par l'art. 7.1(1)(c) de la Loi—Le Tribunal a commis une erreur de droit en ne considérant pas toute la preuve devant lui—Demande accueillie.

Interprétation des lois—Contrôle judiciaire d'une décision au premier palier rendue par le Tribunal d'appel des transports concernant la décision du ministre des Transports d'annuler les deux certificats d'exploitation de la défenderesse en vertu de l'art. 7.1(1)(c) de la *Loi sur l'aéronautique*—Il s'agissait de savoir si l'art. 7.2(1) de la *Loi sur l'aéronautique* accorde au ministre un droit d'appel au deuxième palier du Tribunal d'une décision rendue sous l'art. 7.1(7) de la Loi—Il y a une contradiction entre les versions anglaise et française de l'art. 7.2(1) de la Loi quant au droit d'appel parce que le texte anglais n'accorde aucun droit d'appel au ministre d'une décision prise au premier palier sous l'art. 7.1(7) tandis que la version française lui confère ce droit—La contradiction a été causée par une erreur de rédaction lorsque l'art. 7.2(1) a été modifié en 2004—Le contrôle judiciaire était la seule voie pour contester la décision du Tribunal—Il s'agissait de savoir si le Tribunal a mal interprété l'art. 7.1(1)(c) de la Loi en partageant les motifs d'annulation des certificats—Le mandat du ministre des Transports et des fonctionnaires dans son Ministère a pour objectif l'exécution de la loi et des règlements d'application dans l'intérêt de la sécurité publique—L'art. 7.1(1) a pour but de mettre à la disposition du ministre un outil afin de promouvoir l'objectif de la Loi—L'intérêt public est engagé lorsque les non-respects dans le passé sont suffisamment graves et répétitifs permettant de conclure qu'il existe un risque de récidive.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Friends of the Earth v. Canada (Governor in Council) (F.C.) 201

Environment—Judicial review seeking declaratory, mandatory relief in connection with alleged breaches of duties under *Kyoto Protocol Implementation Act* (KPIA)—Whether KPIA, ss. 5, 7, 8, 9 imposing justiciable duties—Justiciability matter of statutory interpretation directed at identifying Parliamentary intent—KPIA, s. 5 not imposing justiciable duty upon Minister to prepare, table Climate Change Plan complying with Kyoto Protocol— KPIA, ss. 7, 8, 9, not imposing justiciable duties upon Governor in Council to make, amend, repeal environmental regulations within timelines therein stated—Applications dismissed.

Construction of Statutes—*Kyoto Protocol Implementation Act* (KPIA), ss. 5, 7, 8, 9—Under KPIA, s. 5, failure of Minister to prepare Climate Change Plan justiciable, but not its content—Words “to ensure that Canada meets its [Kyoto] obligations” not imperative—KPIA contemplating ongoing process of review and adjustment within continuously evolving scientific, political environment—These matters not completely controlled by Government of Canada—As KPIA, s. 5(1)(f), allowing for failure to implement any required remedial measures for ensuring Kyoto compliance, implicit strict compliance with Kyoto emission obligations in context of any particular Climate Change Plan not required—Permissive language of KPIA, s. 7 not creating mandatory duty for Governor in Council (GIC) to pass, repeal, amend environmental regulations—KPIA, ss. 8, 9 prescribing ancillary duties of publishing, reporting, consulting on efficacy of such measures, likewise not justiciable if GIC declining to act.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Ami(e)s de la Terre c. Canada (Gouverneur en conseil) (C.F.) 201

Environnement—Contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclaratoire et une injonction pour de présumés manquements à des obligations issues de la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* (la LMOPK)—Il s’agissait de savoir si les art. 5, 7, 8 et 9 de la LMOPK imposent des obligations dont on peut saisir les tribunaux—La justiciabilité des questions relevait de l’exercice d’interprétation des lois, qui a pour objet de définir l’intention du législateur—L’art. 5 de la LMOPK n’impose pas au ministre une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de préparer et déposer un Plan sur les changements climatiques conforme au Protocole de Kyoto—Les art. 7, 8 et 9 de la LMOPK n’imposent pas au gouverneur en conseil une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux à l’intérieur des délais qui y sont mentionnés—Demandes rejetées.

Interprétation des lois—Art. 5, 7, 8 et 9 de la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* (la LMOPK)—Suivant l’art. 5 de la LMOPK, le fait pour le ministre de ne pas préparer de Plan sur les changements climatiques peut ressortir à la Cour, mais pas son contenu—Les mots « assurer le respect des engagements du Canada aux termes [...] du Protocole de Kyoto » n’indiquent pas une obligation—La LMOPK envisage un processus permanent d’examen et d’ajustement à l’intérieur d’un environnement scientifique et politique en constante évolution—Ce ne sont pas là des aspects sur lesquels le gouvernement du Canada peut exercer un absolu droit de regard—Comme l’art. 5(1)(f) de la LMOPK anticipe l’absence de mise en œuvre de l’une ou l’autre des mesures correctives nécessaires propres à garantir la conformité au Protocole de Kyoto, la stricte conformité implicite aux engagements prévus par le Protocole de Kyoto en matière de réduction des émissions n’est pas, dans le contexte de tel ou tel Plan sur les changements climatiques, requise—Le libellé facultatif de l’art. 7 de la LMOPK n’impose pas au gouverneur en conseil (le GC) une obligation de réglementation de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux—Les art. 8 et 9 de la LMOPK prévoient les obligations accessoires que sont la publication, l’établissement de rapports ou la consultation sur l’efficacité de telles mesures qui ne ressortiraient pas par ailleurs aux cours de justice si le GC refuse d’agir.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)**Oberlander v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . 358**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of Governor in Council (Cabinet) order revoking applicant’s citizenship on basis obtained by knowingly concealing fact former auxiliary of Nazi death squad (EK 10a)—Citizenship revocation policy providing person complicit if aware of commission of war crimes or crimes against humanity, contributing directly, indirectly to occurrence thereof—Membership in organization responsible for committing atrocities sufficient to establish complicity if organization having limited brutal purpose—Policy indicating presumption of awareness rebuttable, but not referring to rebuttable presumption of “shared common purpose”—Minister concluding applicant complicit in activities of EK 10a given evidence of membership, involvement, knowledge of activities of limited brutal purpose organization—Cabinet having right to embrace some, all, none of existing law on complicity; establish what is sufficient evidence to suspect person’s complicity in war crimes and what rebuttable presumptions will be allowed—Cabinet’s decision reasonable, justified, transparent, intelligible, defensible—Issues relating to impact of deportation irrelevant—Overwhelming policy consideration that Canada’s “no safe haven” policy be enforced—Application dismissed.

Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 294

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Humanitarian and Compassionate Considerations (H&C)—Appeal from Federal Court decision setting aside immigration officer’s refusal of respondent’s application on H&C grounds under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1)—In application, respondent alleging breaches of International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter)—Officer stating no jurisdiction to decide questions of international, constitutional law—Act, s. 3(3)(f) directing that Act be construed, applied in compliance with international human rights instruments to which Canada signatory—H&C officers

*Continued on next page***SOMMAIRE (Suite)****Oberlander c. Canada (Procureur général) (C.F.) 358**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Contrôle judiciaire du décret adopté par le gouverneur en conseil (le Cabinet) pour révoquer la citoyenneté du demandeur au motif qu’elle a été acquise par dissimulation intentionnelle du fait que le demandeur a été un auxiliaire d’un escadron de la mort nazi (l’unité EK 10a)—La politique concernant l’annulation de la citoyenneté précise qu’une personne est complice si, tout en sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité ont été commis, elle a contribué directement ou indirectement à leur perpétration—Le fait d’être membre d’une organisation responsable d’atrocités peut, si l’organisation ne vise que la violence, suffire pour que l’on considère qu’une personne est complice—Il est indiqué dans la politique que la présomption de connaissance est réfutable, mais la politique ne contient aucune mention de présomption réfutable à l’égard de l’« intention commune »—Le ministre a conclu que le demandeur avait été complice des activités de l’unité EK 10a parce qu’il existait une preuve de son appartenance à l’unité, de sa participation dans celle-ci et de sa connaissance des fins brutales de l’unité—Le Cabinet pouvait décider d’appliquer tout ou partie des règles de droit en vigueur concernant la complicité ou de ne pas les appliquer et d’établir ce qu’il considérait comme preuve suffisante pour qu’une personne soit soupçonnée d’avoir été complice de crimes de guerre et quelle présomption réfutable il accepterait—La décision du Cabinet était raisonnable, justifiée, transparente, intelligible et pouvait se justifier—Les questions sur les conséquences de l’expulsion étaient non pertinentes—L’évidente considération d’intérêt public portait sur le fait que le Canada doit appliquer sa politique d’exclusion—Demande rejetée.

Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 294

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Motifs d’ordre humanitaire—Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision d’une agente d’immigration, qui avait rejeté la demande de l’intimé fondée sur des motifs d’ordre humanitaire en vertu de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Dans sa demande, l’intimé alléguait qu’il y avait eu manquement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et à la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte)—L’agente a jugé ne pas avoir la compétence pour trancher des questions de droit international et de droit constitutionnel—L’art. 3(3)f) de la Loi précise que la Loi

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

dealing with s. 25 applications having duty to consider humanitarian, compassionate values enshrined in Charter, ICCPR, such as family-related interests—Officer taking into account all relevant factors in H&C analysis, addressing different, important interests at stake, giving careful weight to interests of child, importance of family unit—Act, s. 3(3) (f) not requiring officer exercising discretion under Act, s. 25 to specifically refer to, analyse international human rights instruments to which Canada signatory—Sufficient if substance of issues raised addressed—Pursuant to Act, s. 25, officer’s jurisdiction limited to deciding whether H&C considerations justifying exemption from strict application of permanent resident requirements, not to decide validity of removal order issued—Certified question erroneously asking whether officer having jurisdiction to consider if removal breaching ICCPR—Certified question not answered since irrelevant, not dispositive of appeal—Appeal allowed.

Rodriguez Diaz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 395

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division decision applicant not Convention refugee, person in need of protection—Whether Board erred in internal flight alternative analysis by failing to consider applicant’s HIV-positive status—Board failing to adequately consider evidence negative stigmas towards HIV-positive Mexicans, barriers to employment affecting access to health care, amounting to persecution—Board also not sufficiently addressing applicant’s submission he would experience persecution, risk as HIV-positive Mexican without meaningful family support—Application allowed.

SOMMAIRE (Fin)

doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière qui est compatible aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire—Les agents chargés du traitement d’une demande fondée sur l’art. 25 doivent garder à l’esprit les valeurs humanitaires fondamentales consacrées par la Charte et le PIRDCP, notamment les intérêts relatifs à la famille—L’agente a pris en compte tous les facteurs pertinents dans son analyse portant sur les motifs d’ordre humanitaire, se penchant sur les intérêts divers et importants en cause et accordant de façon prudente du poids aux intérêts de l’enfant et à l’importance de la famille—L’art. 3(3)f) de la Loi n’exige pas qu’un agent, lorsqu’il exerce le pouvoir discrétionnaire prévu par l’art. 25 de la Loi, mentionne expressément les instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire et en fasse l’analyse—Il suffit que l’agent traite de la teneur de ces instruments—En vertu de l’art. 25 de la Loi, la compétence de l’agente se limite à déterminer si des motifs d’ordre humanitaire justifient une dispense de l’application rigoureuse des exigences d’une demande de résidence permanente, non pas à statuer sur la validité d’une mesure de renvoi délivrée contre l’intimé—La question certifiée demandait à tort si un agent a compétence pour décider si le renvoi d’un demandeur contrevient au PIRDCP—Il n’était pas nécessaire de répondre à la question certifiée puisqu’elle n’était pas pertinente et ne permettait pas de régler l’appel—Appel accueilli.

Rodriguez Diaz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 395

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que le demandeur n’était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger—Il s’agissait de savoir si la Commission a commis une erreur dans son analyse de la possibilité de refuge intérieur en ne tenant pas compte de la séropositivité du demandeur—La Commission a omis d’examiner de manière adéquate la preuve donnant à penser que des jugements moraux négatifs envers les Mexicains séropositifs et les barrières à l’emploi ayant une incidence sur l’accès aux soins de la santé équivalaient à de la persécution—En outre, la Commission n’a pas suffisamment examiné les arguments du demandeur selon lesquels il serait persécuté et exposé à des risques en tant que Mexicain séropositif ne disposant d’aucune aide familiale—Demande accueillie.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Khadr v. Canada (Prime Minister) (T-1228-08, 2009 FC 405) has been affirmed on appeal (A-208-09, 2009 FCA 246). The reasons for judgment, handed down August 14, 2009, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Bell Canada v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (A-516-06, A-517-06, 2008 FCA 91) has been affirmed on appeal (2009 SCC 40). The reasons for judgment, handed down September 18, 2009, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Kamel v. Canada (Attorney General), A-167-08, 2009 FCA 21, Décary J.A., judgment dated January 23, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused August 20, 2009.

Khadr v. Canada (Prime Minister), A-208-09, 2009 FCA 246, Evans and Sharlow J.J.A., judgment dated August 14, 2009, leave to appeal to S.C.C. granted September 4, 2009.

Kossow v. Canada, A-385-08, 2009 FCA 83, Létourneau J.A., judgment dated March 16, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused September 17, 2009.

Saumier v. Canada (Attorney General), A-52-08, 2009 FCA 51, Nadon J.A., judgment dated February 20, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused September 17, 2009.

Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Canada, A-117-08, 2009 FCA 49, Noël J.A., judgment dated February 18, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused September 17, 2009.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Khadr c. Canada (Premier ministre)* (T-1228-08, 2009 CF 405) a été confirmée en appel (A-208-09, 2009 CAF 246). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 14 août 2009, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Bell Canada c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (A-516-06, A-517-06, 2008 CAF 91) a été confirmé en appel (2009 CSC 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 18 septembre 2009, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Kamel c. Canada (Procureur général), A-167-08, 2009 CAF 21, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 23 janvier 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 août 2009.

Khadr c. Canada (Premier ministre), A-208-09, 2009 CAF 246, les juges Evans et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 14 août 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 4 septembre 2009.

Kossow c. Canada, A-385-08, 2009 CAF 83, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 16 mars 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 septembre 2009.

Saumier c. Canada (Procureur général), A-52-08, 2009 CAF 51, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 20 février 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 septembre 2009.

Telus Communications (Edmonton) Inc. c. Canada, A-117-08, 2009 CAF 49, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 18 février 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 septembre 2009.

ERRATUM

In *FMC Technologies Co. v. M.N.R.*, [2009] 3 F.C.R. 48 (F.C.), at page 48, the text below the “Indexed as” entry has been amended to read: “Federal Court, Mactavish J.”

ERRATUM

Dans la décision *FMC Technologies Co. c. M.R.N.*, [2009] 3 R.C.F. 48 (C.F.), à la page 48, le texte se trouvant sous la rubrique « Répertoire » a été remplacé par : « Cour fédérale, juge Mactavish ».

**Federal Courts
Reports**

2009, Vol. 3, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 3, 2^e fascicule

2008F C1183
T-2013-07

2008 CF 1183
T-2013-07

Friends of the Earth — Les Ami(e)s de la Terre
(*Applicant*)

Les Ami(e)s de la Terre — Friends of the Earth
(*demanderesse*)

v.

c.

The Governor in Council and the Minister of the Environment (*Respondents*)

Le gouverneur en conseil et le ministre de l'Environnement (*défendeurs*)

T-78-08

T-78-08

Friends of the Earth — Les Ami(e)s de la Terre
(*Applicant*)

Les Ami(e)s de la Terre — Friends of the Earth
(*demanderesse*)

v.

c.

The Governor in Council (*Respondent*)

Le gouverneur en conseil (*défendeur*)

T-1683-07

T-1683-07

Friends of the Earth — Les Ami(e)s de la Terre
(*Applicant*)

Les Ami(e)s de la Terre — Friends of the Earth
(*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of the Environment (*Respondent*)

Le ministre de l'Environnement (*défendeur*)

INDEXED AS: FRIENDS OF THE EARTH v. CANADA
(**GOVERNOR IN COUNCIL**)(*F.C.*)

RÉPERTORIÉ : AMI(E)S DE LA TERRE c. CANADA
(**GOUVERNEUR EN CONSEIL**)(*C.F.*)

Federal Court, Barnes J.—Toronto, June 18; Vancouver, October 20, 2008.

Cour fédérale, juge Barnes—Toronto, 18 juin; Vancouver, 20 octobre 2008.

Environment — Judicial review seeking declaratory, mandatory relief in connection with alleged breaches of duties under Kyoto Protocol Implementation Act (KPIA) — Whether KPIA, ss. 5, 7, 8, 9 imposing justiciable duties — Justiciability matter of statutory interpretation directed at identifying Parliamentary intent — KPIA, s. 5 not imposing justiciable duty upon Minister to prepare, table Climate Change Plan complying with Kyoto Protocol— KPIA, ss. 7, 8, 9, not imposing justiciable duties upon Governor in Council to make,

Environnement — Contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclaratoire et une injonction pour de présumés manquements à des obligations issues de la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto (la LMOPK) — Il s'agissait de savoir si les art. 5, 7, 8 et 9 de la LMOPK imposent des obligations dont on peut saisir les tribunaux — La justiciabilité des questions relevait de l'exercice d'interprétation des lois, qui a pour objet de définir l'intention du législateur — L'art. 5 de la LMOPK n'impose pas au ministre une obligation, dont

amend, repeal environmental regulations within timelines therein stated — Applications dismissed.

Construction of Statutes — Kyoto Protocol Implementation Act (KPIA), ss. 5, 7, 8, 9 — Under KPIA, s. 5, failure of Minister to prepare Climate Change Plan justiciable, but not its content — Words “to ensure that Canada meets its [Kyoto] obligations” not imperative — KPIA contemplating ongoing process of review and adjustment within continuously evolving scientific, political environment — These matters not completely controlled by Government of Canada — As KPIA, s. 5(1)(f), allowing for failure to implement any required remedial measures for ensuring Kyoto compliance, implicit strict compliance with Kyoto emission obligations in context of any particular Climate Change Plan not required — Permissive language of KPIA, s. 7 not creating mandatory duty for Governor in Council (GIC) to pass, repeal, amend environmental regulations — KPIA, ss. 8, 9 prescribing ancillary duties of publishing, reporting, consulting on efficacy of such measures, likewise not justiciable if GIC declining to act.

These were three applications for judicial review each seeking declaratory and mandatory relief in connection with a succession of alleged breaches of duties said to arise under the *Kyoto Protocol Implementation Act* (KPIA).

The KPIA, which was introduced to Parliament as a private member’s bill, was not supported by the government, which explains why it embodies a legislative policy that is inconsistent with stated government policy (that Canada would not comply with Kyoto Protocol targets). The KPIA imposes a number of responsibilities upon the Minister and the Governor in Council (GIC), such as the requirement that a Climate Change Plan be prepared describing “the measures to be taken to ensure that Canada meets its [Kyoto] obligations.” The Climate Change Plan submitted by the government made it very clear that it had no present intention of meeting its Kyoto Protocol commitments.

on peut saisir les tribunaux, de préparer et déposer un Plan sur les changements climatiques conforme au Protocole de Kyoto — Les art. 7, 8 et 9 de la LMOPK n’imposent pas au gouverneur en conseil une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux à l’intérieur des délais qui y sont mentionnés — Demandes rejetées.

Interprétation des lois — Art. 5, 7, 8 et 9 de la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto (la LMOPK) — Suivant l’art. 5 de la LMOPK, le fait pour le ministre de ne pas préparer de Plan sur les changements climatiques peut ressortir à la Cour, mais pas son contenu — Les mots « assurer le respect des engagements du Canada aux termes [...] du Protocole de Kyoto » n’indiquent pas une obligation — La LMOPK envisage un processus permanent d’examen et d’ajustement à l’intérieur d’un environnement scientifique et politique en constante évolution — Ce ne sont pas là des aspects sur lesquels le gouvernement du Canada peut exercer un absolu droit de regard — Comme l’art. 5(1)(f) de la LMOPK anticipe l’absence de mise en œuvre de l’une ou l’autre des mesures correctives nécessaires propres à garantir la conformité au Protocole de Kyoto, la stricte conformité implicite aux engagements prévus par le Protocole de Kyoto en matière de réduction des émissions n’est pas, dans le contexte de tel ou tel Plan sur les changements climatiques, requise — Le libellé facultatif de l’art. 7 de la LMOPK n’impose pas au gouverneur en conseil (le GC) une obligation de réglementation de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux — Les art. 8 et 9 de la LMOPK prévoient les obligations accessoires que sont la publication, l’établissement de rapports ou la consultation sur l’efficacité de telles mesures qui ne ressortiraient pas par ailleurs aux cours de justice si le GC refuse d’agir.

Il s’agissait de trois demandes de contrôle judiciaire, sollicitant dans chaque cas un jugement déclaratoire et une injonction pour une série de présumés manquements à des obligations qui découleraient de la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* (la LMOPK).

La LMOPK, qui a été déposée au Parlement en tant que projet de loi d’initiative parlementaire, n’était pas appuyée par le gouvernement, ce qui explique pourquoi elle énonce une politique législative qui ne correspond pas à la politique gouvernementale officielle (que le Canada ne se conformerait pas aux cibles du Protocole de Kyoto). La LMOPK impose plusieurs obligations au ministre et au gouverneur en conseil (le GC), notamment la préparation d’un Plan sur les changements climatiques décrivant « les mesures à prendre afin d’assurer le respect des engagements du Canada aux termes [...] du Protocole de Kyoto ». Le Plan sur les changements climatiques préparé par le gouvernement du Canada disait très clairement que le gouvernement n’a pas l’intention à l’heure actuelle de remplir ses engagements aux termes du Protocole de Kyoto.

The issues were whether (1) the applicant had standing to bring these applications, (2) section 5 of the KPIA imposed a justiciable duty upon the Minister to prepare and table a Climate Change Plan that is Kyoto compliant, and (3) sections 7, 8 and 9 of the KPIA imposed justiciable duties upon the GIC to make, amend or repeal environmental regulations within the timelines therein stated.

Held, the applications should be dismissed.

The issue of the applicant's standing was to be resolved solely on the basis of the justiciability of the substantive issues it raised. The justiciability of these issues was a matter of statutory interpretation directed at identifying Parliamentary intent: in particular, whether Parliament intended that the statutory duties imposed upon the Minister and upon the GIC by the KPIA be subjected to judicial scrutiny and remediation.

While the failure of the Minister to prepare a Climate Change Plan may well be justiciable, as evidenced by the mandatory term "shall" in section 5 of the KPIA, an evaluation of its content is not. The word "ensure" found in section 5 and elsewhere in the KPIA is not commonly used in the context of statutory interpretation to indicate an imperative. The Act also contemplates an ongoing process of review and adjustment within a continuously evolving scientific and political environment. These are not matters that can be completely controlled by the Government of Canada such that it could unilaterally ensure Kyoto compliance within any particular timeframe. As paragraph 5(1)(f) allows for a failure to implement any of the required remedial measures for ensuring Kyoto compliance in a given year, it is implicit that strict compliance with the Kyoto emission obligations in the context of any particular Climate Change Plan is not required by section 5. It would be incongruous for the Court to be able to order the Minister to prepare a compliant Plan where he has deliberately and transparently declined to do so for reasons of public policy.

That the words "to ensure" used in section 5 reflect only a permissive intent is also indicated by the use of those words in section 7 dealing with the authority of the GIC to pass, repeal or amend environmental regulations.

Les questions en litige étaient celles de savoir si 1) la demanderesse avait la qualité pour agir en déposant ces demandes, 2) l'article 5 de la LMOPK impose au ministre une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de préparer et déposer un Plan sur les changements climatiques conforme au Protocole de Kyoto, et 3) les articles 7, 8 et 9 de la LMOPK imposent au GC une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux à l'intérieur des délais qui y sont mentionnés.

Jugement : les demandes doivent être rejetées.

La question de la qualité pour agir de la demanderesse a été résolue uniquement sur le fondement de la justiciabilité des questions de fond qu'elle a soulevées. La justiciabilité de ces questions relevait de l'exercice d'interprétation des lois, un exercice dont l'objet est de définir l'intention du législateur : plus précisément, le législateur voulait-il que les obligations imposées au ministre et au GC par la LMOPK soient soumises à l'examen des tribunaux et à des recours judiciaires?

Bien que le fait pour le ministre de ne pas avoir préparé un Plan sur les changements climatiques puisse ressortir à la Cour, comme il ressort de l'utilisation de l'indicatif présent à l'article 5 de la LMOPK, tel n'est pas le cas d'une évaluation du contenu d'un tel plan. Le verbe « assurer », que l'on trouve dans l'article 5 et ailleurs dans la LMOPK, n'a pas en général pour effet, dans le contexte de l'interprétation des lois, d'indiquer une obligation. De même, la Loi envisage un processus permanent d'examen et d'ajustement à l'intérieur d'un environnement scientifique et politique en constante évolution. Ce ne sont pas là des aspects sur lesquels le gouvernement du Canada peut exercer un absolu droit de regard au point qu'il puisse unilatéralement garantir l'observation du Protocole de Kyoto au cours d'une année donnée. Comme l'alinéa 5(1)f) anticipe l'absence de mise en œuvre de l'une ou l'autre des mesures correctives nécessaires propres à garantir la conformité au Protocole de Kyoto au cours d'une année donnée, cette disposition reconnaît implicitement que, dans le contexte de tel ou tel Plan sur les changements climatiques, la stricte conformité aux engagements prévus par le Protocole de Kyoto en matière de réduction des émissions n'est pas requise par l'article 5. Il serait absurde que la Cour puisse ordonner au ministre de préparer un plan conforme au Protocole s'il a refusé, d'une manière délibérée et transparente, de le faire pour des raisons de politique générale.

Le mot « assurer », employé dans l'article 5, rend compte uniquement d'une chose facultative, et cela est attesté aussi par l'emploi de ce verbe (ou du verbe équivalent « veiller à ») dans l'article 7, qui confère au GC le pouvoir de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux.

If section 7 of the KPIA does not create a mandatory duty to regulate, it necessarily follows that all of the regulatory and related duties described in sections 8 and 9 of the KPIA are not justiciable if the GIC declines to act. If the government cannot be compelled to regulate, it cannot be required to carry out the ancillary duties of publishing, reporting or consulting on the efficacy of such measures—unless and until there is a proposed KPIA regulatory change.

The issue of justiciability was also assessed in the context of the other mechanisms adopted by the KPIA for ensuring Kyoto compliance. KPIA creates rather elaborate reporting and review mechanisms within the Parliamentary sphere. Considering the scope of these review mechanisms, the statutory scheme must be interpreted as excluding judicial review over issues of substantive Kyoto compliance including the regulatory function. Parliament has, with the KPIA, created a comprehensive system of public and parliamentary accountability as a substitute for judicial review.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Health Act, R.S.C., 1985, c. C-6.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.
Kyoto Protocol Implementation Act, S.C. 2007, c. 30, ss. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 10.1.
Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11 December 1997, 2303 U.N.T.S. 148, Art. 3.1.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Ontario (Minister of Transport) v. Ryder Truck Rental Canada Ltd. (2000), 47 O.R. (3d) 171; 1 M.V.R. (4th) 10; 129 O.A.C. 80 (C.A.); *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; *Greenshields et al. v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216; (1958), 17 D.L.R. (2d) 33; [1959] C.T.C. 77; *Canadian Union of Public Employees v. Canada (Minister of Health)* (2004), 244 D.L.R. (4th) 175; 21 Admin. L.R. (4th) 108; 261 F.T.R. 237; 2004 FC 1334; *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 2 All E.R. 244 (H.L.); *Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1991] 2 F.C. 3; [1991] 2 C.N.L.R. 22; (1990), 39 F.T.R. 142 (T.D.); *Re Pim and Minister of the Environment* (1978), 23 O.R. (2d) 45; 94 D.L.R. (3d) 254 (Div. Ct.).

Si l'article 7 de la LMOPK n'établit pas une obligation de réglementation, il s'ensuit nécessairement qu'aucune des obligations de réglementation ou autres obligations dont parlent les articles 8 et 9 de la LMOPK ne ressortit aux cours de justice si le GC refuse d'agir. Si le gouvernement ne peut pas être contraint de prendre des règlements, il ne peut être tenu d'accomplir les obligations accessoires que sont la publication, l'établissement de rapports ou la consultation sur l'efficacité de telles mesures tant et aussi longtemps qu'une mesure réglementaire n'est pas envisagée selon la LMOPK.

La question de la justiciabilité a également été appréciée dans le contexte des autres mécanismes adoptés par la LMOPK pour assurer le respect du Protocole de Kyoto. La LMOPK établit des mécanismes assez détaillés de notification et d'examen à l'intérieur de la sphère parlementaire. Compte tenu de la portée des mécanismes d'examen, le texte législatif doit être interprété d'une manière qui exclut tout contrôle judiciaire sur les questions touchant le respect du Protocole de Kyoto, y compris sur la fonction de réglementation. En promulguant la LMOPK, le Parlement a établi un système détaillé de responsabilité devant le public et devant le Parlement, un système qui remplace le contrôle judiciaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur la santé, L.R.C. (1985), ch. C-6.
Loi de mise en oeuvre du Protocole de Kyoto, L.C. 2007, ch. 30, art. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 10.1.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.
Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997, 2303 R.T.N.U. 148, art. 3.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ontario (Minister of Transport) v. Ryder Truck Rental Canada Ltd. (2000), 47 O.R. (3d) 171; 1 M.V.R. (4th) 10; 129 O.A.C. 80 (C.A.); *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Greenshields et al. v. The Queen*, [1958] R.C.S. 216; (1958), 17 D.L.R. (2d) 33; [1959] C.T.C. 77; *Syndicat canadien de la fonction publique c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1334; *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 2 All E.R. 244 (H.L.); *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1991] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.); *Re Pim and Minister of the Environment* (1978), 23 O.R. (2d) 45; 94 D.L.R. (3d) 254 (C. div.).

REFERRED TO:

Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; *Fraser v. Canada (Attorney General)* (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 101; [2005] O.T.C. 1127 (Ont. S.C.J.); *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; (1994), 119 D.L.R. (4th) 405; 173 N.R. 321; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; (2003), 218 N.S.R. (2d) 311; 232 D.L.R. (4th) 577; 2003 SCC 62; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 40 Admin. L.R. 1; *Chiasson v. Canada* (2003), 226 D.L.R. (4th) 351; 303 N.R. 54; 2003 FCA 155.

AUTHORS CITED

Environment Canada. *A Climate Change Plan for the Purposes of the Kyoto Protocol Implementation Act-2007*, 2007, online: <http://www.ec.gc.ca/doc/ed-es/p_123/CC_Plan_2007_e.pdf>.
Response of the National Round Table on the Environment and the Economy to its Obligations Under the Kyoto Protocol Implementation Act, September 2007, online: <<http://www.nrtee-trnee.com/eng/publications/KPIA-2007/NRTEE-C288-Response-2007-eng.pdf>>.
 Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*. Scarborough: Carswell, 1999.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATIONS for judicial review seeking declaratory and mandatory relief in connection with a succession of alleged breaches of duties said to arise under the *Kyoto Protocol Implementation Act*. Applications dismissed.

APPEARANCES:

Chris G. Paliare, Andrew K. Lokan and Hugh S. Wilkins for applicant.
Peter M. Southey and Andrea Bourke for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, and Ecojustice Canada, Toronto, for applicant.

DÉCISIONS CITÉES :

Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 236; *Fraser v. Canada (Attorney General)* (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 101; [2005] O.T.C. 1127 (C.S.J. Ont.); *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; [1994] R.D.F. 617; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; 2003 CSC 62; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Chiasson c. Canada*, 2003 CAF 155.

DOCTRINE CITÉE

Environnement Canada. *Plan sur les changements climatiques pour la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto-2007*. 2007, en ligne : <http://www.ec.gc.ca/doc/ed-es/p_123/Plan_CC_2007_f.pdf>.
Réponse de la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie à ses obligations en vertu de la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto, septembre 2007, en ligne : <<http://www.nrtee-trnee.com/fra/publications/Impok-2007/trnee-impok-2007.pdf>>.
 Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*. Scarborough : Carswell, 1999.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Toronto : Butterworths, 2002.

DEMANDES de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclaratoire et une injonction pour une série de présumés manquements à des obligations qui découleraient de la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto*. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

Chris G. Paliare, Andrew K. Lokan et Hugh S. Wilkins pour la demanderesse.
Peter M. Southey et Andrea Bourke pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, et Ecojustice Canada, Toronto, pour la demanderesse.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

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

[1] BARNES J.: The applicant, Friends of the Earth—Les Ami(e)s de la Terre (FoE), is a Canadian not-for-profit organization with a mission to protect the national and global environment. It has 3 500 Canadian members and is part of an international federation representing 70 countries.

[1] LE JUGE BARNES : La demanderesse, Les Ami(e)s de la Terre — Friends of the Earth (FoE), est une organisation canadienne à but non lucratif dont la mission est de protéger l'environnement au niveau national et au niveau mondial. Elle compte 3 500 membres canadiens et fait partie d'une fédération internationale représentant 70 pays.

[2] FoE brings three applications for judicial review before the Court each seeking declaratory and mandatory relief in connection with a succession of alleged breaches of duties said to arise under the *Kyoto Protocol Implementation Act*, S.C. 2007, c. 30 (KPIA). All three of the applications are closely related and they were ordered to be heard consecutively by an order of Justice Anne Mactavish dated April 17, 2008. Because these applications are all based on common material facts and involve interrelated issues of statutory interpretation, it is appropriate to issue a single set of reasons.

[2] FoE dépose devant la Cour trois demandes de contrôle judiciaire, sollicitant dans chaque cas un jugement déclaratoire et une injonction pour une série de présumés manquements à des obligations qui découleraient de la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto*, L.C. 2007, ch. 30 (la LMOPK). Les trois demandes sont étroitement reliées et, le 17 avril 2008, la juge Anne Mactavish a ordonné qu'elles soient instruites consécutivement. Puisque ces demandes sont toutes fondées sur les mêmes faits essentiels et font intervenir des questions intimement liées portant sur l'interprétation des lois, il convient d'exposer un seul ensemble de motifs.

[3] In its first application for judicial review (T-1683-07) FoE alleges that the Minister of the Environment (Minister) failed to comply with the duty imposed upon him under section 5 of the KPIA to prepare an initial Climate Change Plan that fulfilled Canada's obligations under Article 3.1 of the Kyoto Protocol.¹

[3] Dans sa première demande de contrôle judiciaire (T-1683-07), FoE allègue que le ministre de l'Environnement (le ministre) a manqué à l'obligation qui lui est faite par l'article 5 de la LMOPK, à savoir l'obligation d'établir un Plan initial sur les changements climatiques qui remplisse les obligations du Canada aux termes de l'article 3.1 du Protocole de Kyoto¹.

[4] In its second application for judicial review (T-2013-07) FoE alleges that the Governor in Council (GIC) failed to comply with sections 8 and 9 of the KPIA by failing to publish proposed regulations in the *Canada Gazette* with accompanying statements and by failing to prepare a statement within 120 days setting out the greenhouse gas emission reductions reasonably expected to result from each proposed regulatory change and from other proposed mitigation measures.

[4] Dans sa deuxième demande de contrôle judiciaire (T-2013-07), FoE allègue que le gouverneur en conseil ne s'est pas conformé aux articles 8 et 9 de la LMOPK parce qu'il n'a pas publié, dans la *Gazette du Canada*, un projet de règlement, accompagné de déclarations, et parce qu'il n'a pas préparé, dans les 120 jours suivant l'entrée en vigueur de la LMOPK, une déclaration faisant état des réductions d'émissions de gaz à effet de serre auxquelles il est raisonnable de s'attendre à la suite de chaque modification réglementaire projetée et des autres mesures d'atténuation projetées.

[5] FoE's third application (T-78-08) concerns section 7 of the KPIA. It alleges that the GIC failed in its duty within 180 days to make, amend or repeal regulations necessary to ensure that Canada meets its obligations under Article 3.1 of the Kyoto Protocol.

[6] FoE argues that the language of sections 5, 7, 8 and 9 of the KPIA is unambiguous and mandatory. It says that the respondents have refused to carry out the legal duties imposed upon them by Parliament and they have each thereby acted outside of the rule of law.

[7] The respondents assert that the statutory duties that are the subject of these applications are not justiciable because they are not properly suited or amenable to judicial review. In particular, the respondents say that the KPIA creates a system of Parliamentary accountability involving scientific, public policy and legislative choices that the Court cannot and should not assess. In short, they assert that their accountability for their failure to fulfill Canada's Kyoto obligations will be at the ballot box and cannot be in the courtroom.

I. Legislative History and Background

[8] Following its introduction to Parliament as a private member's bill (Bill C-288), the KPIA became law on June 22, 2007. The KPIA was not supported by the government which had earlier stated that Canada would not comply with the Kyoto Protocol targets. The KPIA thus embodies a legislative policy which is inconsistent with stated government policy. This also explains why the KPIA does not authorize the expenditure of public funds to achieve its objectives. A money bill cannot be introduced to Parliament unless it is presented by the government.

[5] La troisième demande de FoE (T-78-08) concerne l'article 7 de la LMOPK. Dans cette demande, FoE allègue que le gouverneur en conseil a manqué à son obligation de prendre, de modifier ou d'abroger, dans les 180 jours suivant l'entrée en vigueur de la LMOPK, les règlements nécessaires pour que le Canada respecte ses engagements aux termes de l'article 3.1 du Protocole de Kyoto.

[6] FoE fait valoir que le texte des articles 5, 7, 8 et 9 de la LMOPK est clair et impératif. Elle dit que les défendeurs ont refusé d'accomplir les obligations légales qui leur sont imposées par le législateur et que chacun d'eux a par conséquent agi au mépris du principe de la primauté du droit.

[7] Les défendeurs font valoir que les obligations légales dont il est question dans ces demandes ne relèvent pas des cours de justice parce qu'elles ne se prêtent pas à un contrôle judiciaire ni ne ressortissent à une telle procédure. Plus précisément, les défendeurs disent que la LMOPK établit un système de responsabilité envers le Parlement, un système qui fait intervenir des choix scientifiques, des choix de politique générale et des choix législatifs que la Cour n'est pas à même d'apprécier et doit s'abstenir d'apprécier. En bref, ils disent que leur responsabilité dans l'inaccomplissement des obligations du Canada selon le Protocole de Kyoto sera déterminée par les urnes et ne saurait l'être dans un prétoire.

I. L'historique législatif et le contexte

[8] À la suite de son dépôt au Parlement en tant que projet de loi d'initiative parlementaire (le projet de loi C-288), la LMOPK est entrée en vigueur le 22 juin 2007. La LMOPK n'était pas appuyée par le gouvernement, qui avait déclaré auparavant que le Canada ne se conformerait pas aux cibles du Protocole de Kyoto. La LMOPK énonce donc une politique législative qui ne correspond pas à la politique gouvernementale officielle. Cela explique également pourquoi la LMOPK n'autorise pas l'affectation de fonds publics à la réalisation de ses objectifs. Une mesure financière ne peut pas être déposée au Parlement à moins d'être présentée par le gouvernement.

[9] The KPIA imposes a number of responsibilities upon the Minister and upon the GIC. A central element of the legislation requires the Minister to prepare an annual Climate Change Plan which describes [at section 5] “the measures to be taken [by the federal government] to ensure that Canada meets its [Kyoto] obligations”. Each Plan must be tabled in Parliament and referred to an appropriate standing Committee. The KPIA also directs the GIC to make, amend or repeal environmental regulations to ensure, as well, that Canada complies with its Kyoto obligations; this provision is tied to others which create additional reporting functions all tied to various timelines for action.

[10] The Minister’s initial Climate Change Plan was released on August 21, 2007. The Plan, on its face, acknowledges the responsibilities imposed by the KPIA upon the Minister and the GIC although, at least implicitly, it characterizes some of those responsibilities as discretionary. For instance, in describing the provisions of the KPIA dealing with regulatory change, the Plan states [at page VI]:

With regard to Sections 6 through 8 of the Act, these call for the Government to regulate compliance with the Kyoto Protocol, but are silent on what types of regulation are expected and which sectors of society should shoulder the burden. The Governor-in-Council has discretion on whether and how best to regulate to meet legislative objectives, in order that the Government may pursue a balanced approach that protects both the environment and the economy. The Government is taking aggressive action to reduce greenhouse gases and will therefore continue to fulfil its proper role in Canada’s parliamentary system by regulating where appropriate and in a balanced and responsible manner. In that context, this document elaborates on the Government’s existing plan to regulate greenhouse gas emissions and air pollution, *Turning the Corner*.

[11] The Climate Change Plan also makes it very clear that the Government of Canada has no present

[9] La LMOPK impose plusieurs obligations au ministre et au gouverneur en conseil. Un élément essentiel du texte oblige le ministre à préparer chaque année un Plan sur les changements climatiques décrivant [à l’article 5] les « mesures à prendre [par le gouvernement fédéral] afin d’assurer le respect des engagements du Canada aux termes [...] du Protocole de Kyoto ». Chaque Plan doit être déposé devant le Parlement et renvoyé à un comité permanent compétent. La LMOPK oblige aussi le gouverneur en conseil à prendre, modifier ou abroger les règlements environnementaux propres à garantir, là encore, que le Canada respecte ses engagements aux termes du Protocole; cette disposition est rattachée à d’autres, qui établissent des fonctions additionnelles d’établissement de rapports, toutes assorties d’une diversité d’échéances quant aux mesures à prendre.

[10] Le Plan initial du ministre sur les changements climatiques a été rendu public le 21 août 2007. À première vue, ce Plan reconnaît les responsabilités imposées par la LMOPK au ministre et au gouverneur en conseil, encore que, du moins implicitement, il qualifie de discrétionnaires certaines de ces responsabilités. Par exemple, à propos des dispositions de la LMOPK qui traitent des changements réglementaires, le Plan renferme ce qui suit [à la page VI] :

Pour leur part, les articles 6 à 8 de la loi exigent du gouvernement qu’il prenne des règlements régissant la conformité au Protocole de Kyoto, mais ces articles demeurent muets quant au genre de règlements à mettre en place et quant aux secteurs de la société qui auront à en supporter le fardeau. Le gouverneur en conseil a la discrétion de réglementer et de trouver les meilleurs moyens de le faire en vue d’atteindre les objectifs visés sur le plan législatif, de façon à ce que le gouvernement ait une démarche équilibrée permettant de protéger tout à la fois notre environnement et notre économie. Le gouvernement prend des mesures énergiques pour réduire les émissions de gaz à effet de serre, et il continuera ainsi à assumer le rôle qui lui incombe, au sein du régime parlementaire canadien, de prendre de façon équilibrée et responsable des règlements là où le besoin se fait sentir. Dans un tel contexte, le présent document continue sur la lancée de *Prendre le virage*, le plan d’action que le gouvernement a déjà mis en place en vue de réglementer les émissions de gaz à effet de serre et la pollution atmosphérique.

[11] Le Plan sur les changements climatiques dit très clairement aussi que le gouvernement du Canada n’a pas

intention to meet its Kyoto Protocol commitments. The Climate Change Plan does confirm Canada's ratification of the Kyoto Protocol, which requires a reduction of greenhouse gas emissions between 2008 and 2012 to levels below 1990 (base-year) levels. The Climate Change Plan indicates that Canada's Kyoto target for emission reduction is 6% below 1990 levels. In March 2007 Canada declared its base-year emissions to be 599 Mt CO₂ equivalent. For Canada to meet its Kyoto reduction targets its average annual greenhouse gas emissions between 2008 and 2012 are thus limited to 563 Mt CO₂ equivalent.

[12] Canada's greenhouse gas emissions have not declined. In fact, they have steadily increased since 1990 including during the period following Canada's ratification of the Kyoto Protocol. According to the Climate Change Plan that growth, if not constrained, is projected to lead to average annual emissions levels between 2008 and 2012 of 825 Mt CO₂ equivalent. Because of Canada's increasing post-Kyoto reliance on fossil fuels, the Climate Change Plan states that Canada would have to achieve an average 33% reduction in emissions each year for five years to meet the promise of 6% below base year levels. The Climate Change Plan also describes the government's position on the challenges it faces in complying with the Kyoto Protocol [at page 8]:

Unfortunately, when cast against a timeframe that requires Canada to begin reducing its greenhouse gas emissions by one-third beginning in January 2008, it is evident that domestic action would have to be buttressed by some international purchase of emission credits. Even allowing for such purchases, the government would need to take further drastic action that would overwhelm the environmental and other benefits of action on climate change that Canadians are seeking. These measures would require placing the equivalent of a tax on energy, impacting both large industrial emitters of greenhouse gases and individual consumers. The Government has examined this scenario and rejected it as a viable policy option.

l'intention à l'heure actuelle de remplir ses engagements aux termes du Protocole de Kyoto. Le Plan confirme la ratification par le Canada du Protocole de Kyoto, lequel exige une réduction des émissions de gaz à effet de serre, entre 2008 et 2012, à des niveaux inférieurs aux niveaux de 1990 (l'année de référence). Le Plan sur les changements climatiques précise que l'objectif du Canada en matière de réduction des émissions, dans le cadre du Protocole de Kyoto, est un niveau d'émissions inférieur de 6 p. 100 aux niveaux de 1990. En mars 2007, le Canada a déclaré que ses émissions de l'année de référence se chiffraient à 599 Mt d'équivalent-CO₂. Pour que le Canada atteigne ses cibles de réduction au regard du Protocole de Kyoto, ses émissions annuelles moyennes de gaz à effet de serre, entre 2008 et 2012, sont donc limitées à 563 Mt d'équivalent-CO₂.

[12] Les émissions de gaz à effet de serre du Canada n'ont pas baissé. En fait, elles ont constamment augmenté depuis 1990, y compris durant la période qui a suivi la ratification du Protocole de Kyoto par le Canada. Selon le Plan sur les changements climatiques, cette croissance, si elle n'est pas freinée, devrait conduire, entre 2008 et 2012, à des niveaux annuels moyens d'émissions se chiffrant à 825 Mt d'équivalent- CO₂. Parce que, depuis le Protocole de Kyoto, le Canada dépend de plus en plus des combustibles fossiles, le Plan sur les changements climatiques précise qu'il faudrait que le Canada atteigne une réduction moyenne de 33 p. 100 de ses émissions chaque année durant cinq ans pour remplir la promesse d'un niveau d'émissions inférieur de 6 p. 100 aux niveaux de l'année de référence. Le Plan sur les changements climatiques décrit aussi la position du gouvernement sur les défis que le Canada doit relever pour se conformer au Protocole de Kyoto [aux pages 8 et 9] :

Malheureusement, en présence d'un échéancier exigeant que le Canada entreprenne la réduction de ses émissions de gaz à effet de serre d'un tiers d'ici janvier 2008, il est évident que les mesures nationales devront être renforcées par certains achats de crédits d'émission internationaux. Même en considérant de tels achats, il serait nécessaire pour le gouvernement de prendre des mesures draconiennes dont les effets négatifs outrepasseraient les avantages pour l'environnement ainsi que les autres avantages des mesures touchant les changements climatiques que recherchent les Canadiens. Ces mesures nécessiteraient d'appliquer l'équivalent d'une taxe sur l'énergie, laquelle affecterait les grands émetteurs industriels

Key conclusions under this scenario are presented below, while a more detailed account can be found in the Government's Report entitled *The Cost of Bill C-288 to Canadian Families and Business* at http://www.ec.gc.ca/doc/media/m_123/c1_eng.html.

The Government's analysis, broadly endorsed by some of Canada's leading economists, indicates that Canadian Gross Domestic Product (GDP) would decline by more than 6.5% relative to current projections in 2008 as a result of strict adherence to the Kyoto Protocol's emission reduction target for Canada. This would imply a deep recession in 2008, with a one-year net loss of national economic activity in the range of \$51 billion relative to 2007 levels. By way of comparison, the most severe recession in the post-World War II period for Canada, as measured by the fall in real GDP, was in 1981-1982. Real GDP fell 4.9% between the second quarter of 1981 and the fourth quarter of 1982.

All provinces and sectors would experience significant declines in economic activity under this scenario, while employment levels would fall by about 1.7% (or 276,000 jobs) between 2007 and 2009. In addition, there would be a reduction of real per capita personal disposable income levels from forecast levels of around 2.5% in 2009 (or about \$1,000 per Canadian in today's dollars).

Meeting Canada's Kyoto Protocol target on the timeline proposed in the *Kyoto Protocol Implementation Act* would also have implications for energy prices faced by Canadian consumers. Natural gas prices could potentially more than double in the early years of the 2008-2012 period, while electricity prices could rise by about 50% on average after 2010. Prices for transportation fuels would also inevitably rise by a large margin – roughly 60%.

These statistics demonstrate the immense challenges associated with trying to meet our Kyoto Protocol target following a decade in which our emissions have grown steadily.

[13] The Climate Change Plan sets new emission reduction targets well above Canada's Kyoto commitments based on a series of proposed regulatory changes, new conservation programs, research and

de gaz à effet de serre et les consommateurs. Le gouvernement a examiné ce scénario et l'a rejeté comme n'étant pas une politique raisonnable. Les principales conclusions dans le cadre de ce scénario sont présentées ci-après et un compte rendu plus détaillé se trouve dans le rapport officiel intitulé *Le coût du projet de loi C-288 pour les familles et entreprises canadiennes* à http://www.ec.gc.ca/doc/media/m_123/c1_fra.html.

L'analyse du gouvernement, recevant un fort appui de certains des économistes les plus éminents du Canada, indique que le produit intérieur brut (PIB) du Canada déclinerait de plus de 6,5 % par rapport aux prévisions actuelles en 2008 en raison d'une adhésion stricte à l'objectif de réduction des émissions pour le Canada stipulé par le Protocole de Kyoto. Cela supposerait une profonde récession en 2008, avec une perte nette d'activité économique nationale de l'ordre de 51 milliards de dollars annuellement par rapport aux niveaux de 2007. En comparaison, la plus grave récession à survenir au Canada dans la période suivant la Deuxième Guerre mondiale, telle que mesurée par la chute du PIB, est celle qui s'est produite entre 1981 et 1982. Le PIB réel a chuté de 4,9 % entre le deuxième trimestre de 1981 et le quatrième trimestre de 1982.

Toutes les provinces et tous les secteurs connaîtraient une diminution considérable de leurs activités économiques selon ce scénario, alors que les niveaux d'emploi diminueraient d'environ 1,7 % (ou 276 000 emplois) entre 2007 et 2009. De plus, on observerait une réduction des niveaux de revenu personnel disponible réel par capita par rapport aux niveaux prévus d'environ 2,5 % en 2009 (ou environ 1 000 \$ par Canadien en dollar actuel).

Atteindre les objectifs du Protocole de Kyoto du Canada selon l'échéancier de la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* aurait également des répercussions sur les prix de l'énergie auxquels seraient confrontés les consommateurs canadiens. Le prix du gaz naturel serait au moins deux fois plus élevé au cours des premières années de la période 2008-2012, alors que le prix de l'électricité pourrait augmenter d'environ 50 % en moyenne après 2010. Le prix des carburants pour le transport augmenterait également de façon importante, soit d'environ 60 %.

Ces statistiques soulignent l'immense défi auquel nous sommes confrontés en tentant d'atteindre notre objectif du Protocole de Kyoto après une décennie, période pendant laquelle nos émissions n'ont cessé de croître.

[13] Le Plan sur les changements climatiques fixe de nouvelles cibles de réduction des émissions bien supérieures aux engagements du Canada aux termes du Protocole de Kyoto, cibles fondées sur une série de

development initiatives, incentives and collaborative action. All of these measures are projected to reduce Canada's average annual greenhouse gas emissions between 2008 and 2012 to 755 Mt CO₂ equivalent—a figure that is 34% higher than Canada's Kyoto target for those years.

[14] In accordance with section 10.1 of the KPIA, the Climate Change Plan was submitted to the National Round Table on the Environment and the Economy (Round Table) for its analysis and advice. As required by that provision the Round Table undertook research and gathered information with respect to the Minister's Climate Change Plan and then it issued a report. The Round Table report [*Response of the National Round Table on the Environment and the Economy to its Obligations Under the Kyoto Protocol Implementation Act*, September 2007] examined the likelihood that the Climate Change Plan and accompanying statement would be "reasonably expected" to achieve their stated objectives. The report describes the ongoing KPIA mandate of the Round Table as follows [at pages 2-3]:

The NRTEE further notes that since it is obligated to carry out this analytical function for 2007 through to 2012, its assessment must necessarily be considered an iterative one. It expects that further information and understanding about the actual versus expected outcomes set out in the government's Plan and Statement will emerge and evolve. As judgements about whether signatories to the Kyoto Protocol have met their obligations are withheld until the conclusion of the protocol's time period, so too must the NRTEE's final judgment and conclusion be cumulative. In short, this is the first word on the subject, not the last. Although the NRTEE believes that the analytical approach it has taken is pragmatic and appropriate, it should not therefore be seen in any way as comprehensive or definitive.

[15] What is clear from the Round Table report is that the Climate Change Plan was found, in a number of instances, to overestimate projected emissions reductions between 2008 and 2012 or to contain projections based on insufficient information. The Round Table report

nouvelles réglementations, de nouveaux programmes de conservation, des activités de recherche et développement, des stimulants et des initiatives de collaboration. Toutes ces mesures devraient avoir pour effet de réduire, entre 2008 et 2012, les émissions annuelles moyennes de gaz à effet de serre du Canada à 755 Mt d'équivalent-CO₂— un chiffre qui est supérieur de 34 p. 100 à la cible du Canada selon le Protocole pour ces années.

[14] Conformément à l'article 10.1 de la LMOPK, le Plan sur les changements climatiques a été soumis à la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie (la Table ronde), pour qu'elle l'analyse et donne son avis. Ainsi que l'exige cette disposition, la Table ronde a mené des recherches et recueilli des informations concernant le Plan du ministre sur les changements climatiques, puis elle a rendu un rapport. Le rapport de la Table ronde [*Réponse de la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie à ses obligations en vertu de la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto*, septembre 2007] examinait s'il était raisonnable de s'attendre à ce que le Plan sur les changements climatiques et la déclaration l'accompagnant atteignent leurs objectifs déclarés. Le rapport décrit ainsi le mandat en cours de la Table ronde au regard de la LMOPK [à la page 3] :

Étant donné que la TRNEE est tenue d'exercer cette fonction analytique de 2007 à 2012, elle tient à ajouter qu'il est nécessaire de considérer la présente évaluation comme itérative. Elle s'attend à ce que les données et les connaissances sur les résultats actuels et les résultats attendus, tels qu'ils sont définis dans le Plan et la déclaration du gouvernement, s'enrichissent et évoluent. Nous ne saurons qu'à la fin du Protocole de Kyoto si les pays signataires ont respecté leurs engagements. Le jugement final et la conclusion de la TRNEE doivent également être cumulatifs. Bref, voici la première prise de position de la TRNEE sur le sujet, mais certainement pas sa dernière. Même si la TRNEE croit que l'approche analytique qu'elle a adoptée est pragmatique et appropriée, on ne devrait pas, sous aucun angle, la percevoir comme une approche exhaustive ou définitive.

[15] Ce qui ressort clairement du rapport de la Table ronde, c'est que la Table ronde a jugé que le Plan sur les changements climatiques surestimait, dans plusieurs cas, les réductions projetées d'émissions entre 2008 et 2012, ou faisait état de projections fondées sur des

also noted that the mandate to establish the likelihood of emission reductions in a definitive way from the policy measures proposed and from the assumptions used in the Climate Change Plan was “extremely challenging”, in part, because of the short timeframe permitted by the KPIA. The Round Table report concludes with the following observation about the emissions gap between Canada’s Kyoto obligations and the projections contained within the Climate Change Plan [at page 14]:

Statements and information contained in the government’s Plan indicate that it is not pursuing a policy objective of meeting the Kyoto Protocol emissions reductions targets. The Plan explicitly states that the government will not participate directly in the purchase of Certified Emissions Reductions (CERs), also known as international credits. Therefore, the stated emissions reductions set out in the Plan would not be sufficient for Canada to comply with the Kyoto Protocol as domestic emissions reductions alone are insufficient to achieve its Kyoto obligations. While statements in the Plan are correct — that non-compliance with the Kyoto Protocol can only be judged after the end of the commitment period in 2012 — it is unlikely that the measures and regulations in the Plan will be sufficient to meet Canada’s Kyoto obligations.

As shown in Table 6, the projected emissions profile described in the Plan would leave Canada in non-compliance with the Kyoto Protocol. Canadian emissions would exceed their allowable units by 34%, with average excess emissions of 192.2 Mt/year.

[16] As can be seen the Round Table report is a fairly robust scientific critique of the Climate Change Plan at least insofar as it challenges many of the government’s projected emission reduction outcomes and confirms that the Plan will not achieve Canada’s initial Kyoto commitments.

[17] The evidence is uncontradicted that at the point of commencement of FoE’s second and third applications the GIC had not carried out any regulatory action as contemplated by sections 7, 8 and 9 of the KPIA.

renseignements insuffisants. Le rapport de la Table ronde relevait aussi que le travail consistant à établir d’une manière fiable la probabilité de réductions des émissions, à partir des mesures proposées et des hypothèses utilisées dans le Plan sur les changements climatiques, était « extrêmement ambitieux », notamment en raison du court délai alloué par la LMOPK. Le rapport de la Table ronde conclut par l’observation suivante à propos de l’écart, en matière de réduction des émissions, entre les engagements du Canada aux termes du Protocole de Kyoto et les projections contenues dans le Plan sur les changements climatiques [à la page 15] :

L’information et les énoncés du Plan du gouvernement indiquent que ce dernier ne poursuit pas un but stratégique afin d’atteindre les objectifs visant les réductions des émissions dans le cadre du Protocole de Kyoto. Le Plan énonce clairement que le gouvernement ne participera pas directement à l’achat de réductions certifiées des émissions (RCE), aussi connues sous le terme « crédits internationaux ». Par conséquent, les réductions des émissions énumérées dans le Plan ne seraient pas suffisantes pour respecter le Protocole de Kyoto puisque les réductions des émissions domestiques seulement ne sont pas suffisantes pour atteindre les objectifs fixés dans le cadre du Protocole. Alors que les énoncés du Plan sont exacts — le non-respect du Protocole de Kyoto peut seulement être évalué après la fin de la période d’engagement en 2012 — il est peu probable que les mesures et règlements contenus dans le Plan seront suffisants pour respecter les engagements dans le cadre du Protocole de Kyoto.

Comme l’indique le tableau 6, le profil des émissions prévues décrit dans le Plan ne permettrait pas au Canada de respecter ses engagements dans le cadre du Protocole. Les émissions du Canada dépasseraient les unités admissibles de 34 %, avec une moyenne de 192,2 Mt/année d’émissions.

[16] Comme on peut le voir, le rapport de la Table ronde est une critique scientifique assez solide du Plan sur les changements climatiques, du moins dans la mesure où il récuse bon nombre des prévisions du gouvernement en matière de réduction des émissions, et dans la mesure où il confirme que le Plan ne permettra pas d’atteindre les engagements initiaux du Canada selon le Protocole.

[17] Il n’est pas contesté que, lorsque FoE a déposé ses deuxième et troisième demandes de contrôle judiciaire, le gouverneur en conseil n’avait pas pris les mesures réglementaires envisagées par les articles 7, 8 et 9 de la LMOPK.

II. Issues

[18] (a) What is the standard of review for the issues raised by these applications?

1. Does FoE have standing to bring these applications?
2. Does section 5 of the KPIA impose a justiciable duty upon the Minister to prepare and table a Climate Change Plan that is Kyoto compliant?
3. Do sections 7, 8 and 9 of the KPIA impose justiciable duties upon the GIC to make, amend or repeal environmental regulations within the timelines therein stated?

III. Analysis

Standard of Review

[19] I agree with counsel for the respondents that the issue of justiciability is a threshold question of law which is not the proper subject of a standard of review analysis. The KPIA either imposes the legal duties postulated by FoE or it does not and no question of deference arises on that issue.

Standing

[20] The respondents have challenged the right or standing of FoE to bring these applications but only on the basis of the justiciability of the issues FoE raises. I am satisfied that FoE has met the other requirements of public interest standing in that it has a genuine interest in the subject-matter raised, there is a serious issue presented and there is no other reasonable and effective way to bring these matters before the Court: see *Canada Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at paragraph 37 and *Fraser v. Canada (Attorney General)* (2005), 51

II. Les questions en litige

[18] a) Quelle est la norme de contrôle à appliquer pour les questions soulevées par ces demandes?

1. FoE a-t-elle qualité pour agir en déposant ces demandes?
2. L'article 5 de la LMOPK impose-t-il au ministre une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de préparer et déposer un Plan sur les changements climatiques qui soit conforme au Protocole de Kyoto?
3. Les articles 7, 8 et 9 de la LMOPK imposent-ils au gouverneur en conseil une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux à l'intérieur des délais qui y sont mentionnés?

III. Analyse

La norme de contrôle

[19] Je me range à l'avis des avocats des défendeurs pour qui la question de la justiciabilité est une question de droit préliminaire qui ne se prête pas à une analyse relative à la norme de contrôle. La LMOPK impose les obligations dont parle FoE, ou bien elle ne les impose pas, et c'est là un point qui ne fait pas intervenir la question de la retenue judiciaire.

La qualité pour agir

[20] Les défendeurs ont contesté le droit de FoE de déposer ces demandes, ou sa qualité pour agir dans le dépôt de telles demandes, mais uniquement sur le fondement de la justiciabilité des questions soulevées par FoE. Je suis d'avis que FoE a rempli les autres conditions de la qualité pour agir dans l'intérêt public, en ce sens qu'elle a un intérêt véritable dans l'affaire soulevée, qu'une question sérieuse a été présentée et qu'il n'y a pas d'autre moyen raisonnable et efficace de porter cette affaire devant la Cour : voir l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et*

Imm. L.R. (3d) 101 (Ont. S.C.J.), at paragraphs 51, 102 and 109. The issue of FoE's standing will be resolved, therefore, solely on the basis of the justiciability of the substantive issues it raises.

de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 236, au paragraphe 37, et la décision *Fraser v. Canada (Attorney General)* (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 101 (C.S.J. Ont.), aux paragraphes 51, 102 et 109. La question de la qualité pour agir de FoE sera donc résolue uniquement sur le fondement de la justiciabilité des questions de fond soulevées par FoE.

The Principles of Statutory Interpretation and Justiciability

Les principes d'interprétation des lois et de justiciabilité

[21] The issues raised by these applications concern the interpretation of a number of the provisions of the KPIA to determine whether the responsibilities imposed respectively upon the Minister and the GIC are justiciable. Before examining the specific language of the KPIA relied upon by FoE, it is helpful to recall some of the general principles of statutory interpretation and justiciability.

[21] Les questions soulevées par ces demandes concernent l'interprétation de plusieurs des dispositions de la LMOPK, puisqu'il s'agit de savoir si les obligations imposées respectivement au ministre et au gouverneur en conseil relèvent des cours de justice. Avant d'examiner le texte même de la LMOPK sur lequel se fonde FoE, il est utile de rappeler certains des principes généraux qui régissent l'interprétation des lois et la justiciabilité.

Statutory Interpretation

L'interprétation des lois

[22] One of the guiding principles of statutory interpretation is that the search for the meaning of specific words or phrases is informed by the context of the entire statutory text. Words should not be construed in isolation from other surrounding language. Wherever possible the exercise is one of looking for internal consistency and harmony of the language used with the ultimate goal of advancing the intention of Parliament. A useful general statement of these points can be found in the following passage from *Ontario (Minister of Transport) v. Ryder Truck Rental Canada Ltd.* (2000), 47 O.R. (3d) 171 (C.A.) [at paragraph 11]:

[22] L'un des principes directeurs de l'interprétation des lois est celui selon lequel la quête du sens d'un mot ou d'une expression doit se fonder sur le texte législatif tout entier. Les mots ne doivent pas être interprétés d'une manière qui fait abstraction du contexte. Toutes les fois que cela est possible, il faut rechercher une cohérence interne et une harmonie dans les mots employés, l'objectif ultime étant de donner effet à l'intention du législateur. On peut trouver un énoncé général utile de ces considérations dans l'extrait suivant de l'arrêt *Ontario (Minister of Transport) v. Ryder Truck Rental Canada Ltd.* (2000), 47 O.R. (3d) 171 (C.A.) [au paragraphe 11] :

The modern approach to statutory interpretation calls on the court to interpret a legislative provision in its total context. The court should consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning. The court's interpretation should comply with the legislative text, promote the legislative purpose, reflect the legislature's intent, and produce a reasonable and just meaning. The Supreme Court has repeatedly affirmed this approach to statutory interpretation, most recently in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 at p. 704, 171 D.L.R. (4th) 385, where Cory and Iacobucci JJ. wrote:

[TRANSLATION] L'approche contemporaine en matière d'interprétation des lois oblige le tribunal à interpréter une disposition légale d'après son contexte tout entier. Le tribunal doit examiner et prendre en compte tous les indicateurs pertinents et admissibles de l'intention du législateur. L'interprétation retenue par le tribunal doit s'accorder avec le texte législatif, donner effet à l'objet recherché, refléter l'intention du législateur et donner un sens raisonnable et juste. La Cour suprême a maintes fois confirmé cette approche en matière d'interprétation des lois, tout récemment dans

As this Court has frequently stated, the proper construction of a statutory provision flows from reading the words of the provision in their grammatical and ordinary sense and in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute as a whole, the purpose of the statute, and the intention of Parliament. The purpose of the statute and the intention of Parliament, in particular, are to be determined on the basis of intrinsic and admissible extrinsic sources regarding the Act's legislative history and the context of its enactment.

[23] In *Greenshields et al. v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216, Locke J. observed at page 225 that “a section or enactment must be construed as a whole, each portion throwing light, if need be, on the rest”. It is presumed, of course, that Parliament is careful and consistent with its use of language and that the provisions of a statute fit together to form a coherent and workable scheme: see Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham: Butterworths, 2002), at page 283. This search for statutory coherence dictates that internal inconsistencies be minimized or avoided wherever possible: see *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at page 689 and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27.

Justiciability

[24] The parties do not disagree about the principles of justiciability but only in their application in these proceedings. They agree, for instance, that even a largely political question can be judicially reviewed if it “possesses a sufficient legal component to warrant a decision by a court”: see *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 546. The disagreement here is whether the questions raised by these applications contain a sufficient legal component to permit judicial review. The problem, of course, is that “few share any precise sense of where the boundary between political and legal questions should be drawn”: see Lorne M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review*:

l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, à la page 704, 171 D.L.R. (4th) 385, où les juges Cory et Iacobucci écrivaient ce qui suit :

Comme notre Cour l'a dit maintes fois, il faut, pour interpréter correctement une disposition de loi, lire les termes de la disposition en suivant leur sens grammatical et ordinaire et dans leur contexte global, en harmonie avec l'économie générale de la loi, son objet ainsi que l'intention du législateur. L'objet de la loi et l'intention du législateur, en particulier, doivent être définis sur le fondement de sources intrinsèques et de sources extrinsèques admissibles touchant l'historique législatif de la loi et le contexte de son adoption.

[23] Dans l'arrêt *Greenshields et al. v. The Queen*, [1958] R.C.S. 216, le juge Locke faisait observer, à la page 225, que [TRADUCTION] « une disposition légale doit être interprétée dans sa globalité, chacun de ses éléments jetant la lumière, au besoin, sur les autres ». On présume naturellement que le législateur est soigneux et cohérent dans sa manière de s'exprimer et que les dispositions d'une loi se combinent pour former un ensemble cohérent et plausible : voir Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e édition (Markham : Butterworths, 2002), à la page 283. Cette quête d'une cohérence dans les dispositions légales signifie que les contradictions internes doivent être minimisées ou évitées chaque fois que cela est possible : voir l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, à la page 689, et l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27.

La justiciabilité

[24] Les parties ne sont pas en désaccord sur les principes de justiciabilité, mais uniquement sur la manière de les appliquer à la présente instance. Elles admettent par exemple qu'une question essentiellement politique pourrait même être soumise à l'examen des tribunaux si cette question « présente un aspect suffisamment juridique pour justifier qu'une cour y réponde » : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 546. Le désaccord ici porte sur ce qui suit : les questions soulevées par ces demandes contiennent-elles un aspect suffisamment juridique pour autoriser un contrôle judiciaire? Le problème naturellement est que

The Law of Justiciability in Canada (Scarborough: Carswell, 1999), at page 133.

[25] One of the guiding principles of justiciability is that all of the branches of government must be sensitive to the separation of function within Canada's constitutional matrix so as not to inappropriately intrude into the spheres reserved to the other branches: see *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 33 to 36 and *Canadian Union Public Employees v. Canada (Minister of Health)* (2004), 244 D.L.R. (4th) 175 (F.C.), at paragraph 39. Generally a court will not involve itself in the review of the actions or decisions of the executive or legislative branches where the subject matter of the dispute is either inappropriate for judicial involvement or where the court lacks the capacity to properly resolve it. These concerns are well expressed in *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, above, at pages 4-5:

Appropriateness not only includes both normative and positive elements, but also reflects an appreciation for both the capacities and legitimacy of judicial decision-making. Tom Cromwell (now Mr. Justice Cromwell of the Nova Scotia of Appeal) summarized this approach to justiciability in the following terms:

The justiciability of a matter refers to its being suitable for determination by a court. Justiciability involves the subject matter of the question, the manner of its presentation and the appropriateness of judicial adjudication in light of these factors. *This appropriateness may be determined according to both institutional and constitutional standards. It includes both the question of the adequacy of judicial machinery for the task as well as the legitimacy of using it.*

While it is helpful to develop the criteria for a determination of justiciability, including factors such as institutional capacity and institutional legitimacy, it is necessary to leave the content of justiciability open-ended. We cannot state all the reasons why a matter may be non-justiciable. While justiciability will

[TRADUCTION] « il est difficile d'établir un consensus sur la ligne de démarcation entre les questions politiques et les questions juridiques » : voir Lorne M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (Scarborough : Carswell, 1999), à la page 133.

[25] L'un des principes directeurs de la justiciabilité est celui selon lequel chacune des branches du gouvernement doit être attentive à la séparation des fonctions au sein de la matrice constitutionnelle du Canada, afin d'éviter toute intrusion mal à propos dans les pouvoirs réservés aux autres branches : voir l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 33 à 36, et la décision *Syndicat canadien de la fonction publique c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1334, au paragraphe 39. En général, une cour de justice s'abstiendra de revoir les actes ou décisions du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif lorsque l'objet du différend ne se prête pas à l'intervention des tribunaux ou lorsque le tribunal n'a pas les ressources nécessaires pour trancher la question. Ces préoccupations sont bien exprimées dans l'ouvrage cité plus haut, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, aux pages 4 et 5 :

[TRADUCTION] L'à-propos d'une intervention judiciaire non seulement englobe des éléments normatifs et positifs, mais également reflète une compréhension à la fois des attributs et de la légitimité des décisions judiciaires. Tom Cromwell (aujourd'hui juge à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse) a résumé dans les termes suivants cette manière de voir la justiciabilité :

La justiciabilité d'une affaire s'entend de son aptitude à être soumise à une cour de justice. La justiciabilité concerne l'objet de la question posée, son mode de présentation et l'à-propos d'une décision judiciaire compte tenu de tels facteurs. *Cet à-propos peut être déterminé selon des normes à la fois institutionnelles et constitutionnelles. Il fait intervenir à la fois la question de l'aptitude de l'appareil judiciaire à accomplir la tâche, et la question de la légitimité du recours à l'appareil judiciaire.*

Il est utile d'élaborer les critères permettant de conclure ou non à la justiciabilité d'une affaire, notamment des facteurs tels que la capacité institutionnelle et la légitimité institutionnelle, mais il convient de ne pas définir d'une manière catégorique le contenu de la justiciabilité. Il est impossible d'exposer toutes

contain a diverse and shifting set of issues, in the final analysis, all one can assert with confidence is that there will always be, and always should be, a boundary between what courts should and should not decide, and further, that this boundary should correspond to predictable and coherent principles. As Galligan concludes, “Non-justiciability means no more and no less than that a matter is unsuitable for adjudication.” [Footnotes omitted.] [Emphasis in original.]

[26] While the courts fulfill an obvious role in the interpretation and enforcement of statutory obligations, Parliament can, within the limits of the constitution, reserve to itself the sole enforcement role: see *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pages 102-104. Such a parliamentary intent must be derived from an interpretation of the statutory provisions in issue—a task which may be informed, in part, by considering the appropriateness of judicial decision-making in the context of policy choices or conflicting scientific predictions.

Are the Issues Raised by these Applications Justiciable?

[27] The question presented by FoE’s first application is whether, under section 5 of the KPIA, the Minister is permitted as a matter of law to tender a Climate Change Plan that, on its face, is non-compliant with Canada’s Kyoto obligations. In other words, does the KPIA contemplate judicial review in a situation like this where the government declares to Parliament and to Canadians that it will not, for reasons of public policy, meet or attempt to meet the emissions targets established by the Kyoto Protocol.

[28] The question posed by FoE’s second and third applications concerns the right of the Court to involve itself in the regulatory business of the executive branch of government.

les raisons pour lesquelles une affaire pourrait ne pas relever des tribunaux. La justiciabilité renfermera une série de questions diverses et changeantes, mais, en définitive, tout ce que l’on puisse dire avec certitude, c’est qu’il y aura toujours, et qu’il devrait toujours y avoir, une ligne de démarcation entre ce qui relève des tribunaux et ce qui n’en relève pas, et aussi que cette ligne de démarcation devrait correspondre à des principes prévisibles et cohérents. Comme le dit Galligan, « la non-justiciabilité signifie ni plus ni moins qu’une affaire ne se prête pas à une décision judiciaire ». [Renvois omis.] [Italique dans l’original.]

[26] Les cours de justice exercent un rôle évident dans l’interprétation et l’exécution des obligations prévues par les lois, mais le législateur peut, dans les limites de la Constitution, garder pour lui-même le rôle d’exécution : voir l’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pages 102 à 104. Une telle intention du législateur doit résulter d’une interprétation des dispositions légales en cause — une tâche qui peut être facilitée notamment par un examen de l’à-propos d’une décision judiciaire dans le contexte de choix stratégiques ou de prédictions scientifiques antagonistes.

Les questions soulevées par ces demandes ressortissent-elles aux tribunaux?

[27] La question soulevée par la première demande de FoE est de savoir si, selon l’article 5 de la LMOPK, le ministre est autorisé en droit à présenter un Plan sur les changements climatiques qui, à première vue, ne s’accorde pas avec les engagements du Canada aux termes du Protocole de Kyoto. Autrement dit, la LMOPK envisage-t-elle un contrôle judiciaire dans un cas comme celui-ci, où le gouvernement déclare au Parlement et à la population canadienne que, pour des raisons de politique générale, il n’atteindra pas, ou ne tentera pas d’atteindre, les cibles de réduction établies dans le Protocole de Kyoto.

[28] La question posée par les deuxième et troisième demandes de FoE concerne le droit de la Cour de s’interposer dans les activités de réglementation exercées par la branche exécutive du gouvernement.

[29] Section 5 of the KPIA deals with the Minister's duty to prepare an annual Climate Change Plan. FoE relies heavily on the opening language of section 5 which speaks to a Climate Change Plan that ensures that Canada meets its Kyoto obligations. FoE says quite simply that the Minister's Climate Change Plan does not ensure Kyoto compliance because it expressly acknowledges non-compliance.

[30] FoE advances much the same argument with respect to sections 7 and 9 of the KPIA. Those provisions similarly impose responsibilities on the GIC and on the Minister to ensure, by various means, that Canada meets its Kyoto obligations. Section 8 of the KPIA requires the GIC to pre-publish for consultation any proposed environmental regulations made pursuant to section 7 with accompanying efficacy statements. Section 9 is also linked to section 7 because it requires the Minister to prepare a statement concerning the emission reductions anticipated from any regulation created under section 7. The justiciability of the sections 8 and 9 obligations is, therefore, dependant upon the authority of the Court to order the GIC to make, amend, or repeal the environmental regulations referenced in section 7.

[31] The justiciability of all of these issues is a matter of statutory interpretation directed at identifying Parliamentary intent: in particular, whether Parliament intended that the statutory duties imposed upon the Minister and upon the GIC by the KPIA be subjected to judicial scrutiny and remediation.

[32] All of the statutory provisions which are the subject of FoE's applications are linked to one another and, in order to construe any one of them, it is necessary to consider all of them. I have added emphasis to the provisions that are of particular significance to these applications. Sections 5, 6, 7, 8, 9, 10 and 10.1 of the KPIA state the following:

[29] L'article 5 de la LMOPK traite de l'obligation du ministre de préparer un Plan annuel sur les changements climatiques. FoE s'appuie abondamment sur les mots introductifs de l'article 5, où il est question d'un Plan sur les changements climatiques qui assure que le Canada remplit ses engagements aux termes du Protocole de Kyoto. FoE dit très simplement que le Plan du ministre sur les changements climatiques ne garantit pas la conformité au Protocole de Kyoto parce que ce plan reconnaît explicitement l'absence de conformité.

[30] FoE avance essentiellement le même argument pour les articles 7 et 9 de la LMOPK. Ces dispositions imposent-elles aussi l'obligation au gouverneur en conseil et au ministre de s'assurer, par divers moyens, que le Canada remplit ses engagements aux termes du Protocole de Kyoto. L'article 8 de la LMOPK oblige le gouverneur en conseil à publier préalablement, pour consultations, tout projet de règlement de nature environnementale qui est pris conformément à l'article 7, avec les déclarations d'efficacité qui s'y rapportent. L'article 9 est lui aussi rattaché à l'article 7, parce qu'il oblige le ministre à préparer une déclaration concernant les réductions d'émissions auxquelles il est raisonnable de s'attendre à la suite d'un règlement pris en vertu de l'article 7. La justiciabilité des obligations prévues par les articles 8 et 9 dépend donc du pouvoir de la Cour d'enjoindre au gouverneur en conseil de prendre, modifier ou abroger les règlements environnementaux dont fait état l'article 7.

[31] La justiciabilité de toutes ces questions relève de l'exercice d'interprétation des lois, un exercice dont l'objet est de définir l'intention du législateur : plus précisément, le législateur voulait-il que les obligations imposées au ministre et au gouverneur en conseil par la LMOPK soient soumises à l'examen des tribunaux et à des recours judiciaires?

[32] Toutes les dispositions légales qui sont à la base des demandes déposées par FoE sont interdépendantes et, pour interpréter l'une quelconque d'entre elles, il est nécessaire de les considérer toutes. J'ai mis l'accent sur les dispositions qui présentent une importance particulière pour les demandes dont il s'agit ici. Les articles 5, 6, 7, 8, 9, 10 et 10.1 de la LMOPK sont ainsi formulés :

5. (1) Within 60 days after this Act comes into force and not later than May 31 of every year thereafter until 2013, the Minister shall prepare a Climate Change Plan that includes

(a) a description of the measures to be taken to ensure that Canada meets its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol, including measures respecting

- (i) regulated emission limits and performance standards,
- (ii) market-based mechanisms such as emissions trading or offsets,
- (iii) spending or fiscal measures or incentives,

(iii.1) a just transition for workers affected by greenhouse gas emission reductions, and

(iv) cooperative measures or agreements with provinces, territories or other governments;

(b) for each measure referred to in paragraph (a),

- (i) the date on which it will come into effect, and
- (ii) the amount of greenhouse gas emission reductions that have resulted or are expected to result for each year up to and including 2012, compared to the levels in the most recently available emission inventory for Canada;

(c) the projected greenhouse gas emission level in Canada for each year from 2008 to 2012, taking into account the measures referred to in paragraph (a), and a comparison of those levels with Canada's obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol;

(d) an equitable distribution of greenhouse gas emission reduction levels among the sectors of the economy that contribute to greenhouse gas emissions;

(e) a report describing the implementation of the Climate Change Plan for the previous calendar year; and

(f) a statement indicating whether each measure proposed in the Climate Change Plan for the previous calendar year has been implemented by the date projected in the Plan and, if not, an explanation of the reason why the measure was not implemented and how that failure has been or will be redressed.

5. (1) Dans les soixante jours suivant l'entrée en vigueur de la présente loi et au plus tard le 31 mai de chaque année subséquente jusqu'en 2013, le ministre établit un Plan sur les changements climatiques qui contient notamment les éléments suivants :

a) une description des mesures à prendre afin d'assurer le respect des engagements du Canada aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole de Kyoto, y compris :

- (i) les réductions des émissions et les normes de rendement réglementées,
- (ii) les mécanismes axés sur les conditions du marché, tels que les échanges ou les compensations d'émissions,
- (iii) l'affectation de fonds ou les mesures ou incitatifs fiscaux,

(iii.1) les mesures pour prévoir une transition équitable à l'égard des travailleurs touchés par les réductions d'émissions de gaz à effet de serre.

(iv) la collaboration ou les accords avec les provinces, les territoires ou d'autres gouvernements;

b) pour chaque mesure visée à l'alinéa a) :

- (i) la date de sa prise d'effet,
- (ii) la quantité de réductions d'émissions de gaz à effet de serre qui ont été réalisées ou qui sont anticipées, pour chaque année jusqu'en 2012, à partir des niveaux d'émissions les plus récents établis pour le Canada;

c) le niveau projeté d'émissions de gaz à effet de serre au Canada pour chaque année de la période de 2008 à 2012, compte tenu des mesures visées à l'alinéa a), et une comparaison de ces niveaux avec les engagements du Canada aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole de Kyoto;

d) une répartition équitable des niveaux de réduction des émissions de gaz à effet de serre entre les secteurs de l'économie qui contribuent aux émissions de gaz à effet de serre;

e) un rapport faisant état de la mise en œuvre du Plan sur les changements climatiques pour l'année civile précédente;

f) un exposé indiquant si chaque mesure proposée dans le Plan sur les changements climatiques pour l'année civile précédente a été mise en œuvre au plus tard à la date qui y était prévue et, sinon, une explication des raisons pour lesquelles elle n'a pas été mise en œuvre et les mesures correctives qui ont été ou seront prises.

(2) A Climate Change Plan shall respect provincial jurisdiction and take into account the relative greenhouse gas emission levels of provinces.

(3) The Minister shall publish

(a) within 2 days after the expiry of each period referred to in subsection (1), a Climate Change Plan in any manner the Minister considers appropriate, with an indication that persons may submit comments about the Plan to the Minister within 30 days of the Plan's publication; and

(b) within 10 days after the expiry of each period referred to in subsection (1), a notice of the publication of the Plan in the *Canada Gazette*.

(4) The Minister shall table each Climate Change Plan in each House of Parliament by the day set out in subsection (1) or on any of the first three days on which that House is sitting after that day.

(5) A Climate Change Plan that is laid before the House of Commons is deemed to be referred to the standing committee of the House that normally considers matters relating to the environment or to any other committee that that House may designate for the purposes of this section.

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

(a) limiting the amount of greenhouse gases that may be released into the environment;

(a.1) within the limits of federal constitutional authority, limiting the amount of greenhouse gases that may be released in each province by applying to each province Article 3, paragraphs 1, 3, 4, 7, 8, and 10 to 12, of the Kyoto Protocol, with any modifications that the circumstances require;

(b) establishing performance standards designed to limit greenhouse gas emissions;

(c) respecting the use or production of any equipment, technology, fuel, vehicle or process in order to limit greenhouse gas emissions;

(d) respecting permits or approvals for the release of any greenhouse gas;

(e) respecting trading in greenhouse gas emission reductions, removals, permits, credits, or other units;

(2) Chaque Plan sur les changements climatiques doit respecter les compétences provinciales et tenir compte des niveaux respectifs des émissions de gaz à effet de serre des provinces.

(3) Le ministre publie :

a) dans les deux jours suivant l'expiration du délai prévu au paragraphe (1), un Plan sur les changements climatiques de toute façon qu'il estime indiquée, en y précisant que les intéressés peuvent présenter leurs observations sur ce plan au ministre dans les trente jours suivant la date de publication;

b) dans les dix jours suivant l'expiration de chaque délai prévu au paragraphe (1), un avis de la publication du Plan dans la *Gazette du Canada*.

(4) Le ministre dépose chaque Plan sur les changements climatiques devant chacune des deux chambres du Parlement dans le délai prévu au paragraphe (1) ou dans les trois premiers jours de séance de celle-ci suivant le délai.

(5) Le Plan sur les changements climatiques qui est déposé devant la Chambre des communes est réputé renvoyé au comité permanent de la Chambre qui étudie habituellement les questions portant sur l'environnement ou à tout autre comité que la Chambre peut désigner pour l'application du présent article.

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

a) limiter la quantité de gaz à effet de serre qui peut être libérée dans l'environnement;

a.1) dans les limites des compétences constitutionnelles fédérales, de limiter la quantité de gaz à effet de serre qui peut être libérée dans chaque province en appliquant à chacune l'article 3, paragraphes 1, 3, 4, 7, 8 et 10 à 12 du Protocole de Kyoto, avec les adaptations nécessaires;

b) établir des normes de performance conçues pour limiter les émissions de gaz à effet de serre;

c) régir l'utilisation ou la production d'équipements, de technologies, de combustibles, de véhicules ou de procédés afin de limiter les émissions de gaz à effet de serre;

d) régir les permis ou autorisations nécessaires à la libération de gaz à effet de serre;

e) régir les échanges en matière de réductions des émissions de gaz à effet de serre, d'absorptions, de permis, de crédits ou d'autres unités;

(f) respecting monitoring, inspections, investigations, reporting, enforcement, penalties or other matters to promote compliance with regulations made under this Act;

(g) designating the contravention of a provision or class of provisions of the regulations by a person or class of persons as an offence punishable by indictment or on summary conviction and prescribing, for a person or class of persons, the amount of the fine and imprisonment for the offence; and

(h) respecting any other matter that is necessary to carry out the purposes of this Act.

(2) Despite paragraph (1)(a.1), and for greater certainty, each province may take any measure that it considers appropriate to limit greenhouse gas emissions.

7. (1) Within 180 days after this Act comes into force, the Governor in Council shall ensure that Canada fully meets its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol by making, amending or repealing the necessary regulations under this or any other Act.

(2) At all times after the period referred to in subsection (1), the Governor in Council shall ensure that Canada fully meets its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol by making, amending or repealing the necessary regulations under this or any other Act.

(3) In ensuring that Canada fully meets its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol, pursuant to subsections (1) and (2), the Governor in Council may take into account any reductions in greenhouse gas emissions that are reasonably expected to result from the implementation of other governmental measures, including spending and federal-provincial agreements.

8. At least 60 days before making a regulation under this Act or, with respect to subsections 7(1) and (2), any other Act, the Governor in Council shall publish the proposed regulation in the *Canada Gazette* for consultation purposes with statements:

(a) setting out the greenhouse gas emission reductions that are reasonably expected to result from the regulation for every year it will be in force, up to and including 2012; and

(b) indicating that persons may submit comments to the Minister within 30 days after the publication of the regulation.

f) régir la surveillance, les inspections, les enquêtes, les rapports, les mesures d'application, les peines et les autres questions visant à favoriser la conformité aux règlements pris en vertu de la présente loi;

g) désigner la contravention à une disposition ou une catégorie de dispositions des règlements commise par une personne ou une catégorie de personnes comme une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par acte d'accusation ou par procédure sommaire et imposer, à l'égard de cette personne ou catégorie de personnes, le montant de l'amende et la durée de l'emprisonnement;

h) régir toute autre question nécessaire à l'application de la présente loi.

(2) Malgré l'alinéa (1)a.1), il est entendu que chaque province peut mettre en œuvre les mesures qu'elle juge appropriées pour limiter les émissions de gaz à effet de serre.

7. (1) Dans les cent quatre-vingts jours suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, le gouverneur en conseil veille à ce que le Canada honore les engagements qu'il a pris en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole de Kyoto en prenant, modifiant ou abrogeant les règlements appropriés en vertu de la présente loi ou de toute autre loi.

(2) En tout temps après la période prévue au paragraphe (1), le gouverneur en conseil veille à ce que le Canada honore les engagements qu'il a pris en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole de Kyoto en prenant, modifiant ou abrogeant les règlements appropriés en vertu de la présente loi ou de toute autre loi.

(3) Pour la prise de toute mesure au titre des paragraphes (1) et (2), le gouverneur en conseil peut prendre en considération les réductions d'émissions de gaz à effet de serre auxquelles il est raisonnable de s'attendre après la mise en œuvre d'autres mesures gouvernementales, notamment l'affectation de fonds et la conclusion d'accords fédéro-provinciaux.

8. Au moins soixante jours avant la prise d'un règlement sous le régime de la présente loi ou, en ce qui concerne les paragraphes 7(1) et (2), de toute autre loi, le gouverneur en conseil publie le projet de règlement dans la *Gazette du Canada*, pour consultation, accompagné de déclarations :

a) énonçant les réductions d'émissions de gaz à effet de serre auxquelles il est raisonnable de s'attendre à la suite de la prise du règlement pour chaque année qu'il demeurera en vigueur au cours de la période se terminant en 2012;

b) indiquant les personnes qui peuvent présenter des observations au ministre dans les trente jours suivant la publication du règlement.

9. (1) Within 120 days after this Act comes into force, the Minister shall prepare a statement setting out the greenhouse gas emission reductions that are reasonably expected to result for each year up to and including 2012 from

(a) each regulation made or to be made to ensure that Canada fully meets its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol, pursuant to subsections 7(1) and (2); and

(b) each measure referred to in subsection 7(3).

(2) The Minister shall

(a) publish the statement in the *Canada Gazette* and in any other manner that the Minister considers appropriate within 10 days of the period set out in subsection (1); and

(b) table the statement in each House of Parliament by the day set out in subsection (1) or on any of the first three days on which that House is sitting after that day.

10. (1) Within 60 days after the Minister publishes a Climate Change Plan under subsection 5(3), or within 30 days after the Minister publishes a statement under subsection 9(2), the National Round Table on the Environment and the Economy established by section 3 of the *National Round Table on the Environment and the Economy Act* shall perform the following with respect to the Plan or statement:

(a) undertake research and gather information and analyses on the Plan or statement in the context of sustainable development; and

(b) advise the Minister on issues that are within its purpose, as set out in section 4 of the *National Round Table on the Environment and the Economy Act*, including the following, to the extent that they are within that purpose:

(i) the likelihood that each of the proposed measures or regulations will achieve the emission reductions projected in the Plan or statement,

(ii) the likelihood that the proposed measures or regulations will enable Canada to meet its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol, and

(iii) any other matters that the Round Table considers relevant.

9. (1) Dans les cent vingt jours suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, le ministre prépare une déclaration dans laquelle il énonce les réductions d'émissions de gaz à effet de serre auxquelles il est raisonnable de s'attendre chaque année au cours de la période se terminant en 2012 à la suite de :

a) chaque règlement qui a été pris ou qui sera pris afin d'assurer que le Canada respecte tous les engagements qu'il a pris en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole de Kyoto, en application des paragraphes 7(1) et (2);

b) toute mesure visée au paragraphe 7(3).

(2) Le ministre :

a) publie la déclaration dans la *Gazette du Canada* et de toute autre façon qu'il estime indiquée dans les dix jours suivant le délai prévu au paragraphe (1);

b) dépose la déclaration devant chacune des chambres du Parlement dans le délai prévu au paragraphe (1) ou dans les trois premiers jours de séance de cette chambre suivant le délai.

10. (1) Dans les soixante jours suivant la publication par le ministre du Plan sur les changements climatiques en vertu du paragraphe 5(3) ou dans les trente jours suivant la publication par le ministre d'une déclaration en vertu du paragraphe 9(2), la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie constituée par l'article 3 de la *Loi sur la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie* exécute les fonctions suivantes quant au Plan ou à la déclaration :

a) effectuer des recherches et recueillir de l'information et des données provenant d'analyses sur le Plan ou la déclaration dans le contexte du développement durable;

b) conseille le ministre sur les questions qui relèvent de sa mission, telle qu'elle est définie à l'article 4 de la *Loi sur la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie*, notamment, dans les limites de sa mission :

(i) sur la probabilité que chacun des règlements ou des mesures projetés atteignent les réductions d'émissions anticipées dans le Plan ou la déclaration,

(ii) sur la probabilité que l'ensemble des mesures ou des règlements projetés permettent au Canada de respecter ses engagements en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole de Kyoto,

(iii) sur toute autre question qu'elle estime pertinente.

(2) The Minister shall

(a) within three days after receiving the advice referred to in paragraph (1)(b):

(i) publish it in any manner that the Minister considers appropriate, and

(ii) submit it to the Speakers of the Senate and the House of Commons and the Speakers shall table it in their respective Houses on any of the first three days on which that House is sitting after the day on which the Speaker receives the advice; and

(b) within 10 days after receiving the advice, publish a notice in the *Canada Gazette* setting out how the advice was published and how a copy of the publication may be obtained.

10.1 (1) At least once every two years after this Act comes into force, up to and including 2012, the Commissioner of the Environment and Sustainable Development shall prepare a report that includes

(a) an analysis of Canada's progress in implementing the Climate Change Plans;

(b) an analysis of Canada's progress in meeting its obligations under Article 3, paragraph 1, of the Kyoto Protocol; and

(c) any observations and recommendations on any matter that the Commissioner considers relevant.

(2) The Commissioner shall publish the report in any manner the Commissioner considers appropriate within the period referred to in subsection (1).

(3) The Commissioner shall submit the report to the Speaker of the House of Commons on or before the day it is published, and the Speaker shall table the report in the House on any of the first three days on which that House is sitting after the Speaker receives it. [Emphasis added.]

Section 5

[33] If the intent of section 5 of the Act was to ensure that the Government of Canada strictly complied with Canada's Kyoto obligations, the approach taken was unduly cumbersome. Indeed, a simple and unequivocal statement of such an intent would not have been difficult to draft. Instead section 5 couples the responsibility of

(2) Le ministre :

a) dans les trois jours après avoir reçu les conseils visés à l'alinéa (1)b) :

(i) les publie de la façon qu'il juge appropriée,

(ii) les présente aux présidents du Sénat et de la Chambre des communes, lesquels les déposent devant leur chambre respective dans les trois premiers jours de séance de celle-ci suivant leur réception;

b) dans les dix jours suivant la réception des conseils, publie dans la *Gazette du Canada* un avis précisant la façon dont les conseils ont été publiés et la façon d'en obtenir une copie.

10.1 (1) Au moins tous les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, et ce jusqu'en 2012, le commissaire à l'environnement et au développement durable prépare un rapport renfermant notamment :

a) une analyse des progrès réalisés par le Canada pour mettre en œuvre les plans sur les changements climatiques;

b) une analyse des progrès réalisés par le Canada pour respecter ses engagements en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole de Kyoto;

c) toutes autres observations et recommandations sur toute question qu'il estime pertinente.

(2) Le commissaire publie le rapport de la façon qu'il juge appropriée dans le délai prévu au paragraphe (1).

(3) Le commissaire présente le rapport au président de la Chambre des communes au plus tard le jour où il est publié et le président le dépose devant la Chambre dans les trois premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception. [Non souligné dans l'original.]

L'article 5

[33] Si l'intention du législateur, dans l'article 5 de la Loi, était d'assurer le strict respect des engagements du Canada aux termes du Protocole de Kyoto, alors l'approche adoptée fut d'une lourdeur excessive. En effet, l'énoncé simple et sans équivoque d'une telle intention n'aurait pas été difficile à rédiger. L'article 5

ensuring Kyoto compliance with a series of stated measures some of which are well outside of the proper realm of judicial review. For instance, subparagraph 5(1)(a)(iii.1) requires that a Climate Change Plan provide for a just transition for workers affected by greenhouse gas emission reductions and paragraph 5(1)(d) requires an equitable distribution of reduction levels among the sectors of the economy that contribute to greenhouse gas emissions. These are policy-laden considerations which are not the proper subject matter for judicial review. That is so because there are no objective legal criteria which can be applied and no facts to be determined which would allow a Court to decide whether compliance had been achieved: see *Chiasson v. Canada* (2003), 226 D.L.R. (4th) 351 (F.C.A.), at paragraph 8.

[34] It is not appropriate for the Court to parse the language of section 5 into justiciable and non-justiciable components, at least, insofar as that language deals with the content of a Climate Change Plan. This provision must be read as a whole and it cannot be judicially enforced on a piecemeal basis. While the failure of the Minister to prepare a Climate Change Plan may well be justiciable, an evaluation of its content is not. Indeed the various obligations under the Act for the Minister and others to prepare, publish and table the required reports, regulations and statements are all coupled with the mandatory term “shall”. That word is construed as imperative in a statutory context, and when used it almost always creates a mandatory obligation: see the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 11. So far as I can determine, the word “ensure” found in section 5 and elsewhere in the KPIA is not commonly used in the context of statutory interpretation to indicate an imperative.

[35] There are other reasons for not construing the words in section 5 “to ensure that Canada meets its [Kyoto] obligations” as creating justiciable duties. The Act contemplates an ongoing process of review and

combine plutôt l’obligation d’assurer la conformité au Protocole de Kyoto avec une série de mesures officielles dont certaines échappent largement au domaine du contrôle judiciaire. Ainsi, le sous-alinéa 5(1)(a)(iii.1) dit que le Plan sur les changements climatiques doit prévoir une transition équitable à l’égard des travailleurs touchés par les réductions d’émissions de gaz à effet de serre, et l’alinéa 5(1)(d) exige une répartition équitable des niveaux de réduction entre les secteurs de l’économie qui contribuent aux émissions de gaz à effet de serre. Il s’agit là de facteurs de nature essentiellement politique, qui ne se prêtent guère à un contrôle judiciaire. S’il en est ainsi, c’est parce qu’il n’y a pas de critère juridique objectif qui puisse être appliqué, et pas de faits avérés qui puissent autoriser une cour de justice à dire s’il y a eu ou non conformité : voir l’arrêt *Chiasson c. Canada*, 2003 CAF 155, au paragraphe 8.

[34] Il n’est pas nécessaire pour la Cour de faire, dans l’article 5, le tri entre les éléments qui ressortissent aux tribunaux et ceux qui n’y ressortissent pas, du moins dans la mesure où le texte de cette disposition traite du contenu d’un Plan sur les changements climatiques. L’article 5 doit être lu dans sa globalité et il ne saurait être appliqué par les tribunaux d’une manière fragmentaire. Sans doute le fait pour le ministre de ne pas avoir préparé un Plan sur les changements climatiques pourrait-il ressortir à la Cour, mais tel n’est pas le cas d’une évaluation du contenu d’un tel plan. Les diverses obligations imposées par la Loi au ministre et à d’autres de préparer, de publier et de déposer les rapports, règlements et déclarations nécessaires sont d’ailleurs toutes exprimées par l’indicatif présent du verbe porteur de sens principal. L’indicatif présent fait d’une disposition légale une disposition impérative et, lorsque ce temps est employé, il entraîne presque toujours une obligation : voir la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 11. Autant que je sache, le verbe « assurer », que l’on trouve dans l’article 5 et ailleurs dans la LMOPK, n’a pas en général pour effet, dans le contexte de l’interprétation des lois, d’indiquer une obligation.

[35] D’autres raisons permettent d’affirmer que les mots de l’article 5, « assurer le respect des engagements du Canada aux termes [...] du Protocole de Kyoto », n’entraînent pas des obligations dont on peut saisir les

adjustment within a continuously evolving scientific and political environment. It refers to cooperative initiatives with third parties including provincial authorities and industry. These are not matters that can be completely controlled by the Government of Canada such that it could unilaterally ensure Kyoto compliance within any particular timeframe. The Act also recognizes that the implementation of any given Climate Change Plan may not be fully accomplished in any given year. This is the obvious purpose of paragraph 5(1)(f), which allows for a failure to implement any of the required remedial measures for ensuring Kyoto compliance in a given year. Any such failure must be explained by the Minister in the succeeding Climate Change Plan to be tabled in Parliament, but it is implicit in this provision that strict compliance with the Kyoto emission obligations in the context of any particular Climate Change Plan is not required by section 5.

[36] Furthermore, if the Court is not permitted by the principles of justiciability to examine the substantive merits of a Climate Change Plan that dubiously claimed Kyoto compliance, it would be incongruous for the Court to be able to order the Minister to prepare a compliant Plan where he has deliberately and transparently declined to do so for reasons of public policy.

Section 7

[37] That the words “to ensure” used in section 5 of the Act reflect only a permissive intent is also indicated by the use of those words in section 7 of the Act dealing with the authority of the GIC to pass, repeal or amend environmental regulations.

[38] An isolated and strictly literal interpretation of subsection 7(1) would suggest that the GIC had a duty

tribunaux. La Loi envisage un processus permanent d'examen et d'ajustement, à l'intérieur d'un environnement scientifique et politique en constante évolution. Elle parle d'une collaboration avec des tiers, y compris avec les instances provinciales et l'industrie. Ce ne sont pas là des aspects sur lesquels le gouvernement du Canada puisse exercer un absolu droit de regard au point qu'il puisse unilatéralement garantir l'observation du Protocole de Kyoto à l'intérieur d'un délai donné. La Loi reconnaît aussi que tel ou tel Plan sur les changements climatiques ne sera pas nécessairement appliqué intégralement au cours d'une année donnée. Tel est l'objet évident de l'alinéa 5(1)f), qui anticipe l'absence de mise en œuvre de l'une ou l'autre des mesures correctives nécessaires propres à garantir la conformité au Protocole de Kyoto au cours d'une année donnée. L'impossibilité de mettre en œuvre une telle mesure doit être expliquée par le ministre dans le Plan suivant sur les changements climatiques qui sera déposé au Parlement, mais cette disposition reconnaît implicitement que, dans le contexte de tel ou tel Plan sur les changements climatiques, la stricte conformité aux engagements prévus par le Protocole de Kyoto en matière de réduction des émissions n'est pas requise par l'article 5.

[36] Par ailleurs, si la Cour n'est pas autorisée, selon les principes de justiciabilité, à examiner le pour et le contre d'un Plan sur les changements climatiques qui affirme d'un ton incertain que le Protocole de Kyoto est respecté, alors il serait absurde que la Cour puisse ordonner au ministre de préparer un plan conforme au Protocole s'il a refusé, d'une manière délibérée et transparente, de le faire pour des raisons de politique générale.

L'article 7

[37] Le mot « assurer », employé dans l'article 5 de la Loi, rend compte uniquement d'une chose facultative, et cela est attesté aussi par l'emploi de ce verbe (ou du verbe équivalent « veiller à ») dans l'article 7 de la Loi, qui confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre, modifier ou abroger des règlements environnementaux.

[38] Une interprétation isolée et strictement littérale du paragraphe 7(1) donnerait à penser que le gouverneur

to make all of the regulatory changes required to ensure Kyoto compliance within 180 days of the Act coming into force. Such a construction is, however, incompatible with the practical realities of making such regulatory changes, and is also inconsistent with the language of subsection 7(2) which allows the GIC at any time after the passage of the Act to make further regulatory changes to also “ensure” that Canada meets its Kyoto obligations. These two provisions are difficult to fully reconcile but the apparent intent is to allow for an ongoing process to regulate Kyoto compliance, with the initial 180-day timeframe being merely directory or suggestive. I note, as well, that section 6 of the Act says only that the GIC “may” make regulations. That language is clearly not mandatory. This, I think, was the basis for the admonition by Lord Browne-Wilkinson in *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 2 All E.R. 244 (H.L.), to the effect that without clear statutory language the courts have no role to play in requiring legislation to be implemented. This, he said, would tread dangerously close to the area over which Parliament enjoys exclusive jurisdiction. The language of subsections 7(1) and 7(2) is sufficiently unclear that I do not think that it was intended to override the clearly permissive meaning of the words “may make regulations” in subsection 6(1) of the Act.

[39] The argument that subsection 7(1) creates a justiciable duty is further weakened by the problem facing the Court for crafting a meaningful remedy. FoE concedes that the Court cannot dictate what it was that the GIC must have done to regulate compliance with Kyoto. Nevertheless, it argues that the GIC had a residual duty to do something of a regulatory nature within 180 days of the KPIA becoming law. It is undeniable that an attempt by the Court to dictate the content of the proposed regulatory arrangements would be an inappropriate interference with the executive role. The idea that the Court should declare that the GIC had a legal duty to make some sort of regulatory adjustment within 180 days, however insignificant that response

en conseil avait l’obligation, dans un délai de 180 jours après l’entrée en vigueur de la Loi, de procéder à tous les changements réglementaires requis pour garantir le respect du Protocole de Kyoto. Une telle interprétation est cependant incompatible avec les réalités pratiques de l’adoption de tels changements réglementaires, et elle ne s’accorde pas non plus avec le texte du paragraphe 7(2), qui autorise le gouverneur en conseil, en tout temps après l’entrée en vigueur de la Loi, de prendre, modifier ou abroger les règlements qui s’imposent pour, là encore, « veiller à » ce que le Canada honore ses engagements selon le Protocole de Kyoto. Ces deux dispositions sont difficiles à concilier pleinement, mais l’intention évidente est d’instituer un processus permanent régissant les modalités d’observation du Protocole de Kyoto, le délai initial de 180 jours étant simplement une directive ou une suggestion. Je relève aussi que l’article 6 de la Loi dit seulement que le gouverneur en conseil « peut », par règlement [...] Ce mot « peut » est manifestement le contraire d’un ordre. Cela, je pense, constituait le fondement de la mise en garde faite par lord Browne-Wilkinson dans l’arrêt *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 2 All E.R. 244 (H.L.), lorsqu’il disait que, sauf s’il existe un texte sans ambiguïté, les cours de justice n’ont pas à exiger qu’une loi soit appliquée. Ce serait de leur part, disait-il, frayer trop près du domaine réservé à la compétence exclusive du Parlement. Les paragraphes 7(1) et 7(2) sont suffisamment imprécis pour que je sois dispensé de croire que ces dispositions doivent l’emporter sur le sens clairement facultatif des mots « peut, par règlement », au paragraphe 6(1) de la Loi.

[39] L’argument selon lequel le paragraphe 7(1) crée une obligation dont on peut saisir les tribunaux est affaibli davantage par la difficulté pour la Cour de définir une réparation utile. FoE admet que la Cour ne peut pas prescrire ce que le gouverneur en conseil avait le devoir de faire pour régir les modalités d’observation du Protocole de Kyoto. Néanmoins, FoE fait valoir que le gouverneur en conseil avait l’obligation résiduelle de faire quelque chose de nature réglementaire, dans un délai de 180 jours après l’entrée en vigueur de la LMOPK. Il va sans dire qu’une tentative de la Cour de dicter le contenu des dispositions réglementaires projetées serait une ingérence inopportune dans la sphère du pouvoir exécutif. L’idée selon laquelle la Cour devrait

might have been, has very little appeal and seems to me to pose an unsatisfactory role for the Court. In *R. v. Secretary of State*, above, Lord Nicholls declined to recognize as justiciable a statutory duty requiring the Secretary of State to appoint a date for the commencement of certain statutory provisions. Lord Nicholls was concerned about the judicial enforcement of a duty that was “substantially empty of content” and where the Minister’s substantive decision involved consideration of a “wide range of circumstances”.

[40] Given that the Court is in no position to consider or to dictate the substance of the regulatory scheme anticipated by the Act, it seems to me to be highly unlikely that Parliament intended that the 180-day timeframe be mandatory and justiciable. Indeed, I question whether, outside of the constitutional context, the Court has any role to play in controlling or directing the other branches of government in the conduct of their legislative and regulatory functions. This was the view of Justice Barry Strayer in *Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1991] 2 F.C. 3 (T.D.), where he observed that the enactment of regulations must be seen as primarily the performance of a political duty which is not judicially enforceable. Support for this view can also be found in the following passage from the decision of Justice Steele in *Re Pim and Minister of the Environment* (1978), 23 O.R. (2d) 45 (Div. Ct.), at page 56:

It may not be necessary to add anything further, but if it is, it is my opinion that I would not exercise the discretion of the Court with respect to the application in the nature of *mandamus*. I would dismiss that application because even if there had been a mandatory date for the Lieutenant-Governor in Council to enact Regulations which I have found there was not, I believe that it would be totally improper for this Court to order the Lieutenant-Governor in Council to enact Regulations relating to a matter of which the Court has no knowledge. The Court has no concept of what should be included therein or within what time frame they should be made. This is not the type of case where a mandatory order of the Court could properly

déclarer que le gouverneur en conseil avait l’obligation légale d’apporter tel ou tel ajustement de nature réglementaire dans un délai de 180 jours, si minime que puisse être la mesure prise, présente très peu d’intérêt et me semble attribuer à la Cour une fonction qui ne lui sied pas. Dans l’arrêt *R. v. Secretary of State*, précité, lord Nicholls avait refusé de reconnaître que l’on pouvait saisir les tribunaux de l’obligation statuaire du secrétaire d’État de fixer une date pour l’entrée en vigueur de certaines dispositions légales. Lord Nicholls avait des doutes sur l’exécution judiciaire d’une obligation qui était [TRADUCTION] « pour l’essentiel vide de contenu » et pour laquelle la décision fondamentale du ministre requérait l’examen d’un [TRADUCTION] « large éventail de circonstances ».

[40] Puisque la Cour n’est pas à même de considérer ou de dicter la substance du régime réglementaire dont parle la Loi, il me semble fort douteux que le législateur ait voulu que le délai de 180 jours soit impératif et qu’on puisse en saisir les tribunaux. Je doute d’ailleurs que, en dehors du contexte constitutionnel, la Cour puisse de quelque manière contrôler ou orienter les autres branches du gouvernement dans la conduite de leurs fonctions législatives et réglementaires. C’était la position adoptée par le juge Barry Strayer, dans la décision *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1991] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), où il faisait observer que la prise de règlements doit être vue en premier lieu comme l’accomplissement d’une obligation politique qui ne relève nullement des tribunaux. On peut trouver aussi confirmation de cette manière de voir dans le passage suivant de la décision du juge Steele, dans l’affaire *Re Pim and Minister of the Environment* (1978), 23 O.R. (2d) 45 (C. div.), à la page 56 :

[TRADUCTION] Il n’est sans doute pas nécessaire d’ajouter quoi que ce soit d’autre, mais, si ce l’est, j’exprime l’avis que je ne devrais pas exercer le pouvoir discrétionnaire de la Cour en ce qui concerne la demande de la nature d’un *mandamus*. Je rejetterais cette demande parce que, même s’il avait existé une date impérative pour la prise de règlements par le lieutenant-gouverneur en conseil, et j’ai dit qu’il n’existait rien de tel, je crois qu’il serait totalement déplacé pour la Cour d’ordonner au lieutenant-gouverneur en conseil de prendre des règlements se rapportant à une affaire dont la Cour n’a pas connaissance. La Cour n’a aucune idée de ce qui devrait figurer dans un tel règlement, ni du délai à l’intérieur duquel tel

be enforced by the Court and, therefore, it should not be granted.

A very similar view was expressed by Justice Richard Mosley in *Canadian Union of Public Employees* [at paragraph 43]:

The applicants' argument in relation to the provinces controlling the nature and extent of the information provided to the federal Minister is predicated, in my view, on an underlying challenge to the Governor in Council's failure to make regulations to require the provinces to provide prescribed information to the federal Minister concerning their health insurance plans. This cannot sustain a justiciable issue. The lack of such regulations is not a matter for the courts, as the Act does not oblige the Minister to propose them nor the Governor in Council to make them. The enabling authority, set out in paragraph 22 (1)(c) of the Act, is strictly permissive and not mandatory.

Sections 8 and 9

[41] If section 7 of the KPIA does not create a mandatory duty to regulate, it necessarily follows that all of the regulatory and related duties described in sections 8 and 9 of the KPIA are not justiciable if the GIC declines to act. If the government cannot be compelled to regulate, it cannot be required to carry out the ancillary duties of publishing, reporting or consulting on the efficacy of such measures—unless and until there is a proposed KPIA regulatory change.

Parliamentary Accountability

[42] The issue of justiciability must also be assessed in the context of the other mechanisms adopted by the Act for ensuring Kyoto compliance. In this case, the Act creates rather elaborate reporting and review mechanisms within the Parliamentary sphere. On this point I agree with the counsel for the respondents that, with respect to matters of substantive compliance with Kyoto, the Act clearly contemplates Parliamentary and public accountability. While such a scheme will not always

règlement devrait être pris. Nous n'avons pas ici affaire à un cas où une injonction prononcée par la Cour pourrait valablement être exécutée par elle, et elle ne devrait donc pas être accordée.

Une opinion très semblable a été exprimée par le juge Richard Mosley dans la décision *Syndicat canadien de la fonction publique*, au paragraphe 43 :

L'argument des demandeurs selon lequel les provinces décident de la nature et de la substance des renseignements qu'elles fournissent au ministre fédéral repose, selon moi, sur la contestation sous-jacente du fait que le gouverneur en conseil n'a pas pris de règlement prescrivant les renseignements qu'elles doivent fournir au sujet de leur régime d'assurance-santé. Un tel argument ne saurait fonder la justiciabilité d'une question. Les tribunaux n'ont pas à se prononcer sur l'absence de règlement, car la LCS n'oblige pas le ministre à en proposer ni le gouverneur en conseil à en prendre. Le pouvoir réglementaire conféré par l'alinéa 22(1)c) est d'ordre strictement permissif et non obligatoire.

Les articles 8 et 9

[41] Si l'article 7 de la LMOPK n'établit pas une obligation de réglementation, il s'ensuit nécessairement qu'aucune des obligations de réglementation ou autres obligations dont parlent les articles 8 et 9 de la LMOPK ne ressortit aux cours de justice si le gouverneur en conseil refuse d'agir. Si le gouvernement ne peut pas être contraint de prendre des règlements, il ne peut être tenu d'accomplir les obligations accessoires que sont la publication, l'établissement de rapports ou la consultation sur l'efficacité de telles mesures tant et aussi longtemps qu'une mesure réglementaire n'est pas envisagée selon la LMOPK.

La responsabilité envers le Parlement

[42] La question de la justiciabilité doit également être appréciée dans le contexte des autres mécanismes adoptés par la Loi pour assurer le respect du Protocole de Kyoto. En l'espèce, la Loi établit des mécanismes assez détaillés de notification et d'examen à l'intérieur de la sphère parlementaire. Sur ce point, je me range à l'avis des avocats des défendeurs pour qui, s'agissant des questions de conformité de fond au Protocole de Kyoto, la Loi envisage clairement une responsabilité

displace an enforcement role for the Court, in the overall context of this case, I think it does. If Parliament had intended to impose a justiciable duty upon the government to comply with Canada's Kyoto commitments, it could easily have said so in clear and simple language.² The Act, however, uses somewhat equivocal language substituting "to ensure that" for the usual mandatory term "shall". It then goes on to create an indirect scheme for "ensuring" Kyoto compliance largely through the function of scientific review and reporting to the public and to Parliament. For instance, the annual Climate Change Plan required by section 5 must be published and subjected to public comment. The Plan must also be tabled in Parliament and referred to the appropriate Parliamentary committee for consideration. Any regulations proposed to be made under the authority of the Act must first be published for public consultation purposes in the *Canada Gazette*. Section 9 requires that within the first 120 days of the Act becoming law, the Minister must prepare a statement setting out the gas emission reductions that are reasonably expected to result in every year until 2012. That statement must also be published and tabled in Parliament. Both the Climate Change Plan and the Minister's statements are then required to be submitted to the Round Table for external review, advice and comment. The Round Table analysis is required to include consideration of the likelihood that the proposed measures or regulations will achieve the projected emission reductions. This report must also be published by the Minister and tabled in both the House of Commons and Senate. The Commissioner of the Environment and Sustainable Development (Commissioner) is similarly obliged to prepare, publish and table a bi-annual report which analyses Canada's progress in implementing the Climate Change Plans and in meeting its Kyoto obligations.

envers le Parlement et envers le public. Un tel régime ne privera pas toujours la Cour de son rôle d'exécution, mais, dans le contexte général de la présente affaire, je crois que tel est le résultat. Si le Parlement avait voulu imposer au gouvernement une obligation, dont on peut saisir les tribunaux, de respecter les engagements pris par le Canada dans le Protocole de Kyoto, il lui aurait été facile de le dire en des mots clairs et simples². La Loi, cependant, utilise des mots quelque peu équivoques, en remplaçant l'indicatif présent, qui marque une obligation, par les verbes « assurer » ou « veiller à ». Puis la Loi établit un régime indirect visant à « assurer » le respect du Protocole de Kyoto, essentiellement au moyen d'examen scientifiques et de rapports présentés au public et au Parlement. Ainsi, le Plan annuel sur les changements climatiques qui est exigé par l'article 5 doit être publié et soumis aux intéressés pour qu'ils présentent leurs observations. Le Plan doit aussi être déposé devant le Parlement et renvoyé au comité parlementaire compétent pour examen. Tout règlement que le gouverneur en conseil se propose de prendre en vertu de la Loi doit d'abord être publié dans la *Gazette du Canada* à des fins de consultation publique. L'article 9 dispose que, dans les 120 jours qui suivent l'entrée en vigueur de la Loi, le ministre prépare une déclaration dans laquelle il énonce les réductions d'émissions de gaz à effet de serre auxquelles il est raisonnable de s'attendre au cours de la période se terminant en 2012. Cette déclaration doit elle aussi être publiée et déposée devant le Parlement. Le Plan sur les changements climatiques, de même que les déclarations du ministre, doivent alors être soumis à la Table ronde pour examen externe, conseils et observations. L'analyse faite par la Table ronde doit comprendre un examen de la probabilité que l'ensemble des mesures ou règlements projetés atteigne les réductions d'émissions anticipées. Ce rapport doit également être publié par le ministre et déposé devant la Chambre des communes et le Sénat. Le commissaire à l'environnement et au développement durable (le commissaire) est lui aussi tenu de préparer, publier et déposer un rapport bisannuel renfermant une analyse des progrès accomplis par le Canada pour mettre en œuvre les Plans sur les changements climatiques et pour respecter ses engagements aux termes du Protocole de Kyoto.

[43] All of the above measures are directed at ensuring compliance with Canada's substantive Kyoto commitments through public, scientific and political discourse, the subject matter of which is mostly not amenable or suited to judicial scrutiny.

[44] Considering the scope of the review mechanisms established by the Act alongside of the statutory construction issues noted above, the statutory scheme must be interpreted as excluding judicial review over issues of substantive Kyoto compliance including the regulatory function. Parliament has, with the KPIA, created a comprehensive system of public and Parliamentary accountability as a substitute for judicial review. The practical significance of Parliamentary oversight and political accountability should not, however, be underestimated, particularly in the context of a minority government: see *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, above, at paragraph 71.³

[45] I find support for this view in the comprehensive justiciability analysis carried out by Justice Richard Mosley in *Canadian Union of Public Employees*, above. That case involved allegations that the Minister of Health had failed to carry out certain statutory duties imposed by the *Canada Health Act*, R.S.C., 1985, c. C-6 related to provincial compliance with the national healthcare standards. Among other claims for relief, the applicants sought a declaration that the mandated *Canada Health Act* Annual Report was not sufficiently comprehensive in dealing with the issue of provincial compliance. It was also argued that the Minister had disregarded his statutory authority to compel provincial compliance and had thereby exercised his discretion in a way that frustrated the purpose of the legislation. The Minister took the position that his statutory reporting function involved a policy-laden duty owed solely to Parliament; as such it was not justiciable. The Court sided with the Minister for the following reasons [at paragraph 39-42]:

[43] Toutes les mesures ci-dessus ont pour objet d'assurer l'observation par le Canada de ses engagements de fond envers le Protocole de Kyoto, et cela, à la faveur d'un dialogue public, scientifique et politique, un dialogue dont le thème ne se prête pas pour l'essentiel à un contrôle judiciaire ou ne ressortit pas pour l'essentiel aux tribunaux.

[44] Compte tenu de la portée des mécanismes d'examen établis par la Loi, ce à quoi s'ajoutent les questions susmentionnées d'interprétation des lois, le texte législatif doit être interprété d'une manière qui exclut tout contrôle judiciaire sur les questions touchant le respect du Protocole de Kyoto, y compris sur la fonction de réglementation. En promulguant la LMOPK, le Parlement a établi un système détaillé de responsabilité devant le public et devant le Parlement, un système qui remplace le contrôle judiciaire. L'importance pratique de la surveillance parlementaire et de la responsabilité politique ne devrait pas cependant être sous-estimée, en particulier dans le contexte d'un gouvernement minoritaire : voir l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, précité, au paragraphe 71³.

[45] Je suis conforté dans cette manière de voir par l'analyse détaillée du principe de justiciabilité qu'a faite le juge Richard Mosley dans la décision *Syndicat canadien de la fonction publique*, précitée. On alléguait dans cette affaire que le ministre de la Santé avait manqué à certaines obligations imposées par la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6, obligations qui concernent la conformité des régimes provinciaux d'assurance-santé aux normes nationales touchant les soins de santé. Entre autres réparations sollicitées, les demandeurs voulaient que soit rendu un jugement déclaratoire disant que le rapport annuel prévu par la *Loi canadienne sur la santé* n'était pas suffisamment détaillé sur la question de la conformité des régimes provinciaux. Les demandeurs faisaient aussi valoir que le ministre n'avait pas tenu compte de son pouvoir statuaire de contraindre les provinces à se conformer à la *Loi canadienne sur la santé* et qu'il avait donc exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui contrariait l'objet de ce texte. La posture adoptée par le ministre était que sa fonction de préparation d'un rapport procédait d'une obligation de nature politique

As stated by Chief Justice Dickson in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines & Resources)*, *supra* at pages 90-91, a determination of whether a matter is justiciable is:

“... first and foremost, a normative inquiry into the appropriateness as a matter of constitutional judicial policy of the courts deciding a given issue, or instead, deferring to other decision-making institutions of the polity... There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

In the view of this member of the judiciary, while this application raises important questions, they are of an inherently political nature and should be addressed in a political forum rather than in the courts.

The Act requires that the annual report tabled by the Minister be laid before each House of Parliament, thus indicating that Parliament’s intention in creating this obligation was to provide for review and debate on the content of the reports by Parliament itself. Allegations of informational deficiencies with such reports are, therefore, to be addressed and dealt with by that branch of government, and not, in my view, by the judiciary. It is not for the courts to usurp the role of Parliament in determining the nature and quality of the information it has deemed necessary to conduct its functions. As stated by Justice McLachlin, as she then was, in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319 at page 389:

... Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.

The Minister’s duty to report to Parliament on an annual basis as to provincial compliance with the Act’s criteria and

dont il ne rendait compte qu’au Parlement; cette obligation ne ressortissait donc pas aux cours de justice. La Cour s’est rangée à l’argument du ministre, pour les motifs suivants [aux paragraphes 39 à 42] :

Comme l’a exprimé le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, précité, aux pages 90-91, l’examen de la justiciabilité consiste :

[...] d’abord et avant tout, en un examen normatif de l’opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de la déférer à d’autres instances décisionnelles de l’administration politique [...] Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l’exercice d’un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l’appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

En ma qualité de membre de l’appareil judiciaire, j’estime que même si la présente demande soulève d’importantes questions, elles sont intrinsèquement de nature politique, et c’est devant un forum politique et non devant les tribunaux qu’elles doivent être examinées.

La Loi exige que le rapport annuel établi par le ministre soit déposé devant chaque chambre du Parlement, indiquant par là l’intention du législateur que le contenu du rapport soit examiné et discuté par le Parlement lui-même. C’est donc à cette branche du gouvernement qu’il appartient d’examiner les allégations de lacunes informationnelles et non aux tribunaux. Le pouvoir judiciaire ne doit pas usurper le rôle du Parlement dans la détermination de la nature et de la qualité des renseignements qu’il a estimés nécessaires à l’accomplissement de ses fonctions. Comme l’a indiqué la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, à la page 389 :

[...] Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l’organisme législatif, l’exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l’ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu’aucune de ces branches n’outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l’autre.

L’obligation du ministre de faire rapport annuellement au Parlement de la mesure dans laquelle les provinces satisfont

conditions is clear. The determination of what constitutes “all relevant information” for the purpose of the reporting requirement is appropriately determined by the Minister, in consultation with the provinces, and is subject to policy and political concerns, the parameters of which it is not for this Court to determine. The Minister is accountable to Parliament for the scope and accuracy of the information the report contains. I agree with the respondent that the section 23 obligation is one owed to Parliament and not to the applicants or the public at large although requiring production of an annual report will necessarily inform public debate on the subject. Any remedy, therefore, with regards to fulfilling the section 23 obligation lies within Parliament and not with the courts.

IV. Conclusion

[46] I have concluded that the Court has no role to play reviewing the reasonableness of the government’s response to Canada’s Kyoto commitments within the four corners of the KPIA. While there may be a limited role for the Court in the enforcement of the clearly mandatory elements of the Act such as those requiring the preparation and publication of Climate Change Plans, statements and reports, those are not matters which are at issue in these applications.

[47] Even if I am wrong about the issue of justiciability, I would, as a matter of discretion, still decline to make a mandatory order against the respondents. Such an order would be so devoid of meaningful content and the nature of any response to it so legally intangible that the exercise would be meaningless in practical terms.

[48] In the result, these applications must be dismissed. I will deal with the issue of costs in writing. If the respondents are seeking costs, they will have 10 days to make a submission to the Court. FoE will be allowed seven days to reply. Neither submission should exceed five pages in length.

aux conditions établies par la Loi est claire. C’est au ministre qu’il revient de déterminer ce qui constitue « tous les renseignements pertinents » à inclure pour satisfaire à l’obligation de rendre compte, après consultation avec les provinces, et cette détermination fait intervenir des questions de principe et de politique dont il n’appartient pas aux tribunaux de fixer les paramètres. Le ministre est responsable devant le Parlement de la portée et de l’exactitude des renseignements contenus dans le rapport. Je conviens avec le défendeur que le créancier de l’obligation énoncée à l’article 23 est le Parlement et non les demandeurs ou le public en général, même si l’obligation de présenter un rapport annuel contribue certainement au débat public sur la question. Tout recours relatif à l’accomplissement de l’obligation imposée à l’article 23 relève donc du Parlement et non des tribunaux.

IV. Dispositif

[46] Je suis arrivé à la conclusion que la Cour n’a pas à se demander si la réponse du gouvernement aux engagements du Canada selon le Protocole de Kyoto est ou non raisonnable dans le cadre de la LMOPK. Sans doute la Cour est-elle investie d’un certain rôle pour ce qui concerne l’application des dispositions clairement impératives de la Loi, par exemple celles qui imposent la préparation et la publication de Plans sur les changements climatiques, de déclarations et de rapports, mais ce ne sont pas là des aspects qui sont en cause dans les présentes demandes.

[47] Même si je fais fausse route sur la question de la justiciabilité, je suis néanmoins d’avis de refuser, dans l’exercice de mon pouvoir discrétionnaire, de prononcer une injonction contre les défendeurs. Une telle injonction serait si dépourvue de véritable signification, et la nature de la réponse à telle injonction serait si intangible sur le plan juridique, que l’exercice serait, en pratique, vide de sens.

[48] En définitive, ces demandes doivent être rejetées. J’aborderai par écrit la question des dépens. Si les défendeurs sollicitent les dépens, ils auront 10 jours pour présenter leurs observations à la Cour. FoE aura sept jours pour y répondre. Les observations de chacune des parties ne devront pas dépasser cinq pages.

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that these applications for judicial review be dismissed.

THIS COURT FURTHER ADJUDGES that the issue of costs be reserved.

¹ The *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, 11 December 1997, 2303 U.N.T.S. 148 (Kyoto Protocol). The Kyoto Protocol came into force in 2005. It commits developed countries to individual targets to limit or reduce their greenhouse gas emissions. Under the terms of the Kyoto Protocol, 37 developed countries (including Canada) and the European Economic Community (EEC) have ratified commitments that would cut their total emissions of greenhouse gases on average between 2008 and 2012 to levels 5% below 1990 levels.

² The respondents' characterization of the language of this Act as "unusual" is certainly a fair one.

³ It is perhaps also worth noting here that the Kyoto Protocol establishes its own formal system of accountability and that Canada's refusal to meet its Kyoto obligations has attracted international criticism from other parties to the Protocol.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que les présentes demandes de contrôle judiciaire sont rejetées.

LA COUR STATUE EN OUTRE que la question des dépens est mise en délibéré.

¹ Le *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2303 R.T.N.U. 148 (le Protocole de Kyoto). Le Protocole de Kyoto est entré en vigueur en 2005. Il engage les pays développés à fixer des cibles individuelles en vue de limiter ou réduire leurs émissions de gaz à effet de serre. Aux termes du Protocole de Kyoto, 37 pays développés (dont le Canada) et la Communauté économique européenne (la CEE) ont ratifié des engagements qui, entre 2008 et 2012, ramèneraient en moyenne à des niveaux inférieurs de 5 p. 100 aux niveaux de 1990 leurs émissions totales de gaz à effet de serre.

² Les défendeurs ont certainement raison de dire que le libellé de cette Loi est [TRADUCTION] « inusité ».

³ Il convient sans doute également de noter ici que le Protocole de Kyoto établit son propre système formel de responsabilité et que le refus du Canada de remplir ses engagements selon ce Protocole a suscité chez les autres parties au Protocole une réprobation internationale.

T-1144-05
2008 FC 1185

T-1144-05
2008 CF 1185

Apotex Inc. (Plaintiff)

Apotex Inc. (demanderesse)

v.

c.

Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Ltd. and Merck Frosst Canada & Co. (Defendants)

Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Ltd. et Merck Frosst Canada & Co. (défenderesses)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. MERCK & CO. INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. MERCK & CO. INC. (C.F.)

Federal Court, Hughes J.—Toronto, October 6; Ottawa, October 21, 2008.

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 6 octobre; Ottawa, 21 octobre 2008.

Patents — Action brought under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMNOC Regulations), s. 8 claiming recovery against defendants for loss suffered as result of having been kept off market for period of time — Plaintiff generic drug manufacturer seeking to sell generic version of alendronate in Canada — Issuance of notice of compliance (NOC) to plaintiff delayed given prohibition proceedings commenced by defendants — Preliminary issues raised concerning Federal Court jurisdiction, validity of PMNOC Regulations, s. 8, nature, extent of remedy available thereunder — Federal Court having jurisdiction to hear matter — PMNOC Regulations, s. 8 properly enabled by Patent Act, s. 55.2(4), not matter falling within exclusive provincial jurisdiction — Patents falling within exclusive competence of federal Parliament — As to nature, extent of remedy available, PMNOC Regulations, s. 8 providing for damages or profits — Generic drug manufacturer entitled to seek profits it would have made if able to market product earlier — PMNOC Regulations, s. 8(1)(b) providing compensation period ending on date prohibition application dismissed — Preliminary issues determined.

Brevets — Action intentée en vertu de l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) pour obtenir le recouvrement de dommages-intérêts à l'encontre des défenderesses au titre de la perte subie du fait d'avoir été empêché d'entrer sur le marché — La demanderesse, un fabricant de médicaments génériques, voulait être autorisée à vendre une version générique de l'alendronate au Canada — La délivrance d'un avis de conformité à la demanderesse a été retardée en raison de la procédure d'interdiction entamée par les défenderesses — Les questions préliminaires à trancher concernaient la compétence de la Cour fédérale, la validité de l'art. 8 du Règlement ainsi que la nature et la portée des recours prévus par l'art. 8 — La Cour fédérale a compétence pour statuer sur l'action — L'art. 8 du Règlement est valablement autorisé par l'art 55.2(4) de la Loi sur les brevets, ne s'agissant pas d'une matière qui relève de la compétence exclusive des provinces — Les brevets relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral — S'agissant de la nature et de la portée des recours prévus, l'art. 8 du Règlement prévoit des dommages-intérêts ou des profits — Le fabricant de produits génériques a droit aux profits qu'il aurait réalisés s'il avait pu commercialiser son produit plus tôt — L'art. 8(1)(b) du Règlement dispose que la période visée par l'indemnité se terminera à la date du rejet de la demande en interdiction — Les questions préliminaires ont été tranchées.

Federal Court Jurisdiction — Court's jurisdiction to hear, determine action brought under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMNOC Regulations), s. 8 — Federal Courts Act, s. 20(2) providing Federal Court having jurisdiction in all cases in which remedy sought under Act of Parliament respecting patent of invention — Patent Act, s. 55.2(4) authorizing making of regulations to prevent infringement, conferring jurisdiction on "any court of competent jurisdiction" such as Federal Court.

Compétence de la Cour fédérale — Compétence de la Cour pour statuer sur les actions introduites en vertu de l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) — L'art. 20(2) de la Loi sur les Cours fédérales dispose que la Cour fédérale a compétence dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale relativement à un brevet d'invention — L'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets autorise la prise de règlements pour empêcher la contrefaçon de brevets, conférant des droits d'action « devant tout tribunal compétent », notamment la Cour fédérale.

Construction of Statutes — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMNOC Regulations), s. 8 providing Court may make order by way of damages or profits for certain prescribed losses — Words “damages or profits” in s. 8 interpreted as meaning profits generic drug manufacturer would have made if allowed to market product at earlier time — Date “as certified by the Minister” in s. 8(1)(a) regarding period over which compensation provided not defined — Reasonable to conclude date “as certified” corresponding in present case to date Minister’s letter approving plaintiff’s abbreviated new drug submission sent out.

This was an action brought by the plaintiff, a generic drug manufacturer, under section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations) claiming recovery against the defendants, Merck Frosst Canada Ltd. and Merck Frosst Canada & Co. (collectively Merck) for the period from February 3, 2004 to May 26, 2005. The drug at issue, alendronate, is used primarily in the treatment of osteoporosis. Merck received a notice of compliance (NOC) approving for sale its version of alendronate (claimed in Canadian Patent No. 2294595 ('595 patent)) on February 4, 2002. On February 7, 2003, the plaintiff filed an abbreviated new drug submission (ANDS) to sell a generic version of alendronate and sent a notice of allegation to Merck on April 14, 2003 alleging that the '595 patent was invalid. Although the plaintiff's application was approved by the Minister on February 3, 2004, the plaintiff was only issued an NOC on May 27, 2005 given Merck's pending prohibition proceedings, which were subsequently dismissed.

The issues to be determined herein, which were of a preliminary nature, were twofold. The first set of issues, raised by Merck, concerned the jurisdiction of the Federal Court to hear an action under section 8 of the PMNOC Regulations, as well as the validity of this section. The second set of issues, raised by the plaintiff, dealt with the nature and extent of the remedy section 8 affords.

Held, the preliminary issues raised in this action were determined.

In order for the Federal Court to have jurisdiction to hear and determine actions brought under section 8, three criteria have to be met: there must be a statutory grant of jurisdiction by Parliament as well as an existing body of federal law and the law in question has to be a law of Canada. Because subsection 20(2) of the *Federal Courts Act* provides that the

Interprétation des lois — L’art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) précise que le tribunal peut rendre une ordonnance pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l’égard de certaines pertes prévues — Les mots « recouvrement de dommages-intérêts ou de profits » à l’art. 8 sont interprétés comme signifiant les profits que le fabricant de produits génériques aurait réalisés s’il avait pu commercialiser son produit plus tôt — La date « attestée par le ministre » à l’art. 8(1)a quant à la période visée par l’indemnité n’est pas définie — Il était raisonnable de conclure que la date « attestée » en l’espèce était la date de transmission de la lettre dans laquelle le ministre a approuvé la présentation abrégée de drogue nouvelle de la demanderesse.

Il s’agissait d’une action intentée par la demanderesse, un fabricant de médicaments génériques, en vertu de l’article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) pour obtenir le recouvrement de dommages-intérêts à l’encontre des défenderesses, Merck Frosst Canada Ltd. et Merck Frosst Canada & Co. (collectivement Merck), pour la période allant du 3 février 2004 au 26 mai 2005. Le médicament en cause, soit l’alendronate, est employé surtout dans le traitement de l’ostéoporose. Le 4 février 2002, Merck a reçu un avis de conformité l’autorisant à vendre sa version de l’alendronate (revendiqué dans le brevet canadien n° 2294595 (le brevet '595)). Le 7 février 2003, la demanderesse a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) pour vendre une version générique de l’alendronate et a transmis un avis d’allégation à Merck le 14 avril 2003 dans lequel elle alléguait que le brevet '595 était invalide. Même si la demande de la demanderesse a été approuvée par le ministre le 3 février 2004, la demanderesse n’a obtenu un avis de conformité que le 27 mai 2005 en raison de la procédure d’interdiction en cours de Merck, qui a été rejetée par la suite.

Les questions à trancher en l’espèce, de nature préliminaire, étaient de deux ordres. La première série de questions, soulevées par Merck, concernaient la compétence de la Cour fédérale d’instruire une action en vertu de l’article 8 du Règlement ainsi que la validité de cette disposition. La deuxième série de questions, soulevées par la demanderesse, portaient sur la nature et la portée des recours prévus par l’article 8.

Jugement : les questions préliminaires soulevées en l’espèce ont été tranchées.

Pour que la Cour fédérale ait compétence pour statuer sur les actions introduites en vertu de l’article 8, trois critères doivent être remplis : il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement, il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales et la loi en cause doit être une loi du Canada. Comme le paragraphe 20(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*

Federal Court has jurisdiction in respect of “all cases ... in which a remedy is sought under the authority of an Act of Parliament ... respecting any patent of invention”, the Federal Court may accept jurisdiction in a patent matter as being made “under the authority” of a federal statute. Subsection 55.2(4) of the *Patent Act* authorizes regulations to be made to prevent patent infringement, such as the PMNOC Regulations, and confers jurisdiction on “any court of competent jurisdiction”. Section 2 of the PMNOC Regulations defines the word “court” and names the Federal Court as a court of competent jurisdiction. Finally, subsection 12(2) of the *Patent Act* gives the PMNOC Regulations the same effect as a statute. Therefore, all three criteria were satisfied, and the Federal Court had jurisdiction to hear this action.

The PMNOC Regulations confer a benefit on a particular class of persons who own or have rights in respect of patents pertaining to medicines, their formulation, dosages and uses. The benefited innovator person may choose to list its patents under the PMNOC Regulations and launch an application to prohibit the grant of an NOC to a generic drug manufacturer. Thus, the PMNOC Regulations are directed to “patent infringement”. Paragraph 55.2(4)(d) of the Act specifically provides for regulations respecting remedies and procedures in respect of disputes under paragraph (c) as to when the NOC may issue, including the 24-month stay on any issuance of the NOC provided by paragraph 7(1)(e) of the PMNOC Regulations and disincentives for seeking such a stay. Section 8 is such a disincentive and is properly enabled by subsection 55.2(4) of the *Patent Act*.

While section 8 creates a civil cause of action, it is not a matter that falls within exclusive provincial jurisdiction under subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Section 8 is an integral part of a scheme set out in the PMNOC Regulations regarding the enforcement of rights in certain types of medicinal patents. The right to bring an action created by section 8 of the PMNOC Regulations only arises if an innovator chooses to commence an action for infringement under those Regulations regarding a patent which it has chosen to list thereunder and is ultimately unsuccessful. Patents are clearly a subject within the exclusive competence of the federal Parliament. Section 8 meets all the criteria required for valid federal legislation.

The entire context of section 8 is focussed on compensation for the loss suffered by the generic drug manufacturer as a result of having been kept off the market for a period of time. Subsection 8(4) provides that the Court may make such order for relief by way of damages or profits as the circumstances require in respect of a certain number of prescribed losses. The

dispose que la Cour fédérale a compétence « dans tous les autres cas de recours sous le régime d’une loi fédérale [...] relativement à un brevet d’invention », la Cour fédérale peut exercer sa compétence dans une affaire de brevet en tant que recours « sous le régime » d’une loi fédérale. Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* autorise la prise de règlements pour empêcher la contrefaçon de brevets, par exemple le Règlement, conférant des droits d’action « devant tout tribunal compétent ». L’article 2 du Règlement définit le mot « tribunal » et désigne la Cour fédérale à ce titre. Enfin, le paragraphe 12(2) de la *Loi sur les brevets* donne au Règlement le même effet et la même force que s’il s’agissait d’une loi. Par conséquent, les trois critères ont été remplis et la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur l’action visée en l’espèce.

Le Règlement confère un avantage à une catégorie particulière de personnes qui détiennent des brevets, ou des droits dans des brevets, se rapportant à des médicaments, à leur formule posologique, à leurs dosages et à leurs utilisations. L’innovateur ainsi avantagé peut choisir d’énumérer ses brevets en vertu du Règlement et déposer une demande afin qu’il soit interdit au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant de produits génériques. Le Règlement porte donc sur la « contrefaçon d’un brevet ». L’alinéa 55.2(4)d) de la Loi prévoit explicitement la prise de règlements concernant les recours et procédures portant sur les litiges visés à l’alinéa c) à propos de la date à laquelle l’avis de conformité peut être délivré, notamment la suspension de 24 mois dont parle l’alinéa 7(1)e) du Règlement pour la délivrance de l’avis de conformité, et aussi des mesures dissuasives dans la quête d’une telle suspension. L’article 8 constitue une telle mesure dissuasive et il est valablement autorisé par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

Bien que l’article 8 établisse un droit d’action de nature civile, il ne s’agit pas d’une matière qui relève de la compétence exclusive des provinces selon le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’article 8 fait partie intégrante d’un régime établi dans le Règlement quant à l’exercice de droits dans certains types de brevets portant sur des médicaments. Le droit d’action conféré par l’article 8 du Règlement ne prend naissance que si un innovateur décide d’introduire une action en contrefaçon en vertu de ce Règlement, à l’égard d’un brevet qu’il a choisi d’inscrire aux termes de ce Règlement, et s’il est finalement débouté de son action. Les brevets sont manifestement un sujet qui relève de la compétence exclusive du Parlement fédéral. L’article 8 répond à toutes les conditions de validité d’une législation fédérale.

La totalité de l’article 8 porte sur l’indemnisation pour la perte subie par le fabricant de produits génériques du fait qu’il a été empêché d’entrer sur le marché. Le paragraphe 8(4) précise que le tribunal peut rendre l’ordonnance qu’il juge indiquée pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l’égard de diverses pertes

reasonable interpretation of the words “damages or profits” in subsection 8(4) is that the generic drug manufacturer can seek the profits that it would have made had it been able to market its product at an earlier time. Those words do not provide a generic drug manufacturer with a right to elect for a disgorgement or account of a first person’s (i.e. Merck) profits.

Paragraphs 8(1)(a) and (b) of the PMNOC Regulations provide for the period over which compensation for loss may be provided. While paragraph 8(1)(a) refers to “beginning on the date, as certified by the Minister”, it does not provide for “certification” as such by the Minister and that word is not defined either in the PMNOC Regulations or elsewhere. Nonetheless, it was reasonable to conclude in this case that the date “as certified by the Minister on which a notice of compliance would have been issued” was the date of the letter sent by the Minister to the plaintiff stating that the examination of its ANDS application had been completed. Paragraph 8(1)(b) provides that the period of compensation shall end on the date of dismissal of the application for prohibition. Therefore the presumptive period over which compensation could be sought by the plaintiff was from February 3, 2004 to May 26, 2005.

prévues par règlement. L’interprétation raisonnable des mots « recouvrement de dommages-intérêts ou de profits » au paragraphe 8(4) est que le fabricant de produits génériques peut demander les profits qu’il aurait réalisés s’il avait pu commercialiser son produit plus tôt. Ces mots ne lui confèrent pas le droit d’opter pour la restitution des bénéfices réalisés par la première personne (c.-à-d. Merck).

Les alinéas 8(1)(a) et (b) du Règlement indiquent la période pour laquelle peut être attribuée une indemnité résultant d’une perte. Même si l’alinéa 8(1)(a) précise « débutant à la date, attestée par le ministre », il ne contient aucune disposition portant sur l’« attestation » en tant que telle du ministre ni aucune définition, dans le Règlement ou ailleurs. Néanmoins, il était raisonnable de conclure que la date « attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivrée » était la date de la lettre envoyée au fabricant de produits génériques par le ministre, lettre où l’on peut lire que sa demande PADN a été examinée. L’alinéa 8(1)(b) dispose que la période visée par l’indemnité se terminera à la date du rejet de la demande en interdiction. La période présumée pour laquelle une indemnité peut être demandée par la demanderesse allait donc du 3 février 2004 au 26 mai 2005.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 92(13).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 20 (as am. *idem*, c. 37, s. 34), 24(1) (as am. *idem*, c. 8, s. 6).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 20(2) (as am. *idem*, s. 29).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 372(2).
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 17, s. 10).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 12(2) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 3), 54 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182), 55(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48), (2) (as am. *idem*), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2), 57(1), 60.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2 “court” (as am. by SOR/2008-211, s. 1), 4(1) (as am. by SOR/2006-242, s. 2), (2) (as am. *idem*), 5 (as am. *idem*; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)),

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92(13).
Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(2).
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 20 (mod., *idem*, ch. 37, art. 34), 24(1) (mod., *idem*, ch. 8, art. 6).
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 12(2) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 3), 54 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182), 55(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48), (2) (mod., *idem*), 55.2 (édicé par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2), 57(1), 60.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 20(2) (mod., *idem*, art. 29).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 10).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2 « tribunal » (mod. par DORS/2008-211, art. 1), 4(1) (mod. par DORS/2006-242, art. 2), (2) (mod., *idem*), 5 (mod., *idem*; *erratum Gaz. C.*

6, 7(1)(e) (as am. by SOR/98-166, s. 6), 8 (as am. *idem*, ss. 7, 8; 2006-242, s. 5).

2006.II.1874(A)), 6, 7(1)e) (mod. par DORS/98-166, art. 6), 8 (mod., *idem*, art. 7, 8; 2006-242, art. 5).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1), 372(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 533; (2005), 253 D.L.R. (4th) 1; 39 C.P.R. (4th) 449; 2005 SCC 26; *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; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417.

CONSIDERED:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc. (2005), 41 C.P.R. (4th) 35; 274 F.T.R. 113; 2005 FC 755; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272; 256 N.R. 172 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2000] 4 F.C. 264; (2000), 188 D.L.R. (4th) 145; 24 Admin. L.R. (3d) 279 (C.A.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (F.C.A.); *Micro Chemicals Limited v. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] S.C.R. 506; (1971), 25 D.L.R. (3d) 179; 2 C.P.R. (2d) 193; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404; 3 C.P.R. (4th) 1; 252 N.R. 72 (F.C.A.); *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 300 N.R. 76; 2003 FCA 24; *Fournier Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 327; (1998), 83 C.P.R. (3d) 72; 154 F.T.R. 56 (T.D.); *Delrina Corp. (c.o.b. Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339; 23 B.L.R. (3d) 231; 17 C.P.R. (4th) 289; 156 O.A.C. 166 (C.A.); *King, The v. Singer*, [1941] S.C.R. 111; [1941] 1 D.L.R. 753; (1940), 75 C.C.C. 1; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 2002 SCC 42; *JAY-LOR International Inc. v. Penta Farm Systems Ltd.* (2007), 59 C.P.R. (4th) 228; 313 F.T.R. 1; 2007 FC 358; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 F.C. 497; (1997), 73 C.P.R. (3d) 321; 214 N.R. 85 (C.A.); *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151; [2001] O.T.C. 2 (Ont. Sup.Ct.); *affd* (2002), 16 C.P.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., 2005 CF 755; *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.) (QL); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C.F. 264 (C.A.); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1993] A.C.F. n° 1106 (C.A.) (QL); *Micro Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] R.C.S. 506; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 1978 (C.A.) (QL); *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140; 2003 CAF 24; *Fournier Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 327 (1^{re} inst.); *Delrina Corp. (c.o.b. Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339; 23 B.L.R. (3d) 231; 17 C.P.R. (4th) 289; 156 O.A.C. 166 (C.A.); *King, The v. Singer*, [1941] R.C.S. 111; [1941] 1 D.L.R. 753; (1940), 75 C.C.C. 1; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42; *JAY-LOR International Inc. c. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 CF 358; *Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F. 497 (C.A.); *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151; [2001] O.T.C. 2 (C.S. Ont.); *conf. par* (2002), 16 C.P.R. (4th) 417; 155 O.A.C. 117 (C.A. Ont.); *AlliedSignal Inc. c. Du Pont Canada Inc.*, [1998] A.C.F. n° 190 (1^{re} inst.) (QL); *conf. par* [1999] A.C.F. n° 38 (C.A.) (QL).

(4th) 417; 155 O.A.C. 117 (Ont. C.A.); *AlliedSignal Inc. v. Du Pont Canada Inc.* (1998), 78 C.P.R. (3d) 129; 142 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); affd (1999), 86 C.P.R. (3d) 324; 235 N.R. 185 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Regina ex rel. Doughty v. Manuel (1982), 38 O.R. (2d) 321; 136 D.L.R. (3d) 302; 67 C.C.C. (2d) 385 (C.A.); *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1; [1943] 1 D.L.R. 248; (1943), 79 C.C.C. 1; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (F.C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2008), 326 F.T.R. 88; 2008 FC 500; *G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 477; (2007), 56 C.P.R. (4th) 1; 296 F.T.R. 254; 2007 FC 81; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; (1998), 40 O.R. (3d) 639; 166 D.L.R. (4th) 193; *R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432; 50 F.T.R. 225 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Canada. Federal Court. Practice Direction – Notice of Compliance Proceedings, online: <[http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Notice-Avis%20\(NOC\)%20December%207,%202007%20\(ENG\).pdf](http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Notice-Avis%20(NOC)%20December%207,%202007%20(ENG).pdf)>.

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Industry. *Review of Section 14 of the Patent Act Amendment 1992 (Chapter 2, Statutes of Canada, 1993): Fifth Report of the Standing Committee on Industry*. Ottawa: Publications Service, 1997.

House of Commons Debates, 3rd Session, 34th Parliament (December 10, 1992).

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/93-133, *C. Gaz.* 1993.II.1387.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/98-166, *C. Gaz.* 1998.II.1055.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-242, *C. Gaz.* 2006.II.1510.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. LexisNexis, 2008.

Terrell on the Law of Patents, 16 ed. by Simon Thorley et al. London: Sweet & Maxwell, 2006.

ACTION brought under section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, claiming recovery against the defendants. Preliminary issues determined.

DÉCISIONS CITÉES :

Regina ex rel. Doughty v. Manuel (1982), 38 O.R. (2d) 321; 136 D.L.R. (3d) 302; 67 C.C.C. (2d) 385 (C.A.); *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1; [1943] 1 D.L.R. 248; (1943), 79 C.C.C. 1; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 622 (C.A.) (QL); *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CF 500; *G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 477; 2007 CF 81; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.*, [1991] A.C.F. n° 1046 (1^{re} inst.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Cour fédérale. Instruction relative à la pratique – instances relatives à des avis de conformité, en ligne : <[http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Notice-Avis%20\(NOC\)%201e%207%20decembre%202007%20\(FR\).pdf](http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Notice-Avis%20(NOC)%201e%207%20decembre%202007%20(FR).pdf)>.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie. *Examen de l'article 14 de la Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets (Chapitre 2, Lois du Canada 1993) : Cinquième rapport du Comité permanent de l'industrie*. Ottawa : Service des publications, 1997.

Débats de la Chambre des communes, 3^e session, 34^e législature (10 décembre 1992).

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/93-133, *Gaz. C.* 1993.II.1387.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/98-166, *Gaz. C.* 1998.II.1055.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2006-242, *Gaz. C.* 2006.II.1510.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. LexisNexis, 2008.

Terrell on the Law of Patents, 16^e éd. par Simon Thorley et al. Londres : Sweet & Maxwell, 2006.

ACTION intentée en vertu de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, pour obtenir le recouvrement de dommages-intérêts à l'encontre des défenderesses. Les questions préliminaires ont été tranchées.

APPEARANCES

Andrew R. Brodtkin, Kenneth W. Crofoot and Jerry P. K. Topolski for plaintiff.
Patrick E. Kierans, Jason C. Markwell, Kristin Wall and Andres Garin for defendants.

SOLICITORS OF RECORD

Goodmans LLP, Toronto, for plaintiff.
Ogilvie Renault LLP, Toronto, for defendants.

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

[1] HUGHES J.: This is an action brought by the plaintiff, Apotex Inc., under the provisions of section 8 [as am. by SOR/98-166, ss. 7, 8] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as amended (PMNOC Regulations [or Regulations]), claiming recovery against the defendants, Merck Frosst Canada Ltd. and Merck Frosst Canada & Co. (collectively Merck). This is the first such action to proceed to trial on the merits. The parties have raised a number of preliminary issues for determination at this time, leaving the quantification of any award, if required, to a later trial.

[2] The issues required to be determined at this time are twofold. The first deals with the jurisdiction of this Court, enablement and constitutionality of section 8. The second deals with the nature and extent of the remedies afforded by section 8 of the PMNOC Regulations. For the reasons that follow, I find that the Federal Court has jurisdiction to hear and determine actions instituted under section 8 of the PMNOC Regulations, that section 8 is properly enabled and that section 8 is *intra vires* the constitutional authority of the federal Parliament. As to the second, I find that Apotex is not entitled to disgorgement of Merck's profits, if any; that Apotex is entitled to recover its damages or its lost profits, for the period from February 3, 2004 to May 26, 2005; and, that Apotex may claim recovery of damages that occurred during said period and extended beyond

ONT COMPARU

Andrew R. Brodtkin, Kenneth W. Crofoot et Jerry P. K. Topolski pour la demanderesse.
Patrick E. Kierans, Jason C. Markwell, Kristin Wall et Andres Garin pour les défenderesses.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Goodmans LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Ogilvie Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les défenderesses.

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

[1] LE JUGE HUGHES : La demanderesse, Apotex Inc., dépose la présente action en vertu des dispositions de l'article 8 [mod. par DORS/98-166, art. 7, 8] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, et modifications (le Règlement), pour obtenir le recouvrement de dommages-intérêts à l'encontre des défenderesses, Merck Frosst Canada Ltd. et Merck Frosst Canada & Co. (collectivement appelées Merck). C'est la première action du genre à être instruite au fond. Les parties ont soulevé plusieurs questions préliminaires pour décision à ce stade, laissant pour instruction ultérieure l'évaluation chiffrée de toute indemnité, si telle évaluation était nécessaire.

[2] Les questions à trancher à ce stade sont de deux ordres. La première concerne la compétence de la Cour, ainsi que la validité et la constitutionnalité de l'article 8. La deuxième concerne la nature et la portée des recours prévus par l'article 8 du Règlement. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la Cour fédérale a compétence pour statuer sur les actions introduites en vertu de l'article 8 du Règlement, que l'article 8 a été valablement promulgué et que les dispositions légales qui l'autorisent entrent dans les compétences constitutionnelles du Parlement fédéral. S'agissant du deuxième point, je suis d'avis qu'Apotex n'a pas le droit d'obtenir restitution des profits de Merck, s'il en est, qu'Apotex a le droit d'être dédommagée de son préjudice ou de son manque à gagner pour la période allant du 3 février 2004 au 26 mai 2005, et qu'Apotex peut demander le

that period if said damages could not have been or were not rectified in that period. No party is awarded costs.

recouvrement de dommages-intérêts pour le préjudice subi durant ladite période et qui se sont prolongés au-delà de cette période, dans la mesure où le préjudice en question n'a pas été redressé et n'aurait pu l'être durant cette période. Il n'est adjugé de dépens à aucune des parties.

FACTUAL BACKGROUND

[3] Counsel for the parties are to be commended for co-operating in providing an agreement as to facts and documents (Exhibit 1). The plaintiff, Apotex Inc., is what is known colloquially as a generic drug company which manufactures and markets primarily generic versions of pharmaceuticals in Canada. In the PMNOC Regulations, Apotex is referred to as a "second party". The two Merck Canadian companies, Merck Frosst Canada Ltd. and Merck Frosst Canada & Co. (collectively referred to in these reasons as Merck) are the Canadian branch of a multinational organization which manufactures and markets what are commonly referred to as "brand name" or "originator" or "innovator" pharmaceuticals and are what is referred to as "first person" under the PMNOC Regulations. Merck & Co., Inc., a United States company, was named as a party defendant in this action but shortly before trial, an order was issued, on consent, discontinuing this action against that entity.

[4] The pharmaceutical of interest in this action is a drug commonly known as alendronate which is used primarily in the treatment of osteoporosis. Merck has an interest in a patent, Canadian Patent No. 2294595 ('595 patent) which, among other things, includes claims directed to a particular dosage regimen for the use of that known drug, alendronate, in the treatment of osteoporosis, a known use. Merck listed the '595 patent with the Minister of Health under the provisions of the PMNOC Regulations which meant that any generic seeking approval to sell a generic version of alendronate in Canada for the patented dosage regimen for the treatment of osteoporosis and wanting to take advantage of simply referencing approvals already given to Merck for that drug could file an abbreviated new drug

LES FAITS

[3] Les avocats des parties doivent être félicités d'être arrivés à une entente sur les faits et sur les documents (pièce 1). La demanderesse, Apotex Inc., est ce que l'on appelle dans le langage courant une société de médicaments génériques, qui fabrique et vend principalement des versions génériques de produits pharmaceutiques au Canada. Dans le Règlement, Apotex est désignée comme « seconde personne ». Les deux sociétés canadiennes Merck, à savoir Merck Frosst Canada Ltd. et Merck Frosst Canada & Co. (ci-après appelées collectivement Merck dans les présents motifs), forment la succursale canadienne d'une organisation multinationale qui fabrique et vend ce que l'on appelle communément des produits pharmaceutiques « de marque », « d'origine » ou « innovants ». Elles sont appelées « première personne » dans le Règlement. Merck & Co., Inc., une société des États-Unis, était désignée partie défenderesse dans cette action, mais, peu avant l'instruction, une ordonnance a été rendue sur consentement, laquelle mettait fin à la présente action contre cette entité.

[4] Le produit pharmaceutique qui intéresse la présente action est un médicament communément appelé alendronate monosodique, qui est employé surtout dans le traitement de l'ostéoporose. Merck détient un intérêt dans un brevet, le brevet canadien n° 2294595 (le brevet '595), qui, entre autres choses, comprend des revendications portant sur une posologie donnée pour l'emploi de ce médicament connu, l'alendronate, dans le traitement de l'ostéoporose, un emploi connu. Merck a inscrit le brevet '595 auprès du ministre de la Santé en vertu des dispositions du Règlement, ce qui signifiait que tout fabricant de produits génériques souhaitant être autorisé à vendre une version générique de l'alendronate au Canada selon la posologie brevetée, pour le traitement de l'ostéoporose, et voulant tirer parti de la procédure

submission (ANDS). In so doing, a generic is required to send a notice to Merck alleging, among other things, that the '595 patent would not be infringed or was invalid, thereby permitting Merck to commence an application in this Court to prohibit the generic from marketing its generic version of alendronate in Canada in the dosage regimen claimed in the '595 patent.

[5] Merck received an NOC [notice of compliance] approving for sale its version of alendronate in Canada on February 4, 2002. Apotex filed an ANDS for alendronate on February 7, 2003 and sent a notice of allegation to Merck on April 14, 2003 alleging that the '595 patent was invalid for a number of reasons. On May 29, 2003, Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada & Co. commenced proceedings in this Court, T-884-03, to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Apotex which otherwise would permit Apotex to sell a generic version of the alendronate drug in Canada. On February 3, 2004, the Minister sent a letter to Apotex advising it that its application was approved but would be held in abeyance subject to the Court proceedings. On May 26, 2005, Mosley J. of this Court gave reasons and an order in T-884-03, dismissing Merck's application, finding that Apotex's allegations as to invalidity, on some but not all grounds, were justified. These reasons are cited as [*Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*] (2005), 41 C.P.R. 35 (4th) (F.C.). No appeal was taken. On May 27, 2005, the Minister issued a notice of compliance to Apotex permitting it to sell its generic version of alendronate, "Apo-alendronate", in Canada.

[6] On July 5, 2005, Apotex instituted this action T-1144-05 claiming recovery against Merck under the provisions of section 8 of the PMNOC Regulations for the period from February 3, 2004 to May 27, 2005.

consistant à simplement faire état des autorisations déjà données à Merck pour ce médicament, pouvait déposer une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN). Pour cela, un fabricant de produits génériques doit envoyer à Merck un avis précisant notamment que le brevet '595 ne serait pas contrefait ou était invalide, Merck pouvant alors s'adresser à la Cour afin qu'elle interdise au fabricant de produits génériques de vendre sa version générique de l'alendronate au Canada selon la posologie revendiquée dans le brevet '595.

[5] Merck a reçu le 4 février 2002 un avis de conformité l'autorisant à vendre sa version de l'alendronate au Canada. Apotex a déposé le 7 février 2003 une PADN pour l'alendronate et a envoyé à Merck, le 14 avril 2003, un avis d'allégation où il est écrit que le brevet '595 était invalide pour un certain nombre de raisons. Le 29 mai 2003, Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada & Co. ont introduit devant la Cour, sous le n° du greffe T-884-03, une procédure visant à faire interdire au ministre de la Santé de délivrer à Apotex un avis de conformité qui autrement permettrait à Apotex de vendre une version générique de l'alendronate au Canada. Le 3 février 2004, le ministre a envoyé à Apotex une lettre l'informant que sa demande était approuvée, mais qu'elle serait laissée en suspens sous réserve de la procédure judiciaire introduite. Le 26 mai 2005, le juge Mosley, de la Cour fédérale, rendait, dans le dossier T-884-03, une ordonnance motivée par laquelle il rejetait la demande de Merck, en concluant que les allégations d'Apotex sur l'invalidité du brevet étaient justifiées pour certains, mais non pour la totalité, des moyens invoqués. Les motifs du juge Mosley sont reproduits sous la référence [*Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*] 2005 CF 755. Il n'a pas été interjeté appel de sa décision. Le 27 mai 2005, le ministre a délivré à Apotex un avis de conformité l'autorisant à vendre sa version générique de l'alendronate, l'«Apo-alendronate», au Canada.

[6] Le 5 juillet 2005, Apotex déposait la présente action, n° du greffe T-1144-05, afin d'obtenir le recouvrement de dommages-intérêts à l'encontre de Merck, en application des dispositions de l'article 8 du Règlement, pour la période allant du 3 février 2004 au 27 mai 2005.

[7] By orders of this Court dated January 24, 2006 and August 14, 2008, the quantification of any amounts found to be properly recoverable in this action is a matter to be determined at a subsequent trial. The two preliminary issues previously referred to are the subject of the present trial.

[7] Selon les ordonnances de la Cour datées du 24 janvier 2006 et du 14 août 2008, l'évaluation chiffrée des sommes jugées recouvrables, le cas échéant, dans la présente action est un aspect qui sera réglé au cours d'une instruction ultérieure. Les deux questions préliminaires évoquées plus haut sont l'objet de la présente instruction.

ISSUES FOR DETERMINATION

(1) Merck's Issues

[8] Merck submits the following issues relating to jurisdiction of this Court, enablement and constitutionality of section 8:

(a) Does the Federal Court lack jurisdiction to hear an action pursuant to section 8 of the PMNOC Regulations?

(b) Is section 8 of the PMNOC Regulations *ultra vires* subsection 55.2(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 as amended?

(c) Is section 8 outside the scope of Parliament's power to make laws in relation to patents of invention and discovery, and an unlawful intrusion into the exclusive jurisdiction of the provinces pursuant to subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)], R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5?

(2) Apotex's Issues

[9] Apotex raises issues as to the nature and extent of the remedy afforded by section 8 of the PMNOC Regulations, in particular:

1. Is Apotex entitled to an election as between the damages which it has suffered, if any, and the profits made by Merck, if any?

2. What is the period of time in respect of which Apotex may claim recovery?

LES QUESTIONS EN LITIGE À TRANCHER

1) Les questions soulevées par Merck

[8] Merck soumet les questions suivantes, qui se rapportent à la compétence de la Cour, à la validité de l'article 8 et à la constitutionnalité de cet article :

a) La Cour fédérale est-elle dépourvue de la compétence requise pour instruire une action engagée en vertu de l'article 8 du Règlement?

b) L'article 8 du Règlement va-t-il au-delà de ce qu'autorise le paragraphe 55.2(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et modifications?

c) L'article 8 va-t-il au-delà du pouvoir du Parlement de légiférer en matière de brevets d'invention et de découverte et constitue-t-il une intrusion illicite dans la compétence exclusive des provinces selon le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11, (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)], L.R.C. (1985), appendice II, n° 5?

2) Les questions soulevées par Apotex

[9] Apotex soulève des questions qui portent sur la nature et l'étendue du recours conféré par l'article 8 du Règlement, plus précisément les questions suivantes :

1. Apotex a-t-elle le droit de choisir entre le préjudice qu'elle a subi, s'il en est, et les profits réalisés par Merck, s'il en est?

2. Quelle est la période à l'égard de laquelle Apotex peut demander le recouvrement de dommages-intérêts?

3. Is Apotex entitled to recover for damages that continue after the period expires?

[10] A number of other issues were raised in the pleadings of each of the parties but have been resolved or dropped. Merck & Co., Inc. (Merck U.S.) is a named defendant and several issues were raised by Apotex as to the nature and degree of its participation in the events under consideration. By consent order, this action as against Merck U.S. was dismissed. The two remaining defendants, Merck Frosst Canada Ltd. and Merck Frosst Canada & Co., are Canadian entities only the first of which was in existence at the time that the earlier NOC proceedings decided by Mosley J. were initiated. The second of those two entities came into existence subsequent to the institution of the NOC proceedings (T-884-03). It appears that there was a transfer of assets from the first to the second of these entities. The pleadings take issue as to this transfer and the effect thereof; however, these matters are no longer of concern.

[11] In its earlier statement of claim, Apotex made a claim for unjust enrichment which claim was dropped at trial. By its counsel at trial, Apotex acknowledged that while during discovery some other grounds of damages were suggested, none of such grounds are being pursued. Amended pleadings were filed at trial and are contained in a trial record (Exhibit 5). Apotex' counsel stated at trial that Apotex does not seek any relief other than that specifically claimed in the prayer for relief in its further amended statement of claim dated October 6, 2008.

Dr. Hollis

[12] Only one witness was called to appear at trial. He was Dr. Aidan Hollis called as an expert witness by Apotex. He is an associate professor of economics at the University of Calgary. Dr. Hollis' credentials were not seriously challenged by Merck. He was accepted to be an expert in economics with particular reference in

3. Apotex a-t-elle le droit d'obtenir le recouvrement de dommages-intérêts pour le préjudice postérieur à l'expiration de la période?

[10] De nombreuses autres questions ont été soulevées dans les actes de procédure de chacune des parties, mais elles ont été résolues ou abandonnées. Merck & Co., Inc. (Merck U.S.) est une défenderesse nommément désignée, et plusieurs questions ont été soulevées par Apotex sur la nature et l'ampleur de son rôle dans les événements considérés. Par ordonnance sur consentement, la présente action engagée contre Merck U.S. a été rejetée. Les deux défenderesses restantes, à savoir Merck Frosst Canada Ltd. et Merck Frosst Canada & Co., sont des entités canadiennes dont seulement la première était en existence à la date où fut introduite la procédure antérieure d'avis de conformité sur laquelle s'est prononcé le juge Mosley. La deuxième de ces deux entités est née après l'introduction de la procédure d'avis de conformité (T-884-03). Il semble qu'il y a eu transfert d'actifs de la première à la deuxième de ces entités. Les actes de procédure contestent ce transfert et son effet, mais ces questions ne suscitent plus d'inquiétude.

[11] Dans sa déclaration antérieure, Apotex alléguait un enrichissement sans cause, allégation qu'elle a abandonnée durant l'instruction. Par la voix de son avocat durant l'instruction, Apotex a reconnu que, bien que durant l'interrogatoire préalable certains autres chefs de dommages-intérêts eussent été envisagés, aucun des chefs en question n'est maintenant poussé plus loin. Des actes de procédure modifiés ont été déposés durant l'instruction et figurent dans un dossier d'instruction (pièce 5). L'avocat d'Apotex a dit durant l'instruction que sa cliente ne sollicitait aucune réparation, si ce n'est celle qui apparaît dans la demande de réparation figurant dans sa déclaration re-modifiée, datée du 6 octobre 2008.

Le D^r Hollis

[12] Un seul témoin a été appelé à comparaître durant l'instruction. Il s'agissait du D^r Aidan Hollis, appelé comme témoin expert par Apotex. Il est professeur agrégé d'économie à l'Université de Calgary. Les titres du D^r Hollis n'ont pas été sérieusement contestés par Merck. Merck l'a reconnu comme expert en économie,

pricing, competition and incentives for entering pharmaceutical markets.

[13] Merck, however, strenuously objected to the introduction of Dr. Hollis' evidence on the basis of lack of relevance or necessity. After hearing the parties in argument, I admitted Dr. Hollis' report in the form of an affidavit sworn on September 4, 2008, together with two exhibits AH-1, a *curriculum vitae* and AH-2, a published paper by Dr. Hollis and another, into evidence as Exhibit 3, subject to weight. Dr. Hollis was then cross-examined.

[14] I find that Dr. Hollis' evidence is to be given no weight. It was not referred to in any written argument submitted by any party before trial, and scarcely referred to in skeleton argument submitted at trial or in oral argument at trial by any counsel. Dr. Hollis purports to address two questions from what he describes as an "economic perspective". The first is directed to whether, under the PMNOC Regulations, Apotex' remedy is limited to damages or whether it could claim disgorgement of Merck's profits. Dr. Hollis is not a lawyer, and even if he were, a Canadian lawyer's opinion as to Canadian law is not admissible in evidence for the purpose of interpreting that law. Even less admissible is the evidence of an economist. An exception may exist where a statute uses wording that is meaningful to those practising a particular profession (*Regina ex rel. Doughty v. Manuel* (1982), 38 O.R. (2d) 321 (C.A.), at pages 325-326). However the views of an economist as to the economic incentives or otherwise that may be provided by a regulation is not helpful in interpreting those regulations and will be given no weight.

[15] The second issue addressed by Dr. Hollis was whether Apotex' claim for damages should extend to a shortened period having regard to a delay if any, in serving the notice of allegation. Again, the views of an economist on this issue are not helpful. In any event, when Dr. Hollis took the stand, he made numerous corrections to his affidavit on this point, changing the

en particulier pour les questions touchant la fixation des prix, la concurrence et les incitations à l'entrée dans les marchés de produits pharmaceutiques.

[13] Merck s'est cependant énergiquement opposée à la recevabilité du témoignage du D^r Hollis, en invoquant l'absence de pertinence ou de nécessité. Après avoir entendu les arguments des parties, j'ai admis comme preuve, en tant que pièce 3, sous réserve d'appréciation, le rapport du D^r Hollis prenant la forme d'un affidavit produit sous serment le 4 septembre 2008, accompagné de deux documents, AH-1, un *curriculum vitae* et AH-2, un mémoire publié par le D^r Hollis et une autre personne. Le D^r Hollis a ensuite été contre-interrogé.

[14] Je suis d'avis qu'aucune valeur ne peut être accordée au témoignage du D^r Hollis. Son témoignage n'a pas été évoqué dans un quelconque argument écrit avancé par l'une ou l'autre des parties avant l'instruction, et il a été à peine évoqué dans les arguments succincts avancés durant l'instruction ou dans les plaidoiries des avocats. Le D^r Hollis prétend aborder deux questions à partir de ce qu'il appelle une [TRADUCTION] « perspective économique ». La première est celle de savoir si, dans le Règlement, le recours d'Apotex se limite à des dommages-intérêts ou si Apotex pourrait prétendre à la restitution des profits de Merck. Le D^r Hollis n'est pas avocat et, même s'il l'était, l'avis d'un avocat canadien sur le droit canadien n'est pas recevable comme preuve aux fins d'interpréter ce droit. Encore moins recevable est le témoignage d'un économiste. Il peut y avoir une exception lorsqu'une loi emploie des mots qui signifient quelque chose pour ceux qui pratiquent telle ou telle profession (*Regina ex rel. Doughty v. Manuel* (1982), 38 O.R. (2d) 321 (C.A.), aux pages 325 et 326). Cependant, les vues d'un économiste sur les stimulants économiques ou autres qui peuvent être prévus par un règlement ne peuvent servir à interpréter ledit règlement, et aucun poids ne leur sera accordé.

[15] La deuxième question abordée par le D^r Hollis était de savoir si les dommages-intérêts réclamés par Apotex devraient couvrir une période abrégée, compte tenu d'une possible lenteur d'Apotex à signifier l'avis d'allégation. Encore une fois, les vues d'un économiste sur cet aspect ne sont d'aucune utilité. Quoiqu'il en soit, lorsque le D^r Hollis a rendu témoignage, il a apporté de

period of delay to one year from two. His conclusions are summarized in paragraph 48 of his affidavit. He admitted on cross-examination that those conclusions were “perhaps not very well expressed”. He admitted that only in certain cases would his conclusions be accurate while in other cases they would not be accurate.

[16] I have, therefore, given Dr. Hollis’ evidence no weight.

HISTORY OF THE PMNOC REGULATIONS

[17] The historical background to what is now the PMNOC Regulations has been reviewed, at least in part, in several decisions including *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2000] 4 F.C. 264 (C.A.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.); and *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533 (*Biolysse*).

[18] Historically a number of countries, Canada among them, have been averse to extending patent monopolies to food or medicines. Canada gradually retreated from this position, allowing patents directed to processes for making food or medicine, then restricting the prohibition to only certain types of medicines and finally, lifting the restrictions entirely. Most, but not all, countries have also lifted such restrictions.

[19] Nonetheless, until 1993, Canada included a scheme in its *Patent Act* whereby an interested person could apply to the Commissioner of Patents (not the patent owner) and obtain a compulsory licence to sell a patented medicine in Canada. Almost invariably such a licence was granted and at the rate of 4% of the net price

nombreux correctifs à son affidavit sur ce point, en modifiant de deux ans à un an le retard de signification de l’avis d’allégation. Ses conclusions sont résumées au paragraphe 48 de son affidavit. Il a admis en contre-interrogatoire que lesdites conclusions n’étaient [TRADUCTION] « sans doute pas très bien exprimées ». Il a reconnu que ses conclusions ne seraient exactes que dans certains cas, alors que, dans d’autres cas, elles ne le seraient pas.

[16] Je n’ai donc accordé aucun poids au témoignage du D^r Hollis.

L’HISTORIQUE DU RÈGLEMENT SUR LES MÉDICAMENTS BREVETÉS (AVIS DE CONFORMITÉ)

[17] L’historique de ce qui est aujourd’hui le Règlement a été examiné, du moins en partie, dans plusieurs arrêts, notamment *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.) (QL); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C.F. 264 (C.A.); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1993] A.C.F. n° 1106 (C.A.) (QL); enfin *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533 (l’arrêt *Biolysse*).

[18] Historiquement, plusieurs pays, dont le Canada, ont été hostiles à l’idée d’étendre aux produits alimentaires ou aux médicaments les monopoles conférés par brevet. Le Canada a graduellement abandonné cette position, en autorisant les brevets relatifs aux procédés qui servent à fabriquer des produits alimentaires ou des médicaments, pour ensuite limiter l’interdiction à certains types seulement de médicaments, et pour finalement lever totalement les restrictions. La plupart des pays, mais pas tous, ont eux aussi levé lesdites restrictions.

[19] Néanmoins, jusqu’en 1993, le Canada avait, dans sa *Loi sur les brevets*, un régime d’après lequel une personne intéressée pouvait s’adresser au commissaire aux brevets (non au titulaire du brevet) et obtenir une licence obligatoire l’autorisant à vendre au Canada un médicament breveté. Presque toujours une telle licence

of a finished product or 15% for the bulk ingredient. This compulsory licence system was objected to by patentees, claiming that it diminished the rights of those holding patents claiming medicines as opposed to others who may have patents, for instance, for bicycles.

[20] In the early 1990s considerable efforts were made by the government, encouraged by lobbyists for many of the interested parties, to abolish the compulsory licence system for medicines, and to put in place a suitable system that would encourage development in the area while making medicines available to Canadians at affordable prices. The parties in this action, by agreement, filed six volumes of material said to comprise selected portions of transcripts of parliamentary committee debates, submissions by lobbyists and speeches in the House of Commons (Exhibit 2). I have not found this material to be helpful. In general, such material is not to be used in interpreting a statute or regulation (e.g. *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1, *per* Duff C.J., at page 12). However, to get a flavour of the debate in the House of Commons, I repeat part of what was said by Hon. Pierre Blais (Minister of Consumer and Corporate Affairs and Minister of State (Agriculture)—as he then was) on December 10, 1992, in introducing Bill C-91, which Bill included amendments to the *Patent Act*, including section 55.2 at issue here. He said *inter alia* [at page 14998]:

On several occasions since June, I have had an opportunity to explain the main objectives of Bill C-91 and I would like to come back to them a little.

First, Bill C-91 is meant to continue the major undertaking of modernizing Canadian intellectual property legislation, which began some years ago. In the present economic context where knowledge and innovation are the watchwords, I think that everyone will agree that it is an essential element of our competitiveness.

Our purpose is also to align our laws with those of most of our international competitors, so that Canada can provide the

était accordée, et au taux de 4 p. 100 du prix net d'un produit fini, ou de 15 p. 100 pour l'ingrédient en vrac. Ce système de licences obligatoires fut condamné par les titulaires de brevets, pour qui il réduisait les droits des titulaires de brevets portant sur des médicaments, par opposition aux titulaires de brevets portant, par exemple, sur des bicyclettes.

[20] Au début de la décennie 90, le gouvernement, encouragé par des lobbyists représentant nombre des parties intéressées, fit des efforts considérables en vue d'abolir le système de licences obligatoires pour les médicaments et d'instituer un système acceptable propre à encourager le développement dans le domaine, tout en rendant les médicaments accessibles au public, à des prix abordables. Les parties à la présente action ont, par consentement, déposé six volumes de documents censés englober certaines portions de transcriptions de débats en comité parlementaire, des communications de lobbyists et des discours prononcés devant la Chambre des communes (pièce 2). Je n'ai pas trouvé ces documents d'une grande utilité. En général, de tels documents ne peuvent servir à interpréter une loi ou un règlement (voir, par exemple, l'arrêt *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1, le juge en chef Duff, à la page 12). Cependant, pour donner une idée du débat qui eut lieu à la Chambre des communes, je reproduis une partie de ce qui fut dit par l'honorable Pierre Blais (ministre de la Consommation et des Corporations et ministre d'État (Agriculture)—sa fonction à l'époque), le 10 décembre 1992, lorsqu'il déposa le projet de loi C-91, projet de loi qui renfermait des modifications à la *Loi sur les brevets*, notamment à son article 55.2, qui est en cause ici. M. Blais disait entre autres choses ce qui suit [à la page 14998] :

J'ai eu l'occasion, à plusieurs reprises, depuis le mois de juin dernier, d'expliquer les principaux objectifs du projet de loi C-91, et j'aimerais y revenir quelque peu.

Dans un premier temps, le projet de loi C-91 vise à poursuivre la vaste entreprise de modernisation des lois canadiennes sur la propriété intellectuelle, qui a été amorcée il y a de cela quelques années. Dans le contexte économique actuel, axé avant tout sur la connaissance et l'innovation, il s'agit, et je pense que tous en conviennent, d'un élément essentiel de notre compétitivité.

Notre objectif est également d'aligner nos lois sur la plupart de nos concurrents internationaux afin que le Canada offre les

same benefits and be as attractive as other countries in terms of international trade and investment.

This bill will help us to stimulate research and development in Canada, as well as growth in a leading-edge sector.

With Bill C-91, we also wanted to strengthen consumer protection, so that consumers can continue to obtain patented medicine at reasonable prices. I think that all Canadians are entitled to that.

[21] Section 55.2 as enacted by S.C. 1993, c. 2, section 4 provided that it would not be an infringement of a patent to use the invention solely for purposes of developing submissions for regulatory approval or for stockpiling. Section 55.2 was a so-called “early working” exception which is similar to such an exemption provided in United States legislation. However, the Canadian exception is unrestricted as to subject-matter of the patent—it applies to medicines, bicycles and anything patented—and unrestricted as to any country not just Canada or province in which regulatory approval may be sought. The amendment also provided for “stockpiling” whereby, a person could make and stockpile patented products but not put them into the stream of commerce until the patent expired (subsections 55.2(2) and (3)). These stockpiling provisions were removed in 2001 [S.C. 2001, c. 10, s. 2]. Subsection 55.2(4) provided a regulation-making authority. Subsection 55.2(5) provided that these provisions of the *Patent Act* and any regulations passed under them, would, in the case of conflict with other provisions of the *Patent Act* or regulations or any other Act or regulations, have priority.

[22] Subsection 55.2(6) provided that any right to non-infringement in respect of private, non-commercial activity remained. In this last regard the decision of the Supreme Court of Canada in *Micro Chemicals Limited v. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] S.C.R. 506 is to be noted, in which it was held that experimental use without a licence in the course of

mêmes avantages et soit aussi attrayant que les autres pays lorsque vient le temps de discuter de commerce et d’investissement à l’échelle internationale.

Par ce projet de loi, nous serons en mesure de stimuler au Canada la recherche et le développement, ainsi que la croissance d’un secteur de pointe.

En proposant le projet de loi C-91, nous avons voulu également renforcer la protection qui est offerte aux consommateurs, afin que ceux-ci puissent continuer de se procurer des médicaments brevetés, qui soient à des prix raisonnables. Et je pense que les Canadiens y ont tous droit.

[21] L’article 55.2, tel qu’il a été édicté par L.C. 1993, ch. 2, article 4, prévoyait qu’il n’y aurait pas contrefaçon de brevet dans le fait d’utiliser l’invention uniquement pour la préparation d’un dossier d’information en vue d’une autorisation réglementaire ou d’un emmagasinage. L’article 55.2 était ce que l’on appelle une exception « relative à la fabrication anticipée », qui est semblable à une exemption du genre prévue dans la législation des États-Unis. Cependant, l’exception canadienne est sans restriction quant à l’objet du brevet, elle s’applique aux médicaments, aux bicyclettes et à toute chose brevetée, et elle vaut pour tous les pays, pas seulement le Canada ou une province, où peut être demandée une autorisation réglementaire. La modification prévoyait aussi l’« emmagasinage », par lequel une personne pouvait fabriquer et emmagasiner des produits brevetés, mais non les introduire dans les canaux commerciaux avant l’expiration du brevet (paragraphes 55.2(2) et (3)). Ces dispositions sur l’emmagasinage ont été abrogées en 2001 [L.C. 2001, ch. 10, art. 2]. Le paragraphe 55.2(4) prévoyait un pouvoir de réglementation. Le paragraphe 55.2(5) prévoyait que ces dispositions de la *Loi sur les brevets*, ainsi que les règlements pris sous leur autorité, auraient préséance en cas de conflit avec d’autres dispositions de la *Loi sur les brevets* ou de ses règlements d’application, ou avec celles de toute autre loi ou règlement.

[22] Le paragraphe 55.2(6) prévoyait que subsistait tout droit à l’absence de contrefaçon au regard d’un usage privé et non commercial. Sur ce dernier point, il doit être pris note d’un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Micro Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] R.C.S. 506, où il fut jugé qu’il n’y avait pas contrefaçon de brevet

bona fide experiments directed to whether a person could make a patented product was not an infringement of a patent.

[23] Section 55.2 as passed in 1993 [and amended in 2001] (omitting subsections (2) and (3)) remains in that form to this day and says:

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(b) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(d) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (c) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

dans l'utilisation expérimentale sans licence, au cours d'expériences de bonne foi visant à déterminer si une personne pouvait fabriquer un produit breveté.

[23] L'article 55.2, tel qu'il fut adopté en 1993 [et modifié en 2001] (avec omission des paragraphes (2) et (3)), demeure à ce jour dans cette forme. Il est ainsi formulé :

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa a) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre visé à l'alinéa a), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d'action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l'alinéa c), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

(a) this section or any regulations made under this section, and

(b) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

(6) For greater certainty, subsection (1) does not affect any exception to the exclusive property or privilege granted by a patent that exists at law in respect of acts done privately and on a non-commercial scale or for a non-commercial purpose or in respect of any use, manufacture, construction or sale of the patented invention solely for the purpose of experiments that relate to the subject-matter of the patent.

(6) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte au régime légal des exceptions au droit de propriété ou au privilège exclusif que confère un brevet en ce qui touche soit l'usage privé et sur une échelle ou dans un but non commercial, soit l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée dans un but d'expérimentation.

[24] The legislation as passed in 1993 contained provisions for review of the amendments by a statutory committee on industry. That review was conducted. A report was tabled dated April 1997 [*Review of Section 14 of the Patent Act Amendment 1992 (Chapter 2, Statutes of Canada, 1993): Fifth Report of the Standing Committee on Industry*]. The Report indicates that many representations were made on behalf of many interested parties. It recommended, among other things, at page 40 of the Report, that in respect of proposed regulatory amendments, a rigorous process for drafting, publication, and receipt of submissions on behalf of the public be followed.

[24] La législation, telle qu'elle fut adoptée en 1993, renfermait des dispositions prévoyant l'examen des modifications par un comité statutaire sur l'industrie. Cet examen a eu lieu. Un rapport fut déposé, qui était daté d'avril 1997 [*Examen de l'article 14 de la Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets (Chapitre 2, Lois du Canada 1993) : Cinquième rapport du Comité permanent de l'industrie*]. Le rapport précise que de nombreuses observations furent faites pour le compte de nombreuses parties intéressées. On y recommandait entre autres choses, aux pages 46 et 47, que, s'agissant des modifications réglementaires projetées, un processus rigoureux de rédaction, de publication et de réception des observations formulées par le public soit suivi.

[25] The PMNOC Regulations first came into effect on March 12, 1993 (SOR/93-133). They were amended effective March 12, 1998 (SOR/98-166), again amended effective October 1, 1999 (SOR/99-379), again amended effective October 5, 2006 (SOR/2006-242) and last amended effective June 12, 2008 (SOR/2008-211). It is important to note, particularly with respect to SOR/2006-242, that certain transitional provisions provide that certain amendments including some to section 8 do not apply to actions commenced prior to the date of coming into force of the amendments. Those amendments came into force on October 5, 2006. This action was commenced July 5, 2005. As a result, certain amendments pertaining to section 8 of the PMNOC

[25] Le Règlement a pris effet à l'origine le 12 mars 1993 (DORS/93-133). Il a été modifié le 12 mars 1998 (DORS/98-166), modifié à nouveau le 1^{er} octobre 1999 (DORS/99-379), modifié encore une fois le 5 octobre 2006 (DORS/2006-242) et modifié la dernière fois le 12 juin 2008 (DORS/2008-211). Il importe de noter, en particulier pour la modification DORS/2006-242, que certaines dispositions transitoires prévoient que certaines modifications, y compris quelques-unes de celles apportées à l'article 8, ne s'appliquent pas aux actions introduites avant la date de l'entrée en vigueur des modifications. Lesdites modifications sont entrées en vigueur le 5 octobre 2006. La présente action a été introduite le 5 juillet 2005. Par

Regulations made in October 2006 do not affect what is at issue in this action.

SECTION 8—HISTORY

[26] In this action, we are concerned with section 8 of the PMNOC Regulations in the form in which that section stood as of the date this action was filed, July 5, 2005. As of that date, section 8 read as follows:

8. (1) If an application made under subsection 6(1) is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from issuing a notice of compliance, made pursuant to that subsection, is reversed on appeal, the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period:

(a) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of these Regulations, unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate; and

(b) ending on the date of the withdrawal, the discontinuance, the dismissal or the reversal.

(2) A second person may, by action against a first person, apply to the court for an order requiring the first person to compensate the second person for the loss referred to in subsection (1).

(3) The court may make an order under this section without regard to whether the first person has commenced an action for the infringement of a patent that is the subject matter of the application.

(4) The court may make such order for relief by way of damages or profits as the circumstances require in respect of any loss referred to in subsection (1).

(5) In assessing the amount of compensation the court shall take into account all matters that it considers relevant to the assessment of the amount, including any conduct of the first or second person which contributed to delay the disposition of the application under subsection 6(1).

[27] The history of changes to section 8 since the inception of the PMNOC Regulations in 1993 should be reviewed. Those changes were commented upon in the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) published

conséquent, certaines modifications apportées en octobre 2006 et se rapportant à l'article 8 du Règlement n'intéressent pas la présente action.

L'ARTICLE 8 — HISTORIQUE

[26] Dans la présente action, nous avons affaire à l'article 8 du Règlement, tel qu'il existait à la date du dépôt de l'action, c'est-à-dire le 5 juillet 2005. À cette date-là, l'article 8 était ainsi formulé :

8. (1) Si la demande présentée aux termes du paragraphe 6(1) est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel, la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période :

a) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l'absence du présent règlement, sauf si le tribunal estime d'après la preuve qu'une autre date est plus appropriée;

b) se terminant à la date du retrait, du désistement ou du rejet de la demande ou de l'annulation de l'ordonnance.

(2) La seconde personne peut, par voie d'action contre la première personne, demander au tribunal de rendre une ordonnance enjoignant à cette dernière de lui verser une indemnité pour la perte visée au paragraphe (1).

(3) Le tribunal peut rendre une ordonnance aux termes du présent article sans tenir compte du fait que la première personne a institué ou non une action pour contrefaçon du brevet visé par la demande.

(4) Le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il juge indiquée pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte visée au paragraphe (1).

(5) Pour déterminer le montant de l'indemnité à accorder, le tribunal tient compte des facteurs qu'il juge pertinents à cette fin, y compris, le cas échéant, la conduite de la première personne ou de la seconde personne qui a contribué à retarder le règlement de la demande visée au paragraphe 6(1).

[27] L'historique des modifications apportées à l'article 8 depuis l'entrée en vigueur du Règlement en 1993 devrait être examiné. Ces modifications ont été l'objet de commentaires dans les documents intitulés

together with the proposed amendments in the relevant *Canada Gazette*. The RIAS does not form part of the Regulations but has been used as an aid to interpreting the Regulations. I refer, for instance to the reasons of the Supreme Court of Canada, Binnie J. for the majority, in *Biolysse*, at paragraphs 45 to 49, as well as to the reasons of Bastarache J. for the dissenting minority at paragraphs 155 to 159 in which the RIAS was accepted as an aid to the interpretation of the PMNOC Regulations.

[28] In the PMNOC Regulations as they appeared originally in 1993 (SOR/93-133), section 8 read as follows:

Remedies

8. (1) The first person is liable to the second person for all damage suffered by the second person where, because of the application of paragraph 7(1)(e), the Minister delays issuing a notice of compliance beyond the expiration of all patents that are subject of an order pursuant to subsection 6(1).

(2) The court may make such order for relief by way of damages or profits as the circumstances require in respect of any damage referred to in subsection (1).

[29] The RIAS accompanying the publication of the 1993 Regulations [*C. Gaz.* 1993.II.1387] said, *inter alia* [at pages 1387-1388]:

Alternatives Considered

Under the status quo patentees have the right to pursue patent infringement actions in the courts to obtain interlocutory relief and to be compensated in damages if an injunction is not granted and it turns out that there was infringement. However, with the enactment of Bill C-91 the government has created an exception to patent infringement allowing generic competitors to undertake any activities necessary to work up a submission to obtain regulatory approval of a product. This removes a patent right that may have otherwise been available to patentees to prevent generic competitors from obtaining such regulatory approval of their products.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) publiés dans la partie pertinente de la *Gazette du Canada*, en même temps que les modifications projetées. Les REIR ne font pas partie du Règlement, mais servent à faciliter l'interprétation du Règlement. Je me réfère, par exemple, aux motifs exposés par le juge Binnie, de la Cour suprême du Canada, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Biolysse*, aux paragraphes 45 à 49, ainsi qu'aux motifs exposés par le juge Bastarache, au nom des juges dissidents, aux paragraphes 155 à 159. Il y est écrit que les REIR sont admis comme instrument d'interprétation du Règlement.

[28] Dans le Règlement tel qu'il existait à l'origine en 1993 (DORS/93-133), l'article 8 était ainsi formulé :

Conclusions

8. (1) La première personne est responsable envers la seconde personne de tout préjudice subi par cette dernière lorsque, en application de l'alinéa 7(1)e), le ministre report la délivrance de l'avis de conformité au-delà de la date d'expiration de tous les brevets visés par une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

(2) Le tribunal peut rendre toute ordonnance de redressement par voie de dommages-intérêts ou de profits que les circonstances exigent à l'égard de tout préjudice subit du fait de l'application du paragraphe (1).

[29] Le REIR accompagnant la publication du Règlement de 1993 [*Gaz. C.* 1993.II.1387] renfermait notamment ce qui suit [aux pages 1387 et 1388] :

Autres mesures envisagées

À l'heure actuelle, les titulaires d'un brevet ont le droit d'entamer des poursuites en contrefaçon dans le but d'obtenir un redressement interlocutoire ou des dommages-intérêts si aucune injonction n'est accordée et qu'on découvre par la suite qu'il y avait contrefaçon. En règle générale, les recours judiciaires suffisent pour régler les cas de contrefaçon. Toutefois, avec l'adoption du projet de la loi C-91, le gouvernement fait une exception dans ce domaine en permettant aux fabricants de médicaments génériques d'entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire d'un produit. Par conséquent, le titulaire d'un brevet perd un droit dont il aurait pu se prévaloir pour empêcher ses concurrents de faire approuver leurs produits.

These Regulations are needed to ensure this new exception to patent infringement is not abused by generic drug applicants seeking to sell their product in Canada during the term of their competitor's patent while nonetheless allowing generic competitors to undertake the regulatory approval work necessary to ensure they are in a position to market their products immediately after the expiry of any relevant patents.

[30] Section 8 was amended in 1998 (SOR/98-166 [ss. 7, 8]) as to the wording that is relevant to this action as is set out at the beginning of this portion of these reasons. The RIAS accompanying this amendment as published in the *Canada Gazette* in 1998 [*C. Gaz.* 1998.II.1055] said, *inter alia* [at pages 1056, 1058]:

The following improvements of the NOC Regulations are enacted:

...

Specifying circumstances in which damages or costs can be awarded: A clearer indication is given to the court as to circumstances in which damages could be awarded to a generic manufacturer to compensate for loss suffered by reason of delayed market entry of its drug, and the factors that may be taken into account in calculating damages. The court may also award costs to either a generic manufacturer or a patentee, including solicitor or client costs, as appropriate, consistent with Federal Court Rules.

...

The amendments reinforce the balance between providing a mechanism for the effective enforcement of patent rights and ensuring that generic drug products enter the market as soon as possible.

...

Other changes are designed to reduce unnecessary litigation and streamline the litigation process: specifying the circumstances in which parties can be awarded damages and factors that may be taken into account in calculating damages.

Le présent règlement est nécessaire si on veut éviter que cette nouvelle exception en matière de contrefaçon soit mal utilisée par les fabricants de produits génériques désireux de vendre leurs produits au Canada pendant que le brevet original est encore valide. En vertu du règlement, ces fabricants peuvent toutefois entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire et ainsi commercialiser leurs produits dès que les brevets pertinents arrivent à expiration.

[30] L'article 8 fut modifié en 1998 (DORS/98-166 [art. 7, 8]) pour devenir le texte qui intéresse la présente action, tel qu'il est reproduit au début de cette partie des présents motifs. Le REIR accompagnant cette modification, tel qu'il fut publié dans la *Gazette du Canada* en 1998 [*Gaz. C.* 1998.II.1055], renfermait notamment ce qui suit [aux pages 1056, 1058] :

Les améliorations suivantes apportées au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* sont promulguées :

[...]

Préciser les circonstances ou des dommages-intérêts peuvent être accordés : De plus grandes précisions sont données aux tribunaux en ce qui concerne les circonstances où des dommages-intérêts pourront être accordés à un fabricant afin de le dédommager des pertes subies à cause du report de la mise en marché de son médicament générique; par ailleurs, des précisions sont aussi données sur les facteurs dont on peut tenir compte pour calculer les dommages-intérêts. Les tribunaux peuvent également accorder les dépens à l'une ou l'autre des parties (fabricant de médicaments génériques ou titulaire de brevet), y compris les honoraires professionnels, le cas échéant, conformément aux Règles de la Cour fédérale.

[...]

Les modifications envisagées renforceront l'équilibre entre l'assurance d'un mécanisme qui permet de faire véritablement respecter les droits conférés par les brevets et la garantie que les médicaments génériques soient commercialisés aussitôt que possible.

[...]

D'autres changements visent à réduire le nombre des [...] inutiles et à rationaliser le processus judiciaire, en précisant les circonstances où les parties peuvent obtenir des dommages-intérêts et les facteurs pouvant être pris en compte dans le calcul de ces dommages.

[31] The last of the changes to affect section 8 came about in 2006 (SOR/2006-242 [s. 5]). Section 8 was amended as follows:

5. (1) Paragraph 8(1)(a) of the Regulations is replaced by the following

(a) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of the Regulations, unless the court concludes that

(i) the certified date was, by the operation of *An Act to amend the Patent Act and the Food and Drugs Act (The Jean Chrétien Pledge to Africa)*, chapter 23 of the Statutes of Canada, 2004, earlier than it would otherwise have been and therefore a date later than the certified date is more appropriate, or

(ii) a date other than the certified date is more appropriate and

(2) Subsection 8(4) of the Regulations is replaced by the following:

(4) If a court orders a first person to compensate a second person under subsection (1), the court may, in respect of any loss referred to in that subsection, make any order for relief by way of damages that the circumstances require.

(3) Section 8 of the Regulations is amended by adding the following after subsection (5):

(6) The Minister is not liable for damages under this section.

[32] The transitional provisions respecting the 2006 amendments provided that these amendments do not affect actions already commenced, such as the present action. The relevant transitional provision says:

8. Subsection 8(4) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, as enacted by subsection 5(2) of these Regulations, does not apply to an action commenced under section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* prior to coming into force of these Regulations.

[33] The RIAS accompanying the 2006 amendments as published in the *Canada Gazette* [C. Gaz. 2006.II.1510] said, *inter alia* [at pages 1521, 1524]:

[31] Le dernier des changements portant sur l'article 8 a eu lieu en 2006 (DORS/2006-242 [art. 5]). L'article 8 était modifié ainsi :

5. (1) L'alinéa 8(1)a) du même règlement est remplacé par ce qui suit :

a) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l'absence du présent règlement, sauf si le tribunal conclut :

(i) soit que la date attestée est devancée en raison de l'application de la *Loi modifiant la Loi sur les brevets et la Loi sur les aliments et drogues (engagement de Jean Chrétien envers l'Afrique)*, chapitre 23 des Lois du Canada (2004), et qu'en conséquence une date postérieure à celle-ci est plus appropriée,

(ii) soit qu'une date autre que la date attestée est plus appropriée;

(2) Le paragraphe 8(4) du même règlement est remplacé par ce qui suit :

(4) Lorsque le tribunal enjoint à la première personne de verser à la seconde personne une indemnité pour la perte visée au paragraphe (1), il peut rendre l'ordonnance qu'il juge indiquée pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts à l'égard de cette perte.

(3) L'article 8 du même règlement est modifié par adjonction, après le paragraphe (5), de ce qui suit :

(6) Le ministre ne peut être tenu pour responsable des dommages-intérêts au titre du présent article.

[32] Les dispositions transitoires concernant les modifications de 2006 prévoyaient que lesdites modifications étaient sans effet sur les actions déjà introduites, telles que la présente action. La disposition transitoire applicable prévoit ce qui suit :

8. Le paragraphe 8(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, édicté par le paragraphe 5(2) du présent règlement, ne s'applique pas à l'action intentée en vertu de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement.

[33] Le REIR accompagnant les modifications de 2006, tel qu'il fut publié dans la *Gazette du Canada* [Gaz. C. 2006.II.1510], renfermait notamment ce qui suit [aux pages 1521, 1524] :

Last among the substantive changes proposed by these amendments are refinements to the section 8 damages provision. The first such change is to further specify the matters the court may take into account when calculating the period of delay for which an innovator may be held liable under that section. The second is to confirm that the Minister cannot be held liable for any delay under that section. The third is to remove the word “profits” from the provision prescribing the remedies available to a generic manufacturer seeking compensation for any loss arising from the delay.

On this last point, the Government is aware of a number of ongoing section 8 cases in which it is argued that in order for this provision to operate as a disincentive to improper use of the PM(NOC) Regulations by innovative companies, the term “profits” in this context must be understood to mean an accounting of the innovator’s profits. While reserving comment on the proper interpretation of the term in these cases, which have been shielded from this change by transitional provisions, in light of the proposed tightening of the listing requirements under amended section 4, and on the introduction of the frozen register mechanism under amended section 5, the Government believes that this line of argument should no longer be open to generic companies that invoke section 8.

...

Reaction from the innovative industry was more equivocal, with the majority of companies supportive of the proposed increases in data protection but a minority strongly opposed to the proposed tightening of the patent eligibility requirements. As regards the “profits” issue, innovators were pleased with its proposed deletion, noting that there is no equivalent remedy under US law for a generic that has been delayed due to the operation of the automatic stay. For its part, BIOTECanada urged the Government to increase the proposed term of data protection to 10 years for biologics, in light of the longer development time required to bring these products to market.

[34] In this regard, subsection 45(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 is to be noted, as it says that an amendment to a provision shall not be deemed to be or involve a declaration that the new provision is different from the previous version:

Figurant en dernier parmi les changements de fond proposés par ces modifications sont des améliorations de la disposition de l’article 8 concernant les dommages-intérêts. Le premier de ces changements vise à préciser davantage les éléments dont le tribunal peut tenir compte au moment de calculer la période de retard dont l’innovateur peut être tenu responsable en vertu de cet article. Le deuxième sert à confirmer que le ministre ne peut être tenu responsable pour tout retard en vertu de cet article. Le troisième consiste à supprimer le terme « profits » de la disposition relative aux mesures de réparation que le tribunal peut ordonner pour dédommager le fabricant de produits génériques pour les pertes encourues en raison de ce retard.

S’agissant de ce dernier changement, le gouvernement a pris connaissance d’un nombre d’affaires en cours relatives à l’article 8 dans lesquelles on avance qu’afin que cette disposition serve à décourager l’utilisation abusive du règlement de liaison par les fabricants innovateurs, le terme « profits » dans ce contexte doit s’entendre par reddition de compte de bénéfices de l’innovateur. Bien qu’il se réserve de commenter sur l’interprétation appropriée du terme dans ces affaires, ces dernières ayant été épargnées de ce changement en vertu des dispositions transitoires, à la lumière du resserrement proposé concernant les exigences relatives à l’inscription des brevets suivant l’article 4 modifié, et de l’introduction du mécanisme de « gel » du registre en vertu de l’article 5 modifié, le gouvernement est d’avis que ce genre d’argument ne devrait plus être admis pour les fabricants de médicaments génériques invoquant l’article 8.

[...]

La réaction de l’industrie innovatrice a été plus équivoque, la majorité des entreprises appuyant la prolongation de la période de protection des données, mais une minorité étant fortement opposée au resserrement proposé des exigences relatives à l’admissibilité des brevets. En ce qui a trait à la question des « profits », les innovateurs se sont dits satisfaits de la suppression proposée, notant qu’il n’y a aucun recours semblable aux États-Unis pour un fabricant de médicaments génériques ayant été retardé en raison du déclenchement de la suspension automatique. Pour sa part, BIOTECanada exhorta le gouvernement d’entendre la durée de protection des données proposées jusqu’à dix ans pour les produits biologiques, tenant compte du fait que ces derniers font l’objet d’une période de développement plus longue avant qu’ils puissent être commercialisés.

[34] Sur ce point, le paragraphe 45(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, doit être noté, puisqu’on peut y lire que la modification apportée à une disposition ne constitue pas ni n’implique une déclaration selon laquelle la nouvelle disposition diffère de la version antérieure :

45. (1) ...

(2) The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

JUDICIAL COMMENTARY ON SECTION 55.2 AND THE PMNOC REGULATIONS

[35] One of the early concerns as to the PMNOC Regulations was directed to process. Section 6 provided that an innovative drug company that had listed a patent under those Regulations could, under subsection (1), “apply to a court”. The balance of section 6 refers to an “application”. The Federal Court of Appeal, in 1993, in *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* determined that the most appropriate procedure to be followed was in that provided by section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [now *Federal Courts Act*, section 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] and the rules governing applications. Mahoney J.A. for the Court said, at page 336:

What is authorized by s. 6(1) of the Regulations is an application “to a court of an order prohibiting the Minister from issuing” a NOC. That seems clearly to be an application within the contemplation of s. 18(1)(b) of the *Federal Court Act*. The application is required by s. 18(3) to be made under s. 18.1 and the prescribed procedures are to be found in Part V.1 of the rules. The learned trial judge did not err in determining that the proceedings are governed by the Part V.1 rules.

[36] Section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27 of the *Federal Courts Act*] is not entirely appropriate as it largely deals with reviews of decisions of federal tribunals etc. and the PMNOC Regulations section 6 proceedings are not such a review. However, lacking a more appropriate template, section 18.1 and the application rules of the Federal Court with adjustments such as those proposed by the December

45. (1) [...]

(2) La modification d’un texte ne constitue pas ni n’implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l’a édicté, les considérait comme telles.

LES COMMENTAIRES DANS LA JURISPRUDENCE À PROPOS DE L’ARTICLE 55.2 ET DU RÈGLEMENT SUR LES MÉDICAMENTS BREVETÉS (AVIS DE CONFORMITÉ)

[35] L’une des premières inquiétudes concernent le Règlement avait trait à la procédure. L’article 6 disposait qu’une société pharmaceutique innovatrice qui avait inscrit un brevet sur la liste en vertu de ce Règlement pouvait, en application du paragraphe (1), « demander au tribunal », et le reste de l’article 6 parle d’une « demande ». En 1993, dans l’arrêt *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, la Cour d’appel fédérale avait jugé que la procédure la plus indiquée qu’il convenait de suivre était celle qui était exposée dans l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*, article 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], et dans les règles régissant les demandes. Le juge Mahoney écrivait ce qui suit, au paragraphe 8 :

Ce que le paragraphe 6(1) du Règlement autorise, c’est de demander « au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité ». Il semble qu’il s’agisse manifestement d’une demande visée par l’alinéa 18(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Aux termes du paragraphe 18(3), la demande qui est visée est une demande de contrôle judiciaire et les procédures prescrites se trouvent à la partie V.1 des règles. Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en statuant que l’instance est régie par les règles de la partie V.1.

[36] L’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27 de la *Loi sur les Cours fédérales*] ne convient pas totalement car il traite surtout du contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux, et la procédure prévue par l’article 6 du Règlement ne constitue pas un tel contrôle. Cependant, en l’absence d’un modèle plus adapté, l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, et les règles régissant les demandes

2007 “Practice Direction – Notice of Compliance Proceedings” of the Federal Court, have been the course followed by the Court.

[37] The manner in which subsection 55.2(2) of the *Patent Act* fits with the PMNOC Regulations as contemplated by subsection 55.2(4) was considered by the Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*. Evans J.A. in his minority decision in that case, canvassed the situation and determined that subsection 55.2(4) should be construed broadly. He said at paragraphs 66 and 72:

Since the words of the statutory text do not point ineluctably to one conclusion, does the statutory context resolve the ambiguity? In my opinion, the nature and subjective definition of the purpose for which the power may be exercised supports a broad interpretation: “such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent”.

...

For these reasons, and in accordance with the general directive of section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985 c. I-21, I have concluded that subsection 55.2(4) should be construed broadly, so that its application is not limited to those who have availed themselves of the benefits conferred by subsection (1) or (2) in connection with the particular medicine in dispute.

[38] The majority disagreed with Evans J.A. but on another point—they did not comment on this point.

[39] The Courts have spoken more generally as to the PMNOC Regulations, commenting upon the unhappy union created by dealing with both food and drug and patent legislation (Hugessen J.A. in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), at page 304), and that it has created a minefield for litigants and counsel (my remarks in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2008), 326 F.T.R. 88 (F.C.), at paragraph 19 and *G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 477 (F.C.), at paragraph 33).

soumises à la Cour fédérale, compte tenu d’ajustements tels que ceux que proposait l’« Instruction relative à la pratique – instances relatives à des avis de conformité » de décembre 2007 de la Cour fédérale, constituent la méthode suivie par la Cour.

[37] La manière dont le paragraphe 55.2(2) de la *Loi sur les brevets* s’accorde avec le Règlement, ainsi que l’envisage le paragraphe 55.2(4), a été examinée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*. Dans son avis minoritaire, le juge Evans, examinant en détail la situation, a estimé que le paragraphe 55.2(4) devrait être interprété d’une manière libérale. Il écrivait ce qui suit, aux paragraphes 66 et 72 :

Étant donné que les mots du texte de loi n’indiquent pas une conclusion inéluctable, le contexte législatif résout-il l’ambiguïté? À mon avis, la nature et la définition subjectives du but dans lequel le pouvoir peut être exercé étayent une interprétation libérale : « Afin d’empêcher la contrefaçon du brevet d’invention [...] le gouverneur en conseil peut prendre des règlements. »

[...]

Pour ces raisons, et conformément à la directive générale énoncée à l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, j’ai conclu que le paragraphe 55.2(4) devait être interprété d’une manière libérale, de façon que son application ne soit pas limitée aux personnes qui se sont prévaluées des avantages conférés par les paragraphes (1) ou (2) à l’égard du médicament particulier en litige.

[38] Les juges majoritaires étaient en désaccord avec le juge Evans, mais sur un autre point. Ils n’ont pas évoqué ce point en particulier.

[39] Les tribunaux se sont exprimés plus généralement à propos du Règlement, en évoquant l’amalgame fâcheux résultant du fait que ce Règlement porte à la fois sur la législation en matière d’aliments et drogues et sur la législation en matière de brevets (voir le juge Hugessen dans l’arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 662 (C.A.) (QL), au paragraphe 1), et qu’il a créé un terrain semé d’embûches pour les plaideurs et leurs avocats (voir mes observations dans la décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de*

[40] The Supreme Court of Canada has on more than one occasion, considered section 55.2 and the PMNOC Regulations. In *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, Iacobucci J. for the Court referred to as “draconian” the fact that, merely by filing a notice of application with the Court, an innovator (first person) could put the application by a generic for a notice of compliance (NOC) on hold for up to 30 (now 24) months. At paragraph 30, he said that the purpose of the Regulations is simply to prevent patent infringement by delaying the issuance of an NOC to a generic until such time as there would be no such infringement. At paragraphs 32 and 33 he wrote:

Even if there were such a requirement, however, I would not find that the date of assessment is properly the 46th day following the issuance of the NOA. Considering the nature of the pharmaceutical industry, this seems an unduly restrictive approach, somewhat out of step with commercial reality. As Muldoon J. astutely observed in *Merck Frosst Canada Inc.*, *supra*, the notion that a NOC might be granted on the 46th day after the issuance of a NOA is indeed, as Simpson J. described it, little more than “theoretical”. The Regulations provide for what is, in effect, a statutory prohibition on, or injunction against, the granting of a NOC, commencing immediately upon the filing by a “first person” of an application for a court-imposed prohibition order and concluding only upon the earlier of the judicial determination of the application or the passage of 30 months. This prohibition takes effect automatically, without any consideration of the merits of the application; not even the ordinary requirements for an interlocutory injunction must be complied with. Under these conditions, and absent some prior indication to the contrary, I think it would be permissible for a generic producer to predict that either the patentee, the holder of a prior NOC, or both, is likely to attempt to protect or prolong their as-yet exclusive rights for as long as possible by taking advantage of the procedure set out in the Regulations.

There may be good policy reasons for the operation of the regulatory scheme in this fashion. However, it would be manifestly unjust to subject generic drug producers to such a draconian regime without at least permitting them to protect themselves and reduce the length of the presumptive injunction

la Santé), 2008 CF 500, au paragraphe 19 et dans la décision *G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 477 (C.F.) au paragraphe 33).

[40] À plus d’une reprise, la Cour suprême du Canada a examiné l’article 55.2 ainsi que le Règlement. Dans l’arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, le juge Iacobucci avait qualifié de « draconien » le fait que, en déposant simplement un avis de demande auprès de la Cour, une société innovatrice (la première personne) puisse mettre en suspens jusqu’à 30 mois (aujourd’hui 24) la demande d’avis de conformité faite par un fabricant de produits génériques. Au paragraphe 30, il écrivait que l’objet du Règlement était simplement d’empêcher la contrefaçon en reportant la délivrance d’un avis de conformité à un fabricant de produits génériques jusqu’à ce qu’aucune contrefaçon ne puisse en résulter. Aux paragraphes 32 et 33, il s’exprimait ainsi :

Même si une telle exigence existait, je ne conclurais pas que la date d’évaluation pertinente est le 46^e jour suivant le dépôt de l’ADA. Vu la nature de l’industrie pharmaceutique, un tel point de vue semble trop restrictif et quelque peu détaché de la réalité commerciale. Comme l’a fait observer astucieusement le juge Muldoon dans *Merck Frosst Canada Inc.*, précité, l’idée qu’un ADC puisse être accordé le 46^e jour suivant le dépôt d’un ADA est en fait, comme le dit le juge Simpson, essentiellement « théorique ». Le Règlement prévoit ce qui constitue, dans les faits, une interdiction légale de délivrer un ADC, ou une injonction interdisant de le faire, qui entre en vigueur dès qu’une « première personne » présente une demande d’ordonnance d’interdiction judiciaire, et qui prend fin lorsque survient le premier des événements suivants : la prise d’une décision judiciaire concernant la demande, ou l’expiration d’un délai de 30 mois. L’interdiction s’applique automatiquement, indépendamment du bien-fondé de la demande; même les conditions habituelles d’une injonction interlocutoire n’ont pas à être remplies. Dans ces circonstances et à défaut de toute indication contraire préalable, je crois qu’il serait acceptable qu’un fabricant de génériques prévoie que le breveté ou le titulaire d’un ADC délivré antérieurement, ou les deux, tenteront vraisemblablement de protéger ou de maintenir aussi longtemps que possible leurs droits jusque-là exclusifs en se prévalant de la procédure énoncée dans le Règlement.

Il peut y avoir de bonnes raisons de principe d’appliquer de cette manière le régime réglementaire. Cependant, il serait manifestement injuste d’assujettir les fabricants de génériques à un régime aussi draconien sans au moins leur permettre de se protéger et de diminuer la durée de l’injonction de fait en

by initiating the NOC process as early as possible. As I have already said, this is not inconsistent with s. 6(2) of the Regulations, which provides only that the court shall make an order of prohibition “if it finds that none of those allegations is justified” a finding which can only be made, at the earliest, on the date of hearing. Thus, an application could properly be rejected by the Federal Court as premature if the allegation made in its support is not justified at that time. This is sufficient, in my view, to discourage inappropriately premature applications. On the other hand, to interpret the Regulations in the manner urged by the respondents would effectively be to require generic drug producers to satisfy all requirements in s. 5 and then to wait up to an additional 30 months before marketing the desired product. This cannot be what was intended by the Regulations.

[41] In *Biolysse*, Binnie J. for the majority began his reasons by addressing the “balance” struck by the *Patent Act*, between protection of intellectual property and constraint on health care costs. He wrote at paragraphs 1 and 2:

Our Court has often spoken of “the balance struck under the *Patent Act*” in which the public gives an inventor the right to prevent anybody else from using his or her invention for a period of 20 years in exchange for disclosure of what has been invented. As a general rule, if the patent holder obtains a monopoly for something which does not fulfill the statutory requirements of novelty, ingenuity and utility, then the public is short-changed. See *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, and *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66.

In the present appeal, the Court is required to consider this “balance” in the much-litigated field of patented medicines, where Parliament is concerned not only with the balance between inventors and potential users, but between the protection of intellectual property on the one hand and, on the other hand, the desire to reduce health care costs while being fair to those whose ingenuity brought the drugs into existence in the first place.

[42] Later in these reasons, Binnie J. spoke of the “deep-freeze” into which a generic’s application for an NOC is placed simply by the institution of a court application by a first party. He echoed Iacobucci J.’s comment that such a process was “draconian”. At paragraphs 23 and 24, Binnie J. wrote:

engageant une procédure d’obtention d’ADC dès que possible. Je le répète, cela n’est pas incompatible avec le par. 6(2) du Règlement, qui prévoit seulement que la cour rend une ordonnance d’interdiction « si elle conclut qu’aucune des allégations n’est fondée », une conclusion qui ne peut être tirée, au plus tôt, qu’à la date de l’audition. Ainsi, la Cour fédérale pourrait, à juste titre, rejeter une demande pour le motif qu’elle est prématurée si l’allégation présentée à son appui n’est pas fondée à ce moment-là. Cela suffit, selon moi, à décourager les demandes trop prématurées. Par contre, adopter l’interprétation du Règlement préconisée par les intimées reviendrait, en fait, à obliger les fabricants de génériques à remplir toutes les conditions de l’art. 5, et à attendre ensuite jusqu’à 30 mois avant de mettre en marché le produit souhaité. Ce ne saurait être l’objet du Règlement.

[41] Dans l’arrêt *Biolysse*, le juge Binnie, s’exprimant pour les juges majoritaires, a commencé ses motifs en examinant l’« équilibre », établi par la *Loi sur les brevets*, entre la protection des droits de propriété intellectuelle et la nécessité de réduire le coût des soins de santé. Il écrivait ce qui suit, aux paragraphes 1 et 2 :

Notre Cour a souvent parlé de « l’équilibre établi par la *Loi sur les brevets* » par lequel le public donne à un inventeur le droit d’empêcher quiconque d’utiliser son invention pendant une période de 20 ans en échange de la divulgation de l’invention. En règle générale, si le breveté obtient un monopole pour une chose qui ne répond pas aux exigences de nouveauté, d’ingéniosité et d’utilité prévues par la loi, alors le public se fait rouler. Voir *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, et *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66.

Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à examiner cet « équilibre » dans le domaine très litigieux qu’est celui des médicaments brevetés, alors que le Parlement se soucie non seulement de l’équilibre entre les inventeurs et les utilisateurs potentiels, mais également de l’équilibre entre la protection de la propriété intellectuelle, d’une part, et d’autre part, la volonté de réduire le coût des soins de santé tout en traitant de façon équitable les personnes qui, par leur ingéniosité, ont permis aux drogues de voir le jour.

[42] Plus loin dans ses motifs, le juge Binnie parlait des « oubliettes » auxquelles est reléguée la demande d’avis de conformité faite par un fabricant de produits génériques du seul fait du dépôt d’une demande d’interdiction par la première personne. Il s’est fait l’écho du juge Iacobucci pour qui une telle procédure était « draconienne ». Aux paragraphes 23 et 24, le juge Binnie écrivait ce qui suit :

The innovator that filed the patent list may, within 45 days after being served with a Notice of Allegation, apply to the Federal Court for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until all of the listed patents have expired. Commencement of the application for prohibition automatically triggers a 24-month statutory freeze that stops the Minister from issuing a NOC unless within that period the prohibition application is finally disposed of by the court (see ss. 7(1)(e) and 7(4) of the *NOC Regulations*). In practice the prohibition proceedings can easily drag on beyond the initial 24-month period.

It is important to note that under this procedure the court hearing the prohibition application has no discretion to lift the stay even if it thinks the innovator's case for interim relief is weak. Nor does the court have a discretion to leave the contending parties to their remedies under the *Patent Act*. The "second person's" application for a NOC simply goes into deep-freeze until the statutory procedures have played themselves out. For these reasons, Iacobucci J. described the regime as "draconian" in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at para. 33.

[43] The Federal Court of Appeal has also considered section 55.2 of the *Patent Act* and the PMNOC Regulations. In *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, Stone J.A. for the Court, at paragraphs 5, 18 and 19, commented upon section 8 as providing for compensation to a second person for loss and the advantage provided by the Regulations in imposing a 24-month stay, and the disadvantage in that section 8 provides for liability for compensation:

Section 8 of the Regulations renders a first person liable to compensate a second person for loss suffered by that person in the circumstances described in that section. . . .

...

From the point of view of the patentee, the opportunity to initiate a section 6 proceeding presents advantages and disadvantages. The main advantage is that by paragraph 7(1)(e) the Minister of National Health and Welfare is not to issue the NOC for up to 24 months after receipt of proof of the making of the application for prohibition pursuant to section 6 of the Regulations. The effect, as was pointed out by

La société innovatrice qui a soumis une liste de brevets peut, dans les 45 jours suivant la signification d'un avis d'allégation, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC avant l'expiration de tous les brevets énumérés sur la liste. L'introduction de la demande d'interdiction déclenche automatiquement un gel légal de 24 mois qui empêche le ministre de délivrer un ADC à moins que le tribunal ne rende, à l'égard de la demande d'interdiction, une décision définitive avant l'expiration de cette période (voir l'al. 7(1)e) et le par. 7(4) du *Règlement ADC*). En pratique, la procédure d'interdiction peut facilement excéder la période initiale de 24 mois.

Il importe de signaler que, dans le cadre de cette procédure, le tribunal saisi de la demande d'interdiction n'a aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de lever la suspension, même s'il estime faibles les arguments sur lesquels se fonde la demande de mesures provisoires de la société innovatrice. Le tribunal n'a pas non plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer les parties opposées aux recours prévus par la *Loi sur les brevets*. La demande d'ADC soumise par la « deuxième personne » est simplement reléguée aux oubliettes jusqu'à ce que la procédure réglementaire ait connu son dénouement. Pour ces motifs, le juge Iacobucci a qualifié ce régime de « draconien » dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, par. 33.

[43] La Cour d'appel fédérale a elle aussi examiné l'article 55.2 de la *Loi sur les brevets* et le Règlement. Dans l'arrêt *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, le juge Stone, s'exprimant pour la Cour d'appel, écrivait, aux paragraphes 5, 18 et 19, que l'article 8 prévoit le versement d'une compensation à la seconde personne à la suite de toute perte, et il s'exprimait sur l'avantage conféré par le Règlement, puisqu'il impose une suspension de 24 mois, ainsi que sur son désavantage, en ce sens que l'article 8 prévoit l'obligation de payer une compensation :

L'article 8 du Règlement rend la première personne responsable envers la deuxième personne de toute perte subie dans les circonstances décrites à cet article [...]

[...]

Du point de vue du titulaire du brevet, l'opportunité d'introduire une instance relative à la demande visée à l'article 6 présente des avantages et des désavantages. Le principal avantage est qu'en vertu de l'alinéa 7(1)e), le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social ne peut délivrer un AC jusqu'à 24 mois après réception de la preuve qu'une demande d'interdiction a été présentée en vertu de l'article 6 du Règlement. Comme l'a

Mahoney J.A. in *Bayer AG, supra*, at 337 “is tantamount to an interlocutory injunction” for up to the now reduced period of 24 months. This advantage, while significant, is short term. The principal disadvantage is that where the section 6 proceeding is withdrawn, discontinued or dismissed the patentee is liable to compensate the second person for its loss incurred during the period described in subsection 8(1) of the Regulations. Hence the patentee would have less reason than formerly to be tardy in prosecuting a section 6 proceeding. On the other hand, the assurance that compensation must be paid to a second person at the end of an unsuccessful section 6 proceeding is no guarantee that the second person will act with dispatch in that proceeding.

The detailed statement is not a pleading *per se* but represents a pivotal step in the process leading up to the issuance of an NOC. By taking that step the second person puts the patentee on notice of the grounds on which he or she considers that the making, constructing, using or selling of the drug will not infringe the second person’s patent rights during the unexpired term of the patent. In theory, this procedure ought to enable the patentee to confidently decide within the 45-day time limit whether to resist the issuance of an NOC. It is to be noted that, subject to business exigencies, the second person had no obligation to make its allegation and provide its detailed statement by an imposed deadline. As much time as the second person deems necessary is available under the scheme of the Regulations.

[44] Rothstein J.A. for the Court in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404 (F.C.A.), at paragraphs 22, 27 and 28 spoke of “relief” available to generics in the form of “costs, loss and damage” in the event that ineligible patents were listed:

Our second reason for not interfering with the discretion exercised by the Minister in this case relates to the scheme of the Regulations themselves. The Regulations expressly provide a process by which generic manufacturers may obtain relief in the event they are prejudiced by reason of ineligible patents being included on the Register. Subsection 6(1) and paragraph 6(5)(a) provide in relevant part:

6(1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) or (c), apply to a court for an order prohibiting the Minister from

indiqué le juge Mahoney dans l’arrêt *Bayer AG*, précité, à la page 337, l’effet « [est équivalent à] une injonction interlocutoire » pouvant atteindre une durée maintenant réduite à 24 mois. Cet avantage, bien que significatif, n’existe qu’à court terme. Le principal désavantage est que si l’instance relative à la demande visée à l’article 6 est retirée, fait l’objet d’un désistement ou est rejetée, le titulaire du brevet doit compenser la seconde personne de toute perte subie au cours de la période décrite au paragraphe 8(1) du Règlement. Le titulaire du brevet aurait moins de raisons que précédemment de tarder à introduire une instance relative à la demande visée à l’article 6. D’autre part, le fait qu’une compensation doit être payée à une seconde personne si une instance relative à la demande visée à l’article 6 est rejetée ne garantit pas que la seconde personne agira promptement dans cette procédure.

L’énoncé détaillé n’est pas un acte de procédure comme tel mais représente une étape essentielle dans le processus conduisant à la délivrance d’un AC. En agissant de la sorte, la seconde personne avise le titulaire du brevet des motifs pour lesquels elle considère que l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente de la drogue ne contreviendra pas aux droits de la seconde personne afférents au brevet pour la période non expirée du brevet. En théorie, cette procédure devrait permettre au titulaire du brevet de décider en toute confiance à l’intérieur d’une période de 45 jours s’il doit contester la délivrance d’un AC. Il faut noter que, sous réserve des exigences du commerce, la seconde personne n’a aucune obligation de faire ses allégations ou de fournir son énoncé détaillé dans un délai déterminé. La seconde personne peut prendre le temps qui lui semble nécessaire en vertu du régime établi par le Règlement.

[44] Le juge Rothstein, s’exprimant pour la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 1978 (C.A.) (QL), aux paragraphes 22, 27 et 28, parlait de la « réparation » que pouvaient demander les fabricants de produits génériques sous la forme de « frais, pertes et dommages » lorsque des brevets non admissibles étaient inscrits au registre :

En second lieu, nous refusons en l’espèce d’intervenir dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre à cause du texte du Règlement lui-même. En effet, le Règlement prévoit expressément une procédure permettant aux fabricants de médicaments génériques d’obtenir une réparation si l’inscription au registre de brevets non admissibles leur cause un préjudice. Le paragraphe 6(1) et l’alinéa 6(5)a) sont en partie ainsi libellés :

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours après avoir reçu signification d’un avis d’allégation aux termes des alinéas 5(3)(b) ou (c), demander au tribunal de rendre une ordonnance

issuing a notice of compliance until after the expiration of a patent that is the subject of the allegation.

.....

(5) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), the court may, on the motion of a second person, dismiss the application

(a) if the court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the register ...

...

Paragraph 8(1)(a) specifically provides that a patent holder whose prohibition application is dismissed is liable for the loss suffered by a generic manufacturer for the delay incurred in the issuance of a Notice of Compliance to the generic by reason of the prohibition application. Under subsection 8(4), the Court has been given jurisdiction to make an award of damages or lost profits. Section 8 of the Regulations makes it apparent that the Governor in Council recognized that generic manufacturers could be subject to unjustified prohibition applications, including applications based upon ineligible patents on the Register and provided a remedy in the form of an award of damages or lost profits in such circumstances.

In sum, there is a comprehensive scheme provided in the Regulations which specifically addresses ineligible patents on the Register and the costs, loss and damage suffered by generic manufacturers arising from such ineligible patents being included on the Register. Having regard to the scheme and its recognition that ineligible patents may be included on the Register, it follows that there is no unlawful refusal to exercise discretion by the Minister in not deleting such patents from the Register under subsection 3(1).

[45] In *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140 (C.A.), Sharlow J.A. for the majority, at paragraph 11, spoke of a claim for damages a second person may make:

If prohibition proceedings are not successful, the second person may claim damages against the first person to compensate for the delay in the issuance of the notice of compliance.

interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet visé par l'allégation.

[...]

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter la demande si, selon le cas :

a) il estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre ou ne sont pas pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue pour laquelle la seconde personne a déposé une demande d'avis de conformité [...]

[...]

L'alinéa 8(1)a prévoit expressément que le propriétaire d'un brevet dont la demande est rejetée est responsable de la perte qu'un fabricant de médicaments génériques a subie parce qu'on a tardé à lui délivrer un avis de conformité à cause de la demande. En vertu du paragraphe 8(4), la Cour a compétence pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte. L'article 8 du Règlement montre clairement que le gouverneur en conseil a reconnu que les fabricants de médicaments génériques pourraient faire l'objet de demandes injustifiées, y compris des demandes fondées sur des brevets non admissibles inscrits au registre, et qu'en pareil cas, il a prévu une réparation sous la forme du recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte.

En somme, le Règlement renferme des dispositions exhaustives qui se rapportent expressément aux brevets non admissibles inscrits au registre ainsi qu'aux frais, pertes et dommages subis par les fabricants de médicaments génériques par suite de l'inscription de pareils brevets au registre. Compte tenu du texte du Règlement et du fait qu'il y est reconnu que des brevets non admissibles peuvent être inscrits au registre, le ministre ne refuse pas illégalement d'exercer son pouvoir discrétionnaire en ne supprimant pas pareils brevets du registre en vertu du paragraphe 3(1).

[45] Dans l'arrêt *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140 (C.A.), la juge Sharlow, s'exprimant pour les juges majoritaires, au paragraphe 11, évoquait les dommages-intérêts que pouvait demander la seconde personne :

Si la procédure d'interdiction échoue, la seconde personne peut demander à la première personne des dommages-intérêts pour l'indemniser du retard dans la délivrance de l'avis de conformité.

[46] Isaac C.J., in dissent, presaged Binnie J.'s later comments in *Biolysse* in referring, at paragraph 74, to the balancing of the rights of patentees and generics:

In my respectful opinion, my colleague's decision ignores the dual purpose of the 1998 regulatory scheme which seeks to balance the right of patentees with the intent of facilitating the entry of generic products into the market. My colleague's decision also has the effect of extending the right of the appellant under the '969 patent.

[47] There have, of course, been numerous decisions of the Federal Court (Trial Division) commenting upon the PMNOC Regulations and section 55.2 [of the *Patent Act*]. I will refer only to one which deals with these Regulations and that section since those comments by Teitlebaum J. which incorporate earlier comments by MacKay J. have not been criticized or overturned. In *Fournier Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 327 (T.D.), Teitlebaum J. said, at paragraphs 12 to 16:

The new patent scheme, which comprises the *Patent Act* and the Regulations, has been considered by the Federal Court, namely, in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 518 (T.D.), where the Court considered the validity of the Regulations.

In *Apotex*, some of the issues are virtually identical to the present case. The Court considered, *inter alia*, whether the Regulations were *ultra vires* the authority of the Governor in Council pursuant to subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. Further, the Court also considered Apotex's arguments that the Regulations had been enacted without necessity and for collateral or ulterior motive, and that it was discriminatory. Mr. Justice MacKay found these arguments non persuasive and dismissed the application.

In coming to this conclusion, Mr. Justice MacKay considered the scope of the regulatory powers conferred upon the Governor in Council by virtue of subsection 55.2(4) of the *Patent Act* and found that subsection 55.2(4) of the *Patent Act* conferred upon the Governor in Council ample discretion and authority to enact these Regulations. I have also reviewed the regulatory powers conferred upon the Governor in Council set out in subsection 55.2(4), in light of Fournier's arguments to the effect that the strict time limits are conditions which are not authorized by the enabling statute and are in effect unreasonable, unfair and unnecessary. In my view, Justice MacKay addressed

[46] Dans un avis dissident, le juge en chef Isaac, annonçant les observations qu'allait faire plus tard le juge Binnie dans l'arrêt *Biolysse*, évoquait, au paragraphe 74, l'équilibre entre les droits des brevetés et les droits des fabricants de produits génériques :

À mon avis, l'opinion de ma collègue ignore le double objet du régime réglementaire de 1998, qui cherche à définir un équilibre entre les droits des brevetés et l'intention de faciliter l'entrée sur le marché de produits génériques. L'opinion de ma collègue a également l'effet d'étendre le droit de l'appelante au titre du brevet '969.

[47] Le Règlement et l'article 55.2 de la *Loi sur les brevets* ont évidemment été examinés dans de nombreux jugements de la Cour fédérale (Section de première instance). J'évoquerai un seul de ces jugements, où il est question de ce Règlement et de cet article, puisque les propos qu'y tient le juge Teitlebaum et qui englobent les observations antérieures du juge MacKay n'ont pas été critiqués ni infirmés. Dans la décision *Fournier Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 327 (1^{re} inst.), le juge Teitlebaum écrivait ce qui suit, aux paragraphes 12 à 16 :

Le nouveau régime régissant les brevets, qui englobe la *Loi sur les brevets* et son règlement d'application, a déjà été examiné par la Cour fédérale dans la décision *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.), où la Cour a examiné la validité du Règlement.

Dans l'affaire *Apotex*, certaines des questions en litige étaient pratiquement identiques à celles qui se posent en l'espèce. La Cour s'est notamment demandée si, en prenant le Règlement, le gouverneur en conseil avait outrepassé les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. La Cour a également examiné les arguments d'Apotex suivant lesquels le Règlement avait été pris inutilement et pour un motif accessoire ou non avoué et qu'il était discriminatoire. Le juge MacKay a jugé ces arguments non convaincants et a rejeté la demande.

Pour en arriver à cette conclusion, le juge MacKay a examiné la portée des pouvoirs réglementaires conférés au gouverneur en conseil par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, et a estimé que cette disposition conférerait au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire et une compétence qui le justifiaient pleinement de prendre le règlement en question. J'ai également examiné les pouvoirs réglementaires conférés au gouverneur en conseil par le paragraphe 55.2(4) à la lumière de l'argument de Fournier suivant lequel l'imposition des délais de rigueur constitue une condition qui n'est pas autorisée par la loi habilitante et qui est effectivement déraisonnable, injuste et

some of these issues in *Apotex*. I quote and adopt the following passage from Justice MacKay's decision, at page 552:

These submissions, in my view, mistake the purport of the words "as the Governor in Council considers necessary". Those words grant discretion to the Governor in Council to which a Court defers, recognizing that Parliament has left discretion to the Governor in Council. The exercise of that discretion would only be upset if it were established, and there is no such evidence here, that the Governor in Council did not consider the Regulations necessary. There is no onus on the Governor in Council to demonstrate necessity or even that necessity was considered. The mere act of adopting regulations establishes that they were considered necessary by the Governor in Council, at least so far as this Court's review is concerned. The words used relate to a matter for determination by the Governor in Council, whose beliefs are not subject to review. The words do not raise any question of an objective standard of necessity to be met or even considered.

Mr. Justice MacKay went on to review the decision in *Reference as to the Validity of Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1. In *Chemicals*, the validity of the regulations had been challenged on the basis that the Governor in Council was not empowered by virtue of the enabling provision to adopt the Regulations in relation to chemicals. The Supreme Court of Canada reviewed section 3 of the *War Measures Act* [R.S.C., 1927, c. 206] which conferred upon the Governor in Council authority to pass the Regulations. Section 3 stipulated that "[t]he Governor in Council may do and authorize such acts and things, and make from time to time such orders and regulations, as he may . . . deem necessary or advisable for the security, defense, peace, order and welfare of Canada". Mr. Justice MacKay in *Apotex*, *supra*, at page 552, quoted a passage from the Supreme Court of Canada's decision in *Chemicals*, *supra*, where Chief Justice Duff said, at page 12:

... when Regulations have been passed by the Governor General in Council in professed fulfillment of his statutory duty, I cannot agree that it is competent to any court to canvass the considerations which have, or may have, led him to deem such Regulations necessary or advisable for the transcendent objects set forth.

In my view, the above-mentioned cases clearly show that a Court should hesitate to interfere with the Governor in Council's broad discretionary powers and authority. In this respect, counsel for Fournier argued at the hearing that the strict time limits under the said subsections allow generic drug

inutile. À mon avis, le juge MacKay a abordé certaines de ces questions dans le jugement *Apotex*. Je cite et fais mien le passage suivant de sa décision, à la page 552 :

Selon moi, cet argument découle d'une méprise quant au sens des mots « *as the Governor in Council considers necessary* ». Ces mots confèrent au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire à l'égard duquel les tribunaux, reconnaissant cette intention du législateur, appliquent le principe de retenue judiciaire. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne serait compromis que par la preuve, absente en l'espèce, que le gouverneur en conseil ne considérerait pas le Règlement nécessaire. Le gouverneur en conseil n'a pas à démontrer la nécessité d'un règlement; il n'a même pas à prouver qu'il a examiné cette question. La simple prise d'un règlement établit que le gouverneur en conseil l'a jugé nécessaire, pour ce qui est, à tout le moins, de l'examen de la Cour. Le libellé utilisé renvoie à une question qui doit être déterminée par le gouverneur en conseil, dont les opinions en cette matière ne sont pas susceptibles d'examen, il n'énonce d'aucune façon un critère objectif de nécessité qui doit être satisfait, voire examiné.

Le juge MacKay a poursuivi en examinant l'arrêt *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1. Dans cette affaire, la validité du règlement était contestée au motif que le gouverneur en conseil n'était pas autorisé par la disposition habilitante à prendre un règlement portant sur des produits chimiques. La Cour suprême du Canada a examiné l'article 3 de la *Loi des mesures de guerre* [S.R.C. 1927, ch. 206], qui conférait au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre le règlement en question. L'article 3 prévoyait que « [l]e gouverneur en son conseil a le pouvoir de faire et autoriser tels actes et choses et d'édicter quand il y a lieu les décrets et règlements qu'il peut [. . .] juger nécessaires ou opportuns pour la sécurité, la défense, la paix, l'ordre et le bien-être du Canada ». Dans l'arrêt *Apotex*, *supra*, à la page 552, le juge MacKay a cité un extrait de l'arrêt *Chemicals* de la Cour suprême du Canada où le juge en chef Duff déclarait, à la page 12 :

[TRADUCTION] [. . .] lorsque le gouverneur en conseil prend un règlement dans l'exercice déclaré des fonctions que la loi lui confère, je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle il est loisible à tout tribunal d'examiner les facteurs qui ont pu l'amener à considérer que le règlement était nécessaire ou souhaitable pour les objets transcendants exposés.

À mon avis, il ressort clairement de la jurisprudence précitée que le tribunal devrait hésiter à intervenir dans l'exercice des larges pouvoirs discrétionnaires et de la vaste compétence dont le gouverneur en conseil est investi. À cet égard, l'avocat de Fournier a soutenu à l'audience que les délais de rigueur prévus

manufacturers to enter the market despite a patent or license for the said drugs, and adduced evidence by way of affidavit—application record, tab 3, affidavit of Tom Brogan—to the effect that the entry of generic drugs on the market can have substantial financial and commercial repercussions, most specifically on Fournier because it only manufactures the two mentioned drugs for which registration of a patent list was refused.

aux paragraphes en question permettent aux fabricants de médicaments génériques de pénétrer sur le marché malgré les brevets et les licences délivrés à l'égard des médicaments en question. L'avocat de Fournier a soumis en preuve un affidavit—que l'on trouve à l'onglet 3 du dossier de la demande—dans lequel Tom Brogan affirme que le lancement de médicaments génériques sur le marché est susceptible d'avoir des répercussions financières et commerciales considérables, plus particulièrement en ce qui concerne Fournier, étant donné que Fournier ne fabrique que les deux médicaments susmentionnés au sujet desquels l'enregistrement de la liste de brevets a été refusé.

JUDICIAL COMMENTARY AS TO SECTION 8

LES COMMENTAIRES DANS LA JURISPRUDENCE EN CE QUI CONCERNE L'ARTICLE 8 DU RÈGLEMENT

[48] There has been little in-depth judicial commentary as to section 8 of the PMNOC Regulations specifically. Rothstein J.A., when he was sitting as a Judge of the Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, delivered the decision of the Court and in discussing section 8 in the form that is at issue in the present action wrote, at paragraph 27:

[48] Les tribunaux ne se sont pas exprimés d'une manière approfondie sur l'article 8 du Règlement. Le juge Rothstein, alors qu'il était juge de la Cour d'appel fédérale, avait rédigé la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*. Examinant l'article 8 selon le libellé qui est en cause dans la présente action, il écrivait ce qui suit, au paragraphe 27 :

Paragraph 8(1)(a) specifically provides that a patent holder whose prohibition application is dismissed is liable for the loss suffered by a generic manufacturer for the delay incurred in the issuance of a Notice of Compliance to the generic by reason of the prohibition application. Under subsection 8(4), the Court has been given jurisdiction to make an award of damages or lost profits. Section 8 of the Regulations makes it apparent that the Governor in Council recognized that generic manufacturers could be subject to unjustified prohibition applications, including applications based upon ineligible patents on the Register and provided a remedy in the form of an award of damages or lost profits in such circumstances.

L'alinéa 8(1)a) prévoit expressément que le propriétaire d'un brevet dont la demande est rejetée est responsable de la perte qu'un fabricant de médicaments génériques a subie parce qu'on a tardé à lui délivrer un avis de conformité à cause de la demande. En vertu du paragraphe 8(4), la Cour a compétence pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte. L'article 8 du Règlement montre clairement que le gouverneur en conseil a reconnu que les fabricants de médicaments génériques pourraient faire l'objet de demandes injustifiées, y compris des demandes fondées sur des brevets non admissibles inscrits au registre, et qu'en pareil cas, il a prévu une réparation sous la forme du recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte.

[49] It is to be noted that Rothstein J.A. used the words “lost profits” in referring to subsection 8(4) even though those precise words do not appear in subsection 8(4). Only the word “profits” appears in that subsection.

[49] Il convient de noter que, dans la version anglaise de sa décision, le juge Rothstein emploie les mots « *lost profits* » lorsqu'il évoque le paragraphe 8(4), même si ce n'est pas cette expression précise qui apparaît dans ce paragraphe. Seul le mot « *profits* » apparaît dans la version anglaise du paragraphe 8(4).

[50] In *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, Stone J.A. for the Court mentioned section 8, at paragraph 27 of his reasons, stating that

[50] Dans l'arrêt *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, le juge Stone, s'exprimant pour la Cour d'appel fédérale, mentionnait

such a provision served as an incentive to the patentee not to delay proceedings:

I would mention a few additional considerations. The fact that the section 6 proceeding is generally to be completed within 24 months and that an award of damages awaits an unsuccessful patentee at the end of that process, should not be ignored. If a second person is always free to supplement its detailed statement in a section 6 proceeding, the proceeding itself is bound to be delayed, which could only redound to the detriment of the first person. That a longer period than the period of 24 months specified in paragraph 7(1)(e) (reduced from 30 months) may be allowed in a particular case seems to be contemplated in paragraph 7(5)(b). This Court has recognized, however, that a section 6 proceeding should be dealt with under the Rules of the Court as expeditiously as possible in order that both sides to the dispute will have their rights determined sooner rather than later. Thus in *Bayer AG*, *supra*, Mahoney J.A. stated, at 337:

The court has a clear duty to deal with an application expeditiously. Given that, in the scheme of the Regulations, it is the patentee who has both the carriage of the proceeding and the interest in its dilatory prosecution, departures from the schedule imposed by the Part V.1 rules [now Part 5 of the 1998 Rules] ought not to be routine.

The ability of the Court to order payment of damages for which an unsuccessful patentee is rendered liable under section 8 of the Regulations suggests, however, that the patentee no longer has an exclusive interest in delaying the progress of a section 6 proceeding. Moreover, the relatively short time period specified in paragraph 7(1)(e) of the Regulations and the language contained in subsection 7(5) of the Regulations, has been rightly viewed as a further indication that a section 6 proceeding should proceed expeditiously to final determination by the Court. The point was made clear in *Pharmacia Inc.*, *supra*, at 215, where Strayer J.A. stated:

The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* further indicate an intention that this particular kind of application for judicial review should be disposed of expeditiously. Section 7(1) of the regulations provides that normally a notice of compliance should not be issued until 30 months have elapsed from the filing of the application for prohibition, unless the court has in the meantime dismissed the application. Section 7(5), however, authorizes the court to abbreviate or extend the 30-month period where it has not yet reached a decision on the application but where it finds that a party to the application “failed to reasonably

l’article 8, au paragraphe 27 de ses motifs, affirmant qu’une telle disposition avait pour effet d’inciter le breveté à ne pas retarder la procédure :

J’ajouterais quelques commentaires additionnels. Il faut se rappeler que l’instance relative à la demande visée à l’article 6 doit habituellement être terminée en 24 mois et que l’attribution de dommages attend le titulaire de brevet qui n’a pas gain de cause à la fin de la procédure. Si la seconde personne demeure toujours libre de compléter son énoncé détaillé dans une instance relative à la demande visée à l’article 6, l’instance elle-même est ainsi retardée, ce qui ne peut se faire qu’au détriment de la première personne. La prorogation du délai de 24 mois prévu à l’alinéa 7(1)e) (qui était précédemment de 30 mois) semble possible dans des cas particuliers en vertu de l’alinéa 7(5)b). La présente Cour a toutefois reconnu qu’une instance relative à la demande visée à l’article 6 devrait, en vertu des Règles de la Cour, être traitée de manière aussi expéditive que possible afin que les droits des deux parties soient tranchés avec célérité. Ainsi, dans l’arrêt *Bayer AG*, précité, le juge Mahoney, J.C.A., a indiqué à la page 337 :

La Cour est de toute évidence tenue de statuer avec célérité sur la demande dont elle est saisie. Compte tenu du fait que, selon l’économie du Règlement, c’est le breveté qui est à la fois chargé de la conduite de l’instance et qui a intérêt à ce que son déroulement soit retardé, les dérogations au calendrier imposé par les règles de la partie V.1 devraient être exceptionnelles.

La possibilité qu’a la Cour d’ordonner le paiement de dommages pour lesquels un titulaire de brevet défaillant est rendu responsable en vertu de l’article 8 du Règlement suggère toutefois que le titulaire de brevet n’est dorénavant plus seul à avoir un intérêt à retarder le déroulement d’une instance relative à la demande visée à l’article 6. De plus, le laps de temps relativement court prévu à l’alinéa 7(1)e) du Règlement et les termes du paragraphe 7(5) ont été à bon droit perçus comme une indication supplémentaire qu’une instance relative à la demande visée à l’article 6 devrait rapidement faire l’objet d’un jugement définitif du tribunal. C’est ce qu’a tenu à préciser le juge Strayer, J.C.A., dans l’arrêt *Pharmacia Inc.*, à la page 215 :

Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* indique aussi l’intention que ce type particulier de demande de contrôle judiciaire soit tranché de façon expéditive. Le paragraphe 7(1) du Règlement prévoit qu’un avis de conformité ne doit pas être délivré avant l’expiration de trente mois suivant le dépôt de la demande d’interdiction, à moins que la Cour n’ait rejeté la demande dans l’intervalle. Le paragraphe 7(5) autorise la Cour à abrégier ou à proroger ce délai de trente mois lorsqu’elle n’a pas encore rendu une décision relativement à la demande, et qu’elle constate qu’une partie à la demande « n’a pas collaboré de façon raisonnable au traitement

cooperate in expediting the application”. Thus if, for example, the applicant unduly delays in bringing the matter on for hearing on the merits, the respondent can move to have the court shorten the time-limit for the issue of a notice of compliance.

It is to be noted as well that not only will an unsuccessful patentee in a section 6 proceeding be visited with a Court order to compensate the second person, but the patentee may also be required to pay legal costs pursuant to subsection 6(9) of the Regulations including costs “on a solicitor-and-client basis”. Indeed, as provided in subsection 6(10), a factor which the Court may consider in its order as to costs is “the diligence with which the parties pursued the application”. This again suggests that a section 6 proceeding was intended to be proceeded with as expeditiously as possible and not be unduly delayed by a party.

[51] I acknowledge that these judicial comments may have been *obiter*. They are however instructive as to how the matter would strike a court as a matter of first impression.

MERCK’S ISSUES: JURISDICTION, ENABLEMENT, CONSTITUTIONALITY

(a) General

[52] Merck has raised three issues: jurisdiction, enablement and constitutionality; all three issues are directed only at section 8 of the PMNOC Regulations. The result, should Merck prevail on any of these, is that at least this Court, and perhaps any court, cannot entertain an action as contemplated by section 8 of the Regulations. Apotex points out that, in directing its challenge only to section 8, Merck is content to institute applications under section 6 in the Federal Court, enjoy the 24-month stay afforded simply by instituting such application and, possibly gain an order prohibiting the Minister from ever issuing an NOC to a generic so long as the patent in question remains in place.

[53] There can be no doubt that the PMNOC Regulations are in their pith and substance regulations

expéditif de celle-ci ». Ainsi, par exemple, lorsque la partie requérante retarde indûment la tenue de l’audience sur le bien-fondé de la demande, la partie intimée peut présenter une requête pour demander à la Cour d’abrèger le délai de délivrance d’un avis de conformité.

Il faut également souligner que non seulement le titulaire du brevet qui perd sa cause dans l’instance relative à la demande visée à l’article 6 sera tenu par une ordonnance de la Cour de compenser la seconde personne mais il peut également être tenu d’acquitter les dépens en vertu du paragraphe 6(9) du Règlement ce qui inclut les dépens « sur une base avocat-client ». En effet, tel que prévu au paragraphe 6(10), la Cour peut tenir compte au moment de rendre une ordonnance sur les dépens de « la diligence des parties à poursuivre la demande ». Ceci suggère à nouveau qu’une instance relative à la demande visée à l’article 6 doit se dérouler avec diligence et ne pas être indûment retardée par une partie.

[51] Je reconnais que ces commentaires dans la jurisprudence ne sont peut-être que des opinions incidentes. Ils donnent toutefois des indications sur la manière dont une cour de justice aborderait la question à première vue.

LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR MERCK : COMPÉTENCE, VALIDITÉ ET CONSTITUTIONALITÉ

a) Généralités

[52] Merck a soulevé trois questions : compétence, validité et constitutionnalité; ces trois questions ne portent que sur l’article 8 du Règlement. Si Merck devait obtenir gain de cause sur l’une ou l’autre de ces questions, cela signifiera que ni la Cour fédérale, ni peut-être aucune autre cour de justice, n’a compétence pour statuer sur une action engagée en vertu de l’article 8 du Règlement. Apotex fait observer que, en ne faisant porter sa contestation que sur l’article 8, Merck se contente de déposer des demandes selon l’article 6 devant la Cour fédérale, de profiter de la suspension de 24 mois que lui procure le simple dépôt d’une telle demande et, peut-être, d’obtenir une ordonnance interdisant au ministre de jamais délivrer un avis de conformité à un fabricant de produits génériques tant que le brevet en cause n’a pas expiré.

[53] Il ne fait aucun doute que, de par son caractère véritable, le Règlement est un règlement qui traite des

dealing with patents. An innovator (first person) can only come within the Regulations if it has filed a new drug submission (NDS) or supplement to that (SNDS) and lists a patent claiming a medicinal ingredient, formulation, dosage or use (subsections 4(1) [as am. by SOR/2006-242, s. 2] and (2) [as am. *idem*] of the Regulations) on a particular list supervised by the Minister of Health. A first person makes a choice—it may list or not list a patent, it is not compelled to list a patent. If a patent is listed and a generic seeks the shortcut of an abbreviated new drug submission (ANDS) by referencing the first person's NDS or SNDS then it must make allegations sent by a notice to the first person as to invalidity, non-infringement of the patent and/or other matters as set out in section 5 [as am. *idem*; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)]. The generic must then wait since the innovator again has a choice: it may do nothing in which case, after 45 days, the generic's application for an NOC proceeds or the innovator may launch a court application to prohibit the Minister from issuing an NOC to the generic, in which case the generic's application for an NOC is put on hold for up to 24 months until the disposition of the application. One way of disposition is by order of prohibition directed to the Minister in which case the generic must wait until the patent expires before getting its NOC. Disposition by way of a dismissal or withdrawal is another way, in which case the generic proceeds to get its NOC almost immediately. Merck points out that if an innovator loses at the trial level, the Federal Court of Appeal rarely entertains an appeal since the Minister issues an NOC almost immediately, making an appeal moot. Section 8 of the Regulations, the provision now under scrutiny, provides that a generic may commence an action for compensation for being kept off the market by the stay afforded by the filing of the application by the innovator, if the innovator's application is dismissed, discontinued or withdrawn.

brevets. Une société innovatrice (la première personne) ne peut relever du Règlement que si elle a déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) ou un supplément à telle présentation (SPDN) et si elle inscrit sur une liste particulière relevant du ministre de la Santé un brevet revendiquant un ingrédient médicinal, une formulation, une forme posologique ou une utilisation (paragraphes 4(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] et (2) [mod., *idem*] du Règlement). La première personne fait un choix, elle peut inscrire ou non un brevet sur la liste, elle n'est pas tenue d'y inscrire un brevet. Si un brevet est inscrit et qu'un fabricant de produits génériques se prévaut du raccourci constitué par une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) en faisant état de la PDN ou du SPDN de la première personne, alors il doit, par avis envoyé à la première personne, faire des allégations sur l'invalidité du brevet, l'absence de contrefaçon du brevet et/ou les autres aspects indiqués à l'article 5 [mod., *idem*; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)]. Le fabricant de produits génériques doit alors attendre puisque la société innovatrice, là encore, a le choix, et qu'elle peut ne rien faire, auquel cas, après 45 jours, la demande d'avis de conformité faite par le fabricant de produits génériques va de l'avant, ou bien la société innovatrice peut demander à la Cour d'interdire au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant de produits génériques, auquel cas la demande d'avis de conformité faite par celui-ci est laissée en suspens durant un maximum de 24 mois, jusqu'à décision sur la demande d'interdiction. Une décision en la matière pourrait être une ordonnance d'interdiction adressée au ministre, auquel cas le fabricant de produits génériques doit attendre l'expiration du brevet pour obtenir son avis de conformité. Une autre issue de la demande d'interdiction pourrait être le rejet de la demande ou son retrait, auquel cas le fabricant de produits génériques prend les dispositions nécessaires pour obtenir son avis de conformité presque immédiatement. Merck fait observer que, si la société innovatrice est déboutée en première instance, la Cour d'appel fédérale est rarement saisie d'un appel étant donné que le ministre délivre un avis de conformité presque immédiatement, rendant tout appel théorique. L'article 8 du Règlement, la disposition qui est ici examinée, dispose qu'un fabricant de produits génériques peut demander une indemnité pour avoir été tenu à l'écart du marché par la suspension résultant du dépôt de la demande de la société innovatrice, si cette

[54] In many respects, section 8 can be analogized to the undertaking usually required by a party seeking an interlocutory injunction from a court. This Court (subsection 372(2) [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1)]) and most other courts in this country require, unless otherwise ordered, that an undertaking as to damages be provided. An undertaking is a serious matter and the damages afforded may be substantial, although as stated by the Ontario Court of Appeal in *Delrina Corp. (c.o.b. Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, at paragraph 87, they must be reasonably foreseeable at the time of the granting of the interlocutory injunction and must be caused by (“naturally flow from”) the injunction and not something else.

[55] Merck characterizes section 8 as providing a civil remedy without a wrong having been committed. Merck argues that the simple institution of a section 6 application and being subsequently unsuccessful cannot be said to be a “wrong” for which liability is created. This is a mischaracterization of the circumstances. Merck and others in its position have choices: a patent may be listed or not, an application may be instituted or not. Just like the institution of proceedings and the seeking of an interlocutory injunction, choices are made. Section 8 is a consequence of such choices. Merck and any other patentee has available to it all the remedies afforded to any patentee under the *Patent Act*—it is deprived of nothing in that regard. In seeking the advantage of section 6, it must be presumed to have done so mindfully of section 8.

[56] With these general comments, I will proceed to consider Merck’s submissions as to jurisdiction, enablement and constitutionality.

demande est rejetée, fait l’objet d’un désistement ou est retirée.

[54] À maints égards, on pourrait assimiler l’article 8 à l’engagement généralement requis d’une partie qui demande à un tribunal de prononcer une injonction interlocutoire. La Cour (paragraphe 372(2) des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1)]), ainsi que la plupart des autres cours de justice de ce pays, exigent, sauf ordonnance contraire, que soit donnée une promesse de réparation. Une promesse est une affaire sérieuse et les dommages-intérêts accordés peuvent être substantiels, encore que, comme l’écrivait la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Delrina Corp. (c.o.b. Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, au paragraphe 87, ils doivent être raisonnablement prévisibles au moment de l’octroi de l’injonction interlocutoire et doivent découler naturellement de l’injonction, et non d’autre chose.

[55] Merck qualifie l’article 8 de disposition conférant un recours civil sans qu’il y ait eu acte dommageable. Merck fait valoir que le simple dépôt d’une demande selon l’article 6, suivi du rejet d’une telle demande, ne saurait constituer un « acte dommageable » entraînant une responsabilité. C’est là une mauvaise qualification des circonstances. Merck, et d’autres dans sa position, disposent de choix, un brevet peut ou non figurer sur la liste, une demande d’interdiction peut ou non être déposée. Tout comme pour l’introduction de procédures ou le dépôt d’une demande d’injonction interlocutoire, des choix sont faits. L’article 8 est une conséquence de ces choix. Merck et les autres brevetés ont à leur disposition tous les recours conférés à un breveté par la *Loi sur les brevets*, ils ne sont, sur ce plan, privés de rien. Lorsqu’un breveté veut se prévaloir de l’article 6, il doit être présumé s’en être prévalu en sachant l’existence de l’article 8.

[56] Ces observations générales à l’esprit, j’examinerai maintenant les conclusions de Merck sur la compétence de la Cour ainsi que sur la validité et la constitutionnalité de l’article 8.

JURISDICTION

[57] Merck launched several attacks on the validity of the provisions of section 8 of the PMNOC Regulations and the jurisdiction of the Federal Court to enforce those provisions. Not all of these attacks were pleaded however. The issue of jurisdiction is not found in Merck's pleadings. Merck argues that a court has inherent jurisdiction to entertain issues as to its own jurisdiction.

[58] While not pleaded, the issue as to jurisdiction was fully set out in the argument of both parties; nobody has been caught by surprise. I will deal with the issue.

[59] One must start with the proposition that, in Canada's federal system, the superior courts of the provinces have plenary and inherent jurisdiction to hear and decide all cases that come before them, regardless of whether the law applicable to a particular case is provincial, federal or constitutional (*Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, *per* Iacobucci and Major JJ. for the Court, at paragraph 44). Jurisdiction of the Federal Court over a matter cannot be presumed—it must be positively demonstrated (*R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432 (F.C.T.D.), *per* Rouleau J., at page 435).

[60] The essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court have been well established by the Supreme Court of Canada in several cases such as *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, *per* McIntyre J. for the majority at page 766:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be a "law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

LA COMPÉTENCE

[57] Merck a contesté sous plusieurs angles la validité des dispositions de l'article 8 du Règlement et la compétence de la Cour fédérale dans l'application de telles dispositions. Ces contestations n'ont pas cependant toutes été plaidées. La question de la compétence n'apparaît pas dans les actes de procédure de Merck. Merck fait valoir qu'une cour de justice est naturellement compétente pour statuer sur les points qui portent sur sa propre compétence.

[58] Bien qu'elle n'ait pas été plaidée, la question de la compétence a été pleinement exposée dans l'argumentation des deux parties; personne n'a été pris par surprise. J'examinerai la question.

[59] On doit commencer par dire que, dans le système fédéral du Canada, les cours supérieures des provinces sont pleinement et naturellement compétentes pour instruire toutes les affaires dont elles sont saisies, que le droit applicable à telle ou telle affaire soit le droit fédéral, le droit provincial ou le droit constitutionnel (arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, les juges Iacobucci et Major, au paragraphe 44). La compétence de la Cour fédérale pour une affaire donnée ne peut être présumée, elle doit être formellement démontrée (*R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.*, [1991] A.C.F. n° 1046 (1^{re} inst.) (QL), le juge Rouleau).

[60] Les conditions qui doivent être remplies pour que la Cour fédérale soit déclarée compétente ont été bien établies par la Cour suprême du Canada dans plusieurs précédents, par exemple l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 R.C.S. 752, rendu par le juge McIntyre, qui s'exprimait ainsi, au nom des juges majoritaires, à la page 766 :

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[61] It is upon the first of these criteria, the “statutory grant” that Merck raises much of its argument. Merck points out that jurisdiction of the Federal Court is mentioned about 26 times in the *Patent Act*. Many of these provisions conferring jurisdiction deal with appeals from federal tribunals and persons such as the Commissioner of Patents. A frequently used provision is section 54 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182] which confers jurisdiction both on the Federal Court as well as the appropriate superior court of the relevant province in matters of patent infringement. Another frequently used provision is section 60 which confers exclusive jurisdiction on the Federal Court to impeach a patent. Nowhere, says Merck, in the *Patent Act* can one find a conferral of jurisdiction on the Federal Court to hear and determine actions brought under the provisions of section 8 of the PMNOC Regulations.

[62] I disagree.

[63] Parliament has, by statute, enacted subsection 55.2(4) of the *Patent Act* which in paragraph (d) gives the authority to the Governor in Council to make regulations “conferring rights of action in any court of competent jurisdiction” (emphasis added). Subsection 55.2(5) ensures that, with respect to any such regulation, if there is a conflict with respect to any Act of Parliament or regulations made thereunder, these regulations shall prevail. In subsection 12(2) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 3] of the *Patent Act* Parliament has provided that any regulation made under the provisions of the *Patent Act* have the same effect as if they were in the Act itself.

[64] Section 2 of the PMNOC Regulations defines “court” [as am, by SOR/2008-211, s. 1] to mean “the Federal Court or any other superior court of competent jurisdiction”. This has the same effect as if it were in the *Patent Act* itself.

[65] The Supreme Court of Canada has dealt with similar provisions on at least two occasions. In *King, The v. Singer*, [1941] S.C.R. 111, Rinfret J. [as he then

[61] C’est sur le premier de ces critères, l’« attribution de compétence », que Merck fait reposer l’essentiel de son argument. Merck fait observer que la compétence de la Cour fédérale est mentionnée environ 26 fois dans la *Loi sur les brevets*. Nombre de ces dispositions attributives de compétence concernent des appels formés contre les décisions d’offices fédéraux ou de personnes telles que le commissaire des brevets. Une disposition fréquemment utilisée est l’article 54 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182], qui, dans les affaires de contrefaçon de brevet, attribue compétence à la Cour fédérale ainsi qu’à la cour supérieure de la province considérée. Une autre disposition fréquemment utilisée est l’article 60, qui confère à la Cour fédérale une compétence exclusive pour invalider un brevet. Nulle part dans la *Loi sur les brevets*, d’affirmer Merck, ne peut-on trouver une disposition attribuant à la Cour fédérale le pouvoir de statuer sur une action engagée en vertu des dispositions de l’article 8 du Règlement.

[62] Je ne partage pas cette manière de voir.

[63] Le législateur a, par une loi, promulgué le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, qui, en son alinéa d), donne au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements « conférant des droits d’action devant tout tribunal compétent » (soulignement ajouté). Le paragraphe 55.2(5) dit que toute disposition réglementaire semblable a préséance sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente. Quant au paragraphe 12(2) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 3] de la *Loi sur les brevets*, il prévoit que toute règle ou tout règlement pris en vertu des dispositions de la *Loi sur les brevets* a la même force et le même effet que s’il avait été édicté dans la Loi elle-même.

[64] L’article 2 du Règlement définit ainsi le mot « tribunal » [mod. par DORS/2008-211, art. 1] : « [l]a Cour fédérale ou toute autre cour supérieure compétente ». Cette définition a la même force et le même effet que si elle apparaissait dans la *Loi sur les brevets* elle-même.

[65] La Cour suprême du Canada a examiné des dispositions semblables à au moins deux reprises. Dans l’arrêt *King, The v. Singer*, [1941] R.C.S. 111, le

was] for the majority, at pages 115 and 116 reviewed provisions in several federal statutes which gave the regulations made under these statutes the effect of the statute itself. He clearly appears to have approved of such a technique since he criticized the regulations that he was considering in that case for not having such provision made in the enabling statute.

[66] In *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court dealt with provisions in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, subsection 83(3) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10] which permitted an Indian band to make by-laws providing for an appeal procedure as to tax assessments on lands in an Indian reserve. The by-law as passed by the Band provided for an appeal to the Federal Court—Trial Division. Lamer C.J. and Cory J. concurring, held at paragraph 52, that the Indian bands, having been authorized by statute to create by-laws, were entitled to take advantage of jurisdiction already existing in the Trial Division under subsection 24(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 6] of the *Federal Court Act*. Subsection 24(1) has since been repealed [S.C. 2008, c. 8, s. 33]; however that is not material to the present case. Under subsection 20(2) [as am. *idem*, s. 29] of the *Federal Courts Act*, the Federal Court has jurisdiction in respect of “all cases . . . in which a remedy is sought under the authority of an Act of Parliament . . . respecting any patent of invention”.

[67] Thus, under subsection 20(2) of the *Federal Courts Act* the Federal Court may accept jurisdiction in a patent matter as being made “under the authority” of a federal statute. The *Patent Act*, subsection 55.2(4) authorizes regulations to be made, such as the PMNOC Regulations, conferring jurisdiction on “any court of competent jurisdiction” (emphasis added). Section 2 of PMNOC Regulations names the Federal Court as such a court. Subsection 12(2) of the *Patent Act* gives the PMNOC Regulations the same effect as a statute.

juge Rinfret [tel était alors son titre], s’exprimant pour les juges majoritaires, aux pages 115 et 116, examinait les dispositions de plusieurs lois fédérales qui donnaient aux règlements pris en vertu de ces lois le même effet que la loi elle-même. Il semble manifestement avoir approuvé une telle technique puisqu’il a critiqué le règlement qu’il examinait dans cette affaire-là, au motif qu’une disposition semblable n’apparaissait pas dans la loi habilitante.

[66] Dans l’arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême examinait une disposition de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, à savoir le paragraphe 83(3) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 10], qui autorisait une bande indienne à prendre des règlements administratifs prévoyant la procédure de contestation des évaluations en matière de taxation dans une réserve indienne. Le règlement administratif pris par la bande prévoyait un appel devant la Cour fédérale — Section de première instance. Le juge en chef Lamer, aux motifs desquels a souscrit le juge Cory, écrivait, au paragraphe 52, que, la bande indienne ayant été autorisée par une loi à prendre des règlements administratifs, elle était fondée à tirer parti de la compétence déjà existante conférée à la Section de première instance par le paragraphe 24(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 6] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le paragraphe 24(1) a depuis été abrogé [L.C. 2008, ch. 8, art. 33], mais cela est sans conséquence ici. Selon le paragraphe 20(2) [mod., *idem*, art. 29] de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence « dans tous les autres cas de recours sous le régime d’une loi fédérale [...] relativement à un brevet d’invention ».

[67] Ainsi, selon le paragraphe 20(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale peut exercer sa compétence dans une affaire de brevet en tant que recours « sous le régime » d’une loi fédérale. Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* autorise la prise de règlements, par exemple le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, conférant des droits d’action « devant tout tribunal compétent » (soulignement ajouté). L’article 2 du Règlement désigne la Cour fédérale comme un tel tribunal. Le paragraphe 12(2) de la *Loi sur les brevets* donne au Règlement le même effet et la même force que s’il s’agissait d’une loi.

[68] As to the two other criteria for jurisdiction as set out in *ITO*, namely (2) an existing body of federal law, it is clear that both of the *Patent Act* and *Federal Courts Act* are such bodies of federal law; and (3) that the law must be a law of Canada, it is clear that the *Patent Act* and *Federal Courts Act* are existing laws and laws of Canada. Both criteria are satisfied.

[69] I conclude that the Federal Court has jurisdiction to hear this action.

ENABLEMENT

[70] As its second argument, Merck argues that section 8 of the PMNOC Regulations is not enabled by an express grant of power in subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. It argues that the opening words of subsection 55.2(4) “necessary for preventing the infringement of a patent” are words of constraint and that any regulation passed under that provision must be directed to such prevention and not otherwise. Merck argues that section 8 creates a new cause of action not directed to patent infringement but to punishment of an unsuccessful innovator in an NOC application.

[71] Again, I disagree.

[72] The *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, as amended and its regulations create a benefit for its generics; they can avoid costly testing by simply referencing an innovator’s approved product. However, unless the innovator owns or has rights in respect of a patent, there is no patent infringement.

[73] The PMNOC Regulations confer a benefit on a particular class of persons who own or have rights in respect of patents pertaining to medicines, their formulation, dosages and uses. Such a benefit is not available to anyone else. The benefited innovator person

[68] Quant aux deux autres critères de la compétence qui sont indiqués dans l’arrêt *ITO*, à savoir 2) l’existence d’un ensemble de règles de droit fédérales; il est clair que tant la *Loi sur les brevets* que la *Loi sur les Cours fédérales* sont des ensembles de règles de droit fédérales, et 3) le fait que la loi invoquée doit être une loi du Canada; il est clair que la *Loi sur les brevets* et la *Loi sur les Cours fédérales* sont des lois existantes et des lois du Canada. Les deux critères sont remplis.

[69] J’arrive à la conclusion que la Cour fédérale a compétence pour statuer sur la présente action.

LA VALIDITÉ DE L’ARTICLE 8

[70] Comme second argument, Merck fait valoir que l’article 8 du Règlement n’est pas autorisé par l’attribution explicite d’un pouvoir réglementaire dans le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. Selon Merck, les mots introductifs du paragraphe 55.2(4), « [a]fin d’empêcher la contrefaçon d’un brevet d’invention », impliquent une contrainte et tout règlement pris en vertu de cette disposition doit avoir pour seul objet d’empêcher la contrefaçon d’un brevet. Merck fait valoir que l’article 8 établit un nouveau droit d’action qui n’est pas axé sur la contrefaçon d’un brevet, mais sur la sanction imposée à une société innovatrice qui n’obtient pas gain de cause face à une demande d’avis de conformité.

[71] Là encore, je dois exprimer mon désaccord.

[72] La *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, et modifications, ainsi que son règlement d’application, confèrent un avantage aux fabricants de produits génériques; ils peuvent s’éviter de coûteux essais en faisant simplement état du produit approuvé d’une société innovatrice. Cependant, si celle-ci n’est pas titulaire d’un brevet ou ne détient pas de droits dans un brevet, il n’y a pas contrefaçon de brevet.

[73] Le Règlement confère un avantage à une catégorie particulière de personnes qui détiennent des brevets, ou des droits dans des brevets, se rapportant à des médicaments, à leur formule posologique, à leurs dosages et à leurs utilisations. Un tel avantage n’est

may choose to list its patents under the Regulations and, if notified by a generic that it is seeking an NOC possibly impacted by such a patent, the innovator may choose to launch an application to prohibit the grant of an NOC to the generic. In this way, the innovator having such a patent and electing to make such choices has an advantage in being given the right to commence a particular application, the mere commencement of which puts the generic application in a 24-month “deep-freeze”. If successful, an innovator will preclude the generic from getting an NOC at all which of course precludes the risk of patent infringement. Thus the Regulations are directed to “patent infringement”.

[74] The PMNOC Regulations must be considered as a whole. Section 8 provides, just as in any ordinary court proceeding, a disincentive for seeking what is in effect an interlocutory injunction. It is like an undertaking given by a person seeking such injunction. It is part of a “balance” to use the words of the Supreme Court of Canada in *Biolysse*, of the Regulations. It is a normal and expected balance having regard to undertakings given in court proceedings such as those for patent infringement when interlocutory injunctions are sought. Paragraph 55.2(4)(d) specifically provides for regulations respecting remedies and procedures in respect of disputes under paragraph (c) as to when the NOC may issue. This includes the 24-month stay on any issuance of the NOC provided by paragraph 7(1)(e) [as am. by SOR/98-166, s. 6] of the PMNOC Regulations and disincentives for seeking such a stay.

[75] I find that section 8 is properly enabled by subsection 55.2(4) of the *Patent Act*.

offert à personne d’autre. L’innovateur (la société innovatrice) ainsi avantaagé peut choisir d’énumérer ses brevets en vertu du Règlement et, si un fabricant de produits génériques l’informe qu’il est en quête d’un avis de conformité susceptible de relever d’un tel brevet, l’innovateur peut choisir de déposer une demande afin qu’il soit interdit au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant de produits génériques. De cette façon, l’innovateur qui détient un tel brevet et qui fait de tels choix dispose d’un avantage puisqu’il a le droit de déposer une demande d’interdiction, laquelle a pour effet de reléguer aux « oubliettes » durant une période de 24 mois la demande d’avis de conformité qui est faite par le fabricant de produits génériques. Si l’innovateur réussit dans sa demande d’interdiction, alors le fabricant de produits génériques sera empêché d’obtenir le moindre avis de conformité, ce qui évidemment fait disparaître le risque d’une contrefaçon de brevet. Le Règlement porte donc sur la « contrefaçon d’un brevet ».

[74] Le Règlement doit être considéré dans sa globalité. L’article 8 contient, tout comme dans n’importe quelle procédure judiciaire ordinaire, une incitation à ne pas solliciter ce qui constitue en fait une injonction interlocutoire. Il s’agit en somme d’un engagement donné par une personne en quête d’une telle injonction. Il fait partie d’un « équilibre » du Règlement, pour reprendre les mots employés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Biolysse*. C’est un équilibre normal et attendu, compte tenu des engagements donnés dans une procédure judiciaire telle que celle qui intéresse une contrefaçon de brevet et où sont demandées des injonctions interlocutoires. L’alinéa 55.2(4)d) prévoit explicitement la prise de règlements concernant les recours et procédures portant sur les litiges visés à l’alinéa c), à propos de la date à laquelle l’avis de conformité peut être délivré. Il s’agit notamment de la suspension de 24 mois dont parle l’alinéa 7(1)e) [mod. par DORS/98-166, art. 6] du Règlement pour la délivrance de l’avis de conformité, et aussi des mesures dissuasives dans la quête d’une telle suspension.

[75] Je suis d’avis que l’article 8 est valablement autorisé par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

CONSTITUTIONALITY

[76] Merck argues that section 8 creates a civil cause of action between individuals for recovery of damages and, as such, is in its pith and substance a matter respecting property and civil rights; thus a matter for exclusive jurisdiction in the provinces under subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

[77] Again, I disagree. Section 8 is an integral part of a scheme set out in the PMNOC Regulations as enabled by the *Patent Act* which scheme is directed to the enforcement of rights in certain types of medicinal patents including a balanced procedure respecting such enforcement.

[78] The Supreme Court of Canada in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 considered similar circumstances. There the question was whether, under the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] as it then was, the federal government could, under its powers respecting trade and commerce, provide for a civil cause of action which could be taken by one individual against another for breach of certain provisions of that Act. The unanimous decision of the Court was delivered by Dickson C.J. At page 669, he recognized that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. He encouraged judicial restraint in proposing strict tests which would result in striking down such legislation.

[79] At pages 671-672, Dickson C.J. summarized a three-step process of analysis:

(1) First, the court must determine whether the impugned provision can be viewed as intruding on provincial powers and, if so to what extent;

LA CONSTITUTIONALITÉ

[76] Merck fait valoir que l'article 8 établit entre particuliers un droit d'action de nature civile en recouvrement de dommages-intérêts et qu'il régit donc en réalité un aspect qui intéresse la propriété et les droits civils, une matière qui relève de la compétence exclusive des provinces selon le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[77] Encore une fois, je dois exprimer mon désaccord. L'article 8 fait partie intégrante d'un régime établi dans le Règlement, pris en vertu de la *Loi sur les brevets*, un régime qui concerne l'exercice de droits dans certains types de brevets portant sur des médicaments, et qui établit une procédure équilibrée présidant à l'exercice de tels droits.

[78] Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, la Cour suprême du Canada examinait des circonstances analogues. Il s'agissait de savoir si, selon la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23], telle qu'elle existait alors, le gouvernement fédéral pouvait, au titre de ses pouvoirs en matière d'échanges et de commerce, établir un droit d'action de nature civile pouvant être invoqué par un particulier contre un autre pour la violation de certaines dispositions de cette Loi. L'arrêt unanime de la Cour suprême fut rendu par le juge en chef Dickson. À la page 669, il reconnaissait que, dans un régime fédéral, il est inévitable que, pour la poursuite d'objectifs valides, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier de gouvernement; dans un État fédéral, le chevauchement de mesures législatives doit être escompté et il convient de s'y adapter. Le juge en chef Dickson encourageait les tribunaux à montrer une certaine retenue lorsqu'ils proposent des critères stricts pouvant avoir pour effet d'invalider de telles mesures législatives.

[79] Aux pages 671 et 672, le juge en chef Dickson résumait un processus analytique en trois étapes :

1) Premièrement, la cour doit déterminer si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, dans quelle mesure;

(2) Second, the court must establish whether the Act, or a severable part, is valid as forming part of a regulatory scheme falling under federal competence; and

(3) Third, is the impugned provision sufficiently integrated into the regulatory scheme?

[80] As to the first of these criteria, Dickson C.J. at page 673 set out three further criteria to be considered:

(1) Is the provision remedial and serving to enforce the substantive provisions of the Act?

(2) Is the action created of limited scope as opposed to a general cause of action? and

(3) It is to be recognized that the federal government is not constitutionally precluded from creating rights of civil action where such measures can be shown to be warranted.

[81] The right to take an action created by section 8 of the PMNOC Regulations is of limited scope. It only arises if an innovator chooses to commence an action under those Regulations in respect of a patent which it has chosen to list under those Regulations and is ultimately unsuccessful. The action is part of the overall scheme of the Regulations so as to create a balance, similar to an undertaking given by one seeking an interlocutory injunction. Section 8 is well integrated into the regulatory process.

[82] Overall, section 8 is nourished by the *Patent Act* and patents are clearly a subject within the exclusive competence of the federal Parliament.

[83] Section 8 of the PMNOC Regulations meets all the criteria required for valid federal legislation.

2) Deuxièmement, la cour doit établir si la loi (ou une partie séparable de celle-ci) est valide en tant que partie intégrante d'un régime réglementaire qui relève de la compétence fédérale;

3) Troisièmement, la disposition contestée est-elle suffisamment intégrée dans le régime réglementaire?

[80] S'agissant du premier de ces critères, le juge en chef Dickson exposait, à la page 673, trois autres critères à prendre en compte :

1) La disposition est-elle une disposition réparatrice dont l'objet est de faciliter l'application des aspects fondamentaux de la Loi?

2) Le droit d'action qui est établi est-il de portée restreinte par opposition à un droit d'action général?

3) Il doit être reconnu que la Constitution n'empêche pas le gouvernement fédéral de créer des droits d'action de nature civile si l'on peut montrer que de telles mesures sont justifiées.

[81] Le droit d'action conféré par l'article 8 du Règlement est de portée restreinte. Il ne prend naissance que si une société innovatrice décide d'introduire une action en vertu de ce Règlement, à l'égard d'un brevet qu'il a choisi d'inscrire aux termes de ce Règlement, et si elle est finalement déboutée de son action. L'action fait partie du régime global du Règlement de manière à établir un équilibre, semblable à l'engagement donné par une personne en quête d'une injonction interlocutoire. L'article 8 est bien intégré dans le processus réglementaire.

[82] Globalement, l'article 8 trouve sa source dans la *Loi sur les brevets* et les brevets sont manifestement un sujet qui relève de la compétence exclusive du Parlement fédéral.

[83] L'article 8 du Règlement répond à toutes les conditions de validité d'une législation fédérale.

APOTEX' ISSUES: NATURE AND EXTENT OF SECTION 8 REMEDIES

Loss-Damages or Profits

[84] Apotex argues that it is entitled, by way of relief in this action, to an election that would include either Apotex' damages or Merck's profits during the relevant period. It does so for a number of reasons:

1. Subsection 8(4) of the PMNOC Regulations provides for "relief by way of damages or profits" thus entitling Apotex to claim Merck's profits;
2. An award of profits accords with the scheme of the *Patent Act* and the PMNOC Regulations; and
3. Subsection 20(2) of the *Federal Courts Act*, provides that this Court can give a remedy at law or in equity respecting a patent.

(1) Subsection 8(4) of the Regulations

[85] It has been established by the Supreme Court of Canada on several occasions such as *BioLyse*, at paragraphs 37 and 43 and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 26 and 27, that the words of a statute or regulation are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the statute or regulation, the object of the statute or regulation, and the intention of Parliament.

[86] The object of the PMNOC Regulations has been reviewed earlier in these reasons with reference to cases such as *BioLyse* and the expression of intent of Parliament has been given in the words of Minister Blais cited earlier. It is to create a kind of "balance" between the rights of patentees and access by the Canadian public to affordable drugs. It is not said that the balance is exact or perfectly even, but a sense of balance must exist. A person having certain kinds of patents relating to medicines is given a right to delay and possibly preclude

LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR APOTEX : NATURE ET ÉTENDUE DES RECOURS PRÉVUS PAR L'ARTICLE 8

Le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits

[84] Apotex fait valoir qu'elle a droit, à titre de recours dans la présente action, de choisir entre le préjudice subi par elle ou les profits de Merck durant la période considérée. Elle fonde cet argument sur plusieurs moyens :

1. Le paragraphe 8(4) du Règlement parle de « réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits », donnant ainsi à Apotex le droit de réclamer les profits réalisés par Merck;
2. Une attribution des profits s'accorde avec le régime de la *Loi sur les brevets* et du Règlement;
3. Le paragraphe 20(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la Cour peut accorder réparation sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit pour ce qui concerne un brevet d'invention.

1) Le paragraphe 8(4) du Règlement

[85] Il a été établi par la Cour suprême du Canada, à plusieurs reprises, par exemple dans l'arrêt *BioLyse*, aux paragraphes 37 et 43, et dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27, que les termes d'une loi ou d'un règlement doivent être lus dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi ou du règlement, avec l'objet de la loi ou du règlement et avec l'intention du législateur.

[86] L'objet du Règlement a été examiné plus haut dans les présents motifs, en rapport avec des précédents tels que l'arrêt *BioLyse*, et l'intention du législateur a été exprimée dans les mots du ministre d'alors, l'honorable Pierre Blais, reproduits plus haut. Cette intention est d'établir un genre d'« équilibre » entre les droits des brevetés et l'accès du public canadien à des médicaments abordables. On ne dit pas que l'équilibre est exact ou parfaitement juste, mais il doit exister une impression d'équilibre. Une personne qui est titulaire de certains

a generic from getting rather easy access to the market by copying and referencing a patentee's innovations and testing; the generic is given a right, section 8, to compensation if the delay is unwarranted.

[87] With this background, the whole of the relevant subsections of section 8 of the PMNOC Regulations can be examined:

- Subsection 8(1) provides that if a first person is unsuccessful or terminates its application to provide an NOC to the generic, the first person: "is liable to the second person [generic] for any loss suffered during the period";
- Subsection 8(2) provides that a generic may institute an action (such as the present case) against a first person: "for an order requiring the first person to compensate the second person [generic] for the loss referred to in subsection (1)";
- Subsection 8(4) states, in its entirety: "The court may make such order for relief by way of damages or profits as the circumstances require in respect of any loss referred to in subsection (1)" (emphasis added);
- Subsection 8(5) provides a discretion in the Court: "[i]n assessing the amount of compensation".

[88] It is clear from the context of the whole of section 8 that what is provided for is that the Court may make an order compensating a generic for loss in the prescribed circumstances. The order may provide for "relief by way of damages or profits" [emphasis added] as set out in subsection 8(4). There is no mention anywhere, except as is argued by Apotex, of any remedy in section 8 of disgorgement of any profit made by the first person such as Merck. The entire context of section 8 is focussed on compensation for loss suffered by the generic. A

types de brevets se rapportant à des médicaments a le droit d'empêcher, du moins pour un temps, un fabricant de produits génériques d'obtenir un accès relativement facile au marché en imitant les innovations et essais du breveté et en faisant référence à tels innovations et essais, et le fabricant de produits génériques a le droit, de par l'article 8, à une indemnité si l'empêchement qu'il a subi était injustifié.

[87] Sur cette toile de fond, il est possible d'examiner l'ensemble des paragraphes de l'article 8 du Règlement :

- Le paragraphe 8(1) dispose que si la première personne n'obtient pas gain de cause ou si elle retire sa demande d'interdiction de délivrance d'un avis de conformité au fabricant de produits génériques, alors la première personne : « est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période »;
- Le paragraphe 8(2) dispose qu'un fabricant de produits génériques peut, par voie d'action (telle que la présente action) contre la première personne : « demander au tribunal de rendre une ordonnance enjoignant à cette dernière de lui verser une indemnité pour la perte visée au paragraphe (1) »;
- Le paragraphe 8(4) est ainsi formulé, dans son intégralité : « Le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il juge indiquée pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte visée au paragraphe (1) » (non souligné dans l'original);
- Le paragraphe 8(5) confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire : « [p]our déterminer le montant de l'indemnité à accorder ».

[88] Il ressort clairement de l'ensemble de l'article 8 que ce qui est prévu, c'est que la Cour peut rendre une ordonnance indemnisant, dans les circonstances prévues, un fabricant de produits génériques pour la perte qu'il a subie. L'ordonnance peut accorder « réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits » [soulignement ajouté], comme il est indiqué au paragraphe 8(4). Nulle part dans l'article 8 il n'est fait mention, sauf ce que prétend Apotex, d'un recours prenant la forme d'une restitution des bénéfices réalisés

reasonable, if not perfect “balance” has been achieved. Here, the generic was, as it turns out, wrongfully delayed from entering the marketplace; it is compensated for loss occasioned by that delay. It is a reasonable balance.

[89] Why then are the words “or profits” appearing in subsection 8(4)? Apotex argues that they cannot be redundant with “damages”; thus they must mean something else and that something else is Merck’s profits. This requires an examination as to how the word “profits” has been used in a patent context.

[90] The *Patent Act*, subsection 55(1) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48] provides that a person who infringes a patent is liable to the patentee and others “for all damages”. Subsection 55(2) [as am. *idem*] provides for “reasonable compensation” before a patent was granted, a matter examined by Snider J. of this Court in *JAY-LOR International Inc. v. Penta Farm Systems Ltd.* (2007), 59 C.P.R. (4th) 228 (F.C.); this is a relatively new concept applicable to patents granted from applications filed after October 1, 1989 and not relevant to the present discussion.

[91] Subsection 57(1) provides that the Court may, in an infringement action grant an injunction and, in paragraph (b) may grant an order “for and respecting an inspection or account”.

[92] Nowhere does the word “profits” appear in the *Patent Act*. There was considerable scholarly debate as to whether the provision for an “account” meant that a court, in an infringement action, could, as an alternative to awarding damages to a patentee, order disgorgement of an infringer’s profits. That debate was laid to rest by the Federal Court of Appeal in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 F.C. 497. Stone J.A. for the Court discussed the question, at paragraphs 89-93 of

par la première personne, en l’occurrence Merck. La totalité de l’article 8 porte sur l’indemnisation pour la perte subie par le fabricant de produits génériques. Un « équilibre » raisonnable, sinon parfait, a été atteint. Ici, il se trouve que le fabricant de produits génériques a été temporairement empêché, à tort, d’entrer sur le marché; il est indemnisé pour la perte entraînée par cet obstacle. C’est un équilibre raisonnable.

[89] Pourquoi alors les mots « ou de profits » apparaissent-ils dans le paragraphe 8(4)? Apotex fait valoir qu’ils ne sauraient faire double emploi avec l’expression « dommages-intérêts », et qu’ils doivent donc signifier quelque chose d’autre, et ce quelque chose d’autre, ce sont les profits de Merck. Il faut donc examiner la manière dont le mot « profits » a été employé dans un contexte portant sur les brevets.

[90] Le paragraphe 55(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48] de la *Loi sur les brevets* dispose que quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l’octroi du brevet. Le paragraphe 55(2) [mod. *idem*] prévoit le versement d’une « indemnité raisonnable » pour un dommage subi avant l’octroi du brevet, un point examiné par la juge Snider, de la Cour fédérale, dans la décision *JAY-LOR International Inc. c. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 CF 358; c’est là une notion relativement nouvelle, applicable aux brevets accordés pour des demandes déposées après le 1^{er} octobre 1989, et une notion qui n’intéresse pas le présent débat.

[91] Le paragraphe 57(1) prévoit que la Cour peut, dans une action en contrefaçon de brevet, rendre une ordonnance d’interdiction et, selon l’alinéa b), la Cour peut rendre l’ordonnance « pour les fins et à l’égard de l’inspection ou du règlement de comptes ».

[92] Nulle part le mot « profits » n’apparaît dans la *Loi sur les brevets*. Il y a eu un débat considérable sur la question de savoir si la mention d’un « règlement de comptes » signifiait qu’un tribunal, saisi d’une action en contrefaçon, pouvait, au lieu d’accorder des dommages-intérêts à un breveté, ordonner à l’auteur de la contrefaçon de se départir de ses profits. La Cour d’appel fédérale a mis fin à ce débat dans l’arrêt *Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F.

the reported reasons and concluded that the remedy of disgorgement of an infringer's profits is expressly provided for in paragraph 57(1)(b) of the *Patent Act*, when read together with section 20 [as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34] of the *Federal Court Act*.

[93] Lederman J. of the Ontario Superior Court in *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (affd (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (Ont. C.A.)) and as cited by Snider J. in *JAY-LOR*, at paragraph 114, said at paragraph 12 of *Bayer*:

The remedy of an accounting of profits is equitable in origin and its goal is compensatory. The purpose is not to punish the defendant for its wrongdoing: *Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.) at 455, varied on other grounds (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (F.C.A.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1996), 71 C.P.R. (3d) 26 (F.C.A.) at 33. Like an award of damages, an accounting of profits is designed to compensate the patentee for the wrongful use of its property. While the goal of each remedy is the same, the underlying principles are very different. An award of damages seeks to compensate the plaintiff for any losses suffered by the plaintiff as a result of the infringement. The amount of profits earned by the infringing party is irrelevant. An accounting of profits, on the other hand, aims to disgorge any profits improperly received by the defendant as a result of its wrongful use of the plaintiff's property. Such profits, having been earned through the use of the plaintiff's property, rightly belong to the plaintiff. The aim is to remedy the unjust enrichment of the defendant by transferring these profits to their rightful owner, the patentee: *Beloit Canada Ltée v. Valmet Oy* (1994), *supra*, at p. 455 (F.C.T.D.).

[94] Heald D.J., sitting as a Deputy Judge of the Federal Court—Trial Division, discussed the principles governing the calculation of damages in a patent infringement claim in *AlliedSignal Inc. v. Du Pont Canada Inc.* (1998), 78 C.P.R. (3d) 129 (affd (1999), 86 C.P.R. (3d) 324 (F.C.A.)), at paragraphs 17 to 23:

During the eleven days required to hear this Reference, counsel for the parties made extensive submissions as to the proper approach for determination of the measure of damages in the circumstances of this case. Before turning to a detailed

497. Le juge Stone, s'exprimant pour la Cour d'appel, avait examiné la question, aux paragraphes 89 à 93 des motifs publiés, pour conclure que la restitution des profits du contrefacteur était un recours explicitement prévu dans l'alinéa 57(1)(b) de la *Loi sur les brevets*, lorsque cet alinéa était lu conjointement avec l'article 20 [mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[93] Le juge Lederman, de la Cour supérieure de l'Ontario, écrivait ce qui suit au paragraphe 12 du jugement *Bayer Aktiengesellschaft c. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (conf. par (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (C.A. Ont.)), un jugement cité par la juge Snider dans la décision *JAY-LOR*, au paragraphe 114 :

[TRADUCTION] Le recours consistant dans la restitution des bénéfices trouve son origine dans l'équité, et son objectif est de nature compensatoire. L'idée n'est pas de sanctionner le défendeur pour son acte répréhensible : *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433 (C.F. 1^{re} inst.), page 455, infirmé sur d'autres moyens : (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (C.A.F.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltée* (1996), 71 C.P.R. (3d) 26 (C.A.F.), page 33. Tout comme une attribution de dommages-intérêts, une restitution des bénéfices vise à indemniser le breveté pour l'utilisation condamnable de son bien. Si l'objectif de chaque redressement est le même, les principes sous-jacents sont très différents. L'attribution de dommages-intérêts vise à indemniser le demandeur des pertes qu'il a subies en raison de la contrefaçon. Le montant des bénéfices réalisés par le contrefacteur n'est pas pertinent. La restitution des bénéfices, par ailleurs, vise la restitution des bénéfices illicitement réalisés en raison de l'usage préjudiciable des biens du demandeur. Ces bénéfices, tirés de l'usage des biens du demandeur, appartiennent en droit au demandeur. L'objectif est de corriger l'enrichissement sans cause du défendeur par le transfert de ces bénéfices à leur titulaire de droit, à savoir le breveté : *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy* (1994), précité, page 455 (C.F. 1^{re} inst.).

[94] Le juge Heald, siégeant comme juge suppléant de la Cour fédérale, Section de première instance, a examiné, dans la décision *AlliedSignal Inc. c. Du Pont Canada Inc.*, [1998] A.C.F. n° 190 (conf. par [1999] A.C.F. n° 38 (C.A.) (QL)), aux paragraphes 17 à 23, les principes régissant le calcul des dommages-intérêts dans une action en contrefaçon de brevet :

Au cours des onze jours qu'a nécessités l'audition du présent renvoi, les avocats des deux parties ont soumis de nombreux arguments relativement à la méthode appropriée de quantification des dommages dans les circonstances de l'espèce. Avant de

analysis, I think it instructive to set out the general principles governing the calculation of damages in a patent infringement claim.

Subsection 55(1)(a) is the relevant provision of the *Patent Act*. It states:

55(1) Any person who infringes a patent is

- (a) liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damages sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement;

In addition, the common law has developed a number of principles in relation to the measure of damages. Firstly, due regard must be given to the statement of Lord Wilberforce in *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*:

The general rule at any rate in relation to “economic” torts is that the measure of damages is to be, so far as possible, that sum of money which will put the injured party in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong (*Livingstone v. Rawyards Coal Co.*, 5 A.C. 25, per Lord Blackburn at 39.)

In the case of infringement of a patent, an alternative remedy at the option of the plaintiff exists by way of an account of profits made by the infringer ... The respondents did not elect to claim an account of profits: their claim was only for damages. There are two essential principles in valuing that claim: first, that the plaintiffs have the burden of proving their loss; second, that the defendants being wrongdoers, damages should be liberally assessed but that the object is to compensate the plaintiffs and not punish the defendants (*Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Puncture Proof Pneumatic Tyre Co.* (1899), 16 R.P.C. 209 at 215.)

In the words of Lord Buckley in *Meters Ltd. v. Metropolitan Gas Meters Ltd.*, the valuation of the claim is “one that is not capable of being mathematically ascertained by any exact figure”. However, it is ultimately necessary to arrive at an exact figure that fairly represents the compensation due to the plaintiff. Accordingly, courts have developed a number of “practical working rules which have seemed helpful to judges in arriving at a true estimate of the compensation which ought to be awarded against an infringer to a patentee”.

recourir à une analyse détaillée, je crois qu’il serait utile de définir les principes généraux qui régissent le calcul des dommages-intérêts dans une action en contrefaçon de brevet.

La disposition pertinente de la *Loi sur les brevets* est le par. 55(1), qui dispose notamment :

55.(1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci de tous dommages-intérêts que cette contrefaçon a fait subir à ces personnes après l’octroi du brevet [...]

De plus, en common law, plusieurs principes ont été définis relativement à la quantification des dommages. Tout d’abord, il faut tenir dûment compte de l’énoncé de lord Wilberforce dans *General Tire & Rubber Co. c. Firestone Tyre & Rubber Co.* :

[TRADUCTION] Dans tous les cas, la règle générale relative aux délits civils « économiques » veut que la quantification des dommages corresponde, dans la mesure du possible, à cette somme d’argent qui restaurerait la partie lésée dans la position dans laquelle elle aurait été si elle n’avait pas subi de tort (*Livingstone v. Rawyards Coal Co.*, 5 A.C. 25, lord Blackburn, à la p. 39.)

Dans les cas de contrefaçon de brevet, le demandeur dispose d’un recours possible et qui consiste à comptabiliser les gains réalisés par le contrefacteur [...] Les intimés ont choisi de ne pas exiger une reddition de compte des bénéficiaires; ils n’ont réclamé que des dommages-intérêts. Deux principes essentiels régissent leur réclamation. En premier lieu, les demandeurs ont le fardeau d’établir la perte qu’ils ont subie et, en deuxième lieu, les dommages doivent être évalués de façon libérale, étant donné que les défendeurs sont les contrevenants. L’objectif est toutefois d’indemniser les demandeurs et non de punir les défendeurs (*Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Puncture Proof Pneumatic Tyre Co.* (1899), 16 R.P.C. 209, à la p. 215).

Pour reprendre les mots de lord Buckley dans *Meters Ltd c. Metropolitan Gas Meters Ltd.*, l’évaluation d’une réclamation [TRADUCTION] « ne peut être confirmée mathématiquement par un montant précis. » Il est cependant nécessaire d’en arriver ultimement à un montant exact qui représente équitablement la compensation due au demandeur. Ainsi, les tribunaux ont établi plusieurs [TRADUCTION] « règles pratiques de travail qui semblent avoir aidé les juges à parvenir à une estimation réaliste de la compensation à accorder par le contrefacteur au titulaire de brevet ».

Where the patentee does not normally license use of its invention, it is entitled to the profits on the sales it would have made but for the presence of the infringing product in the market. For those sales made by the infringer that the patentee would not have made, the patentee is entitled to a reasonable royalty: *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co., Watson, Laidlaw & Co. v. Pott, Cassels & Williamson*.

It should be noted that where the patentee has licensed its invention in the past, it is “almost a rule of law” to assess damages in terms of a reasonable royalty; i.e., according to what the infringer would have paid if it had entered into a legitimate licensing agreement with the patentee: *Meters Ltd. v. Metropolitan Gas Meters Ltd.; Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.* This does not apply to the case at bar because the plaintiff has consistently manufactured and sold its own film, and there is no evidence of a license ever being issued for their patented technology.

In addition to lost profits due to lost sales, the patentee may also claim lost profits due to price suppression if it can establish that it necessarily reduced its prices because of the competition of the infringer: *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co., American Braided Wire Co. v. Thomson*. [Footnotes omitted.]

[95] In considering “damage” suffered by a patentee because of an infringer’s wrongful activity, one may speak in terms of “profits” lost where the patentee is engaged in the manufacture or sale of the patented goods. Where the patentee only licenses its rights, then losses are calculated in terms of lost royalties. Where a patentee does neither, then a Court may assess a “reasonable royalty”. I quote in part from *Terrell on the Law of Patents*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006, at pages 577-578, 579:

Principle on which damages assessed

The principle to be applied in assessing damages is that the plaintiff should be restored by monetary compensation to the position which he would have occupied but for the wrongful acts of the defendant, provided always that such loss as he proves is (i) foreseeable, (ii) caused by the wrong, and (iii) not excluded from recovery by public or social policy. . . .

...

Quand, normalement, un détenteur de brevet ne concède pas de licence pour l’utilisation de son invention, il a droit aux profits qu’il aurait réalisés n’eût été la présence sur le marché du produit de contrefaçon. Pour ces ventes réalisées par le contrefacteur et dont le détenteur de brevet a été privé, ce dernier a droit à une redevance raisonnable : *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co., Watson, Laidlaw & Co. v. Pott, Cassels & Williamson*.

Il faut noter que dans le cas du détenteur de brevet qui a précédemment concédé une licence d’exploitation de son invention, le principe de l’évaluation des dommages en termes de redevance raisonnable est devenu une « quasi règle de droit »; c’est-à-dire, selon ce que le contrefacteur aurait déboursé pour obtenir un contrat légitime de licence du détenteur de brevet : *Meters Ltd. v. Metropolitan Gas Meters Ltd.; Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.* Ceci ne s’applique pas à la présente espèce puisque la demanderesse a toujours fabriqué et vendu son propre film, et rien n’indique qu’un contrat de licence ait jamais été concédé pour l’exploitation de sa technologie.

Outre le manque à gagner imputable à la perte de ventes, le détenteur de brevet peut aussi réclamer le manque à gagner imputable à la compression de prix s’il peut prouver qu’il a été dans l’obligation de réduire ses prix pour concurrencer le contrefacteur : *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co., American Braided Wire Co. v. Thomson*. [Notes en bas de page omises.]

[95] Dans l’examen des « dommages » subis par un breveté en raison des activités répréhensibles d’un contrefacteur, on peut parler de « profits » perdus si le breveté s’adonne à la fabrication ou à la vente des marchandises brevetées. Si le breveté se limite à concéder par licence l’exercice de ses droits, alors les pertes sont calculées en tant que redevances perdues. Si le breveté ne fait ni l’un ni l’autre, alors le tribunal peut établir une « redevance raisonnable ». Je cite un passage de *Terrell on the Law of Patents*, 16^e édition, Londres : Sweet & Maxwell, 2006, aux pages 577 et 578, 579 :

[TRADUCTION]

Principe régissant le calcul des dommages-intérêts

Le principe à appliquer dans le calcul des dommages-intérêts est que le demandeur doit être rétabli, par compensation financière, dans la position qu’il aurait occupée sans les actes répréhensibles du défendeur, à condition dans tous les cas que la perte qu’il a prouvée soit (i) prévisible, (ii) causée par l’acte répréhensible, et (iii) non exclue d’un recouvrement en raison d’une politique publique ou sociale [...]

[...]

Where the patentee grants licences

Patentees derive their remuneration in respect of their inventions either by utilizing their monopoly rights to enable them to obtain increased profits as manufacturers, or by permitting others to use their inventions under licence in consideration of royalty payments. In the latter case, the determination of the damages accruing from infringements is usually a relatively simple matter, it being generally assumed that the damage is equal to the amount which the infringer would have had to pay had he had a licence upon the terms normally granted by the patentee.

Reasonable royalty

Where the patentee does not grant licences and cannot prove any loss as manufacturer, the court may assess the damages upon a reasonable royalty basis. . . .

...

Where the patentee manufactures

Where the patentee makes his profits as manufacturer (whether or not he grants licences in addition) rather more difficult questions arise, such as whether the infringement has deprived him of manufacturer's profits equivalent to those which he would have made had he had the sale of the infringing goods, and what, if any, other damage may have been occasioned to him by their unauthorized sale. [Footnotes omitted.]

[96] Thus, where a patent has been infringed, a patentee is entitled to seek, by way of remedy an account (meaning disgorgement of an infringer's profit) as an equitable remedy, or damages as a legal remedy. If damages are selected, one way of measuring damages, if the patentee makes or sells the patented product, is to determine the patentee's lost profit.

[97] Turning to subsection 8(4) of the PMNOC Regulations it is immediately apparent that the generic is not a patentee; in fact it escaped charges of infringement of somebody else's patent by demonstrating that the patent was invalid (as in the present case) or not infringed. The generic cannot claim damages or an account of profits for infringement. What the generic can claim is "compensation" for "loss" having been kept

Lorsque le breveté concède des licences

Les brevetés tirent leur rémunération, au regard de leurs inventions, soit en utilisant leurs droits de monopole afin de pouvoir obtenir des profits accrus en tant que fabricants, soit en autorisant d'autres personnes à utiliser leurs inventions en vertu d'une licence, et en contrepartie de redevances. Dans ce dernier cas, le calcul des dommages-intérêts découlant des contrefaçons est en général une question relativement simple, puisque l'on présume en général que les dommages-intérêts correspondent à la somme que le contrefacteur aurait été tenu de payer s'il avait obtenu une licence, aux conditions normalement accordées par le breveté.

Redevance raisonnable

Lorsque le breveté n'accorde pas de licences et ne peut prouver aucune perte en tant que fabricant, le tribunal peut calculer les dommages-intérêts en se fondant sur une redevance raisonnable [...]

[...]

Lorsque le breveté est le fabricant

Lorsque le breveté réalise ses profits en tant que fabricant (qu'il concède ou non des licences par ailleurs), alors des questions un peu plus difficiles se posent, par exemple celle de savoir si la contrefaçon l'a privé des profits d'un fabricant correspondant à ceux qu'il aurait réalisés s'il avait vendu les marchandises de contrefaçon, et celle de savoir quel autre dommage a pu lui être causé par la vente non autorisée de telles marchandises. [Notes en bas de page omises.]

[96] Ainsi, lorsqu'il y a eu contrefaçon de brevet, le breveté a le droit d'obtenir, comme réparation, une restitution (c'est-à-dire la restitution des profits du contrefacteur) à titre de recours en equity, ou des dommages-intérêts à titre de recours en common law. S'il demande des dommages-intérêts, l'une des façons de calculer les dommages-intérêts, lorsque le breveté fabrique ou vend le produit breveté, consiste à déterminer le manque à gagner du breveté.

[97] S'agissant du paragraphe 8(4) du Règlement, il apparaît immédiatement que le fabricant de produits génériques n'est pas un breveté et, en fait, il a échappé à l'accusation de contrefaçon du brevet d'une autre personne en montrant que le brevet était invalide (comme dans la présente affaire) ou qu'il n'a pas été contrefait. Le fabricant de produits génériques ne peut pas réclamer des dommages-intérêts ou une restitution de profits pour

off the market for a period of time. That “compensation” takes the form of “damages or profits”. The reasonable interpretation of those words “damages or profits” is that the generic can seek, as a measure of its damages in the alternative, the profits that it would have made if it had been able to market its product at an earlier time.

[98] In so reading subsection 8(4), I appreciate that it may be said that I am reading the word “lost” to modify the word “profits” just as Rothstein J. and others have done before. In this regard, I refer to Professor’s Sullivan’s 5th edition of *Sullivan on the Construction of Statutes*, 2008, LexisNexis Canada, where, at pages 172 and 173, she refers to what she characterizes as the “Presumption of perfection”:

Presumption of perfection. Legislation is presumed to be accurate and well-drafted; it is presumed that the legislature does not make slips of the pen. In *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, Lord Halsbury wrote:

... I do not think it is competent to any Court to proceed upon the assumption that the legislature has made a mistake. Whatever the real fact may be, I think a Court of Law is bound to proceed upon the assumption that the legislature is an ideal person that does not make mistakes.

In theory, this idealization of the legislative drafter’s work can be justified....

...

Because mistakes inevitably occur, the presumption of perfection should be readily rebutted. It is a normal part of the judicial function to review the work of drafters and in appropriate cases make necessary corrections. [Footnotes omitted.]

[99] At pages 165 to 168, Professor Sullivan discusses how a Court may “read down” or “read in” in respect of a statute. At page 165 she says:

contrefaçon. Ce qu’il peut réclamer, c’est une « indemnité » pour « une perte », cette perte ayant été pour lui le fait d’avoir été écarté du marché durant une certaine période. Cette « indemnité » prend la forme d’un « recouvrement de dommages-intérêts ou de profits ». L’interprétation raisonnable de ces mots « recouvrement de dommages-intérêts ou de profits » est que le fabricant de produits génériques peut demander, comme mesure des dommages-intérêts qu’il demande, les profits qu’il aurait réalisés s’il avait pu commercialiser son produit plus tôt.

[98] Lisant de cette manière le paragraphe 8(4), je comprends que l’on puisse dire que j’interprète le mot « perdus » comme s’il qualifiait le mot « profits » tout comme l’ont fait auparavant le juge Rothstein ainsi que d’autres. Sur ce point, je me réfère à la cinquième édition de l’ouvrage de la professeure Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 2008, LexisNexis Canada, où elle parle, aux pages 172 et 173, de ce qu’elle appelle la [TRADUCTION] « présomption de perfection » :

[TRADUCTION]

Présomption de perfection. La législation est présumée exacte telle qu’elle est rédigée; on présume que le législateur ne commet pas de lapsus. Dans l’arrêt *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, lord Halsbury écrivait ce qui suit :

[...] je ne crois pas qu’il soit légitime pour un quelconque tribunal de présumer que le législateur a commis une erreur. Quelle que soit la réalité, je crois qu’une cour de justice se doit de présumer que le législateur est une personne idéale qui ne commet pas d’erreur.

Théoriquement, cette manière d’idéaler le travail de rédaction du législateur peut se justifier [...]

[...]

Parce que des erreurs se produisent inévitablement, la présomption de perfection devrait pouvoir être réfutée. C’est un aspect normal de la fonction judiciaire que d’examiner le travail des rédacteurs et, dans les cas qui le justifient, d’apporter les correctifs nécessaires. [Notes en bas de page omises.]

[99] Aux pages 165 à 168, la professeure Sullivan parle de la façon dont une cour de justice peut interpréter d’une manière atténuée ou large un texte législatif. À la page 165, elle écrit ce qui suit :

Reading down vs. reading in. The terms “reading down” and “reading in” are used in both statutory interpretation and Charter application. In statutory interpretation, they refer to interpretative techniques designed to give effect to the intended scope of legislation; in Charter application, they refer to remedies designed to adjust the intended scope because the legislation as enacted violates guaranteed rights or freedoms in a way that cannot be justified under s. 1. In both contexts, however, reading down refers to narrowing the scope of the legislative text, while reading in refers to expanding its scope.

The point to be made here is that reading down and reading in *both* require the interpreter to add words to legislative text. The difference lies in the effect of the additional words: reading down adds words of *restriction or qualification*, whereas reading in adds words that *expand* the reach of the legislation. [Footnote omitted.]

[100] Later at pages 167 and 168, Professor Sullivan reviews the decision of the Supreme Court of Canada in *Biolyse*, approving of the majority decision. At page 168, she criticized the minority’s approach to the PMNOC Regulations and concluded that “reading down” is a legitimate interpretive technique. She said:

The dissent’s failure to distinguish words of limitation from words of expansion invites confusion — as evidenced by the following:

Contextual interpretation does not justify departures from ordinary rules of statutory interpretation; in particular, reading in words cannot be justified in the absence of a demonstrable ambiguity.

In so far as this passage suggests that adding *qualifying* words to a text is inappropriate save in cases of demonstrable ambiguity, it is inconsistent with Driedger’s modern principle. Contextual interpretation is the very tool required to determine whether reading down is permissible, that is, to determine whether it can be justified as interpretation or must be condemned as amendment. Furthermore, in so far as the passage suggests that reading in (as defined here) is permissible given a demonstrable ambiguity, it is seriously misleading.

[TRANSDUCTION]

Interprétation atténuée et interprétation large. Les expressions « interprétation atténuée » et « interprétation large » sont employées à la fois dans l’interprétation des lois et dans l’application de la Charte. Dans l’interprétation des lois, elles s’entendent des techniques d’interprétation conçues pour donner effet à l’intention du législateur; dans l’application de la Charte, elles s’entendent des recours conçus pour adapter l’intention du législateur parce que la législation telle qu’elle est édictée porte atteinte à des droits ou libertés garantis, d’une manière qui ne saurait être validée selon l’article premier. Dans les deux contextes, cependant, l’interprétation atténuée s’entend du rétrécissement de la portée du texte législatif, tandis que l’interprétation large s’entend de son élargissement.

Le point à souligner ici est que l’interprétation atténuée tout comme l’interprétation large obligent l’interprète à ajouter des mots au texte législatif. La différence réside dans l’effet des mots additionnels : l’interprétation atténuée ajoute des mots qui restreignent ou qui nuancent la portée du texte, tandis que l’interprétation large ajoute des mots qui augmentent la portée du texte. [Note en bas de page omise.]

[100] Plus loin, aux pages 167 et 168, la professeure Sullivan examine l’arrêt *Biolyse* de la Cour suprême du Canada, en se rangeant à l’opinion majoritaire. À la page 168, elle critique la manière dont les juges minoritaires considèrent le Règlement, et elle conclut que l’interprétation atténuée est une technique légitime d’interprétation. Elle s’exprime ainsi :

[TRANSDUCTION] Les juges dissidents ne font pas la distinction entre les mots qui limitent la portée d’un texte et les mots qui l’augmentent. Il en résulte une confusion, ainsi que l’atteste le passage suivant de l’arrêt :

L’interprétation contextuelle ne permet pas de rompre avec les règles ordinaires d’interprétation législative; en particulier, l’interprétation extensive ne saurait se justifier en l’absence d’une ambiguïté manifeste.

Dans la mesure où ce passage donne à penser que l’ajout de mots *restrictifs* à un texte ne se justifie pas sauf dans les cas d’ambiguïté manifeste, cela va à l’encontre du principe moderne de Driedger. L’interprétation contextuelle est l’outil même qui est requis pour savoir si une interprétation atténuée est acceptable, c’est-à-dire pour savoir si elle peut être justifiée en tant qu’interprétation ou si elle doit être condamnée en tant que modification. Par ailleurs, dans la mesure où le passage donne à penser qu’une interprétation large (comme celle qui est définie ici) est acceptable étant donné la présence d’une ambiguïté manifeste, alors cela est sérieusement trompeur.

To summarize, while reading in may on occasion be justified as a constitutional remedy, it is not a legitimate interpretive technique. It amounts to amendment rather than paraphrase. Reading down, on the other hand, is a legitimate interpretive technique provided the reasons for narrowing the scope of the legislation can be justified in terms of ordinary interpretive techniques. [Footnotes omitted.]

[101] Having regard to all of the foregoing discussion, including but not limited to what Professor Sullivan has said, I conclude that the proper interpretation of subsection 8(4) of the PMNOC Regulations is to find that the words “damages or profits” are to be interpreted to include only “compensation” for the “loss”, if any, suffered by a generic, and that those words do not provide for a right of a generic to elect for a disgorgement or account of a first person’s profits.

[102] Subsection 20(2) of the *Federal Courts Act* does not expand upon the remedies afforded by section 8 of the PMNOC Regulations. It enables the Regulations to include equitable remedies, but such remedies must be found in the Regulations. As I have stated above, I cannot find such a remedy in the PMNOC Regulations.

DELAY

[103] Merck argues that Apotex “delayed” in serving its notice of allegation for 66 days; therefore it argues that the period for which compensation to Apotex is to be calculated should be reduced to 66 days.

[104] I disagree.

[105] Paragraphs 8(1)(a) and (b) provide for the period over which compensation for loss may be provided:

8. (1) If an application made under subsection 6(1) is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from issuing a notice of compliance, made pursuant to that subsection, is reversed on appeal, the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period

En résumé, bien qu’une interprétation large puisse à l’occasion être justifiée en tant que remède constitutionnel, ce n’est pas une technique légitime d’interprétation. Elle équivaut à une modification plus qu’à une paraphrase. L’interprétation atténuée, quant à elle, est une technique légitime d’interprétation pour autant que les raisons que l’on a de restreindre le champ de la législation puissent être justifiées d’après les techniques ordinaires d’interprétation. [Notes en bas de page omises.]

[101] Compte tenu de l’examen qui précède, notamment des propos de la professeure Sullivan, j’arrive à la conclusion que la bonne interprétation du paragraphe 8(4) du Règlement consiste à dire que les mots « recouvrement de dommages-intérêts ou de profits » doivent être interprétés de manière à inclure uniquement l’« indemnité » au titre de la « perte », le cas échéant, subie par le fabricant de produits génériques et que ces mots ne lui confèrent pas le droit d’opter pour la restitution des bénéfices réalisés par la première personne (la société innovatrice).

[102] Le paragraphe 20(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* n’élargit pas les recours offerts par l’article 8 du Règlement. Il permet au Règlement d’inclure des recours en equity, mais de tels recours doivent figurer dans le Règlement. Comme je l’ai dit plus haut, il m’est impossible de trouver un tel recours dans le Règlement.

LA LENTEUR À AGIR

[103] Merck fait valoir qu’Apotex a attendu 66 jours pour signifier son avis d’allégation, et elle affirme donc que la période sur laquelle doit être calculée l’indemnité versée à Apotex devrait être réduite de 66 jours.

[104] Je ne partage pas cet avis.

[105] Les alinéas 8(1)(a) et (b) indiquent la période pour laquelle peut être attribuée une indemnité résultant d’une perte :

8. (1) Si la demande présentée aux termes du paragraphe 6(1) est retirée ou fait l’objet d’un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi, ou si l’ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d’un appel, la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période :

(a) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of these Regulations, unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate; and

(b) ending on the date of the withdrawal, the discontinuance, the dismissal or the reversal.

[106] With respect to paragraph 8(1)(a) there is no provision for “certification” as such by the Minister or any definition in the PMNOC Regulations or elsewhere as to what such “certification” may mean. The parties have agreed, however, and I find that it is reasonable to conclude that the date “as certified by the Minister on which a notice of compliance would have been issued”, is the date of the letter sent by the Minister to the generic Apotex stating that the examination of its ANDS application has been completed but an NOC will not be issued until the requirements of the PMNOC Regulations are met, that is, until the then outstanding Court application T-844-03 is determined or withdrawn. In this case, that letter (Exhibit 1, Tab 7) is dated February 3, 2004. Thus, according to paragraph 8(1)(a), the beginning date from which Apotex can claim compensation “unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate” is February 3, 2004.

[107] Paragraph 8(1)(b) provides that the period of compensation shall end, in this case, on the date of dismissal. Here that date is May 26, 2005, the date that this Court in T-844-03 dismissed Merck’s application. There was no appeal. No provision is made in that subsection for any discretion in the Court to choose another date.

[108] Thus the presumptive period over which compensation may be sought by Apotex is from February 3, 2004 to May 26, 2005.

[109] The discretion that I am given in respect of that period is only with respect to the first date, February 3, 2004, the date that, to use the vernacular, the Minister has written to the generic to say that its application for an NOC is approved subject to “patent hold”. I can only exercise my discretion under paragraph 8(1)(a)

a) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l’absence du présent règlement, sauf si le tribunal estime d’après la preuve qu’une autre date est plus appropriée;

b) se terminant à la date du retrait, du désistement ou du rejet de la demande ou de l’annulation de l’ordonnance.

[106] S’agissant de l’alinéa 8(1)a), il n’y a aucune disposition portant sur l’« attestation » en tant que telle du ministre, ni aucune définition, dans le Règlement ou ailleurs, de ce que peut signifier une telle « attestation ». Les parties s’accordent cependant pour dire, et je crois qu’il est raisonnable de conclure, que la date « attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré », est la date de la lettre envoyée au fabricant de produits génériques, c’est-à-dire à Apotex, par le ministre, lettre où l’on peut lire que sa demande PADN a été examinée, mais qu’un avis de conformité ne sera délivré que lorsque seront remplies les conditions du Règlement, c’est-à-dire lorsque la demande pendante, n° du greffe T-844-03, aura été jugée ou retirée. En l’espèce, cette lettre (pièce 1, onglet 7) porte la date du 3 février 2004. Ainsi, selon l’alinéa 8(1)a), la date à partir de laquelle Apotex peut demander une indemnisation, « sauf si le tribunal estime d’après la preuve qu’une autre date est plus appropriée », est le 3 février 2004.

[107] L’alinéa 8(1)b) dispose que la période visée par l’indemnité se terminera, dans le cas présent, à la date du rejet de la demande. En l’occurrence, cette date est le 26 mai 2005, la date à laquelle la Cour, dans le dossier T-844-03, a rejeté la demande de Merck. Il n’y a pas eu d’appel. Cet alinéa ne renferme aucune disposition donnant à la Cour le pouvoir discrétionnaire de choisir une autre date.

[108] La période présumée pour laquelle une indemnité peut être demandée par Apotex va donc du 3 février 2004 au 26 mai 2005.

[109] Le pouvoir discrétionnaire qui m’est conféré au regard de cette période ne concerne que la première date, le 3 février 2004, c’est-à-dire la date à laquelle le ministre a écrit au fabricant de produits génériques pour lui dire que sa demande d’avis de conformité était approuvée, mais qu’elle serait laissée en suspens durant

if I am satisfied on the evidence that another date is more appropriate.

[110] The evidence that Merck refers to in argument is found in the agreed fact and documents, Exhibit 1. Merck points out that Apotex' ANDS was submitted to the Minister on February 7, 2003, that Apotex' notice of allegation (Exhibit 1, Tab 5) is dated February 25, 2003, but apparently was not received by Merck until April 14, 2003. No excerpts from the discovery of Apotex were put in evidence that deal with these dates or the "delay", if any, in serving the notice of allegation.

[111] Merck's argument as to the so-called delay refers to the period between February 7, 2003 the date Apotex filed its ANDS (Exhibit 1, Tab 5) and the agreed date of service April 14, 2003 (agreed facts, paragraph 12, Exhibit 1, Tab A). Merck argues that, had the notice of allegation been served on the date that Apotex filed its ANDS, February 7, 2003 (agreed facts, paragraph 17) or very shortly thereafter, Merck would have been obliged by the PMNOC Regulations to file its application with the Court within 45 days from the date of service and, had it done so, the disposition of these proceedings by the Court would have occurred some 66 days earlier than it did; therefore Merck's exposure to liability, given that the date of "certification", February 4, 2004, remains the same, would have been some 66 days less.

[112] I find all of this improbable and, in any event, irrelevant to the considerations that I have to take into account under paragraph 8(1)(a).

[113] Paragraph 8(1)(a) requires that the Court look at the date that the Minister says that the generic's application is approved subject to any outstanding PMNOC Regulations matters, such as, in this case, application T-884-03. Here the date of such a letter is February 3, 2004. I can consider some other date where the evidence persuades me that I should. There is absolutely no evidence before me that the Minister would have sent the letter of February 3, 2004, at some

l'existence du brevet. Je ne puis exercer mon pouvoir discrétionnaire selon l'alinéa 8(1)a) que si je suis d'avis, d'après la preuve, qu'une autre date est plus indiquée.

[110] La preuve à laquelle Merck se réfère dans son argumentation se trouve dans l'exposé conjoint des faits et des documents, la pièce 1. Merck fait observer que la PADN d'Apotex a été présentée au ministre le 7 février 2003 et que l'avis d'allégation d'Apotex (pièce 1, onglet 5) porte la date du 25 février 2003, mais qu'elle n'a, semble-t-il, été reçue par Merck que le 14 avril 2003. Les extraits de l'interrogatoire préalable d'Apotex qui traitent de ces dates, ou de la lenteur d'Apotex à signifier son avis d'allégation, n'ont pas été produits comme preuve.

[111] Merck invoque le prétendu retard d'Apotex à agir, c'est-à-dire la période allant du 7 février 2003, la date à laquelle Apotex a déposé sa PADN (pièce 1, onglet 5), au 14 avril 2003, la date convenue de signification (exposé conjoint des faits, paragraphe 12, pièce 1, onglet A). Merck fait valoir que, si l'avis d'allégation avait été signifié à la date à laquelle Apotex avait déposé sa PADN, à savoir le 7 février 2003 (exposé conjoint des faits, paragraphe 17) ou très peu de temps après, Merck aurait été obligée, de par le Règlement, de déposer sa demande auprès de la Cour dans les 45 jours suivant la date de signification et, l'eût-elle fait, la Cour aurait pu conclure la présente instance quelque 66 jours plus tôt qu'elle ne l'a fait, et la responsabilité de Merck, compte tenu que la date de l'« attestation », c'est-à-dire le 4 février 2004, demeure la même, se serait donc étalée sur 66 jours de moins.

[112] Je trouve tout cela improbable et, en tout état de cause, sans intérêt pour les facteurs dont je dois tenir compte selon l'alinéa 8(1)a).

[113] L'alinéa 8(1)a) oblige la Cour à considérer la date à laquelle le ministre envoie au fabricant de produits générique une lettre lui disant que sa demande est approuvée, sous réserve de toute affaire en instance relevant du Règlement, par exemple, en l'occurrence, la demande T-884-03. Ici, la date de la lettre en question est le 3 février 2004. Je puis considérer une autre date si la preuve me convainc que c'est ce que je devrais faire. Il n'y a absolument aucune preuve devant moi attestant

earlier or later date having regard to some event or some conduct of some person or otherwise.

[114] Here, the only evidence is that possibly, but not probably, Apotex should have served its notice of allegation some 66 days earlier. There is nothing to suggest that the Minister knew about or even cared when the notice of allegation was served or that the date of service would have in any way impacted upon the date of the letter of February 3, 2004. The Minister's letter of February 3, 2004, appears to reflect considerations as to Apotex' ANDS submission having regard only to the federal *Food and Drugs Act* and its regulations. The letter states:

Please consider this letter as notice that the examination of the above submission has been completed as of February 3, 2004.

[115] The "above submission" is submission No. 082561 which was the ANDS filed by Apotex on February 7, 2003. The "examination" was conducted under the *Food and Drugs Act* and its regulations and had nothing to do with the PMNOC Regulations or Apotex' notice of allegation.

[116] There is no relevant evidence before this Court upon which any discretion afforded by paragraph 8(1)(a) of the PMNOC Regulations can be exercised. The relevant starting date for the period of compensation will remain as February 3, 2004. The termination date is May 26, 2005.

FUTURE LOSSES

[117] Merck characterizes a claim made by Apotex in respect of certain damages as a claim for "future losses". While perhaps not entirely accurate as catchwords, it is convenient to refer to that claim as such.

[118] Apotex' claim is set out in subparagraph 1(a)(ii) of its further amended statement of claim as follows:

que le ministre aurait envoyé la lettre du 3 février 2004 à une date plus avancée ou plus tardive, en raison de quelque événement ou de la conduite d'une personne, ou autrement.

[114] Ici, l'unique preuve est qu'Apotex aurait dû signifier son avis d'allégation quelque 66 jours plus tôt, mais cela n'est qu'une possibilité, et non une probabilité. Rien ne donne à penser que le ministre savait, ou même aurait dû savoir, la date de signification de l'avis d'allégation, ou que la date de signification aurait de quelque façon influé sur la date de la lettre du 3 février 2004. La lettre du ministre du 3 février 2004 semble rendre compte de considérations sur le document PADN d'Apotex, compte tenu uniquement de la *Loi sur les aliments et drogues* et de son règlement d'application. La lettre renferme ce qui suit :

[TRADUCTION] Prière de considérer cette lettre comme un avis vous informant que l'examen de la présentation susmentionnée a pris fin le 3 février 2004.

[115] La « présentation susmentionnée » est la présentation n° 082561, qui était la PADN déposée par Apotex le 7 février 2003. L'« examen » a été mené en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et de son règlement d'application et n'avait aucun rapport avec le Règlement ou avec l'avis d'allégation d'Apotex.

[116] Il n'y a devant la Cour aucune preuve qui puisse justifier l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par l'alinéa 8(1)a) du Règlement. La date de début de la période soumise à l'indemnisation demeurera le 3 février 2004. La date d'achèvement est le 26 mai 2005.

LES PERTES FUTURES

[117] Pour Merck, la réclamation d'Apotex au regard de certains dommages-intérêts constitue une réclamation pour [TRADUCTION] « pertes futures ». Bien que cette appellation ne soit sans doute pas tout à fait exacte, il convient d'évoquer en tant que telle cette réclamation.

[118] La réclamation d'Apotex est énoncée ainsi au sous-alinéa 1a)(ii) de sa déclaration re-modifiée :

[TRANSLATION]

1. The Plaintiff, Apotex Inc. (“Apotex”), claims:

(a) damages suffered by Apotex in respect of the drug alendronate by reason of the commencement of a proceeding by the Defendants pursuant to the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (the “Patent Regulations”), in respect of:

...

(ii) lost sales and permanent market share due to the fact that launch by Apotex of its alendronate product was unjustly delayed with the result that two other generic manufacturers, Novopharm Limited (“Novopharm”) and Cobalt Pharmaceuticals Inc. (“Cobalt”), launched their alendronate products essentially simultaneously, thus denying Apotex the opportunity to establish a permanent market share advantage in advance of any generic competitor.

[119] Excerpts from the discovery of Apotex were put in evidence at trial (Exhibit 4) in which there was the following exchange between counsel (Tab 1, pages 21-22), Mr. Markwell for Merck and Mr. Crofoot for Apotex:

Mr. Markwell: Sorry, to clarify your last statement. The damages that flow from those losses at law, what do you mean by that?

Mr. Crowfoot [*sic*]: Well, the damages that flow from that period because they were kept off the market during that period. The damages may incorporate things like lost market share which is a present value calculation.

Mr. Markwell: So it’s not correct, then that your loss is restricted to the 16-month period, that it could be for the longer period of time?

Mr. Crowfoot [*sic*]: No, the losses in respect of the 16-month period being off the market. The calculation of that loss may involve the present value calculation of a lesser market share than Apotex otherwise would have had.

Mr. Markwell: During those 16 months or beyond those 16 months?

1. La demanderesse, Apotex Inc. (Apotex), réclame :

a) réparation pour le préjudice subi par elle, à propos du médicament alendronate, en rapport avec l’introduction, par les défenderesses, d’une procédure prévue par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement), en ce qui a trait :

[...]

(ii) à la perte de ventes et à la perte permanente d’une part de marché, en raison du fait que le lancement par Apotex de son produit alendronate a été injustement retardé, le résultat étant que deux autres fabricants de produits génériques, Novopharm Limited (Novopharm) et Cobalt Pharmaceuticals Inc. (Cobalt) ont lancé leurs produits alendronate à peu près au même moment, ce qui a privé Apotex de la possibilité de se doter d’un avantage permanent en fait de part de marché, avant tout autre fabricant de produits génériques.

[119] Des extraits de l’interrogatoire préalable d’Apotex ont été produits comme preuve durant l’instruction (pièce 4), extraits qui comportaient l’échange suivant entre les avocats (onglet 1, pages 21 et 22), M^e Markwell pour Merck, et M^e Crofoot pour Apotex :

[TRANSLATION]

M^e Markwell : Excusez-moi, pour préciser votre dernière déclaration. Les dommages-intérêts qui découlent de ces pertes en droit, que voulez-vous dire par là?

M^e Crowfoot [*sic*] : Eh bien, le préjudice attribuable à cette période, parce que ma cliente a été tenue à l’écart du marché durant cette période-là. Le préjudice peut englober des choses comme la perte d’une part de marché, ce qui suppose un calcul de la valeur présente.

M^e Markwell : Il n’est donc pas exact de dire que votre perte se limite à la période de 16 mois, en ce sens qu’il pourrait s’agir de la période plus longue?

M^e Crowfoot [*sic*] : Non, les pertes se rapportant à la période de 16 mois concernent le fait d’avoir été tenu à l’écart du marché. Le calcul de cette perte peut correspondre à la valeur présente d’une part de marché moindre que celle dont Apotex aurait bénéficié autrement.

M^e Markwell : Durant les 16 mois ou au-delà des 16 mois?

Mr. Crowfoot [*sic*]: The loss of market share occurs once they enter the market, and they only have an X percent market share instead of a Y percent market share. That loss is incurred as of the date that they entered the market because they cannot acquire the market share they should have. So the losses still occurred within the period, but calculating it may involve looking forward.

Mr. Markwell: So what would be the time frame for those future losses?

Mr. Crowfoot [*sic*]: The loss of market share would be perpetual, but it's the present value calculation that are the further out you get, the less financial impact it has. It's all a matter of expert evidence. I don't know how long it would be.

Mr. Markwell: So it's Apotex's position that there may, in fact, be a perpetual loss that would be calculated as of the date of the Notice of Compliance taking into account factors that will be subject of expert evidence?

Mr. Crowfoot [*sic*]: Yes.

[120] As I understand Apotex' claim, it is saying that during the period from February 3, 2004 to May 26, 2005, the marketplace for this particular product became distorted because two other generics entered the marketplace in that period. Apotex claims that, were it not for Merck's NOC application against Apotex, Apotex could have been first in the marketplace or at least entered the marketplace at about the same time that the other generics did and that Apotex' market share would, thereby, have been larger than it now is. Apotex argues that such lesser market share is a matter that permanently endures and is a matter of permanent loss. The loss, says Apotex, may be quantified by experts at the later trial.

[121] I analogize the situation to one of an injury that a person may have suffered by the tortious activity of another person. For instance, a person may be injured in the leg so that, for the rest of that person's life, that person suffers a leg disability. The leg may heal—the person perhaps ought to have sought, but did not, medical attention or remedial therapy. These are matters of quantification and not a matter of injury itself.

M^c Crowfoot [*sic*] : La perte d'une part de marché a lieu dès que l'on entre sur le marché et que l'on n'a qu'une part de marché de X p. 100 au lieu d'une part de marché de Y p. 100. Cette perte est subie à la date où l'on entre sur le marché parce que l'on ne peut pas acquérir la part de marché que l'on devrait avoir. Les pertes se sont donc produites à l'intérieur de la période, mais il faudra peut-être les calculer d'une manière prospective.

M^c Markwell : Quel serait alors l'horizon temporel de ces pertes futures?

M^c Crowfoot [*sic*] : La perte d'une part de marché serait perpétuelle, mais, pour le calcul de la valeur présente, plus loin on va dans le temps, moins les répercussions financières se manifestent. Cela requiert une preuve d'expert. Je ne sais pas quelle serait la durée de la période.

M^c Markwell : La position d'Apotex, c'est donc qu'il pourrait en fait y avoir une perte perpétuelle qui serait calculée à la date de l'avis de conformité, compte tenu de facteurs qui seront l'objet d'une preuve d'expert?

M^c Crowfoot [*sic*] : Oui.

[120] Si je comprends bien la réclamation d'Apotex, celle-ci dit que, durant la période allant du 3 février 2004 au 26 mai 2005, le marché de ce produit en particulier a subi une distorsion parce que deux autres fabricants de produits génériques sont entrés sur le marché durant cette période. Apotex dit que, n'eût été la demande d'interdiction faite par Merck à l'encontre d'Apotex, Apotex aurait pu être la première sur le marché, ou à tout le moins elle aurait pu entrer sur le marché à la même date que les autres fabricants de produits génériques, et que la part de marché d'Apotex aurait donc été plus importante qu'elle l'est aujourd'hui. Apotex fait valoir que cette part moindre de marché est quelque chose de permanent, que c'est une perte permanente. La perte, de dire Apotex, pourra être chiffrée par des experts durant l'instruction ultérieure.

[121] J'assimile la situation à celle où une personne a pu subir un préjudice en raison de l'activité délictueuse d'une autre personne. Par exemple, une personne pourrait subir une blessure à la jambe de telle sorte que, durant le reste de sa vie, elle souffrira d'une invalidité à la jambe. La jambe pourrait guérir, son propriétaire aurait sans doute dû obtenir des soins médicaux ou suivre une thérapie curative, mais il ne l'a pas fait.

[122] Therefore, I find that it is appropriate for Apotex to make the claim, provided that the marketplace did not rectify itself or Apotex could not have remedied the marketplace disadvantage before May 26, 2005. The matters of quantification are left to the later trial.

COSTS

[123] The success, or lack thereof, in respect of this portion of the trial is divided, each of the parties having largely failed to succeed on the issues asserted by them. This trial was greatly simplified by an agreement as to facts and documents and the conduct of counsel during trial. Their co-operation with each other and the Court was exemplary. I find that it is most appropriate not to award any costs to any party for this portion of the trial.

JUDGMENT

For the reasons provided herein:

THE COURT ADJUDGES that:

1. Section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as amended (SOR/98-166 [ss. 7, 8]) effective until 2006 is:

a. within the competence of the Federal Court to hear and determine an action brought thereunder;

b. enabled by the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 [section 55.2] as enacted by S.C. 1993, c. 2, section 4; and

Il s'agit là d'une évaluation du préjudice, non du préjudice en tant que tel.

[122] Par conséquent, je suis d'avis qu'il est légitime pour Apotex de prétendre à réparation, à condition que le marché ne se soit pas corrigé lui-même ou qu'Apotex n'ait pas eu la possibilité de remédier au désavantage du marché avant le 26 mai 2005. Les questions d'évaluation du préjudice seront étudiées durant l'instruction ultérieure.

LES DÉPENS

[123] Le succès, ou l'absence de succès, s'agissant de cette portion de l'instruction, est partagé, chacune des parties n'ayant pour l'essentiel pas obtenu gain de cause sur les points qu'elle a avancés. La présente instruction a été grandement simplifiée grâce à une entente sur les faits et sur les documents, et grâce à la conduite des avocats durant l'instruction. Leur collaboration l'un avec l'autre, ainsi qu'avec la Cour, fut exemplaire. Je suis d'avis qu'il est tout à fait normal de ne pas adjuger de dépens à l'une ou l'autre des parties pour cette portion de l'instruction.

JUGEMENT

Pour les motifs qui précèdent :

LA COUR STATUE QUE :

1. L'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, et modifications (DORS/98-166 [art. 7, 8]), qui étaient en vigueur jusqu'en 2006 :

a. ne prive pas la Cour fédérale de la compétence dont elle est investie pour juger une action introduite en vertu de cette disposition;

b. est autorisé par la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 [l'article 55.2], et édicté par L.C. 1993, ch. 2, article 4;

c. *intra vires* the constitutional authority of the federal Parliament of Canada.

2. In this action brought under the provisions of said section 8:

a. Apotex Inc. is not entitled to elect an account or the disgorgement of the profits of the defendants, Merck Frosst Canada Ltd. or Merck Frosst Canada & Co.;

b. Apotex Inc. is entitled to claim damages or its lost profits for the period from February 3, 2004 to May 26, 2005; and

c. Apotex Inc. is entitled to claim damages for lost sales and lost permanent market share as claimed in subparagraphs 1(a)(ii) of its further amended statement of claim dated October 6, 2008, for a period beyond May 26, 2005, provided it is shown in evidence that such loss was not rectified and could not have been rectified before that date;

3. The quantification of the damages or lost profits referred to in paragraph 2 above shall be the subject of the further trial as set out in the order of this Court dated August 14, 2008. Any party is entitled to seek case management by the prothonotary assigned to this action for directions as to the procedure to be followed in respect of said trial;

4. No party is entitled to costs of this present portion of the trial of this action.

c. entre dans les compétences constitutionnelles du parlement fédéral.

2. Dans la présente action introduite en vertu des dispositions de cet article 8 :

a. Apotex Inc. n'a pas le droit d'opter pour une reddition de compte ou une restitution des bénéfices des défenderesses, Merck Frosst Canada Ltd. ou Merck Frosst Canada & Co.;

b. Apotex Inc. a le droit de demander réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de son manque à gagner, pour la période allant du 3 février 2004 au 26 mai 2005;

c. Apotex Inc. a le droit de demander réparation pour la perte de ventes ou la perte permanente d'une part de marché comme il est indiqué dans le sous-alinéa 1a)(ii) de sa déclaration re-modifiée, datée du 6 octobre 2008, et cela, pour une période allant au-delà du 26 mai 2005, à condition qu'il apparaisse dans la preuve que telle perte n'a pas été redressée et n'aurait pu l'être avant cette date;

3. La quantification des dommages-intérêts ou du manque à gagner dont il est question au paragraphe 2 ci-dessus sera l'objet de l'instruction ultérieure comme il est indiqué dans l'ordonnance de la Cour datée du 14 août 2008. Chacune des parties a le droit d'obtenir que l'instance soit gérée par le protonotaire affecté à la présente action, lequel donnera des directives sur la procédure à suivre au cours de cette instruction;

4. Aucune des parties n'a droit aux dépens de la présente portion de l'instruction relative à l'action en l'espèce.

A-560-07
2008 FCA 326

A-560-07
2008 CAF 326

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appellant)

v.

c.

Ikejiani Ebele Okoloubu (Respondent)

Ikejiani Ebele Okoloubu (intimé)

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

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

Federal Court of Appeal, Noël, Nadon and Trudel JJ.A.—Montréal, October 20; Ottawa, October 27, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Nadon et Trudel, J.C.A.—Montréal, 20 octobre; Ottawa, 27 octobre 2008.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations (H&C) — Appeal from Federal Court decision setting aside immigration officer's refusal of respondent's application on H&C grounds under Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1) — In application, respondent alleging breaches of International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter) — Officer stating no jurisdiction to decide questions of international, constitutional law — Act, s. 3(3)(f) directing that Act be construed, applied in compliance with international human rights instruments to which Canada signatory — H&C officers dealing with s. 25 applications having duty to consider humanitarian, compassionate values enshrined in Charter, ICCPR, such as family-related interests — Officer taking into account all relevant factors in H&C analysis, addressing different, important interests at stake, giving careful weight to interests of child, importance of family unit — Act, s. 3(3)(f) not requiring officer exercising discretion under Act, s. 25 to specifically refer to, analyse international human rights instruments to which Canada signatory — Sufficient if substance of issues raised addressed — Pursuant to Act, s. 25, officer's jurisdiction limited to deciding whether H&C considerations justifying exemption from strict application of permanent resident requirements, not to decide validity of removal order issued — Certified question erroneously asking whether officer having jurisdiction to consider if removal breaching ICCPR — Certified question not answered since irrelevant, not dispositive of appeal — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision d'une agente d'immigration, qui avait rejeté la demande de l'intimé fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Dans sa demande, l'intimé alléguait qu'il y avait eu manquement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDPC) et à la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte) — L'agente a jugé ne pas avoir la compétence pour trancher des questions de droit international et de droit constitutionnel — L'art. 3(3)f) de la Loi précise que la Loi doit être interprétée et mise en œuvre d'une manière qui est compatible aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire — Les agents chargés du traitement d'une demande fondée sur l'art. 25 doivent garder à l'esprit les valeurs humanitaires fondamentales consacrées par la Charte et le PIRDPC, notamment les intérêts relatifs à la famille — L'agente a pris en compte tous les facteurs pertinents dans son analyse portant sur les motifs d'ordre humanitaire, se penchant sur les intérêts divers et importants en cause et accordant de façon prudente du poids aux intérêts de l'enfant et à l'importance de la famille — L'art. 3(3)f) de la Loi n'exige pas qu'un agent, lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire prévu par l'art. 25 de la Loi, mentionne expressément les instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire et en fasse l'analyse — Il suffit que l'agent traite de la teneur de ces instruments — En vertu de l'art. 25 de la Loi, la compétence de l'agente se limite à déterminer si des motifs d'ordre humanitaire justifient une dispense de l'application rigoureuse des exigences d'une demande de résidence permanente, non pas à statuer sur la validité d'une mesure de renvoi délivrée contre l'intimé — La question certifiée demandait à tort si un agent a compétence

pour décider si le renvoi d'un demandeur contrevient au PIRDCP — Il n'était pas nécessaire de répondre à la question certifiée puisqu'elle n'était pas pertinente et ne permettait pas de régler l'appel — Appel accueilli.

This was an appeal from a Federal Court decision granting an application for judicial review to set aside an immigration officer's decision refusing the respondent's application for exemption from permanent resident visa requirements on humanitarian and compassionate grounds (H&C) under subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act).

In support of his application, the respondent made reference to the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) and argued that his removal from Canada would constitute interference with private family life. He further alleged breaches of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). The officer held that she had no jurisdiction to decide questions of international and constitutional law in an H&C analysis. She concluded that the respondent's family situation, links within Canadian society and risk factors upon return to his country did not justify an exemption.

The issues focused on the examination of the judgment under appeal in light of: (1) the place and role of international law in the immigration context (paragraph 3(3)(f) of the Act); (2) the role and duties of the officer dealing with an H&C application including the manner in which, if at all, Canada's international obligations must be considered and weighed by the officer acting in that capacity; (3) the negative decision of the officer; and (4) the certified question as to whether an officer assessing an application under section 25 of the Act has jurisdiction to consider if an applicant's removal would breach the ICCPR, more specifically Articles 17, 23 and 24.

Held, the appeal should be allowed.

(1) Paragraph 3(3)(f) of the Act does not incorporate into Canadian law international human rights instruments to which Canada is signatory, but merely directs that the Act must be construed and applied in a manner that complies with them. This principle is sufficient to set the place of the ICCPR, which Canada has ratified, in the section 25 application which was in front of the officer.

(2) To respect the objectives of the Act in the performance of their duties, H&C officers must bear in mind the "humanitarian and compassionate values" which are enshrined

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée pour faire annuler la décision d'une agente d'immigration, qui avait rejeté la demande de l'intimé fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) en vue de le dispenser de l'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent.

Pour étayer sa demande, l'intimé a renvoyé au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIRDCP) et a soutenu que son renvoi du Canada constituerait une violation de sa vie familiale privée. Il a de plus invoqué des atteintes à ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). L'agente a jugé ne pas avoir la compétence pour trancher des questions de droit international et de droit constitutionnel dans le cadre de l'analyse de motifs d'ordre humanitaire. L'agente a conclu que la situation familiale de l'intimé, ses relations sociales au Canada, et les facteurs de risque liés à son retour dans son pays ne justifiaient pas une dispense.

Les questions en litige portaient principalement sur l'analyse de la décision portée en appel à la lumière 1) de l'importance et du rôle du droit international en matière d'immigration (alinéa 3(3)f) de la Loi); 2) du rôle et des obligations de l'agent traitant une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, y compris la façon, le cas échéant, dont les obligations du Canada en droit international doivent être prises en compte et évaluées par l'agent agissant à ce titre; 3) de la décision défavorable de l'agent; et 4) de la question certifiée de savoir si un agent chargé de l'évaluation d'une demande présentée en vertu de l'article 25 de la Loi a compétence pour décider si le renvoi d'un demandeur contrevient au PIRDCP, plus particulièrement aux articles 17, 23 et 24.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

1) L'alinéa 3(3)f) de la Loi n'a pas pour effet d'intégrer dans le droit canadien les instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, mais énonce simplement que la Loi doit être interprétée et mise en œuvre d'une manière qui est compatible à ceux-ci. Ce principe suffit à bien intégrer le PIRDCP, que le Canada a ratifié, dans la demande dont était saisie l'agente en vertu de l'article 25.

2) Les agents chargés de l'examen de motifs d'ordre humanitaire doivent, pour respecter les objectifs de la Loi dans l'exécution de leurs fonctions, garder à l'esprit les « valeurs

in the Charter and the ICCPR. The principles of non-interference in family life in Article 17, the importance of a family unit and protection thereof by society and the State in Article 23, as well as the child's "right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State" in Article 24 of the ICCPR are all family-related interests and the officer must have those interests in mind when dealing with a section 25 application. Nevertheless, paragraph 3(3)(f) of the Act does not require that an officer exercising discretion under section 25 of the Act specifically refer to and analyze the international human rights instruments to which Canada is signatory. It is sufficient if the officer addresses the substance of the issues raised.

(3) The officer took into account all relevant factors in her H&C analysis, including the present situation of the respondent's spouse in Canada, the interests of his Canadian-born child and the degree of the respondent's establishment in Canada. While the officer stated that she did "not have jurisdiction to deal with international law", it was clear that she addressed in substance the different and important interests at stake, giving careful weight to the interests of the child and the importance of the family unit.

(4) Pursuant to section 25 of the Act, the officer's jurisdiction is limited to deciding whether H&C considerations justify exempting the respondent from the strict application of permanent resident requirements, and not to decide the validity of a removal order issued against the respondent. The certified question, in its formulation, reproduced that error in asking whether "an ... officer ... assessing an application under section 25 ... ha[s] jurisdiction to consider whether an applicant's removal would breach the [ICCPR]". The certified question, being irrelevant and not dispositive of this appeal, was not answered.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 32.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25(1), 36(1)(a), 74, 162(1).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117(9)(d) (as am. by SOR/2004-167, s. 41).
- Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2(1) "member of the post-determination refugee claimants in

humanitaires fondamentales » consacrées par la Charte et le PIRDCP. Les principes de non-immixtion dans la vie de famille prévus à l'article 17, l'importance de la famille et la protection que doivent lui porter la société et l'État suivant l'article 23, et le « droit [de tout enfant], de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur » prévu à l'article 24 du PIRDCP constituent tous des intérêts relatifs à la famille que l'agent doit garder à l'esprit lors du traitement d'une demande fondée sur l'article 25. Néanmoins, l'alinéa 3(3)(f) de la Loi n'exige pas qu'un agent, lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire prévu par l'article 25 de la Loi, mentionne expressément les instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire et en fasse l'analyse. Il suffit que l'agent traite de la teneur de ces instruments.

3) L'agente a pris en compte tous les facteurs pertinents dans son analyse portant sur les motifs d'ordre humanitaire, y compris la situation actuelle de la conjointe de l'intimé au Canada, l'intérêt de son enfant né au Canada et son degré d'établissement au Canada. Bien que l'agente ait affirmé [TRADUCTION] « ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international », il est évident qu'elle s'est penchée attentivement sur les intérêts divers et importants en cause, en accordant de façon prudente du poids aux intérêts de l'enfant et à l'importance de la famille.

4) En vertu de l'article 25 de la Loi, la compétence de l'agent se limite à déterminer si des motifs d'ordre humanitaire justifient que l'intimé soit dispensé de l'application rigoureuse des exigences d'une demande de résidence permanente, et non de statuer sur la validité d'une mesure de renvoi délivrée contre l'intimé. La formulation de la question certifiée reproduisait cette erreur, demandant si « un agent [...] chargé de l'évaluation d'une demande présentée en vertu de l'article 25 [...] a compétence pour décider si le renvoi d'un demandeur contrevient au [PIRDCP] ». Il n'était pas nécessaire de répondre à la question certifiée puisqu'elle n'était pas pertinente et ne permettait pas de régler l'appel en cause.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 32.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)(f), 25(1), 36(1)(a), 74, 162(1).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 17, 23, 24.
- Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) « demandeur non reconnu du statut de réfugié au

Canada class” (as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-182, s. 1).

International Covenant on Civil and Political Rights, December 16, 1966, [1976] Can T.S. No. 47, Arts. 17, 23, 24.

Canada » (édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1).

Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 117(9)d) (mod. par DORS/2004-167, art. 41).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 2 F.C.R. 664; (2005), 261 D.L.R. (4th) 157; 279 F.T.R. 90; 2005 FC 1180; *Thiara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2008), 70 Imm. L.R. (3d) 80; 379 N.R. 222; 2008 FCA 151.

DISTINGUISHED:

Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 3 F.C.R. 169; (2006), 148 C.R.R. (2d) 45; 56 Imm. L.R. (3d) 178; 2006 FCA 365.

CONSIDERED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292; (2007), 280 D.L.R. (4th) 385; 220 C.C.C. (3d) 161; 2007 SCC 26; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655; (2005), 262 D.L.R. (4th) 13; 42 Admin. L.R. (4th) 234; 2005 FCA 436; leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] 1 S.C.R. vii; *Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 3; (2006), 277 D.L.R. (4th) 762; 57 Imm. L.R. (3d) 159; 2006 FCA 394; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 4 F.C. 358; (2002), 212 D.L.R. (4th) 139; 20 Imm. L.R. (3d) 119; 2002 FCA 125.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 2002 SCC 33; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9; *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 2 F.C. 555; (2002), 222 D.L.R. (4th) 265; 24 Imm. L.R. (3d) 34; 2002 FCA 475; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167; 318 N.R. 365; 2004 FCA 89.

AUTHORS CITED

Evans, John M. “The Role of Appellate Courts in Administrative Law” (2007), 20 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2006] 2 R.C.F. 664; 2005 CF 1180; *Thiara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 151.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2007] 3 R.C.F. 169; 2006 CAF 365.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292; 2007 CSC 26; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655; 2005 CAF 436; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 1 R.C.S. vii; *Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 3; 2006 CAF 394; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358; 2002 CAF 125.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 2 C.F. 555; 2002 CAF 475; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 89.

DOCTRINE CITÉE

Evans, John M. « The Role of Appellate Courts in Administrative Law » (2007), 20 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1.

APPEAL from a Federal Court decision ([2008] 3 F.C.R. 216; (2008), 316 F.T.R. 94; 65 Imm. L.R. (3d) 285; 2007 FC 1069) setting aside an immigration officer's decision refusing the respondent's application for exemption from permanent resident visa requirements on humanitarian and compassionate grounds under subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal allowed.

APPEL de la décision ([2008] 3 R.C.F. 216; 2007 CF 1069) par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision d'une agente d'immigration, qui avait rejeté la demande de l'intimé fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* de le dispenser de l'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Michel Pépin for appellant.
Stewart Istvanffy for respondent.

ONT COMPARU :

Michel Pépin pour l'appelant.
Stewart Istvanffy pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Stewart Istvanffy, Montréal, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Stewart Istvanffy, Montréal, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

TRUDEL J.A.:

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

Overview

[1] Subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) stated [at the relevant time] that:

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

[2] This is an appeal from a decision of Harrington J. ([2008] 3 F.C.R. 216 (F.C.)) (the applications Judge) sitting in judicial review, whereby he granted the application of the respondent to set aside the decision of an immigration officer (officer) who refused the

Contexte

[1] Le paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) prévoyait [à l'époque pertinente] que :

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — ou l'intérêt public le justifient.

[2] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle le juge Harrington ([2008] 3 R.C.F. 216 (C.F.)) (le juge de première instance) a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé pour faire annuler la décision d'une agente

respondent's application on humanitarian and compassionate grounds under subsection 25(1) of the Act (H&C application).

[3] The applications Judge referred the matter back to another officer for a *de novo* redetermination of the respondent's H&C application, including an "update of Mr. Okoloubu's wife's health and financial issues" (reasons for order, at paragraph 20) since the first officer had, for lack of jurisdiction, declined to consider the respondent's arguments based on international law, more particularly Articles 17, 23 and 24 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T. S. No. 47 (ICCPR) that generally deal with arbitrary and unlawful interference with one's family.

[4] For the purposes of section 74 of the Act, the following question of general importance was certified by the applications Judge:

Does an immigration officer in charge of assessing an application under section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (for an exemption from the obligation to present an application for an immigrant visa from outside Canada) have jurisdiction to consider whether an applicant's removal would breach the *International Covenant on Civil and Political Rights*, more specifically Articles 17, 23 and 24?

The Relevant Facts

[5] Mr. Okoloubu was born in Nigeria on January 22, 1966. He came to Canada on August 25, 1998, where he claimed refugee status. On October 4, 1999, his claim was dismissed by the Refugee Division, as it was then, of the Immigration and Refugee Board (IRB). The respondent did not challenge that decision.

[6] The respondent made three requests for exemption from permanent resident visa requirement. The first request was made on April 9, 1999, while his claim with the IRB was pending, and was denied on October 21, 1999. The second request, made on October 27, 2000, was denied on October 7, 2004. Leave for judicial

d'immigration (l'agente), laquelle avait rejeté la demande de l'intimé fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la Loi (demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire).

[3] Le juge de première instance a renvoyé l'affaire à un autre agent pour qu'il examine à nouveau la demande de l'intimé fondée sur des motifs d'ordre humanitaire sur la base *de novo*, notamment pour faire « le point sur l'état de santé de l'épouse de M. Okoloubu et sur sa situation financière » (paragraphe 20 des motifs de l'ordonnance) vu que la première agente avait, en l'absence de compétence, refusé de prendre en compte les arguments de l'intimé fondés sur le droit international, plus précisément sur les articles 17, 23 and 24 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47 (PIRDCP) qui concernent généralement les immixtions arbitraires et illégales dans la famille d'une personne.

[4] Pour l'application de l'article 74 de la Loi, la question de portée générale suivante a été certifiée par le juge de première instance :

Est-ce qu'un agent d'immigration chargé de l'évaluation d'une demande présentée en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (pour une exemption de l'obligation de présenter une demande de visa d'immigrant de l'extérieur du Canada) a compétence pour décider si le renvoi d'un demandeur contrevient au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, plus particulièrement à ses articles 17, 23 et 24?

Les faits pertinents

[5] M. Okoloubu est né au Nigéria, le 22 janvier 1966. Il est arrivé au Canada le 25 août 1998 et y a demandé asile. Le 4 octobre 1999, sa demande a été rejetée par la section du statut de réfugié (ainsi désignée à l'époque) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). L'intimé n'a pas contesté la décision.

[6] L'intimé a présenté trois demandes de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent. La première l'a été le 9 avril 1999 alors que sa demande à la CISR était en instance et a été rejetée le 21 octobre 1999. Présentée le 27 octobre 2000, la deuxième demande a été rejetée le 7 octobre 2004. La

review was sought against the second refusal and denied by the Federal Court on April 15, 2005.

[7] On October 26, 1999, the respondent made a post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class application, within the meaning of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172, s. 2(1) “member of the post-determination refugee claimants in Canada class” (as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-182, s. 1)], as they were then. As a result of the implementation of the present Act, the PDRCC proceedings were eliminated and the respondent’s application was considered as a pre-removal risk assessment (PRRA). This application was also refused on October 7, 2004. The respondent did not submit an application for leave of the negative PRRA decision.

[8] The respondent was briefly married to a Canadian citizen with whom he began cohabiting in September 1998. The couple divorced in September 2001. The respondent and his present wife, who was granted a protected person status and is now a Canadian permanent resident, have been married since July 19, 2003. She is employed as a nurse at a hospital. The couple has a child born in October 2005. The respondent’s record indicates that his wife had a high-risk pregnancy and that she suffered from depression following the birth of their child.

[9] On February 1, 2005, an inadmissibility report was issued against the respondent on the grounds of serious criminality under paragraph 36(1)(a) of the Act due to the respondent’s two convictions for theft from mail and for possession of break-in instruments, entered on November 11, 2004. Both offences are liable for a period of imprisonment of 10 years. The respondent was sentenced to probation and 100 hours of community service, which he completed. Once again, the respondent did not seek leave of the Court to challenge the decision under paragraph 36(1)(a) of the Act.

[10] However, inadmissibility disqualified the respondent from making an in-Canada application for permanent resident status under the spouse or

demande d’autorisation de contrôle judiciaire à l’égard du deuxième refus a été rejetée par la Cour fédérale le 15 avril 2005.

[7] Le 26 octobre 1999, l’intimé a présenté une demande d’établissement à titre de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada (DNRSRC), au sens du *Règlement sur l’immigration de 1978* [DORS/78-172, art. 2(1) « demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada » (édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1)] alors en vigueur. Depuis l’entrée en vigueur de la Loi, la DNRSRC a été abolie et la demande de l’intimé a été considérée depuis lors comme un examen des risques avant renvoi (ERAR). Cette demande a également été rejetée le 7 octobre 2004 et l’intimé n’a pas présenté de demande d’autorisation à l’encontre de la décision défavorable concernant l’ERAR.

[8] L’intimé a brièvement été marié à une citoyenne canadienne avec laquelle il avait cohabité depuis septembre 1998. Le couple a divorcé en septembre 2001. L’intimé et sa conjointe actuelle, qui a obtenu la qualité de personne à protéger et qui est maintenant une résidente permanente du Canada, sont mariés depuis le 19 juillet 2003. Elle travaille comme infirmière dans un hôpital. Le couple a un enfant, né en octobre 2005. Le dossier de l’intimé révèle que sa conjointe a connu une grossesse à risques élevés et qu’elle a souffert d’une dépression à la suite de la naissance de leur enfant.

[9] Le 1^{er} février 2005, l’intimé a fait l’objet d’un rapport d’interdiction de territoire pour grande criminalité en application de l’alinéa 36(1)a) de la Loi en raison de deux déclarations de culpabilité, prononcées le 11 novembre 2004, pour vol de courrier et possession d’outils de cambriolage. Les deux infractions sont punissables d’une période d’emprisonnement de 10 ans. L’intimé a fait l’objet d’une ordonnance de probation et il a été condamné à 100 heures de travaux communautaires qu’il a effectués. Là encore, l’intimé n’a présenté aucune demande à la Cour en vue de contester la décision rendue en application de l’alinéa 36(1)a) de la Loi.

[10] Cependant, l’interdiction de territoire a empêché l’intimé de présenter au Canada une demande de statut de résident permanent de la catégorie des époux ou

common-law partner in Canada class. As a result, on July 18, 2005, the respondent made his third request for exemption from permanent resident visa requirement under subsection 25(1) of the Act on the basis of humanitarian and compassionate grounds.

[11] In support of that application, the respondent made reference to the ICCPR and argued that his removal from Canada would constitute interference with private family life. He further alleged breaches of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) (H&C application, at page 222; appeal book, Vol. 2, at pages 343-350).

[12] On January 30, 2007, the officer, whose title was that of a PRRA officer, denied the respondent's request. The officer held that she had no jurisdiction to decide questions of international and constitutional law in an H&C analysis. Having examined the respondent's submissions, she concluded that the respondent's family situation, links within Canadian society and risk factors upon return to his country did not justify an exemption.

[13] The respondent was successful in having this decision set aside by way of judicial review at the Federal Court. Hence the within appeal by the Minister.

Decision of the Federal Court

[14] Before the Federal Court, the respondent argued that the officer was under an obligation to consider his rights and those of his wife and Canadian child under the Charter and the ICCPR. The applications Judge agreed and concluded that the officer's refusal to do so resulted in an unfair hearing for the respondent.

[15] The applications Judge did not discuss the effect of the Charter on the particular facts of this case. However, he took particular notice of the ICCPR relied

conjoints de fait au Canada. En conséquence, le 18 juillet 2005, l'intimé a présenté sa troisième demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent en invoquant des considérations d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la Loi.

[11] Pour étayer sa demande, l'intimé a renvoyé au PIRDCP et a soutenu que son renvoi du Canada constituerait une violation de sa vie familiale privée. Il a de plus invoqué des atteintes à ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) (demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, à la page 222; dossier d'appel, vol. 2, aux pages 343 à 350).

[12] Le 30 janvier 2007, l'agente qui avait le titre d'agente d'ERAR a rejeté la demande de l'intimé. Elle a jugé ne pas avoir la compétence pour trancher des questions de droit international et de droit constitutionnel dans le cadre de l'analyse de motifs d'ordre humanitaire. Après s'être penchée sur les observations de l'intimé, l'agente a conclu que sa situation familiale, ses relations sociales au Canada, et les facteurs de risque liés à son retour dans son pays ne justifiaient pas de dispense.

[13] L'intimé a obtenu gain de cause pour faire annuler cette décision par voie de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. D'où le présent appel par le ministre.

Décision de la Cour fédérale

[14] Devant la Cour fédérale, l'intimé a soutenu que l'agente était tenue d'examiner ses droits garantis par la Charte et le PIRDCP, ainsi que ceux de sa conjointe et de son enfant canadien. Le juge de première instance a souscrit à cet argument et a conclu que le refus de l'agente de le faire avait compromis l'équité de l'audience pour l'intimé.

[15] Le juge de première instance n'a pas examiné l'incidence de la Charte sur les faits en l'espèce. Il a toutefois bien pris en compte le PIRDCP « que le Canada

upon by the respondent, and “which Canada has ratified but not legislated upon” (reasons for order, at paragraph 6). The relevant articles of the ICCPR read as follows:

International Covenant on Civil and Political Rights,
December 16, 1966, [1976] Can. T. S. No. 47

ARTICLE 17

1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

...

ARTICLE 23

1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.

3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.

4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.

ARTICLE 24

1. Every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State.

2. Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name.

3. Every child has the right to acquire a nationality.

[16] According to the applications Judge, “[s]ection 25 of IRPA [the Act] is clearly the proper venue for taking [the ICCPR] into consideration” (reasons for order, at paragraph 10). He therefore disagreed with the officer who had taken the position that an H&C

a ratifié mais sur lequel il ne s’est pas fondé pour légiférer » (motifs de l’ordonnance, au paragraphe 6). Voici le texte des articles pertinents du PIRDGP :

Pacte international relatif aux droits civils et politiques,
16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47

ARTICLE 17

1. Nul ne sera l’objet d’immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d’atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

[...]

ARTICLE 23

1. La famille est l’élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l’État.

2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l’homme et à la femme à partir de l’âge nubile.

3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.

4. Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l’égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d’assurer aux enfants la protection nécessaire.

ARTICLE 24

1. Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l’origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l’État, aux mesures de protection qu’exige sa condition de mineur.

2. Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom.

3. Tout enfant a le droit d’acquérir une nationalité.

[16] Selon le juge de première instance, « [i]l est évident que l’article 25 de la Loi peut donner lieu à la prise en compte de ce traité » (motifs de l’ordonnance, au paragraphe 10). Il s’est dit en désaccord avec l’agente dont l’avis était qu’une demande fondée sur des motifs

application was not a procedure suited “for resolving complex legal issues” (H&C applications, appeal book, Vol. 2, at pages 222-223).

[17] Citing *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*) and more recent jurisprudence (*R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*); *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 169 (F.C.A.) (*Covarrubias*)), which I shall discuss later, the applications Judge ultimately found that “the officer mischaracterized the issue” (reasons for order, at paragraph 19) and added:

The question which [the officer] should have asked herself was whether Mr. Okoloubu’s removal would violate Canadian law, which law, if possible, is to be interpreted in a manner consistent with international law. Following *Hape*, a further question must be asked. Since the preamble of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, which entered into force in March 1976, speaks of “considering,” “recognizing,” and “realizing” so that the States Parties to the Convention “agree” on certain principles, are those principles prohibitive rules of customary international law which have been incorporated into domestic law, without the benefit of legislation? [Emphasis added.]

[18] Having said this, the applications Judge granted the respondent’s application for judicial review without further scrutiny of the officer’s decision. Finally, he invited the Minister to submit “a question or questions of general importance which would support an appeal” to our Court (reasons for order, at paragraph 20), and that is the certified question stated at paragraph 4 of the present reasons.

Position of the Parties and Issues

[19] The appellant builds his argumentation around six errors of law that the applications Judge allegedly made and therefore proposes the following six issues found at paragraph 25 of his memorandum of fact and law:

d’ordre humanitaire n’était pas le recours qui convenait [TRANSLATION] « pour résoudre de telles questions juridiques complexes » (demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire, dossier d’appel, vol. 2, aux pages 222 et 223).

[17] Citant l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*) et des décisions plus récentes (*R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*); *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 169 (C.A.F.) (*Covarrubias*)), sur lesquelles je reviendrai plus loin, le juge de première instance a en définitive conclu que « l’agente a mal caractérisé la question » (motifs de l’ordonnance, au paragraphe 19) et il a ajouté :

Elle aurait dû se demander si le fait de renvoyer M. Okoloubu serait contraire au droit canadien, ce droit devant si possible être interprété conformément au droit international. Vu l’affaire *Hape*, une autre question se pose. Étant donné que dans le préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui est entré en vigueur en mars 1976, on emploie les termes « considérant », « reconnaissant » et « prenant en considération le fait » pour indiquer que les États parties « conviennent » de certains principes, ces principes sont-ils alors des règles prohibitives du droit international coutumier qui ont été incorporées directement au droit interne, sans qu’il y ait eu intervention législative? [Non souligné dans l’original.]

[18] Cela dit, le juge de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l’intimé sans examiner davantage la décision de l’agente. Enfin, il a invité le ministre à présenter « une question ou des questions de portée générale qui serviraient de fondement à un appel » devant notre Cour (motifs de l’ordonnance, au paragraphe 20), et cette question de portée générale est énoncée au paragraphe 4 des présents motifs.

Thèse des parties et questions en litige

[19] L’appelant fonde son argumentation sur six erreurs que le juge de première instance aurait commises et, en conséquence, l’appelant soumet les six questions suivantes énoncées au paragraphe 25 de son mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION]

a. The decision of the Application Judge raises the following issues:

- i. First issue: Did the Application Judge err in law in concluding that the Respondent was not given a fair hearing?
- ii. Second issue: Did the Application Judge err in concluding that the officer has jurisdiction to consider international and constitutional law issues?
- iii. Third issue: Did the Application Judge err in law in concluding that the officer has jurisdiction to decide whether the Respondent's removal or expulsion would violate Canadian law?
- iv. Fourth issue: Did the Application Judge err in law in concluding that the officer failed to appreciate the significance of *Baker*?
- v. Fifth issue: Did the Application Judge err in relying on the case of *R. v. Hape* for the proposition that the Minister or his delegate has jurisdiction to deal with international law?
- vi. Sixth issue: Removal of an alien parent does not violate the *Charter* nor international law.

[20] For his part, the respondent proposes four issues as follows (respondent's memorandum of fact and law, at paragraph 18):

- (i) Does the immigration official taking a decision under Section 25 of the Immigration and Refugee Protection Act have the obligation to consider all of the arguments submitted by the humanitarian applicants? When the officer refuses to consider some arguments, is this a violation of *audi alteram partem*?
- (ii) What is the proper role of international law under the Immigration and Refugee Protection Act given the clear expression of intention by the legislator in Section 3(3)(f) of the Act?
- (iii) Is there an obligation under international law to respect Mr. Okoloubu's marriage and the right to the protection of

a. La décision du juge de première instance soulève les questions suivantes :

- i. Première question : Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'intimé n'avait pas eu droit à une audience équitable?
- ii. Deuxième question : Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que l'agente avait compétence pour trancher des questions de droit international et des questions constitutionnelles?
- iii. Troisième question : Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'agente avait compétence pour décider si le renvoi ou l'expulsion du demandeur serait contraire au droit canadien?
- iv. Quatrième question : Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'agente n'avait pas apprécié l'importance de l'arrêt *Baker*?
- v. Cinquième question : Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en se fondant sur l'arrêt *R. c. Hape* pour affirmer que le ministre ou son représentant avait compétence pour trancher des questions de droit international?
- vi. Sixième question : Le renvoi d'un parent étranger n'est pas contraire à la *Charte* ni au droit international.

[20] L'intimé soulève quant à lui les quatre questions suivantes (mémoire des faits et du droit de l'intimé, au paragraphe 18) :

[TRADUCTION]

- i) L'agent d'immigration qui rend une décision en vertu de l'article 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés est-il tenu d'examiner tous les arguments présentés par les demandeurs pouvant être admis pour des motifs d'ordre humanitaire? Y a-t-il violation de la règle *audi alteram partem* lorsque l'agent refuse d'examiner certains arguments?
- ii) Quel est le rôle du droit international dans le cadre de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés compte tenu de l'intention du législateur clairement exprimée à l'alinéa 3(3)f) de la Loi?
- iii) Le droit international impose-t-il l'obligation de respecter le mariage de M. Okoloubu et le droit à la protection de la vie

family life in the absence of any other significant countervailing considerations?

(iv) What is the impact of the applicant's marriage and the fact that his wife is pregnant with his child? What is the significance of the *Baker* decision of the Supreme Court?

[21] The respondent also believes that "a more appropriate question" based on the proper standards to be applied in the assessment of a humanitarian application that raises the subjects of marriage and family life should have been certified (respondent's memorandum of fact and law, at paragraph 15).

[22] The question that the respondent proposed for certification was (respondent's memorandum of fact and law, at paragraph 15):

Do the guarantees of articles 23 and 24 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* regarding the protection of family life and the protection of children mandate the acceptance of requests for humanitarian consideration when there is a Canadian child or Canadian spouse who is affected by the decision in the absence of significant countervailing considerations?

[23] Although framed differently, the issues suggested by both parties focus on the examination of the judgment under appeal in light of: (1) the place and the role of international law in the immigration context (paragraph 3(3)(f) of the Act); (2) the role and duties of the officer dealing with an H&C application including the manner in which, if at all, Canada's international obligations must be considered and weighed by the officer acting in that capacity; and (3) the negative decision of the officer.

[24] I therefore propose to collapse the issues suggested by the parties into those three general headings.

Standard of Review

[25] Pursuant to paragraph 74(d) of the Act, the certification of a "question of general importance" triggered the present appeal. However, the object of the appeal is still the judgment itself, that is the decision of a judge sitting in judicial review to which the principles

familiale en l'absence d'autres facteurs défavorables d'envergure?

(iv) Quelles sont les conséquences du mariage du demandeur et du fait que sa conjointe attende son enfant? Quelle est la portée de l'arrêt *Baker* rendu par la Cour suprême?

[21] L'intimé estime également qu'aurait dû être certifiée [TRADUCTION] « une question plus appropriée » fondée sur les normes qu'il convient d'appliquer en matière de demande d'ordre humanitaire et traitant du mariage et de la vie familiale (mémoire des faits et du droit de l'intimé, au paragraphe 15).

[22] L'intimé a proposé pour certification la question suivante (mémoire des faits et du droit de l'intimé, au paragraphe 15) :

[TRADUCTION] Les garanties énoncées aux articles 23 et 24 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* quant à la protection de la famille et la protection de l'enfant rendent-elles obligatoire l'acceptation de demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire lorsqu'un conjoint canadien ou un enfant canadien est touché par la décision en l'absence de facteurs défavorables d'envergure?

[23] Bien que formulées de façon différente, les questions en litige soulevées par les parties portent principalement sur l'analyse de la décision portée en appel à la lumière : 1) de l'importance et du rôle du droit international en matière d'immigration (alinéa 3(3)f) de la Loi); 2) du rôle et des obligations de l'agent traitant une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, y compris la façon, le cas échéant, dont les obligations du Canada en droit international doivent être prises en compte et évaluées par l'agent agissant à ce titre; et 3) de la décision défavorable de l'agent.

[24] Je propose donc de réunir les questions soumises par les parties sous ces trois rubriques générales.

Norme de contrôle

[25] En application de l'alinéa 74d) de la Loi, la certification d'une « question de portée générale » a entraîné le présent appel. Cependant, l'objet de l'appel est bien le jugement lui-même, c'est-à-dire la décision d'un juge saisi d'une demande de contrôle judiciaire et

outlined in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 apply. Therefore, the selection of the proper standard of review by the applications Judge constitutes a question of law and is reviewable on a standard of correctness.

[26] In the case at bar, the applications Judge did not mention which standard of review he was applying when reviewing the officer's decision to deny the application.

[27] However, it is clear from his reasons that he directed his attention solely toward the jurisdiction of the officer and her refusal "to deal with international law and constitutional issues" (reasons for order, at paragraph 2) without reviewing the officer's findings of fact.

[28] I therefore agree with the appellant that this is not a case where the Court owes any degree of deference to the applications Judge's findings.

[29] While subsection 25(1) of the Act gives a broad discretion to the Minister, the issue of whether the Minister's delegate has jurisdiction to consider questions of international and constitutional law under this provision is a question of law. The applications Judge's conclusion on this issue is therefore reviewable on the standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, at paragraph 8.

[30] The issue of whether the officer properly exercised her discretion under subsection 25(1) of the Act is reviewable on the standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 51.

[31] Finally, it is well established that the content of procedural fairness is determined by the courts based on the circumstances of a given case. Therefore, on the question of whether the respondent was granted a fair hearing, our Court would:

à qui s'applique le principe énoncé dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. En conséquence, le choix de la norme de contrôle appropriée par le juge de première instance est une question de droit; elle est susceptible de contrôle et commande l'application de la norme de la décision correcte.

[26] En la présente espèce, le juge de première instance n'a pas précisé quelle norme de contrôle il appliquait lors du contrôle de la décision défavorable de l'agente.

[27] Toutefois, il ressort clairement de ses motifs qu'il a concentré son attention uniquement sur la compétence de l'agente et sur son refus de « trancher des questions de droit international et des questions constitutionnelles » (motifs de l'ordonnance, au paragraphe 2) sans soumettre les conclusions de fait de l'agente au contrôle judiciaire.

[28] Je partage donc l'avis de l'appelant selon lequel, en l'espèce, aucune retenue ne devrait être appliquée aux conclusions de fait du juge de première instance.

[29] Bien que le paragraphe 25(1) de la Loi accorde au ministre un large pouvoir discrétionnaire, la question de savoir si le représentant du ministre a compétence pour trancher des questions de droit international et de droit constitutionnel en vertu de cette disposition est une question de droit. La conclusion du juge de première instance sur cette question est donc susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, au paragraphe 8.

[30] La question de savoir si l'agente a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée en vertu du paragraphe 25(1) de la Loi est susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 51.

[31] Enfin, il est bien établi que les tribunaux définissent la nature de l'obligation d'équité procédurale selon les circonstances d'une affaire donnée. En conséquence, quant à la question de savoir si l'intimé a eu droit à une audience équitable, notre Cour :

... only intervene if satisfied that the reviewing judge had made a palpable and overriding error in applying the duty of fairness to the particular facts. (John M. Evans, “The Role of Appellate Courts in Administrative Law” (2007), 20 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1, at page 25.)

[32] This being said, I now turn my attention to paragraph 3(3)(f) of the Act.

Analysis

(1) Paragraph 3(3)(f) of the Act

[33] Paragraph 3(3)(f) of the Act can be found under the heading Objectives and Application. It reads:

3. (1) ...

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

[34] The scope of this paragraph was examined in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] 1 S.C.R. vii (*de Guzman*), cited by the applications Judge, at paragraph 11 of his reasons. In *de Guzman*, one of the issues before our Court was whether paragraph 117(9)(d) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227], which denied the appellant a sponsorship of her sons as members of the family class because she had not declared them when she applied to come to Canada, was inconsistent with “international human rights instruments to which Canada is signatory” under paragraph 3(3)(f), which protect children’s interests and the right of families to live together. Although *de Guzman* examines compliance of a provision with international instruments, rather than the officer’s jurisdiction to consider such instruments, the following propositions are helpful in the present case.

[TRANSLATION] [...] ne peut intervenir que si elle est convaincue que le juge saisi du contrôle a commis une erreur manifeste et dominante lors de l’application de l’obligation d’équité procédurale à des faits précis. (John M. Evans, « The Role of Appellate Courts in Administrative Law » (2007), 20 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1, à la page 25.)

[32] Ceci étant dit, nous examinerons maintenant l’alinéa 3(3)(f) de la Loi.

Analyse

1) L’alinéa 3(3)(f) de la Loi

[33] L’alinéa 3(3)(f) se trouve sous la rubrique Objet de la loi et voici ce qu’il prévoit :

3. (1) [...]

(3) L’interprétation et la mise en oeuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

[...]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire.

[34] La portée de cet alinéa a été examinée dans l’arrêt *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 1 R.C.S. vii (*de Guzman*), cité par le juge de première instance, au paragraphe 11 de ses motifs. Dans *de Guzman*, l’une des questions en litige dont notre Cour était saisie était de savoir si l’alinéa 117(9)(d) [mod. par DORS/2004-167, art. 41] du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227], qui refusait à l’appelante le parrainage de ses fils en tant que membres de la catégorie du regroupement familial parce qu’ils n’avaient pas fait l’objet d’un contrôle à des fins d’immigration lorsque l’appelante avait présenté sa demande de résidence permanente au Canada, était incompatible avec les « instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire » visés à l’alinéa 3(3)(f) qui protège l’intérêt supérieur de l’enfant et le droit des familles de vivre ensemble. Bien que l’arrêt *de Guzman* se penche plutôt sur le respect des instruments internationaux par une disposition législative

[35] Speaking for the Court, my colleague Evans J.A. stated, at paragraph 87:

Paragraph 3(3)(f) should be interpreted in light of the modern developments in the courts' use of international human rights law as interpretative aids. Thus, like other statutes, the IRPA must be interpreted and applied in a manner that complies with "international human rights instruments to which Canada is signatory" that are binding because they do not require ratification or because Canada has signed and ratified them. These include the two instruments on which counsel for Ms. de Guzman relied heavily in this appeal, namely, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, and the *Convention on the Rights of the Child*. Thus, a legally binding international human rights instrument to which Canada is signatory is determinative of how the IRPA [the Act] must be interpreted and applied, in the absence of a contrary legislative intention.

[36] Evans J.A. opined that paragraph 3(3)(f) also applies to non-binding instruments to which Canada is signatory (at paragraph 88). However, as in *de Guzman*, it is not necessary here to discuss the effect of paragraph 3(3)(f) with respect to non-binding international human rights instruments since the respondent relies on the ICCPR, an international instrument which is legally binding on Canada.

[37] Finally, in *de Guzman*, Evans J.A. agreed with de Montigny J.'s reasons in *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 664 (F.C.) that "paragraph 3(3)(f) does not incorporate into Canadian law 'international human rights instruments to which Canada is signatory', but merely directs that IRPA [the Act] must be construed and applied in a manner that complies with them" (*de Guzman*, at paragraph 73) (emphasis added).

[38] In the present context, I find that this principle is sufficient to set the place of the ICCPR in the section 25

que sur la compétence de l'agent pour examiner de tels instruments, les propositions suivantes sont utiles en l'espèce.

[35] S'exprimant au nom de la Cour, voici ce que mon collègue, le juge Evans, a dit, au paragraphe 87 :

L'alinéa 3(3)(f) devrait être interprété à la lumière de l'utilisation moderne par les cours du droit international en matière de droits de la personne comme instrument d'interprétation. Ainsi, à l'instar des autres lois, la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d'une manière conforme « aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » et qui sont contraignants parce qu'il n'est pas nécessaire que le Canada les ratifie ou parce que le Canada les a signés et ratifiés. Ces instruments comprennent les deux instruments dont M^{me} de Guzman a fait grand cas dans le présent appel, soit le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Ainsi, un instrument international portant sur les droits de l'homme qui est juridiquement contraignant et dont le Canada est signataire est déterminant quant à la façon d'interpréter et de mettre en œuvre la LIRP [la Loi], en l'absence d'une intention législative contraire.

[36] Le juge Evans a exprimé l'avis que l'alinéa 3(3)(f) s'applique également aux instruments qui ne sont pas juridiquement contraignants dont le Canada est signataire (au paragraphe 88). Toutefois, comme dans *de Guzman*, il n'est pas nécessaire d'analyser les effets de l'alinéa 3(3)(f) sur les instruments en matière des droits de l'homme qui ne sont pas contraignants étant donné que l'intimé invoque le PIRDPC, un instrument international qui est juridiquement contraignant pour le Canada.

[37] Enfin, dans *de Guzman*, le juge Evans a souscrit aux motifs du juge de Montigny dans la décision *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 664 (C.F.) selon lesquels « l'alinéa 3(3)(f) n'a pas pour effet d'intégrer dans le droit canadien les "instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire", mais énonce simplement que la LIRP [la Loi] doit être interprétée et mise en œuvre d'une manière qui est compatible avec ceux-ci » (*de Guzman*, au paragraphe 73) (non souligné dans l'original).

[38] Dans le présent contexte, je conclus que ce principe suffit à bien intégrer le PIRDPC dans la

application which was in front of the officer. However, before turning to the next heading, I must briefly address one particular question raised by the applications Judge, at paragraph 12 on his own initiative, a question which, according to him, “should be thought through and at a higher level”:

What ... are the ramifications of the recent decision of the Supreme Court in *R v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292....

[39] It seems that the applications Judge was concerned that the leading decision of the Supreme Court in *Baker* and our Court’s decision in *de Guzman* might have to be revisited in light of *Hape* because in *Hape*, Mr. Justice LeBel “followed the adoptionist approach to the reception of customary international law, by which [at paragraph 36] ‘[p]rohibitive rules of international custom [are] incorporated directly into domestic law through the common law, without the need for legislative action’” (reasons for order, at paragraph 12).

[40] For the purposes of this appeal, it is not necessary to look at *Hape* and to embark on a long discussion of this otherwise important decision.

[41] Suffice to say that *Hape* deals with a different matter that is the interpretation of section 32 of the Charter and the application of the Charter to extraterritorial searches and seizures conducted by Canadian police officers in a criminal context. However, I note that while discussing the relationship between domestic law and international law, Mr. Justice LeBel, writing for the majority, reminded us that “[i]t is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law” (*Hape*, at paragraph 53).

[42] Further discussion of *Hape* is of no assistance to the present appeal and I move on to the second question.

(2) Role and Duties of the H&C Officer

demande dont était saisie l’agente en vertu de l’article 25. Toutefois, avant de passer à la prochaine rubrique, je dois traiter brièvement d’un point particulier que le juge de première instance, au paragraphe 12, a soulevé de son propre chef, lequel point, estime-t-il, « devrai[t] être examin[é] avec soin par une instance supérieure » :

Quelles sont [...] les incidences de l’arrêt récemment rendu par la Cour suprême dans l’affaire *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 [...]

[39] Il semble que le juge de première instance était préoccupé par le fait que l’arrêt de principe *Baker* rendu par la Cour suprême et notre décision dans *de Guzman* doivent être réexaminés compte tenu de l’arrêt *Hape* dans lequel M. le juge LeBel « recourt à la méthode de l’adoption pour la réception du droit international coutumier, par laquelle [au paragraphe 36] “[l]es règles prohibitives du droit international coutumier [sont] incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n’ait à intervenir” » (motifs de l’ordonnance, au paragraphe 12).

[40] Aux fins du présent appel, il n’est pas nécessaire d’examiner l’arrêt *Hape* et de se lancer dans une longue analyse de cette décision, par ailleurs importante.

[41] Il suffit de dire que *Hape* traite d’un sujet différent qui est l’interprétation de l’article 32 de la Charte et de son application aux fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l’étranger par des policiers canadiens dans un contexte lié à la criminalité. Je remarque cependant que M. le juge LeBel, s’exprimant pour les juges majoritaires, alors qu’il examinait la relation entre le droit interne et le droit international, nous a rappelé que « [s]elon un principe d’interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international » (*Hape*, au paragraphe 53).

[42] L’examen plus à fond de *Hape* n’est d’aucune utilité dans le cadre du présent appel. Je passe donc à la deuxième question en litige.

2) Rôle et obligations de l’agente tenue d’évaluer la demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire

[43] In the Court below and in their respective memoranda, the parties have debated at length the question of whether or not the officer has jurisdiction to deal with international law. At times, they used the verbs “consider”, “deal”, “interpret” or “decide” as if those terms were interchangeable.

[44] That discussion has led to a debate on the applicability of the rationale in *Covarrubias*, where our Court concluded that the PRRA officer had no implied jurisdiction to consider constitutional issues: at paragraphs 47-57.

[45] While the applications Judge found *Covarrubias* to be “clearly distinguishable” (reasons for order, at paragraph 18) for the reason that the officer in that case was carrying out a pre-removal risk assessment, the appellant claims that it applies “with equal force and *a fortiori* to the case at bar” (appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 52).

[46] The practical considerations at issue in the present case are different from those in a PRRA. While officers carrying out an H&C and a PRRA analysis do not generally possess legal expertise and are not empowered to “hear and determine [*connaître des*] all questions of law and fact, including questions of jurisdiction” as stated in subsection 162(1) of the Act, H&C officers are routinely required to consider the protection of children’s interests, a principle found in a number of international instruments, as part of their analysis. The PRRA officer, on the other hand, “has no obligation to consider, in the context of the PRRA, the interests of a Canadian-born child when assessing the risks involved in removing at least one of the parents of that child”: *Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 3 (F.C.A.), at paragraph 20.

[47] The respondent suggests that the protection of children’s interests and family life mandate the acceptance of H&C requests “in the absence of

[43] En première instance et dans leur mémoire respectif, les parties ont débattu à fond la question de savoir si l’agente avait compétence pour trancher des questions de droit international. Elles ont parfois utilisé les verbes « examiner », « traiter », « interpréter » ou « décider », comme si ces termes étaient interchangeables.

[44] Cet exposé a conduit à un débat sur l’applicabilité du raisonnement suivi dans *Covarrubias*, selon lequel notre Cour a conclu que l’agente d’ERAR n’avait pas la compétence implicite pour examiner des questions de droit constitutionnel : aux paragraphes 47 à 57.

[45] Bien que le juge de première instance ait conclu que l’affaire *Covarrubias* était « nettement différente de l’espèce » (motifs de l’ordonnance, au paragraphe 18) en raison du fait que l’agent en cette affaire effectuait un examen des risques avant renvoi, l’appelant soutient qu’elle s’applique [TRADUCTION] « avec la même force et *a fortiori* en l’espèce » (mémoire des faits et du droit de l’appelant, au paragraphe 52).

[46] Les considérations d’ordre pratique en cause sont différentes en l’espèce de celles soulevées dans le cadre d’un ERAR. Alors que les agents procédant à l’analyse d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire et d’une demande d’ERAR ne possèdent généralement pas d’expertise juridique et qu’ils n’ont aucun pouvoir de « connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence », ainsi que le prévoit le paragraphe 162(1) de la Loi, les agents chargés de l’examen des motifs d’ordre humanitaire sont tenus, de façon routinière, de prendre en compte dans le cadre de leur analyse l’intérêt supérieur des enfants, principe qui se trouve dans un certain nombre d’instruments internationaux. Par ailleurs, l’agent d’ERAR « n’est pas tenu de prendre en considération, dans le cadre de l’ERAR, l’intérêt d’un enfant né au Canada lorsqu’il évalue les risques auxquels serait exposé au moins l’un des parents de cet enfant » : *Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 3 (C.A.F.), au paragraphe 20.

[47] L’intimé avance que la protection de l’intérêt supérieur de l’enfant et de la vie familiale rendent obligatoire l’acceptation des demandes fondées sur des

significant countervailing considerations” (respondent memorandum of fact and law, at paragraph 15).

[48] In *Baker*, the Supreme Court affirmed the importance of considering family-related interests in H&C applications. However, *Baker* does not create a *prima facie* presumption that the children’s interests should prevail (*Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 4 F.C. 358 (C.A.), at paragraph 13) and outweigh other considerations “or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children’s interests are given this consideration” (*Baker*, at paragraph 75).

[49] To respect the objectives of the Act in the performance of their duties, H&C officers must bear in mind the “humanitarian and compassionate values” which are enshrined in the Charter and the ICCPR. The principles of non-interference in family life in Article 17, the importance of a family unit and protection thereof by society and the State in Article 23, as well as the child’s “right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State” in Article 24 of the ICCPR are all family-related interests and the officer must have those interests in mind when dealing with a section 25 application.

[50] Applied to the H&C officer’s work, I read *de Guzman*, *Baker* and *Legault*, as meaning that those values must inform the decision of the H&C officer. However, “paragraph 3(3)(f) of the IRPA [the Act] does not require that an officer exercising discretion under s. 25 of the IRPA [the Act] specifically refer to and analyze the international human rights instruments to which Canada is signatory. It is sufficient if the Officer addresses the substance of the issues raised” (*Thiara v. Canada (Citizenship and Immigration)* (2008), 70 Imm. L.R. (3d) 80 (F.C.A.), at paragraph 9).

[51] This brings me to the third heading, namely, the negative decision of the officer.

motifs d’ordre humanitaire [TRADUCTION] « en l’absence de facteurs défavorables d’envergure » (mémoire des faits et du droit de l’intimé, au paragraphe 15).

[48] Dans *Baker*, la Cour suprême a affirmé l’importance de prendre en compte les intérêts relatifs à la famille dans les demandes fondées sur des motifs d’ordre humanitaire. Cependant, l’arrêt *Baker* ne crée pas de présomption *prima facie* selon laquelle l’intérêt supérieur de l’enfant devrait avoir préséance (*Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358 (C.A.), au paragraphe 13) et l’emporter sur d’autres considérations « [ou] qu’il n’y aura pas d’autres raisons de rejeter une demande d’ordre humanitaire même en tenant compte de l’intérêt des enfants » (*Baker*, au paragraphe 75).

[49] Les agents chargés de l’examen de motifs d’ordre humanitaire doivent, pour respecter les objectifs de la Loi dans l’exécution de leurs fonctions, garder à l’esprit les [TRADUCTION] « valeurs humanitaires fondamentales » consacrées par la Charte et le PIRDCP. Les principes de non-immixtion dans la vie de famille prévus à l’article 17, l’importance de la famille et la protection que doivent lui porter la société et l’État suivant l’article 23, et le « droit[de tout enfant], de la part de sa famille, de la société et de l’État, aux mesures de protection qu’exige sa condition de mineur » prévu à l’article 24 du PIRDCP constituent tous des intérêts relatifs à la famille que l’agent doit garder à l’esprit lors du traitement d’une demande fondée sur l’article 25.

[50] Dans le contexte des tâches incombant à l’agent chargé de l’examen de motifs d’ordre humanitaire, les arrêts *de Guzman*, *Baker* et *Legault*, indiquent, selon moi, que celui-ci doit tenir compte de ces valeurs dans sa décision. Cependant, « l’alinéa 3(3)f) de la LIRP [la Loi] n’exige pas qu’un agent, lorsqu’il exerce le pouvoir discrétionnaire prévu par l’article 25 de la LIRP [la Loi], mentionne expressément les instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire et en fasse l’analyse. Il suffit que l’agent traite de la teneur de ces instruments » (*Thiara c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CAF 151, au paragraphe 9).

[51] Ces éléments m’amènent à la troisième rubrique, en l’occurrence la décision défavorable de l’agente.

(3) The Negative Decision of the Officer

[52] The applications Judge placed much importance on the words of the officer regarding her jurisdiction, while leaving the officer's decision *per se* without careful scrutiny. When scrutinizing the officer's decision, attention ought to be given to its substance rather than its form as stated in *Thiara*.

[53] A thorough examination of her decision convinces me that she acknowledged the humanitarian grounds and public policy considerations put forward by the respondent. She did factor into her decision the substantive rights set out in the ICCPR on which the respondent based his application. Had the applications Judge scrutinized the officer's decision, he would have inevitably reached the same conclusion.

[54] More particularly, the officer stated (appeal book, Vol. 2, at pages 222-223):

In accordance with the legislation, *Baker*, *Legault*, and *Hawthorne*, the interests of the children must be well identified and defined. The basis of this principle, as started in *Baker*, stems from Article 3 of the *Convention on the Rights of the Child*. The best interests of the child are an important factor and must be given significant weight. However, this does not mean that the interests of the child outweigh all other factors. It is one of many factors to be considered in assessing whether the humanitarian and compassionate factors in the applicant's circumstances are sufficient to warrant an exemption to applying for her permanent residence outside Canada.

In the applicant submission received December 13, 2006 the applicant made reference to the International Covenant on Civil and Political Rights and the Inter-American Declaration and argued that International law considers that the family has to be able to offer special protection to the child and should the applicant be removed from Canada there would be no more family to protect the child. With regard to international law issues, an officer does not have jurisdiction to deal with international law issues and a Request for Exemption from Permanent Resident Visa Requirement is not the proper venue for resolving such complex issues. Therefore whether his removal will constitute a breach of international law will not be addressed in this decision.

3) La décision défavorable de l'agente

[52] Le juge de première instance a accordé beaucoup d'importance aux propos qu'a tenus l'agente relativement à sa compétence; or il ne s'est pas livré à un examen minutieux de sa décision en soi. Dans l'examen de la décision de l'agent, la teneur de la décision devrait l'emporter sur la forme comme il est dit dans la décision *Thiara*.

[53] L'examen très approfondi de sa décision me convainc que l'agente a reconnu l'existence de motifs d'ordre humanitaire et d'intérêt public avancés par l'intimé. Dans sa décision, elle a pris en compte les droits fondamentaux énoncés dans le PIRDCP sur lesquels l'intimé fonde sa demande de résidence permanente. Si le juge de première instance avait examiné de près la décision de l'agente, il en serait inévitablement venu à la même conclusion.

[54] Plus précisément, voici ce que l'agente a dit (dossier d'appel, vol. 2, aux pages 222 et 223) :

[TRADUCTION] Conformément à la loi, *Baker*, *Legault* et *Hawthorne*, l'intérêt des enfants doit être bien cerné et identifié. Le fondement de ce principe, dont l'ébauche se trouve dans *Baker*, découle de l'Article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. L'intérêt supérieur de l'enfant est un facteur important auquel une attention considérable doit être accordée. Cependant, cela ne signifie pas que cet intérêt l'emporte sur tous les autres facteurs. Il s'agit d'un des nombreux facteurs à examiner lorsqu'on détermine si les motifs d'ordre humanitaire dans les circonstances invoquées par le demandeur de résidence permanente sont suffisants pour justifier une dispense de l'obligation de faire une demande de visa depuis l'étranger.

Dans ses observations déposées le 13 décembre 2006, le demandeur renvoie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Déclaration Interaméricaine, et il soutient que selon le droit international, la famille doit pouvoir offrir une protection spéciale à l'enfant et que, si le demandeur devait faire l'objet d'un renvoi, il n'y aurait plus de famille pour assurer sa protection. En ce qui concerne les questions de droit international, l'agent n'a pas compétence pour trancher des questions de droit international, et la demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent n'est pas le recours qui convient pour résoudre de telles questions complexes. En conséquence, la question de savoir si son renvoi constitue un manquement au droit international ne sera pas traitée dans la présente décision.

The applicant has alleged that the mother of the child has depression and that if the applicant leaves she will not be able to take care of his baby. According to the evidence submitted, after the birth of their child in October 2005, the applicant's wife suffered from "Major Depressive Episode/Post Partum Depression", but there is no evidence to support that this condition continued. There is no evidence to support that the mother will be unable to take care and raise the child in a safe and health [*sic*] environment. The applicant's wife is 38 years old. She lived for over 10 years in the USA prior to coming to Canada and worked as a registered nurse in the USA. She is accustomed to living and working in North America. The evidence does not support that the applicant's wife will be unable to support herself or take care of herself and her child financially or otherwise in Canada. Should the applicant apply for his permanent residency from outside Canada the child can remain with his mother in Canada. His mother is a nurse and there is no evidence to show that the mother will be unable to take care of the child. The applicant stated that there will be no more family to protect the child; however, the applicant submitted no evidence to support this statement. The child will be able to remain with his mother in Canada.

The applicant has argued that he will be indefinitely separated from his wife and child because his wife cannot go back to Nigeria. However, according to a letter received from the applicant's lawyer, dated January 16, 2007, the applicant's wife, Madame Nwogu, returned to Nigeria to attend the funeral of her father-in-law, since the applicant could not attend, and that she would be returning at the end of January 2007 or at the beginning of February 2007. The evidence does not support that he will not be able to see his child after his removal from Canada, the applicant can maintain a relationship with his son. He will not be the only father separated from his child due to Immigration processing reasons. The applicant and his wife underwent fertility treatment knowing that the applicant had no legal status in Canada and they could anticipate that he might be required to leave Canada, which could affect the applicant's wife and child. If the applicant returns to his country of origin, the applicant's wife may stay in Canada as she is a permanent resident with her child. Family separation is the normal consequence of a removal from Canada. Although the best interest[s] of the child is an important factor, I do not find that the applicant has demonstrated unusual, undeserved, or disproportionate hardship.

[55] The officer took into account all relevant factors in her H&C analysis. She considered the present situation of the respondent's spouse in Canada, the interests of his Canadian-born child, the degree of his establishment in Canada, various risk factors faced by the respondent if

Le demandeur soutient que la mère de l'enfant est en dépression et que s'il quittait elle ne serait plus capable de prendre soin de son poupon. Selon la preuve présentée, après la naissance de leur enfant en octobre 2005, la conjointe du demandeur a souffert d'un « épisode de dépression majeure/dépression post-partum », mais aucun élément de preuve n'étaye que cet état se poursuit, ni que la mère ne serait pas en mesure de prendre soin de l'enfant et de l'élever dans un milieu à la fois sécuritaire et sain. La conjointe du demandeur est âgée de 38 ans. Elle a vécu aux États-Unis plus de 10 ans et y a travaillé comme infirmière autorisée avant de venir au Canada. Elle est familière avec le style de vie et le monde du travail nord-américains. Les éléments de preuve soumis n'étaient pas que la conjointe du demandeur sera incapable d'assurer son existence ou de prendre soin de sa personne ou de son enfant d'un point de vue financier ou autrement au Canada. Si le demandeur introduit sa demande de résidence permanente de l'extérieur, l'enfant peut demeurer au Canada avec sa mère. Elle est infirmière et aucune preuve n'indique qu'elle sera dans l'incapacité d'en prendre soin. Le demandeur déclare qu'il n'y aurait plus de famille pour protéger l'enfant; toutefois, il ne présente aucune preuve en ce sens. L'enfant pourra demeurer avec sa mère au Canada.

Le demandeur soutient qu'il serait séparé de sa conjointe et de son enfant pour une période indéterminée car sa conjointe ne peut retourner au Nigeria. Cependant, selon une lettre reçue de l'avocat du demandeur, datée du 16 janvier 2007, la conjointe du demandeur, Madame Nwogu, est retournée au Nigeria pour assister aux funérailles de son beau-père, puisque le demandeur ne le pouvait pas, et elle devait y retourner à la fin janvier ou au début février 2007. Aucun élément de preuve n'étaye que le demandeur ne sera pas en mesure de voir son enfant après son renvoi du Canada, celui-ci pouvant maintenir une relation avec son fils. Il ne sera pas le seul père séparé de son enfant en raison du déroulement de la procédure d'immigration. Le demandeur et sa conjointe se sont soumis à des traitements de fertilité en sachant que le demandeur n'avait aucun statut juridique au Canada et ils pouvaient prévoir qu'il serait possiblement contraint de quitter le Canada, ce qui obligerait sa conjointe et son enfant à composer avec son absence. Si le demandeur retourne dans son pays d'origine, sa conjointe peut demeurer au Canada avec son enfant, car elle est une résidente permanente. La séparation familiale est la conséquence normale d'un renvoi du Canada. Bien que l'intérêt supérieur de l'enfant soit un facteur important, j'estime que le demandeur n'a pas démontré qu'il rencontrerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[55] L'agente a pris en compte tous les facteurs pertinents dans son analyse portant sur les motifs d'ordre humanitaire. Elle a examiné la situation actuelle de la conjointe du demandeur au Canada, l'intérêt de son enfant né au Canada, son degré d'établissement au

he were to return to Nigeria, and other factors such as his conviction followed by completion of community service. Having carefully considered these factors, the officer concluded that the respondent failed to show that he or his family would face unusual, undeserved or disproportionate hardship as a result of his departure from Canada to apply for a permanent resident visa from Nigeria.

[56] The officer was alert and sensitive to the respondent's family situation, including the interests of his Canadian-born child. The interests of the child were "well identified and defined" (*Legault*, at paragraph 12) and "examine[d] with a great deal of attention" (at paragraph 11); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hawthorne*, [2003] 2 F.C. 555 (C.A.), at paragraph 32).

[57] The officer, however, noted that the evidence did not support the proposition that the respondent's wife continued to have health issues or that she would be unable to care for herself or her child as a result of the respondent's departure from Canada.

[58] In addition, in the absence of sufficient evidence on the record before her, the officer was unable to reach a conclusion with respect to the respondent's establishment in Canada as a business person and the economic consequences of his return to Nigeria.

[59] The officer also considered various relevant risk factors that the respondent would face if he returned to his country of origin, including the respondent's individual circumstances as well as the overall country conditions that have improved in the last few years. She further noted that in September 2006, the respondent applied for a temporary resident permit so that he could leave Canada in order to attend his father's funeral.

[60] While the officer stated that she did "not have jurisdiction to deal with international law" (appeal book, at page 222), it is clear that she addressed in substance

Canada, les divers facteurs de risques auxquels serait exposé l'intimé s'il devait retourner au Nigeria, ainsi que d'autres facteurs tels que sa déclaration de culpabilité suivie de l'exécution de service communautaire. Après avoir pris en compte ces facteurs, l'agente a conclu que l'intimé n'avait pas démontré que lui ou sa famille rencontrerait des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives en raison de son départ du Canada pour déposer du Nigeria une demande de visa de résident permanent.

[56] L'agente a été attentive et sensible à la situation familiale de l'intimé, y compris aux intérêts de son enfant né au Canada. Ceux-ci ont été « bien identifié[s] et défini[s] » (*Legault*, au paragraphe 12) et « examin[és] avec beaucoup d'attention » (au paragraphe 11; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hawthorne*, [2003] 2 C.F. 555 (C.A.), au paragraphe 32).

[57] Cependant, l'agente a constaté que les éléments de preuve présentés ne permettaient pas de conclure que les problèmes de santé de la conjointe de l'intimé ont continué, ou qu'elle serait incapable de prendre soin de sa personne ou de son enfant en raison du départ de l'intimé du Canada.

[58] De plus, en raison de l'insuffisance de la preuve versée au dossier dont elle était saisie, l'agente n'a pu arriver à une conclusion relativement à l'établissement de l'intimé en tant qu'homme d'affaires au Canada, ni sur les conséquences économiques de son retour au Nigeria.

[59] L'agente a aussi examiné divers facteurs de risques auxquels l'intimé serait exposé s'il retournait dans son pays d'origine, y compris des aspects de sa situation personnelle ainsi que les conditions générales du pays qui se sont améliorées au cours des dernières années. Elle a de plus remarqué qu'en septembre 2006 l'intimé avait présenté une demande de permis de séjour temporaire pour lui permettre de quitter le Canada de façon à assister aux funérailles de son père.

[60] Bien que l'agente ait affirmé [TRADUCTION] « ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international » (dossier d'appel, à la page 222), il

the different and important interests at stake, giving careful weight to the interests of the child and the importance of the family unit. Therefore, this Court's intervention is not warranted and it becomes unnecessary to address the applications Judge's finding that the respondent was deprived of a fair hearing.

[61] I must now deal with the certified question.

The Certified Question

[62] For ease of reference, I reproduce again the certified question:

Does an immigration officer in charge of assessing an application under section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (for an exemption from the obligation to present an application for an immigrant visa from outside Canada) have jurisdiction to consider whether an applicant's removal would breach the *International Covenant on Civil and Political Rights*, more specifically Articles 17, 23 and 24?

[63] I agree with the appellant that the applications Judge erred when suggesting that the officer should have asked herself "whether Mr. Okoloubu's removal would violate Canadian law" (reasons for order, at paragraph 19). Pursuant to section 25 of the Act, the officer's jurisdiction is limited to deciding whether H&C considerations justify exempting the respondent from the strict application of permanent resident requirements, and not to decide the validity of a removal order issued against the respondent.

[64] The certified question, in its formulation, reproduces that error. The outcome of the judicial review did not depend on the answer to the certified question as it was certified by the applications Judge.

[65] The certified question being irrelevant and not dispositive of this appeal (*Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167 (F.C.A.), at paragraph 11), it need not be answered.

est évident qu'elle s'est penchée attentivement sur les intérêts divers et importants en cause, en accordant de façon prudente du poids aux intérêts de l'enfant et à l'importance de la famille. En conséquence, l'intervention de notre Cour n'est pas justifiée et il n'est pas nécessaire d'examiner la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'intimé a été privé d'une audience équitable.

[61] Je dois maintenant aborder la question certifiée.

La question certifiée

[62] Pour plus de commodité, je reprends de nouveau la question certifiée :

Est-ce qu'un agent d'immigration chargé de l'évaluation d'une demande présentée en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (pour une exemption de l'obligation de présenter une demande de visa d'immigrant de l'extérieur du Canada) a compétence pour décider si le renvoi d'un demandeur contrevient au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, plus particulièrement à ses articles 17, 23 et 24?

[63] Je conviens avec l'appelant que le juge de première instance a commis une erreur en laissant entendre que l'agente aurait dû se demander « si le fait de renvoyer M. Okoloubu serait contraire au droit canadien » (motifs de l'ordonnance, au paragraphe 19). En vertu de l'article 25 de la Loi, la compétence de l'agente se limite à déterminer si des motifs d'ordre humanitaire justifient que l'intimé soit dispensé de l'application rigoureuse des exigences d'une demande de résidence permanente, et non de statuer sur la validité d'une mesure de renvoi délivrée contre l'intimé.

[64] La formulation de la question certifiée reproduit cette erreur. L'issue de la demande de contrôle judiciaire ne dépendait pas de la réponse à la question qu'avait certifiée le juge de première instance.

[65] La question certifiée n'étant pas pertinente et ne permettant pas de régler le présent appel (*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, au paragraphe 11), il n'est pas nécessaire d'y répondre.

Conclusion

[66] For the reasons above, I propose to allow the appeal, to set aside the judgment of the Federal Court, and giving the judgment that the Federal Court should have given, to dismiss the respondent's application for judicial review.

NOËL J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

Conclusion

[66] Pour les motifs susmentionnés, je propose d'accueillir l'appel, d'annuler la décision de la Cour fédérale, et rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, de rejeter la demande de contrôle judiciaire de l'intimé.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-1544-07
2008 FC 976

T-1544-07
2008 CF 976

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

2431-9154 Québec Inc. (*Respondent*)

2431-9154 Québec Inc. (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. 2431-9154 QUÉBEC INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. 2431-9154 QUÉBEC INC. (C.F.)

Federal Court, Lemieux J.—Montréal, April 1; Ottawa, August 29, 2008.

Cour fédérale, juge Lemieux—Montréal, 1^{er} avril; Ottawa, 29 août 2008.

Air Law — Judicial review of first-level determination by Transportation Appeal Tribunal concerning Minister of Transport's cancellation of respondent's two operator certificates pursuant to Aeronautics Act, s. 7.1(1)(c) — Minister cancelling respondent's Flight Training Unit Operator Certificate (FTUOC), Air Operator Certificate for commercial air service — Tribunal referring Minister's determination back for reconsideration, staying cancellation until consideration concluded — Minister relying on same 30 grounds to justify cancellation of both certificates but Tribunal dividing evidence in two according to each certificate — Therefore, Tribunal only considering 10 of 30 grounds relied on to cancel FTUOC — Under Act, s. 7.1(1), Minister entitled to suspend, cancel or refuse renewal of Canadian aviation document on specific grounds — Minister having onus to justify actions taken under s. 7.1(1) — Act, s. 7.1(1)(c) giving Minister power to cancel operator certificate if Minister of opinion public interest warranted — Minister entitled to examine entire record of licensee or principals thereof before cancelling certificate, including contravention history of operator certificate's holder — Tribunal having no power to exclude consideration of 20 grounds for cancellation relied on by Minister — Exclusion of evidence going to heart of circumstances relied on by Minister in cancelling certificate, contrary to purpose of Act, s. 7.1(1)(c) — Tribunal erring in law by failing to consider all evidence in record — Application allowed.

Droit aérien — Contrôle judiciaire d'une décision au premier palier rendue par le Tribunal d'appel des transports concernant la décision du ministre des Transports d'annuler les deux certificats d'exploitation de la défenderesse en vertu de l'art. 7.1(1)(c) de la Loi sur l'aéronautique — Le ministre a annulé le certificat d'exploitation de l'unité de formation au pilotage (le certificat) et le certificat d'exploitation d'un service commercial aérien de la défenderesse — Le Tribunal a renvoyé au ministre pour réexamen sa décision et a suspendu la décision d'annuler le certificat jusqu'à ce que le ministre ait réexaminé sa décision — Le ministre a invoqué les mêmes 30 motifs pour justifier l'annulation des deux certificats, mais le Tribunal a divisé la preuve en deux selon chaque certificat — Par conséquent, le Tribunal n'a examiné que 10 des 30 motifs invoqués pour annuler le certificat — En vertu de l'art. 7.1(1) de la Loi, le ministre est fondé de suspendre, d'annuler ou de ne pas renouveler un document d'aviation canadien pour des motifs précis — Il incombe au ministre de justifier les mesures prises en vertu de l'art. 7.1(1) — L'art. 7.1(1)(c) de la Loi autorise le ministre à annuler un certificat d'exploitation s'il estime que l'intérêt public le requiert — Le ministre est fondé de considérer le dossier complet du titulaire de la licence ou de ses dirigeants avant d'annuler un certificat, notamment l'historique des contraventions d'un titulaire d'un certificat d'exploitation — Le Tribunal n'avait aucun pouvoir d'exclure la considération de 20 motifs d'annulation que le ministre avait invoqués — L'exclusion de la preuve allait au cœur des circonstances invoquées par le ministre pour l'annulation du certificat et allait à l'encontre du but visé par l'art. 7.1(1)(c) de la Loi — Le Tribunal a commis une erreur de droit en ne considérant pas toute la preuve devant lui — Demande accueillie.

Construction of Statutes — Judicial review of first-level determination by Transportation Appeal Tribunal concerning Minister of Transport's cancellation of respondent's two operator certificates pursuant to Aeronautics Act, s. 7.1(1)(c)

Interprétation des lois — Contrôle judiciaire d'une décision au premier palier rendue par le Tribunal d'appel des transports concernant la décision du ministre des Transports d'annuler les deux certificats d'exploitation de la défenderesse en vertu

— *Whether Aeronautics Act, s. 7.2(1) giving Minister right to appeal to second level of Tribunal from member's determination under Act, s. 7.1(7) — Contradictions existing between English, French versions of Act, s. 7.2(1) regarding right of appeal since English version not giving Minister right to appeal to first-level determination made under s. 7.1(7) while French version granting Minister that right — Contradiction resulting from drafting error in French when s. 7.2(1) amended in 2004 — Judicial review only way to challenge Tribunal's decision — Whether Tribunal misinterpreting Act, s. 7.1(1)(c) in dividing grounds for cancellation of certificates — Mandate of Minister of Transport, officials in Department of Transport to enforce law, regulations in interest of public safety in aviation — S. 7.1(1) intended to provide Minister with tool to promote Act's objective — Public interest engaged when past non-compliance serious, repeated enough that risk of further offences being committed in future.*

This was an application for judicial review of a first-level determination made by the Transportation Appeal Tribunal following an appeal from the Minister of Transport's decision, made pursuant to paragraph 7.1(1)(c) of the *Aeronautics Act*, cancelling the respondent's two operator certificates. Under section 7.1(1) of the Act, the Minister is entitled to suspend, cancel or refuse renewal of a Canadian aviation document on specific grounds. The first certificate cancelled was a Flight Training Unit Operator Certificate (FTUOC) and the other was an Air Operator Certificate to operate a commercial air service for the transportation of passengers or goods. The Tribunal referred the Minister's decision cancelling the FTUOC back to the Minister for consideration and stayed the cancellation until the reconsideration was concluded. The Tribunal also confirmed the cancellation of the Air Operator Certificate. The Minister relied on the same 30 grounds to justify the cancellation of both certificates, which dealt primarily with the respondent's failure to comply with a number of provisions in the *Canadian Aviation Regulations*. However, at the hearing, the Tribunal divided the Minister's evidence into two categories: one for air transport operations and the other for the flight school. Therefore, it considered only 10 of the 30 grounds relied on by the Minister in cancelling the FTUOC.

The principal issue was whether the Tribunal misinterpreted paragraph 7.1(1)(c) of the Act when it divided up the 30 grounds for cancellation common to both of the respondent's operator certificates based on its opinion of which grounds related exclusively to each certificate cancelled by the Minister. A preliminary issue, i.e. whether subsection 7.2(1) of the Act

de l'art. 7.1(1)c) de la Loi sur l'aéronautique — Il s'agissait de savoir si l'art. 7.2(1) de la Loi sur l'aéronautique accorde au ministre un droit d'appel au deuxième palier du Tribunal d'une décision rendue sous l'art. 7.1(7) de la Loi — Il y a une contradiction entre les versions anglaise et française de l'art. 7.2(1) de la Loi quant au droit d'appel parce que le texte anglais n'accorde aucun droit d'appel au ministre d'une décision prise au premier palier sous l'art. 7.1(7) tandis que la version française lui confère ce droit — La contradiction a été causée par une erreur de rédaction lorsque l'art. 7.2(1) a été modifié en 2004 — Le contrôle judiciaire était la seule voie pour contester la décision du Tribunal — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a mal interprété l'art. 7.1(1)c) de la Loi en partageant les motifs d'annulation des certificats — Le mandat du ministre des Transports et des fonctionnaires dans son ministère a pour objectif l'exécution de la loi et des règlements d'application dans l'intérêt de la sécurité publique — L'art. 7.1(1) a pour but de mettre à la disposition du ministre un outil afin de promouvoir l'objectif de la Loi — L'intérêt public est engagé lorsque les non-respects dans le passé sont suffisamment graves et répétitifs permettant de conclure qu'il existe un risque de récidive.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision au premier palier rendue par le Tribunal d'appel des transports donnant suite à l'appel à l'encontre de la décision du ministre des Transports, prise selon l'alinéa 7.1(1)c) de la *Loi sur l'aéronautique*, d'annuler les deux certificats d'exploitation de la défenderesse. En vertu du paragraphe 7.1(1) de la Loi, le ministre est fondé de suspendre, d'annuler ou de ne pas renouveler un document d'aviation canadien pour des motifs précis. Le premier certificat qui a été annulé était le certificat d'exploitation de l'unité de formation au pilotage (le certificat) et le deuxième était le certificat d'exploitation d'un service commercial aérien pour le transport de passagers ou de biens. Le Tribunal a renvoyé au ministre pour réexamen sa décision qui annulait le certificat et il a suspendu la décision du ministre d'annuler le certificat jusqu'à ce que le ministre ait réexaminé sa décision. En outre, le Tribunal a confirmé la décision d'annuler le certificat d'exploitation aérienne. Le ministre a invoqué les mêmes 30 motifs pour justifier l'annulation des deux certificats, qui portaient essentiellement sur l'omission de la défenderesse de se conformer à diverses dispositions du *Règlement de l'aviation canadien*. Cependant, à l'audience, le Tribunal a divisé la preuve du ministre en deux catégories : une pour l'opération du transport aérien et l'autre pour l'école de pilotage. Par conséquent, il n'a examiné que 10 des 30 motifs invoqués par le ministre pour annuler le certificat.

La question principale à trancher était celle de savoir si le Tribunal a mal interprété l'alinéa 7.1(1)c) de la Loi en partageant les 30 motifs d'annulation communs des deux certificats d'exploitation de la défenderesse entre ceux que le Tribunal croyaient étaient seulement reliés à chacun des deux certificats qui ont été annulés par le ministre. De même, une

gives the Minister a right to appeal to the three members at the Tribunal's second level from a member's determination made under subsection 7.1(7) of the Act, was also raised.

Held, the application should be allowed.

There was an obvious contradiction between the English and French versions of the current subsection 7.2(1) of the Act since the English version does not give the Minister a right to appeal a first-level determination made under subsection 7.1(7) while the French version does give the Minister that right. Before subsection 7.2(1) was amended in 2004, neither version gave the Minister a right to appeal to the Tribunal's second level. Given the legislative history of that subsection, the consistency among the Act's provisions granting the Tribunal's powers and the fact that there is pending legislation to make both versions identical by amending the French version, it was determined that the French version of subsection 7.2(1) of the Act that was passed in 2004 resulted from a drafting error. Therefore, the applicant's application for judicial review was the only way to challenge the Tribunal's determination.

Applying principles of statutory interpretation, it was determined that the mandate of the Minister of Transport and officials in the Department of Transport is to enforce the law and regulations in the interest of public safety. The public interest to which paragraph 7.1(1)(c) refers is the public interest in aviation safety. Moreover, the case law reviewed, particularly the Federal Court of Appeal decision in *Swanson v. Canada (Minister of Transport)* clearly demonstrated the purpose of the Act's provisions authorizing the Minister to refuse to issue or amend an aviation document (subsection 6.71(1)) or to suspend or cancel such a document (subsection 7.1(1)) is to provide the Minister with one tool, among others, to promote the objective of the Act. The public interest is engaged when past non-compliance is serious and repeated enough to conclude that there is a risk of further offences and that the operator must therefore stop using the certificate. The onus is on the Minister to provide such a justification. Here, the Minister had relied on all the instances in which the respondent, or its principal, had failed to comply with the Act and regulations as grounds for cancelling the company's two operator certificates. Paragraph 7.1(1)(c) of the Act authorizes the Minister to cancel an operator certificate if "the Minister is of the opinion that the public interest and, in particular, the aviation record of the holder of the document or of any principal of the holder...warrant it". Where a certificate is cancelled on public interest grounds, the Minister is entitled to look at the entire record of the licensee or its principals, that is, all infractions against the Act or regulations. The word "record" ("*antécédents*" in French) in paragraph 7.1(1)(c) of the Act clearly refers to the contravention history of the holder

question préliminaire a été soulevée, soit celle de savoir si le paragraphe 7.2(1) de la Loi accorde au ministre un droit d'appel au deuxième palier du Tribunal devant trois conseillers d'une décision rendue sous le paragraphe 7.1(7) de la Loi.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Il y a une contradiction manifeste entre les versions anglaise et française du paragraphe 7.2(1) de Loi qui est présentement en vigueur. En effet, le texte anglais n'accorde aucun droit d'appel au ministre d'une décision prise au premier palier sous le paragraphe 7.1(7) tandis que la version française lui confère ce droit. Avant la modification du paragraphe 7.2(1) en 2004, ni l'une ni l'autre version n'accordait au ministre un droit d'appel au deuxième palier du Tribunal. À la lumière de l'historique législatif de cette disposition, de l'existence d'une cohérence entre les dispositions de la Loi qui accordaient au Tribunal ses pouvoirs et du fait qu'il y a un texte législatif à venir pour rendre les deux versions identiques en modifiant le texte français, il a été établi que la version française du paragraphe 7.2(1) de la Loi adoptée en 2004 a été causée par une erreur de rédaction. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire du demandeur était la seule voie pour contester la décision du Tribunal.

En appliquant des principes d'interprétation des lois, il a été établi que le mandat du ministre des Transports et des fonctionnaires dans son ministère a pour objectif l'exécution de la loi et des règlements d'application dans l'intérêt de la sécurité publique. L'intérêt public visé par l'alinéa 7.1(1)(c) est l'intérêt public en matière de sécurité aéronautique. Qui plus est, la jurisprudence examinée, notamment la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, démontrait clairement le but visé par les dispositions de la Loi qui autorisent le ministre à refuser de délivrer ou de modifier un document d'aviation (paragraphe 6.71(1)) ou à suspendre ou à annuler un tel document (paragraphe 7.1(1)) est de mettre à la disposition du ministre un outil, parmi d'autres, afin de promouvoir l'objectif de la Loi. L'intérêt public est engagé lorsque les non-respects dans le passé sont suffisamment graves et répétitifs permettant de conclure qu'il existe un risque de récurrence et, donc, que l'opérateur doit cesser d'exploiter le certificat. Le fardeau d'une telle justification incombe au ministre. En l'espèce, le ministre avait invoqué tous les cas de non-respect de la Loi et des règlements d'application commis par la défenderesse ou son dirigeant comme motifs d'annulation dans l'annulation des deux certificats d'exploitation que détenait la compagnie. L'alinéa 7.1(1)(c) de la Loi autorise le ministre à annuler un certificat d'exploitation « s'il estime que l'intérêt public, notamment en raison des antécédents aériens du titulaire ou de ses dirigeants, le requiert ». Dans un cas d'annulation, au motif de l'intérêt public, le ministre est fondé de considérer le dossier complet du titulaire de la licence ou de ses dirigeants, c'est-à-dire tous les cas de manquement à la Loi ou à un règlement

of an operator certificate. Where serious and repeated contraventions occur, the Minister has the authority to cancel the certificate to prevent non-compliance in the interest of aviation safety. In the present case, the Tribunal had no power to exclude consideration of the 20 remaining grounds for cancellation on which the Minister had relied. That exclusion went to the heart of the circumstances relied on by the Minister in cancelling the respondent's certificate and was contrary to the purpose of paragraph 7.1(1)(c) of the Act. The Tribunal thus erred in law by failing to consider all the evidence before it and its decision was unreasonable.

d'application. Le mot « antécédents » (« *record* » en anglais) à l'alinéa 7.1(1)c) de la Loi se réfère clairement à l'historique des contraventions d'un titulaire d'un certificat d'exploitation. Lorsqu'il y a des contraventions sérieuses et répétées, le ministre est fondé, dans l'intérêt de la sécurité aérienne, par annulation, de prévenir un non-respect. En l'espèce, le Tribunal n'avait aucun pouvoir d'exclure la considération de 20 motifs d'annulation que le ministre avait invoqués. Cette exclusion allait au cœur des circonstances invoquées par le ministre pour l'annulation du certificat et allait à l'encontre du but visé par l'alinéa 7.1(1)c) de la Loi. Le Tribunal a donc commis une erreur de droit en ne considérant pas toute la preuve devant lui et sa décision était déraisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 4.84 (as enacted by S.C. 2004, c. 15, s. 7), 6.71(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 4, s. 14; 2001, c. 29, s. 34), 6.72(4) (as enacted by S.C. 2001, c. 29, s. 34), 6.9(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2004, c. 15, s. 12), 7(7) (as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 111), 7.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 4, s. 15; 2001, c. 29, ss. 37, 45(1)(c), (2)(c)(F)), 7.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2004, c. 15, s. 111).

Bill C-7, *An Act to amend the Aeronautics Act and to make consequential amendments to other Acts*, 2nd Sess., 39th Parliament, 2007.

Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433.

Transportation Appeal Tribunal of Canada Act, S.C. 2001, c. 29, ss. 12, 13, 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186(C.A.); affg [1990] 2 F.C. 619 (T.D.) (abridged); (1990), 32 F.T.R. 129 (T.D.); *Bancarz v. Canada (Minister of Transport)*, [2005] C.T.A.T.D. No. 24 (QL).

CONSIDERED:

2431-9154 Québec Inc. (c.o.b. Sept-Îles Aviation Enr.) v. Canada (Minister of Transport), [2007] C.T.A.T.D. No. 16 (QL); *Bancarz v. Canada (Minister of Transport)* (2007), 312 F.T.R. 113; 2007 FC 451; *R. v. Daoust*, [2004] 1

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 4.84 (édicte par L.C. 2004, ch. 15, art. 7), 6.71(1) (édicte par L.C. 1992, ch. 4, art. 14; 2001, ch. 29, art. 34), 6.72(4) (édicte par L.C. 2001, ch. 29, art. 34), 6.9(1) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2004, ch. 15, art. 12), 7(7) (mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 111), 7.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 4, art. 15; 2001, ch. 29, art. 37, 45(1)c), (2)c)(F)), 7.2 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2004, ch. 15, art. 111).

Loi sur le Tribunal d'appel des transports du Canada, L.C. 2001, ch. 29, art. 12, 13, 21.

Projet de loi C-7, *Loi modifiant la Loi sur l'aéronautique et d'autres lois en conséquence*, 2^e sess., 39^e législature, 2007.

Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408 (C.A.); confirmant [1990] 2 C.F. 619 (1^{re} inst.) (abrégée); [1990] A.C.F. n^o 195 (1^{re} inst.) (QL); *Bancarz c. Canada (Ministre des Transports)*, [2005] D.T.A.T.C. n^o 24 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

2431-9154 (Québec Inc. (f.a.s. Sept-Îles Aviation Enr.) c. Canada (Ministre des Transports), [2007] D.T.A.T.C. n^o 16 (QL); *Bancarz c. Canada (Ministre des Transports)*, 2007 CF 451; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217; 2004

S.C.R. 217; (2004), 235 D.L.R. (4th) 216; 180 C.C.C. (3d) 449; 2004 SCC 6; *Asselin v. Canada (Minister of Transport)* (2000), 181 F.T.R. 253 (F.C.T.D.); affd (2001), 281 N.R. 184 (F.C.A.); *Hudgin v. Canada (Attorney General)* (2002), 288 N.R. 288; 2002 FCA 102; *Skyward Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [2009] 2 F.C.R. 219; (2008), 324 F.T.R. 238; 2008 FC 325; *Sierra Fox Inc. v. Canada (Minister of Transport)* (2007), 308 F.T.R. 219; 2007 FC 129; *Kiss v. Canada (Minister of Transport)* (1999), 172 F.T.R. 229 (F.C.T.D.); *Spur Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] C.A.T.D. No. 24 (QL); *Jensen v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] C.A.T.D. No. 49 (QL); *NexJet Aviation Inc. v. Canada (Minister of Transport)*, [2006] C.T.A.T.D. No. 33 (QL).

REFERRED TO:

Abbott Laboratories Ltd. v. M.N.R. (2004), 12 Admin. L.R. (4th) 20; 246 F.T.R. 128; 2004 FC 140; *Butterfield v. Canada (Attorney General)* (2006), 297 F.T.R. 34; 2006 FC 894; *Air Nunavut Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [2001] 1 F.C. 138; (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 267; 187 F.T.R. 16 (T.D.).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed. *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

APPLICATION for judicial review of a first-level determination by the Transportation Appeal Tribunal following an appeal from the Minister of Transport's decision ([2007] C.T.A.T.D. No. 25 (QL)) cancelling the respondent's two aviation-related operator certificates. Application allowed.

APPEARANCES:

Antoine Lippé for applicant.
Charles-Henri Desrosiers for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Desrosiers & Associés, Sept-Îles, Quebec, for respondent.

CSC 6; *Asselin c. Canada (Ministre des Transports)*, [2000] A.C.F. n° 256 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [2001] A.C.F. n° 43 (C.A.) (QL); *Hudgin c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 102; *Skyward Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [2009] 2 R.C.F. 219; 2008 CF 325; *Sierra Fox Inc. c. Canada (Ministre des Transports)*, 2007 CF 129; *Kiss c. Canada (Ministre des Transports)*, [1999] A.C.F. n° 1187 (1^{re} inst.) (QL); *Spur Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] D.T.A.C. n° 24 (QL); *Jensen c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] D.T.A.C. n° 49 (QL); *NexJet Aviation Inc. c. Canada (Ministre des Transports)*, [2006] D.T.A.T.C. n° 33 (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Abbott Laboratories Ltd. c. M.R.N. 2004 CF 140; *Butterfield c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 894; *Air Nunavut Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [2001] 1 C.F. 138 (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, éd. *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision au premier palier rendue par le Tribunal d'appel des transports donnant suite à l'appel à l'encontre de la décision du ministre des Transports ([2007] D.T.A.T.C. n° 25 (QL)) d'annuler les deux certificats d'exploitation aérienne de la défenderesse. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Antoine Lippé pour le demandeur.
Charles-Henri Desrosiers pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Desrosiers & Associés, Sept-Îles, Québec, pour la défenderesse.

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

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

LEMIEUX J.:

LE JUGE LEMIEUX :

Introduction

Introduction

[1] This application, which was filed by the Attorney General of Canada (AGC) acting on behalf of the Minister of Transport (the Minister), is for the judicial review of a first-level determination made on July 24, 2007 by Jean-Marc Fortier, a member of the Transportation Appeal Tribunal of Canada (the Tribunal) [2431-9154 *Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) v. Canada (Minister of Transport)*, [2007] C.T.A.T.D. No. 25 (QL)]. Hearing an appeal by 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation or the respondent) from the Minister's decision on May 8, 2007, to cancel two operator certificates, a decision made under paragraph 7.1(1)(c) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2001, c. 29, s. 37] of the *Aeronautics Act* [R.S.C., 1985, c. A-2] (the Act), which gives the Minister the power to cancel an aviation document if "the Minister is of the opinion that the public interest and ... the aviation record of the holder of the document or of any principal of the holder ... warrant it," the Tribunal determined the following:

[1] La présente demande de contrôle judiciaire, déposée par le procureur général du Canada (PGC) agissant au nom du ministre des Transports (le ministre), vise à obtenir la révision d'une décision au premier palier en date du 24 juillet 2007 [2431-9154 *Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) c. Canada (Ministre des Transports)*, [2007] D.T.A.T.C. n° 25 (QL)] rendue par Jean-Marc Fortier, membre (conseiller) du Tribunal d'appel des transports du Canada (le Tribunal). Donnant suite à l'appel de 2431-9154 Québec Inc. (ci-après Sept-Îles Aviation ou le défendeur) à l'encontre de la décision du 8 mai 2007 du ministre annulant deux certificats d'exploitation, prise selon les dispositions de l'alinéa 7.1(1)c) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2001, ch. 29, art. 37] de la *Loi sur l'aéronautique* [L.R.C. (1985), ch. A-2] (la Loi) qui accorde au ministre le pouvoir d'annulation s'il « estime que l'intérêt public, notamment en raison des antécédents aériens du titulaire ou de tel de ses dirigeants [...] le requiert », le Tribunal décide :

- under subsection 7.1(7) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2001, c. 29, s. 37] of the Act, the Minister's decision of May 8, 2007, cancelling Flight Training Unit Operator Certificate No. 8304 (the certificate or the FTUOC), which had been issued to Sept-Îles Aviation in March 2000, was referred back to the Minister for reconsideration; and
- under subsection 7.1(8) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2001, c. 29, s. 37] of the Act, the Tribunal stayed the Minister's decision to cancel the certificate until the reconsideration was concluded, since it was satisfied that granting a stay would not constitute a threat to aviation safety.

- de renvoyer au ministre pour réexamen, selon le paragraphe 7.1(7) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2001, ch. 29, art. 37] de la Loi, sa décision du 8 mai 2007 qui annulait le certificat d'exploitation d'unité de formation au pilotage n° 8304 (ci-après le certificat) émis à Sept-Îles Aviation en mars 2000; et

- étant convaincu que cela ne constitue pas un danger pour la sécurité aéronautique, il suspend, selon le paragraphe 7.1(8) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2001, ch. 29, art. 37] de la Loi, la décision du ministre d'annuler le certificat jusqu'à ce que le ministre ait réexaminé celle-ci.

[2] In my opinion, it is important to specify the limited scope of the certificate cancelled by the Minister. That certificate authorized the respondent to operate a flight training unit (the flight school) to train aircraft

[2] J'estime qu'il est important de préciser la portée limitée du certificat annulé par le ministre. Ce certificat autorise le défendeur d'exploiter une unité de formation au pilotage (ci-après l'école de pilotage) visant la

pilots; it did not authorize Sept-Îles Aviation to operate a commercial air service for the transportation of passengers or goods. Indeed, Sept-Îles Aviation had operated such a service under another certificate (Air Operator Certificate No. 8260 [the AOC]) issued on October 24, 1990, but the Minister cancelled that certificate as well on May 8, 2007, and the Minister's decision to do so was confirmed by Mr. Fortier in a separate determination on October 2, 2007 [2431-9154 *Québec Inc. (c.o.b. Sept-Îles Aviation Enr.) v. Canada (Minister of Transport)*, [2007] C.T.A.T.D. No. 16 (QL)].

[3] The Minister relied on the same 30 grounds to justify this cancellation of both certificates on the same day. In both cases, the Minister made his decision under paragraph 7.1(1)(c) of the Act. The Tribunal, reviewing the two cancellation decisions, held a single hearing at Sept-Îles on May 29 and 30, 2007, at which it received common evidence from the Minister and Sept-Îles Aviation.

[4] I should note as well that, on August 31, 2007, Justice Blais, then of the Federal Court and now a member of the Federal Court of Appeal, dismissed the AGC's application seeking to have the stay of the cancellation of the flight school certificate lifted until this application for judicial review was heard. Justice Blais concluded that there was a serious issue but that the AGC would not suffer irreparable harm if his motion were not granted and that the balance of convenience favoured Sept-Îles Aviation.

[5] I have reproduced the relevant provisions of the Act and the *Transportation Appeal Tribunal of Canada Act* [S.C. 2001, c. 29] (Tribunal Act) in Schedule 1.

[6] The AGC argues that the Tribunal made three errors that justify setting aside the impugned determination:

- His first argument is that the Tribunal erred in refusing to consider all the evidence submitted to it. In support of this argument, the AGC alleges that, rather than examining the record of the certificate holder, Sept-Îles

formation de pilotes d'aéronefs; il n'autorise pas Sept-Îles Aviation d'exploiter un service commercial aérien pour le transport soit de passagers ou de biens. D'ailleurs, Sept-Îles Aviation avait exploité un tel service sous un autre certificat, mais celui-ci (le certificat n° 8260) avait aussi été annulé le 8 mai 2007 par le ministre et fut l'objet d'une décision distincte de M^e Fortier le 2 octobre 2007 [2431-9154 *Québec Inc. (f.a.s. Sept-Îles Aviation Enr.) c. Canada (Ministre des Transports)*, [2007] D.T.A.T.C. n° 16 (QL)] suivant laquelle le Tribunal a confirmé la décision du ministre d'annuler le certificat d'exploitation aérienne n° 8260 dont Sept-Îles Aviation jouissait depuis le 24 octobre 1990.

[3] Pour justifier cette double annulation le même jour, le ministre, s'appuyant dans les deux cas sur le paragraphe 7.1(1)c) de la Loi, invoquait les mêmes 30 motifs d'annulation pour les deux certificats. Le Tribunal en révision de ces deux décisions d'annulation a tenu une audience unique à Sept-Îles les 29 et 30 mai 2007 y recevant une preuve commune de la part du ministre et de Sept-Îles Aviation.

[4] Je tiens à souligner aussi que le 31 août 2007, le juge Blais, alors membre de la Cour fédérale et maintenant membre de la Cour d'appel fédérale, a rejeté la demande du PGC visant à obtenir un sursis à la suspension de l'annulation du certificat pour l'école de pilotage aérien jusqu'à l'audition du présent contrôle judiciaire. Le juge Blais a conclu, bien qu'il existait une question sérieuse, que le PGC ne subirait aucun préjudice irréparable si sa requête n'était pas accordée et la balance des inconvénients favorisait Sept-Îles Aviation.

[5] Je reproduis à l'annexe 1 les dispositions pertinentes de la Loi ainsi que de la *Loi sur le Tribunal d'appel des transports du Canada* [L.C. 2001, ch. 29] (la Loi sur le Tribunal).

[6] Le PGC prétend que le Tribunal a commis trois erreurs justifiant la cassation de la décision contestée :

- Sa première prétention est que le Tribunal a erré en refusant de considérer toute la preuve qui lui avait été présentée. Au soutien de cet argument, le PGC allègue qu'au lieu d'examiner les antécédents du titulaire du

Aviation, and its main principal, Jacques Lévesque, as required by paragraph 7.1(1)(c) of the Act, the Tribunal wrongly focussed on the record or offences that related solely to the certificate itself. The Tribunal considered only 10 of the 30 grounds relied on by the Minister in cancelling the operator certificate for the school. The AGC therefore submits that the Tribunal failed to consider all the evidence. The AGC takes this argument further and alleges that treating the cancellation of the two certificates as two separate decisions not only made the Tribunal sever the evidence and fail to consider it as a whole but also led to an absurd result. According to the AGC, it is absurd that Sept-Îles Aviation can now continue operating its flight school under certificate No. 8304, the Minister's cancellation of which was stayed by the Tribunal, but must cease its commercial operations because of the cancellation of certificate No. 8260, which the Tribunal confirmed. In the AGC's opinion, it makes no sense for a company to be required to cease its commercial activities on public interest grounds but at the same time to be authorized to continue training pilots.

- His second ground is that the Tribunal made erroneous findings of fact. According to the AGC, those findings resulted directly from the Tribunal's failure to consider all the evidence. He argues that the Tribunal's finding on the seriousness, frequency and repetition of the offences cannot be reasonable or complete because the Tribunal did not analyse all the evidence.

- Finally, the AGC submits that the Tribunal misinterpreted the burden that must be met to cancel a certificate on public interest grounds. He alleges that the Tribunal erred in substituting its discretion on this point for the Minister's, since its role was only to ensure that the Minister's decision was reasonable, not to itself consider whether the public interest warranted cancelling the certificate.

[7] Counsel for Sept-Îles Aviation raised a preliminary issue. In the opinion of this Court, it was a jurisdictional issue that had to be decided before addressing the issues raised by the AGC.

certificat, c'est-à-dire la compagnie Sept-Îles Aviation et son dirigeant principal, monsieur Jacques Lévesque, comme l'exige l'alinéa 7.1(1)c) de la Loi, le Tribunal s'est erronément attardé à examiner les antécédents ou les infractions uniquement rattachées ou reliées au certificat lui-même. Pour l'annulation du certificat de l'exploitation de l'école, le Tribunal retient seulement 10 des 30 motifs invoqués par le ministre. C'est pourquoi le PGC soutient que le Tribunal a omis de considérer toute la preuve. Le PGC pousse l'argument plus loin et allègue que le fait d'avoir traité l'annulation des deux certificats comme étant deux décisions distinctes, a non seulement emmené le Tribunal à scinder la preuve et à ne pas la considérer dans son ensemble, mais cela a également conduit à un résultat absurde. Selon le PGC, il est absurde que Sept-Îles Aviation puisse maintenant continuer d'exploiter son école de pilotage en vertu de son certificat n° 8304, dont l'annulation ordonnée par le ministre a été suspendue par le Tribunal, mais qu'elle doit cesser ses opérations commerciales en raison de l'annulation de son certificat n° 8260 que le Tribunal a confirmée. Selon le PGC, qu'une compagnie doit cesser ses activités commerciales pour des motifs de l'intérêt public mais qu'elle soit, en même temps, autorisée à poursuivre la formation de pilotes n'a aucun sens.

- Son deuxième motif prétend que le Tribunal a tiré des conclusions de faits erronés. Selon le PGC, ces conclusions factuelles erronées découlent directement du défaut du Tribunal de considérer toute la preuve. Il prétend que la conclusion du Tribunal sur la gravité des infractions, leur fréquence et leur répétition ne peuvent être raisonnables et complètes puisque le Tribunal n'a pas analysé toute la preuve.

- En dernier lieu, le PGC soumet que le Tribunal a mal interprété le fardeau nécessaire pour une annulation du certificat sur la base de l'intérêt public. Il allègue que le Tribunal a erré en substituant sa discrétion à celle du ministre sur ce point étant donné qu'il lui incombait uniquement de s'assurer que la décision du ministre était raisonnable, et non pas d'examiner lui-même si l'intérêt public commandait l'annulation du certificat.

[7] Une question préliminaire a été soulevée par le procureur de Sept-Îles Aviation qui, de l'avis de cette Cour, en était une de juridiction qui devait être tranchée avant d'aborder les questions soulevées par le PGC.

[8] That preliminary issue was whether the application for judicial review filed by the AGC with this Court was appropriate in light of subsection 7.2(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2004, c. 15, s. 111] of the Act. To decide this issue, the Court had to determine, based on the principles for interpreting bilingual legislation, whether the Act authorized the Minister to appeal a first-level review determination or whether only the person affected by the determination, that is, Sept-Îles Aviation, could do so. If the Minister could appeal the member's first-level determination, the Court had to consider whether the principles laid down in *Abbott Laboratories Ltd. v. M.N.R.* (2004), 12 Admin. L.R. (4th) 20 (F.C.), were satisfied.

[9] The Court therefore decided to hear the parties on the merits but asked them to submit written representations on the preliminary issue to indicate how the Supreme Court of Canada deals with situations in which the English and French versions are contradictory on their face. The written representations were completed on May 1, 2008.

Tribunal's Determination

[10] I will summarize the essential points of the determination.

[11] First, the Tribunal noted that, on May 8, 2007, the two operator certificates that Transport Canada had issued to Sept-Îles Aviation were cancelled by the Minister under paragraph 7.1(1)(c) on the same 30 grounds.

[12] Although the Minister's grounds for cancelling the two certificates were the same in both cases, the Tribunal decided to sever or separate the evidence presented at the hearing. The Tribunal divided up the Minister's evidence into two categories: one for air transport operations and the other for the flight school. At paragraph 12 of its determination, the Tribunal clearly stated that, to make a determination on the notice of cancellation of the flight school certificate, it would consider only the evidence, grounds and testimony "concerning the flight training unit operations of

[8] La portée de cette question préliminaire est de savoir si le contrôle judiciaire déposé par le PGC devant cette Cour était approprié compte tenu des dispositions du paragraphe 7.2(1) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2004, ch. 15, art. 111] de la Loi. Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer si, selon les principes de l'interprétation des lois bilingues, la Loi autorisait au ministre de faire appel d'une décision en révision au premier palier ou si ce droit était réservé uniquement à la personne concernée c'est-à-dire à Sept-Îles Aviation. Si le ministre pouvait faire appel de la décision du conseiller au premier palier, la Cour devait examiner si les principes élaborés dans *Abbott Laboratories Ltd. c. M.R.N.*, 2004 CF 140 étaient satisfaits.

[9] La Cour a donc décidé d'entendre les parties sur le fond mais elle a demandé à celles-ci de soumettre leurs prétentions écrites sur la question préliminaire à savoir comment la jurisprudence de la Cour suprême du Canada solutionnait un conflit à sa face même entre le texte français et le texte anglais. Les représentations écrites furent complétées le 1^{er} mai 2008.

La décision du Tribunal

[10] Je résume les points essentiels de cette décision.

[11] En premier lieu, le Tribunal note que le 8 mai 2007, en vertu de l'alinéa 7.1(1)c), le ministre annule pour les mêmes 30 motifs d'annulation les deux certificats d'exploitation que Transports Canada avait émis à Sept-Îles Aviation.

[12] Bien que les motifs retenus par le ministre pour justifier l'annulation des deux certificats soient les mêmes dans les deux dossiers, le Tribunal a décidé de scinder ou de séparer la preuve présentée à l'audience. Le Tribunal a, en effet, classé ou divisé la preuve du ministre en deux catégories : une pour l'opération du transport aérien et l'autre pour l'école de pilotage. Au paragraphe 12 de sa décision, le Tribunal indique clairement pour trancher l'avis d'annulation du certificat de l'école de pilotage, il ne considérera que la preuve — les motifs et les témoignages « visant les opérations

Sept-Îles Aviation.” At paragraph 13 of its determination, the Tribunal stated that it would “examine the grounds for cancellation numbered 8 to 13, 17, 18, 21 and 22 to make a determination in this case.” It determined that the other grounds for cancellation would be “considered by the Tribunal in a separate determination that it will make concerning the notice of cancellation of the AOC of Sept-Îles Aviation.”

[13] The Tribunal considered the following grounds for cancellation in the case relating to the cancellation of the flight school operator certificate that Sept-Îles Aviation had held since March 2000 [at paragraph 14]:

[TRANSLATION]

8. On October 30 [2000], 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation), of which Jacques Lévesque was a principal, did not comply with section 103.03 of the *Canadian Aviation Regulations* following a fourth request for return of old original operator certificates. Mr. Lévesque finally informed Transport Canada that the certificates had been destroyed.

9. On April 21, 2001, the chief instructor of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation), Clément Nadeau, resigned as a result of intimidation by Jacques Lévesque. Mr. Nadeau stated that Mr. Lévesque forged his signature to authorize his students' flights.

10. On October 5, 2001, the chief instructor of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation), Jacques Lévesque, complied with the request for corrective measures resulting from the inspection of June 15, 2001. These corrective measures had been required since August 27, 2001.

11. On November 1, 2001, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation), of which Jacques Lévesque was a principal, did not comply with section 103.03 of the *Canadian Aviation Regulations* following two requests to return the original operator certificate No. 8304.

12. On October 12, 2002, 2431-9154 Québec Inc. (Eider Aviation), of which Jacques Lévesque was a principal, did not comply with sections 606.02(2) and 606.02(5) of the *Canadian Aviation Regulations*. It was assessed with a total penalty of \$10 000 (Aviation Enforcement file No. 5504-50955). The penalty was upheld on review, but reduced to \$5 000 on appeal (file No. Q-2942-41 of the Transportation Appeal Tribunal of Canada). The operator

d'unité de formation au pilotage de Sept-Îles Aviation ». Au paragraphe 13 de sa décision, le Tribunal précise qu'il « examinera les motifs d'annulation portant les numéros 8-13, 17-18 et 21-22 pour lui permettre de rendre sa décision dans le présent dossier ». Il décide que les autres motifs d'annulation invoqués « seront considérés par le Tribunal dans la décision distincte qu'il rendra relativement à l'avis d'annulation du certificat d'exploitation aérienne n° 8260 de Sept-Îles Aviation ».

[13] Les motifs d'annulation retenus par le Tribunal dans le dossier concernant l'annulation du certificat pour l'opération de l'école de pilotage que Sept-Îles Aviation détenait depuis mars 2000 sont [au paragraphe 14] :

8. Le 30 octobre [2000], 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./ Eider Aviation) dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, ne s'est pas conformé à l'article 103.03 du *Règlement de l'aviation canadien* suite à une quatrième demande de retour d'anciens certificats d'exploitation originaux. M. Lévesque a finalement informé Transports Canada que les certificats avaient été détruits.

9. Le 21 avril 2001, le chef instructeur de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation), M. Clément Nadeau, a démissionné suite à de l'intimidation de M. Jacques Lévesque. Monsieur Nadeau a déclaré que monsieur Lévesque avait imité sa signature afin d'autoriser le vol de ses étudiants.

10. Le 5 octobre 2001, le chef instructeur de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation), M. Jacques Lévesque s'est conformé à la demande de mesures correctives exigées suite à l'inspection du 15 juin 2001. Ces mesures correctives étaient requises depuis le 27 août 2001.

11. Le 1er novembre 2001, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation) dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, ne s'est pas conformée à l'article 103.03 du *Règlement de l'aviation canadien* suite à deux demandes de retour du certificat d'exploitation original, numéro 8304.

12. Le 12 octobre 2002, 2431-9154 Québec Inc. (Eider Aviation) dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, ne s'est pas conformé au paragraphe 606.02(2) et 606.02(5) du *Règlement de l'aviation canadien*. Une amende totalisant 10 000 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi no 5504-50955). La sanction a été maintenue en révision mais réduite à 5 000 \$ en appel (dossier Q-2942-41 du Tribunal d'appel des transports du Canada). Le certificat

certificate (OC) was suspended for non-payment then reinstated after payment of the penalty on October 5, 2005. The operator continued operations despite the suspension of its OC, thereby committing a new offence (Aviation Enforcement file No. 5504-60582).

13. On May 21, 2003, as chief instructor, Jacques Lévesque, did not comply with section 406.22 of the *Canadian Aviation Regulations* and was assessed a penalty of \$500 (Aviation Enforcement file No. 5504-50956). The decision was reviewed and confirmed by the Transportation Appeal Tribunal of Canada (file No. Q-2939-34).

17. On September 27, 2005, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), of which Jacques Lévesque was a principal, did not comply with section 406.03(1) of the *Canadian Aviation Regulations* and was assessed a penalty of \$5 000 (Aviation Enforcement file No. 5504-59206). This file was reviewed by the Transportation Appeal Tribunal of Canada on April 23, 2007. Transport Canada is awaiting the determination.

18. On August 24, 2005, 2431-9154 Québec Inc., of which Jacques Lévesque was a principal, did not comply with section 406.03 of the *Canadian Aviation Regulations* and was assessed a penalty of \$5 000 (Aviation Enforcement file No. 60582). The penalty was not paid within the time limit and the company is now faced with recovery proceedings by Justice Canada.

21. On December 7, 2006, Transport Canada cancelled Jacques Lévesque's approval as maintenance manager for 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) because he did not fulfill his duties, which included ensuring safe operations.

22. On December 7, 2006, Transport Canada suspended the flight training unit operator certificate of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) because the company no longer met maintenance certification requirements. The company no longer had anyone in charge of maintenance and the maintenance control system was no longer in compliance with the requirements of the *Canadian Aviation Regulations*. The suspension was lifted on February 23, 2007, after the company had met the conditions for reinstatement. [Emphasis added.]

[14] In Schedule 2, I have reproduced the grounds for cancellation relied on by the Minister which the Tribunal did not consider in reviewing the cancellation of the flight school certificate but considered solely in the case involving the cancellation of certificate No. 8260 for the

d'exploitation (CE) a été suspendu pour non paiement et rétabli après paiement de l'amende le 5 octobre 2005. L'opérateur a continué ses opérations malgré la suspension de son CE commettant ainsi une nouvelle infraction (dossier de l'Application de la loi n° 5504-60582).

13. Le 21 mai 2003, en tant que chef instructeur, M. Jacques Lévesque, ne s'est pas conformé à l'article 406.22 du *Règlement de l'aviation canadien* et une amende de 500 \$ (dossier de l'Application de la loi no 5504-50956) lui a été imposée. La décision fut revue et confirmée devant le Tribunal d'appel des transports du Canada (Q-2939-34).

17. Le 27 septembre 2005, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, ne s'est pas conformée au paragraphe 406.03(1) du *Règlement de l'aviation canadien* et une amende de 5 000 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi no 5504-59206). Ce dossier a fait l'objet d'une révision au Tribunal d'appel des transports du Canada le 23 avril 2007. Transports Canada est en attente de la décision.

18. Le 24 août 2005, 2431-9154 Québec Inc. dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, ne s'est pas conformée à l'article 406.03 du *Règlement de l'aviation canadien* et une amende de 5 000 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi no 60582). L'amende n'a pas été payée dans les délais et la compagnie fait présentement l'objet d'une procédure de recouvrement par Justice Canada.

21. Le 7 décembre 2006, Transports Canada a annulé l'approbation en tant que gestionnaire de maintenance de M. Jacques Lévesque pour 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) parce que ce dernier ne s'acquittait pas de ses responsabilités qui consistent, entre autres, à assurer une opération sécuritaire.

22. Le 7 décembre 2006, Transports Canada a suspendu le certificat d'exploitation d'unité de formation au pilotage de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) car la compagnie ne satisfaisait plus aux exigences du maintien de son certificat. La compagnie n'avait plus de personne responsable de la maintenance et le système de contrôle de la maintenance n'était plus conforme aux exigences du *Règlement de l'aviation canadien*. La suspension a été levée le 23 février 2007 après que la compagnie se soit conformée aux conditions de rétablissement. [Soulignement ajouté.]

[14] Je reproduis à l'annexe 2 les motifs d'annulation invoqués par le ministre qui n'ont pas été considérés par le tribunal en révision de l'annulation du certificat visant l'école de pilotage mais retenus par le Tribunal exclusivement pour le dossier de l'annulation de

operation of the commercial air service [see [2007] C.T.A.T.D. No. 16 (QL), at paragraph 11].

[15] After setting out the Minister's grounds that it was going to consider in the case relating to the cancellation of the certificate for the school, the Tribunal summarized the Minister's evidence in support of each of those grounds. Sept-Îles Aviation's evidence was based primarily on the testimony of its president, Jacques Lévesque, and Exhibits R-2 and R-3.

[16] In Chapter VI of its determination, the Tribunal set out its assessment of the evidence in support of the Minister's opinion that the public interest warranted cancelling the certificate owing to the aviation record of the certificate holder and its principal, Mr. Lévesque. The Tribunal stated the following about that evidence:

- It was of the opinion that grounds for cancellation Nos. 8 and 11 were administrative in nature and could not alone be used to warrant a notice of cancellation;
- It was not taking ground for cancellation No. 9 into account because no witnesses had been called in support of that ground;
- Ground for cancellation No. 10 was rejected because Mr. Lévesque had indicated to Transport Canada that corrective measures would be taken, the Minister had observed on October 5, 2001 that Sept-Îles Aviation had complied and "[n]o other offence of this nature has taken place since June 2001" [at paragraph 19];
- Ground for cancellation No. 13, although significant, had been the subject of a request for review by the Tribunal, which had confirmed the \$500 fine assessed. The Tribunal found that no other offence of this nature had occurred since;
- Ground for cancellation No. 17 could not be considered because it was the subject of a request for review before the Tribunal and it would have been inappropriate for the Tribunal to comment on it or take it into consideration in that review hearing for reasons of natural justice.

certificat relatif à l'exploitation du service aérien commercial n° 8260 [voir [2007] D.T.A.T.C. n° 16 (QL), au paragraphe 11].

[15] Ayant indiqué quels motifs invoqués par le ministre il allait considérer pour le dossier concernant l'annulation du certificat pour l'école, le Tribunal résume la preuve du ministre au soutien de chacun des motifs retenus. Quant à elle, la preuve de Sept-Îles Aviation s'appuyait principalement sur le témoignage de son président, M. Jacques Lévesque, et sur les pièces R-2 et R-3.

[16] Au chapitre VI de sa décision, le Tribunal étale son appréciation de la preuve dans le cadre de l'avis du ministre que l'intérêt public exigeait que ce certificat soit annulé en raison des antécédents aériens du titulaire et de son dirigeant, M. Lévesque. Le Tribunal tire de cette preuve les éléments suivants :

- Il est d'avis que les motifs d'annulation n^{os} 8 et 11 sont de natures administratives et ne peuvent être invoqués pour justifier à eux seuls un avis d'annulation;
- Quant au motif d'annulation n° 9, le Tribunal n'en tient pas compte parce qu'aucun témoin a été présenté au soutien de ce motif;
- Le motif d'annulation n° 10 est écarté puisque M. Lévesque avait indiqué à Transports Canada que les correctifs seraient apportés et que le ministre avait constaté le 5 octobre 2001 que Sept-Îles Aviation s'était conformé et qu'« [a]ucune autre infraction de même nature n'est survenue depuis juin 2001 » [au paragraphe 19];
- Le motif d'annulation n° 13, bien que non négligeable, avait fait l'objet d'une requête en révision devant le tribunal qui a confirmé l'amende imposée de 500 \$. Le Tribunal estime qu'aucune autre infraction de cette nature n'a été répétée depuis;
- Le motif d'annulation n° 17 ne peut être considéré puisqu'il fait l'objet d'une demande de révision auprès du Tribunal d'appel des transports du Canada et qu'il serait inapproprié pour le Tribunal de commenter ou d'en tenir compte dans le cadre de la présente audience en révision et ce pour des motifs de justice naturelle.

[17] The only remaining grounds for cancellation were Nos. 12 (flying without the required level of insurance), 18 (suspension for non-payment of penalties) and 21 and 22 (notice of suspension for absence of person responsible for maintenance and non-compliance with maintenance control system). Those grounds related to offences that had occurred in 2002, 2005 and 2006, respectively. The Tribunal determined as follows:

- Grounds for cancellation Nos. 12 and 18 had been settled by payment of significant penalties by Sept-Îles Aviation and, although they were serious grounds, they did not, on their own, warrant the notice of cancellation of the certificate;
- The most serious grounds for cancellation, Nos. 21 and 22, gave cause for concern and had led to the Minister's decision to suspend the operator certificate for the school. According to the Tribunal, the notice of suspension of December 7, 2006, was clearly warranted for the reasons stated by the Minister during Guy Dufour's testimony before the Tribunal. According to Member Fortier, Mr. Dufour had thoroughly explained the shortcomings of Sept-Îles Aviation pertaining to the maintenance manager and the maintenance control system. He wrote [at paragraph 43]: "It is obvious that Mr. Lévesque did not meet his obligations as maintenance manager because he did not fulfill his duties to ensure safe operations."

[18] The Tribunal rejected Mr. Lévesque's argument that he had not received any specific training or taken exams to perform the duties of operations manager and maintenance manager. In the Tribunal's opinion, upon accepting the duties of manager, it became Mr. Lévesque's responsibility to ensure that his business met the requirements of the *Canadian Aviation Regulations* [SOR/96-433] (CARs). To do so, he could not rely on Transport Canada's audits to point out serious shortcomings, especially in terms of maintenance control and meeting the safety standards imposed by the CARs. The Tribunal was of the view that no carrier could operate its business this way and that any holder of an operator certificate issued by the Minister of Transport was responsible for ensuring that the operations and

[17] Il ne reste donc que les motifs d'annulation n° 12 (vols sans niveau d'assurance nécessaire), n° 18 (suspension pour non paiement d'amende) et n°s 21 et 22 (avis de suspension pour absence de personne responsable de la maintenance et le non respect du système de contrôle de la maintenance). Ces motifs d'annulation concernaient des infractions survenues en 2002, 2005 et 2006 respectivement. Le Tribunal tranche :

- Les motifs d'annulation n°s 12 et 18 ont été réglés par le paiement d'amendes importantes par Sept-Îles Aviation et bien que constituant des motifs sérieux, ne justifiaient pas en eux-mêmes l'avis d'annulation du certificat;
- Les motifs d'annulation les plus graves n°s 21 et 22 sont préoccupants et avaient comme conséquence une décision du ministre de suspendre le certificat pour l'exploitation de l'école. D'après le Tribunal, l'avis de suspension du 7 décembre 2006 était nettement justifié pour les raisons énoncées par le ministre lors du témoignage de M. Guy Dufour devant le Tribunal. Selon le conseiller Fortier, ce dernier a expliqué de façon compréhensive les lacunes de Sept-Îles Aviation au niveau du gestionnaire responsable de la maintenance et du système de contrôle de la maintenance. Il écrit [au paragraphe 43] : « Il va de soi que M. Lévesque n'a pas rempli ses engagements à titre de gestionnaire de la maintenance car il ne s'est pas acquitté de ses responsabilités pour assurer une opération sécuritaire. »

[18] Le Tribunal rejette les arguments de M. Lévesque à l'effet qu'il n'avait pas reçu de formation particulière et n'avait pas subi d'examen pour assurer les fonctions de gestionnaire de l'exploitation et gestionnaire de la maintenance. Le Tribunal estime que c'était la responsabilité de M. Lévesque, dès qu'il acceptait ses fonctions de gestionnaire, de s'assurer que son entreprise rencontrait les exigences du *Règlement de l'aviation canadienne* [DORS/96-433] (RAC). Il ne pouvait pour ce faire s'en remettre aux vérifications de Transports Canada pour lui signaler les lacunes importantes surtout au niveau du contrôle de la maintenance et du maintien des normes de sécurité imposées par le RAC. Le Tribunal est d'avis qu'aucun transporteur ne peut exploiter son entreprise de cette façon. La responsabilité qui incombe

safety standards imposed by the CARs were met at all times.

[19] However, the Tribunal [at paragraphs 45-46] found that another factor had to be considered:

However, the evidence shows that, between December 7, 2006 and February 23, 2007, the applicant cooperated with Transport Canada and was able to meet all of the conditions for reinstatement of its FTUOC to the satisfaction of the representatives of the Minister of Transport. These conditions were respected until May 22, 2007, date on which the cancellation of the FTUOC came into effect.

Between February 23, 2007, when the suspension was lifted, and May 22, 2007, the Minister of Transport did not present any evidence that could have warranted a further suspension for serious offences under the applicable regulations, which could have warranted, depending on the circumstances, the issuance of a notice of cancellation. [Emphasis added.]

[20] In the final chapter of its reasons, the Tribunal described the content of the public interest raised by the Minister on several occasions to justify cancelling a certificate, namely the public interest in aviation safety. It analysed several recent decisions of the Transportation Appeal Tribunal of Canada, including the one affirmed by the Federal Court of Canada in *Bancarz v. Canada (Minister of Transport)* (2007), 312 F.T.R. 113, a decision by my colleague Justice Phelan. It quoted paragraphs 48 and 49 of that judgment:

In these other cases, the number of incidents of infractions was much higher than Bancarz's; for example, in *Jensen v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] C.A.T.D. No. 49, there were 65 contraventions over 30 years; in *Spur Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] C.A.T.D. No. 24 (Jensen's company), there were 100 incidents resulting in cancellation. In *Marin v. Canada (Minister of Transport)*, [1995] C.A.T.D. No. 14, the Minister suspended Mr. Marin's AME licence on grounds of incompetence based upon 15 major incidents. Despite the finding of incompetence, Marin was given an opportunity to re-qualify.

Other cases such as *Poole v. Canada (Minister of Transport)*, [2000] C.A.T.D. No. 55 and *Lockhart v. Canada (Minister of Transport)*, [1999] C.A.T.D. No. 29, indicate that in this field of regulated activity there must be either numerous incidents

à tout détenteur d'un certificat d'exploitation émis par le ministre des Transports est de s'assurer en tout temps du respect des normes d'exploitation et de sécurité imposées par le RAC.

[19] Cependant le Tribunal considère qu'un autre facteur doit être considéré [aux paragraphes 45 et 46] :

Toutefois, entre le 7 décembre 2006 et le 23 février 2007, la preuve a démontré que la requérante a collaboré avec Transports Canada et a été en mesure de rencontrer chacune des conditions pour le rétablissement de son certificat n° 8304 à la satisfaction des représentants du ministre des Transports. Ces conditions ont été respectées jusqu'au 22 mai 2007, date d'entrée en vigueur de l'annulation du certificat n° 8304.

Entre la date de la levée de la suspension le 23 février 2007 et le 22 mai 2007, le ministre des Transports n'a présenté aucune preuve qui aurait pu justifier une nouvelle suspension en raison d'infractions graves à la réglementation applicable, ce qui aurait pu justifier, selon les circonstances, l'émission d'un avis d'annulation. [Je souligne.]

[20] Dans le dernier chapitre de ses motifs, le Tribunal décrit le contenu de l'intérêt public que le ministre avait, à plusieurs occasions, soulevé afin de justifier l'annulation d'un certificat — celui de la sécurité aérienne. Il analyse divers décisions récentes du Tribunal d'appel des Transports du Canada dont celle confirmée par la Cour fédérale du Canada dans la décision *Bancarz c. Canada (Ministre des Transports)*, 2007 CF 451, une décision de mon collègue le juge Phelan. Il cite les paragraphes 48 et 49 de ce jugement :

Dans ces autres cas, le nombre de manquements était beaucoup plus élevé que ceux du demandeur; ainsi, dans la décision *Jensen c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] D.T.A.C. n° 49, il y avait eu 65 contraventions sur une période de 30 ans; dans la décision *Spur Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] D.T.A.C. n° 24 (société de Jensen), il y avait eu 100 incidents qui avaient conduit à une annulation. Dans la décision *Marin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1995] D.T.A.C. n° 14, le ministre avait suspendu la licence de TEA de M. Marin pour motifs d'incompétence, après 15 manquements majeurs. Bien qu'il fût déclaré incompétent, M. Marin avait obtenu la possibilité de remplir une nouvelle fois les conditions d'obtention d'une licence.

D'autres précédents, par exemple la décision *Poole c. Canada (Ministre des Transports)*, [2000] D.T.A.C. n° 55, et la décision *Lockhart c. Canada (Ministre des Transports)*, [1999] D.T.A.C. n° 29, montrent que, dans ce domaine d'activité

or major incidents with clear evidence of wrongdoing to justify suspension or cancellation.

[21] The Tribunal found [at paragraph 53] that, “[w]hen relying on the principle of public interest to suspend or cancel a Canadian aviation document, the Minister must be able to show the occurrence of serious events or of several events with clear evidence establishing that the holder of the Canadian aviation document committed offences under the regulations.”

[22] The Tribunal noted that the Minister had been justified in suspending the flight school operator certificate in December 2006 and had imposed conditions for reinstatement that he found appropriate on Sept-Îles Aviation, all of which had to be met to his department’s satisfaction. The Tribunal noted that those conditions had been met by the respondent, that Transport Canada managers had declared that they were satisfied with this and that the suspension of the certificate had therefore been lifted on February 23, 2007, which meant that Sept-Îles Aviation had been authorized to resume its flight school activities.

[23] The Tribunal stated that, three months after reinstatement of its operations, the Minister had notified Sept-Îles Aviation of the cancellation (and not suspension) of certificate No. 8304 even though the company had not been the subject of any other notice of offence between February 23, 2007 (lifting of the suspension) and May 8, 2007 (date of the notice of cancellation). The Tribunal [at paragraph 57] stated the following: “The absence of new offences during this period had a serious impact on the determination that the Tribunal must make concerning the notice of cancellation of the applicant’s FTUOC and will continue to play an essential role in keeping such an operator certificate in effect” [emphasis added].

[24] The Tribunal concluded as follows (at paragraph 59):

Basing itself on the tests set out by the Federal Court in *Bancarz* and applying them to this case, the Tribunal is not

réglementée, il doit y avoir soit de nombreux incidents, soit des incidents majeurs, assortis d’une preuve manifeste de méfaits, avant que soit justifiée une suspension ou une annulation.

[21] Le Tribunal estime [au paragraphe 53] qu’en « invoquant le principe d’intérêt public pour suspendre ou annuler un document d’aviation canadien, le ministre doit être en mesure de démontrer la survenance d’événements graves ou de plusieurs événements accompagnés d’une preuve claire démontrant les infractions à la réglementation par le détenteur du document d’aviation canadien ».

[22] Le Tribunal souligne que le ministre était justifié de suspendre en décembre 2006 le certificat visant l’opération de l’école de pilotage et qu’il avait imposé à Sept-Îles Aviation des conditions de rétablissement qu’il a jugé appropriées et qui devaient toutes être remplies à la satisfaction de son ministère. Il note que ces conditions de rétablissement ont été suivies par le défendeur, que les gestionnaires de Transports Canada s’en sont déclarés satisfaits et qu’en conséquence, la suspension du certificat a été levée le 23 février 2007 ce qui signifiait que Sept-Îles Aviation était autorisée à reprendre ses activités d’exploitation de son école de pilotage.

[23] Le Tribunal signale que trois mois après le rétablissement de ses opérations, le ministre avise cette fois Sept-Îles Aviation de l’annulation (non pas la suspension) du certificat n° 8304 en dépit du fait que la compagnie n’avait fait l’objet d’aucune autre infraction entre le 23 février 2007 (la levée de la suspension) et le 8 mai 2007 (la date de l’avis d’annulation). Selon le Tribunal [au paragraphe 57], « [l]’absence de nouvelles infractions durant cette période a eu, pour le Tribunal, un impact important sur la décision qu’il doit rendre concernant l’avis d’annulation portant sur le certificat d’exploitation d’unité de formation au pilotage de la requérante et continuera à jouer un rôle essentiel pour le maintien en vigueur d’un tel certificat d’exploitation » [soulignement ajouté].

[24] Le Tribunal conclut (au paragraphe 59) :

En s’appuyant sur les critères énoncés par la Cour fédérale dans la décision *Bancarz* et en les appliquant à la présente

satisfied that the Minister of Transport has proved on a balance of probabilities that public interest and, in particular, the aviation record of the applicant and of its principal concerning the operation of the flight training unit, warrant the cancellation of the FTUOC. [Emphasis added.]

[25] As for the second part of the determination, which was made under subsection 7.1(8) of the Act, which authorizes a member of the Tribunal to grant a stay of the cancellation “if he or she is satisfied that granting a stay would not constitute a threat to aviation safety”, the Minister was opposed to a stay because it would have enabled Sept-Îles Aviation to resume operating its school. The Minister referred to Mr. Lévesque’s record and the fact that his company was the subject of a notice cancelling its operations as an air carrier. The Minister simply argued that the grounds of public interest did not favour the reinstatement of the school’s operations.

[26] The Tribunal rejected the Minister’s arguments (at paragraphs 66-67):

The evidence submitted at the hearing demonstrated that the applicant resumed operation of its flight training unit in February 2007 after the suspension was lifted on its FTUOC, as it had then met all requirements imposed by Transport Canada in that regard and specified in the conditions for reinstatement attached to the notice of suspension.

Since resumption of flight training unit operations in February 2007, the evidence also revealed that the applicant continued to comply with the maintenance standards imposed by Transport Canada, and the applicant did not receive any further notice of offence or letter of notification from Transport Canada that might indicate one or more offences under the CARs. Further, the applicant was not involved in any serious incident or accident concerning air safety in the operation of its flight training unit.

Analysis

1. Preliminary Issue

[27] As already noted, the preliminary issue is very simple, namely whether subsection 7.2(1) of the Act gives the Minister a right to appeal to the second level of the Tribunal from a member’s determination under

cause, le Tribunal n’est pas convaincu que le ministre des Transports a démontré selon [sic] la prépondérance des probabilités que l’intérêt public, notamment en raison du dossier d’aviation de la requérante et de son dirigeant en ce qui a trait aux activités de l’unité de formation au pilotage, requiert l’annulation du certificat n° 8304. [Je souligne.]

[25] Quant au deuxième volet de la décision, cette fois sous le paragraphe 7.1(8) de la Loi qui autorise le tribunal « s’il est convaincu que cela ne constitue pas un danger pour la sécurité aéronautique », de prononcer la suspension de l’annulation, le ministre s’y est opposé au motif qu’une telle suspension permettrait à Sept-Îles Aviation de recommencer l’exploitation de son école. Le ministre invoque les antécédents de M. Lévesque, le fait que sa compagnie fait l’objet de l’avis d’annulation de ses opérations de transporteur aérien et, que sans plus, les motifs d’intérêt public ne militent pas en faveur du rétablissement des opérations de son école.

[26] Le Tribunal rejette les arguments du ministre (aux paragraphes 66 et 67) :

La preuve présentée durant l’audience a démontré que la requérante a repris l’exploitation de son unité de formation au pilotage en février 2007 suite à la levée de la suspension de son certificat n° 8304 car elle avait alors rencontré toutes les exigences imposées par Transports Canada à cet égard et spécifiées dans les conditions de rétablissement annexées à l’avis de suspension.

Depuis la reprise de ses opérations reliées à l’unité de formation au pilotage en février 2007, la preuve a également révélé que la requérante a continué de respecter les normes de maintenance imposées par Transports Canada et la requérante n’a pas fait l’objet d’un nouvel avis d’infraction ou autre lettre de notification de Transports Canada qui aurait dénoté une ou des infractions au RAC. En outre, la requérante n’a été impliquée dans aucun incident ou accident grave relié à la sécurité aérienne dans le cadre de son exploitation de l’unité de formation au pilotage.

Analyse

1. La question préliminaire

[27] Tel que mentionné, la question préliminaire est bien simple : elle est de savoir si le paragraphe 7.2(1) de la Loi accorde au ministre un droit d’appel au deuxième palier du Tribunal d’une décision d’un conseiller rendue

subsection 7.1(7) of the Act, which provides that the member may confirm the Minister's decision under paragraph 7.1(1)(c) of the Act or refer the decision back to the Minister for reconsideration.

[28] Clearly, there is an obvious contradiction between the English and French versions of the current subsection 7.2(1) of the Act; the two versions are not ambiguous. The English wording of subsection 7.2(1) does not give the Minister a right to appeal a first-level determination made under subsection 7.1(7) of the Act, while the French version does give the Minister that right. Counsel for Sept-Îles Aviation agrees with this.

[29] As recently confirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, in situations where there is an obvious conflict between the two versions of an enactment, legal authors insist that recourse must be had to the ordinary rules of statutory interpretation, which seek to discover, as counsel for the AGC suggests, [TRANSLATION] "the meaning of the provision that is in harmony with the purpose and scheme of the Act or simply Parliament's intention".

[30] Based on the legislative history of subsection 7.2(1) of the Act since its enactment in 1985, consistency in analysing the Tribunal's powers and Bill C-7 amending the *Aeronautics Act* [*An Act to amend the Aeronautics Act and to make consequential amendments to other Acts*], which is now at the third reading stage in the House of Commons [this bill did not become law before the 39th Parliament ended on September 7, 2008], the AGC submits that Parliament's intention is better reflected in the English version of subsection 7.2(1) of the Act, which has always denied the Minister the right to appeal to three members at the Tribunal's second level from a determination made under subsection 7.1(7) of the Act. In my opinion, the AGC is correct.

[31] A historical analysis of the wording of subsection 7.2(1) reveals that, before that provision was amended in 2004 under an implementing statute, the English and French versions since 1985 had matched, since neither gave the Minister a right to appeal a determination made under subsection 7.1(7). In 2004, the *Public Safety Act*,

en vertu du paragraphe 7.1(7) de la Loi qui prévoit que celui-ci peut soit confirmer la décision du ministre prise sous l'alinéa 7.1(1)c) de la Loi ou soit de renvoyer cette décision au ministre pour réexamen.

[28] Il est évident qu'il existe une contradiction manifeste entre la version française et la version anglaise du paragraphe 7.2(1) de la Loi en vigueur aujourd'hui; les deux versions de ce paragraphe ne sont pas ambiguës. Le texte anglais du paragraphe 7.2(1) n'accorde aucun droit d'appel au ministre d'une décision prise au premier palier sous le paragraphe 7.1(7) de la Loi tandis que la version française lui confère ce droit. Le procureur de Sept-Îles Aviation en convient.

[29] Dans cette circonstance de conflit manifeste entre les deux versions du texte législatif, la doctrine, confirmée récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, exige qu'il faut alors s'en remettre aux règles normales d'interprétation des lois qui visent à découvrir, tel que le suggère le procureur du PGC, « le sens de la disposition qui est en harmonie avec l'objet et l'économie de la loi ou plus simplement l'intention du législateur ».

[30] Le PGC soutient que l'historique législatif du paragraphe 7.2(1) de la Loi depuis son adoption en 1985, ainsi que la cohérence dans l'analyse des pouvoirs du Tribunal d'appel et le Projet de Loi C-7 modifiant la *Loi sur l'aéronautique* [*Loi modifiant la Loi sur l'aéronautique et d'autres lois en conséquence*] présentement au stade de la troisième lecture devant la Chambre des communes [ce projet de loi n'a pas été adopté avant la fin de la 39^e législature, le 7 septembre 2008] démontrent que l'intention du législateur s'exprime mieux dans la version anglaise du paragraphe 7.2(1) de la Loi qui a toujours nié au ministre le droit d'appel au deuxième palier du Tribunal devant trois conseillers d'une décision rendue sous le paragraphe 7.1(7) de cette Loi. J'estime que le PGC a raison.

[31] Une analyse de l'historique du texte du paragraphe 7.2(1) révèle, qu'avant la modification de cette disposition en 2004 sous l'égide d'une loi d'application, les versions anglaises et françaises depuis 1985 concordaient en ce que le ministre ne disposait d'aucun droit d'appel d'une décision rendue en vertu du

2002, S.C. 2004, c. 15 [s. 111], amended section 7.2 of the *Aeronautics Act* to give the Minister, in the French version only, a right to appeal to the second level from a member's determination under subsection 7.1(7), thus creating complete discordance with the English version, which still reflected the legal situation that had existed since the passage of the Act: the Minister had no such right of appeal.

[32] Moreover, prior to the 2004 amendment, which is the source of the contradiction between the provision's two versions as regards the extent of the Minister's right of appeal, the absence of a right of appeal for the Minister was consistently accompanied by a duty to refer the Minister's decision back to the Minister for reconsideration if the Tribunal found that it could not confirm that decision.

[33] This was the case when the Tribunal was reviewing a decision by the Minister to refuse to issue or amend a Canadian aviation document (subsection 6.72(4) [as enacted by S.C. 2001, c. 29, s. 34] of the Act); a decision by the Minister relating to a person's designation under section 4.84 [as enacted by S.C. 2004, c. 15, s. 7] of the Act (paragraph 7(7)(a) [as am. *idem*, s. 111] of the Act); and the decision by the Minister in the case before this Court.

[34] There was also consistency among the Act's provisions granting the Tribunal the power to substitute its own determination for the Minister's decision in cases where it did not confirm that decision. When the Tribunal had that power, the Minister was given a right to appeal to three members at the second level. This situation existed where the Tribunal was reviewing a decision by the Minister to suspend or cancel a Canadian aviation document on the grounds that its holder or the owner or operator of any aircraft, airport or other facility in respect of which it was issued had contravened any provision of Part I of the Act (subsection 6.9(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2004, c. 15, s. 12] of the Act) and where it was reviewing a decision to suspend a Canadian aviation document on the grounds that an immediate threat to aviation safety or security existed or was likely to occur as a result of an act or thing that was being done under the authority of

paragraphe 7.1(7). En 2004, la *Loi de 2002 sur la sécurité publique*, L.C. 2004, ch. 15 [art. 111], modifie l'article 7.2 de la *Loi sur l'aéronautique* pour accorder au ministre dans sa version française seulement un droit d'appel au deuxième palier d'une décision d'un conseiller sous le paragraphe 7.1(7) créant ainsi une antinomie complète avec la version anglaise qui elle reflétait toujours la situation juridique depuis l'adoption de la Loi : le ministre n'avait pas ce droit d'appel.

[32] Qui plus est, avant la modification de 2004, qui est la source de la contradiction entre les deux versions de la disposition sur l'étendue du droit d'appel du ministre, il existait une cohérence entre l'absence du droit d'appel au ministre et l'obligation de renvoyer au ministre pour réexamen une décision du ministre si le Tribunal estime qu'il ne pouvait pas confirmer la décision du ministre.

[33] Tel était le cas lorsque le Tribunal était en révision d'une décision du ministre de refuser de délivrer ou de modifier un document d'aviation canadien (paragraphe 6.72(4) [édicte par L.C. 2001, ch. 29, art. 34] de la Loi); d'une décision du ministre portant sur la désignation de la personne au titre de l'article 4.84 [édicte par L.C. 2004, ch. 15, art. 7] de la Loi (alinéa 7(7)a) [mod., *idem*, art. 111] de la Loi) ainsi qu'une décision du ministre dans le cas devant la Cour.

[34] D'autre part, il existait une cohérence entre les dispositions de la Loi qui accordaient au Tribunal le pouvoir de substituer sa propre décision à celle du ministre là où sa décision n'était pas confirmée. Dans un tel cas, l'existence du pouvoir de substituer, le ministre se voit accorder un droit d'appel au deuxième palier devant trois conseillers. Cette situation existe où le Tribunal est saisi en révision d'une décision du ministre de suspendre ou d'annuler un document d'aviation canadien parce que l'intéressé a contrevenu à la partie I de la Loi (paragraphe 6.9(1) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2004, ch. 15, art. 12] de la Loi) et en révision d'une décision de suspendre un document d'aviation canadien parce qu'un acte ou chose autorisé par ce document a été ou doit être accompli de façon qu'il constitue un danger immédiat ou probable pour la sécurité ou la sûreté aérienne (l'alinéa 7(7)b) [mod., *idem*, art. 111] de la Loi).

the document or that was proposed to be done under the authority of the document (paragraph 7(7)(b) [as *am. idem*, s. 111] of the Act).

[35] The AGC submits that giving the Minister a right to appeal to the second level in cases where the Minister has the right to reconsider the Minister's own decision seems illogical.

[36] Finally, the AGC draws the Court's attention to Bill C-7, which had its first reading on October 29, 2007. That bill [at clause 30] amends subsection 7.2(1) of the Act to make both versions identical. It is the French version that is amended by eliminating the Minister's right to appeal to the second level of the Tribunal from a first-level determination made under subsection 7.1(7).

[37] In my opinion, these three indicia of Parliament's intention are consistent; the French version of subsection 7.2(1) of the Act that was passed in 2004 resulted from a drafting error.

[38] I therefore find that the AGC's application for judicial review in this case was the only way open to the Minister to challenge Member Fortier's determination. Challenging it by way of an application for judicial review is therefore necessary and appropriate.

2. *Dunsmuir*

[39] The parties filed their memorandums before the Supreme Court of Canada decided in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, to reduce the number of standards for the judicial review of decisions of administrative tribunals from three to two, namely correctness and reasonableness; patent unreasonableness has been included in the reasonableness standard. The purpose of that reform undertaken by the Supreme Court was to simplify things and sort out the tests used in reviewing the decisions of administrative decision makers because, according to Justices Bastarache and LeBel, who wrote the majority reasons, "[t]he recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative

[35] Le PGC soumet qu'accorder un droit d'appel au ministre au deuxième palier dans un cas où il possède lui-même le droit de réexaminer sa propre décision semble illogique.

[36] En dernier lieu, le PGC attire l'attention de la Cour au Projet de loi C-7 dont la première lecture a eu lieu le 29 octobre 2007. Celui-ci [à l'article 30] modifie le paragraphe 7.2(1) de la Loi pour rendre les deux versions identiques. C'est la version française qui est modifiée, en éliminant le droit d'appel du ministre au deuxième palier du Tribunal, d'une décision au premier palier prise en vertu du paragraphe 7.1(7).

[37] J'estime que ces trois indices de l'intention du législateur se concordent; la version française du paragraphe 7.2(1) de la Loi adoptée en 2004 a été causée par une erreur de rédaction.

[38] Je conclus donc que la demande de contrôle judiciaire du PGC en l'espèce était la seule voie accessible au ministre pour contester la décision du conseiller Fortier. Sa contestation par moyen de demande de contrôle judiciaire est donc nécessaire et appropriée.

2. *L'arrêt Dunsmuir*

[39] Les parties avaient déposé leurs mémoires avant que la Cour suprême du Canada décide dans *Dunsmuir c. Nouveau Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190 de réduire de trois à deux les normes de contrôle en matière de révision judiciaire des décisions des tribunaux administratifs : celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable; la décision manifestement déraisonnable a été assimilée dans celle de la raisonnable. L'objectif de cette réforme entreprise par la Cour suprême est de simplifier les choses et de mettre de l'ordre dans les critères visant la révision de décisions des décideurs administratifs parce que d'après les juges Bastarache et LeBel qui ont rédigé les motifs de la majorité « l'évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l'application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux

decision makers or judicial review judges” (paragraph 1). In my opinion, it was from this perspective that Justices Bastarache and LeBel developed and stated certain guidelines to make it easier to apply the reform resulting from *Dunsmuir*. This was why the majority in *Dunsmuir* established certain presumptions relating to the scope of the reasonableness and correctness standards of review. Justices Bastarache and LeBel wrote the following at paragraphs 51, 53 and 55:

As we will now demonstrate, questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness while many legal issues attract a standard of correctness. Some legal issues, however, attract the more deferential standard of reasonableness.

...

Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically (*Mossop*, at pp. 599-600; *Dr. Q*, at para. 29; *Suresh*, at paras. 29-30). We believe that the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.

...

A consideration of the following factors will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied:

- A privative clause: this is a statutory direction from Parliament or a legislature indicating the need for deference.
- A discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise (labour relations for instance).
- The nature of the question of law. A question of law that is of “central importance to the legal system . . . and outside the . . . specialized area of expertise” of the administrative decision maker will always attract a correctness standard (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62). On the other hand, a question of law that does not rise to this level may be compatible with a reasonableness standard where the two above factors so indicate. [Emphasis added.]

problèmes, sans qu’une solution n’offre de véritables repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies des demandes de contrôle judiciaire » (le paragraphe 1). C’est dans cette perspective, j’estime, que les juges Bastarache et LeBel ont formulé et énoncé certaines lignes directrices pour nous faciliter la tâche dans l’application de la réforme que *Dunsmuir* représente. C’est pourquoi la majorité dans *Dunsmuir* a créé certaines présomptions quant à la sphère ou le domaine de la norme de contrôle de la raisonabilité et celle de la décision correcte. Les juges Bastarache et LeBel écrivent aux paragraphes 51, 53 et 55 :

Nous verrons qu’en présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonabilité s’applique généralement. De nombreuses questions de droit commandent l’application de la norme de la décision correcte, mais certaines d’entre elles sont assujetties à la norme plus déferente de la raisonabilité.

[...]

En présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s’impose habituellement d’emblée (*Mossop*, p. 599-600; *Dr Q*, par. 29; *Suresh*, par. 29-30). Nous sommes d’avis que la même norme de contrôle doit s’appliquer lorsque le droit et les faits s’entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.

[...]

Les éléments suivants permettent de conclure qu’il y a lieu de déférer à la décision et d’appliquer la norme de la raisonabilité:

- Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l’objet de déférence.
- Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).
- La nature de la question de droit. Celle qui revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d’expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62). Par contre, la question de droit qui n’a pas cette importance peut justifier l’application de la norme de la raisonabilité lorsque sont réunis les deux éléments précédents. [Je souligne.]

[40] With regard to judicial review on the correctness standard, the two Judges stated, at paragraph 57, that existing jurisprudence “may be helpful in identifying some of the questions that generally fall to be determined according to the correctness standard”, including:

- Questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces;
- “True” questions of jurisdiction or *vires*, “where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction” (paragraph 59).
- Questions of general law that are “both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise”, “[b]ecause of their impact on the administration of justice” [at paragraph 60], and questions regarding “jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals” (paragraph 61).

[41] *Dunsmuir* also defined the parameters of a reasonable decision. At paragraphs 46 and 47, Justices Bastarache and LeBel answered the following question: “But what is a reasonable decision?”:

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [Emphasis added.]

[40] Quant à la révision judiciaire selon la norme de la décision correcte, les deux juges nous enseignent, au paragraphe 57, que la jurisprudence « peut permettre de cerner certaines des questions qui appellent généralement l’application de cette norme » dont :

- Les questions touchant au partage législatif entre le Parlement et les provinces;
- Les questions touchant « véritablement » à la compétence (*true questions of jurisdiction or vires*) c’est-à-dire « lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l’a investi l’autorisent à trancher une question. L’interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d’exercer sa compétence » (le paragraphe 59).
- Une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre », une « question [...] étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice » [le paragraphe 60] ou une question concernant la « délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents » (le paragraphe 61).

[41] *Dunsmuir* trace aussi sur les paramètres d’une décision raisonnable. Les juges Bastarache et LeBel répondent aux paragraphes 46 et 47 à la question : « Mais qu’est-ce qu’une décision raisonnable? » :

La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l’origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [Soulignement ajouté.]

[42] I note that the concept of “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” was expressed as follows in the French version: “*l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.*”

[43] In discussing what constitutes a reasonable decision, the Judges writing for the majority elaborated on the concept of deference [at paragraph 48], “so central to judicial review in administrative law”. They warned that courts may not “be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law.” Deference requires “a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision” (quoting Professor Dyzenhaus [“The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed. *The Province of Administrative Law*, at page 286]). “In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system” (paragraphs 48 and 49).

3. Standard of Review

[44] In his written memorandum filed before *Dunsmuir* was decided, counsel for the AGC recommended that the standard of review in this case be that of reasonableness; he reached that conclusion by considering the four factors relevant to the “pragmatic and functional analysis”, which the Supreme Court now refers to simply as the “standard of review analysis” [at paragraph 63]: “(1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal” [at paragraph 64].

[42] Je précise que la notion de « l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » est exprimée dans la version anglaise : « *But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.* »

[43] Dans le contexte de la notion d’une décision raisonnable, les juges écrivant pour la majorité approfondissent la notion de déférence [au paragraphe 48] « si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif ». Ils avertissent que la Cour ne peut pas « non plus invoquer la notion de raisonabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit ». La déférence exige « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision », citant le professeur Dyzenhaus [« The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy » dans M. Taggart, éd. *The Province of Administrative Law*, à la page 286]. « La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s’en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d’une cour de justice et celles d’un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien » (les paragraphes 48 et 49).

3. La norme de contrôle

[44] Dans son mémoire écrit déposé avant que soit prononcé l’arrêt *Dunsmuir*, le conseiller du PGC avait préconisé que la norme de contrôle applicable en l’espèce était celle de la décision raisonnable; il est arrivé à cette conclusion en prenant en considération les quatre facteurs pertinents de l’analyse « pragmatique et fonctionnelle » rebaptisé par la Cour suprême simplement « d’analyse relative à la norme de contrôle » [au paragraphe 63] : « (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de la loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif » [au paragraphe 64].

[45] In *Dunsmuir*, Justices Bastarache and LeBel made two points about the standard of review analysis. At paragraph 62, they wrote:

In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review. [Emphasis added.]

[46] Second, they added [at paragraph 64]: “In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.”

[47] Prior to *Dunsmuir*, cases that discussed the standard of review for decisions of the Transportation Appeal Tribunal of Canada leaned toward the reasonableness standard.

[48] In *Asselin v. Canada (Minister of Transport)* (2000), 181 F.T.R. 253 (F.C.T.D.), Justice Pinard wrote the following at paragraph 11:

Taking into account, therefore, the existence of a privative clause, the expertise of the Appeal Panel, the safety of the public contemplated by the Act and the technical and specialized nature of the Regulations, I am of the view that a standard based on judicial deference is appropriate. However, given that the issue before the Appeal Panel involved not only a question of fact but a question of law pertaining to the interpretation and application of subsection 801.01(2) of the Regulations and par. 2.5 of chapter 1 of standard 821 of the Separation Standards, I believe, as my colleague Gibson J. held in *Killen v. Canada (Minister of Transport)* (June 8, 1999), T-2410-97, in regard to another decision of the same Appeal Panel, that the applicable standard of review is situated somewhere between correctness and patent unreasonableness, that is, it is the reasonableness *simpliciter* standard.

[49] After Mr. Asselin appealed, the Federal Court of Appeal at (2001), 281 N.R. 184, expressed complete agreement with Justice Pinard.

[45] Dans *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel ont apporté deux précisions quant à l’analyse relative à la norme de contrôle. Au paragraphe 62, ils écrivent :

Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle. [Je souligne.]

[46] En second lieu, ils ajoutent que [au paragraphe 64] : « Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable. »

[47] La jurisprudence antérieure à *Dunsmuir* sur la norme de contrôle d’une décision du Tribunal d’appel des Transports du Canada s’inclinait à celle de la raisonabilité.

[48] Le juge Pinard dans *Asselin c. Canada (Ministre des Transports)*, [2000] A.C.F. n° 256 (1^{re} inst.) (QL) écrit ce qui suit au paragraphe 11 :

Compte tenu, donc, de l’existence d’une clause privative, de l’expertise du Comité d’appel, de la sécurité du public visée par la Loi et du caractère technique et spécialisé du Règlement, j’estime qu’une norme fondée sur la retenue judiciaire est appropriée. Toutefois, étant donné que la question devant le Comité d’appel impliquait non seulement une question de fait, mais aussi une question de droit relative à l’interprétation et à l’application du paragraphe 801.01(2) du Règlement et de l’article 2.5 du chapitre 1 de l’article 821 des Normes d’espacement, je considère, comme l’a d’ailleurs déjà décidé mon collègue le juge Gibson dans *Killen c. Canada (ministre des Transports)*, [1999] A.C.F. No. 893, (8 juin 1999), T-2410-97, en regard d’une autre décision du même Comité d’appel, que la norme de contrôle applicable se situe entre la norme de la décision correcte et la norme du caractère manifestement déraisonnable, soit la norme de caractère raisonnable *simpliciter*.

[49] La Cour d’appel fédérale, [2001] A.C.F. n° 43 (QL), suite à l’appel de M. Asselin se dit entièrement d’accord avec le Juge Pinard.

[50] The reasonableness standard was applied in *Butterfield v. Canada (Attorney General)* (2006), 297 F.T.R. 34 (F.C.), at paragraph 70, and *Air Nunavut Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [2001] 1 F.C. 138 (T.D.), at paragraph 47. In *Hudgin v. Canada (Attorney General)* (2002), 288 N.R. 288 (F.C.A.), Justice Evans, at paragraph 7, was prepared to assume, “but without deciding the issue, that the applicable standard in this case is that of unreasonableness.”

[51] Recently, in *Skyward Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [2009] 2 F.C.R. 219 (F.C.), Justice Snider applied the correctness standard to a decision of an appeal panel of the Tribunal when the question at issue was whether the panel had erred in finding that it did not have jurisdiction to review a notice of suspension. Relying on *Nunavut*, above, at paragraph 31, my colleague was of the opinion that that question was a question of pure law or statutory interpretation.

[52] When this application for judicial review was heard, counsel for the applicant argued that the Tribunal had erred in law by misinterpreting paragraph 7.1(1)(c) of the Act when it severed 20 of the grounds for cancellation relied on by the Minister in cancelling the training unit operator certificate. Counsel for Sept-Îles Aviation argues that the reasonableness standard applies.

[53] I am aware of the debate in *Dunsmuir* over the circumstances in which a question of law may be subject to the reasonableness standard.

[54] In the circumstances, I find that I must proceed with an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

[55] I note the following:

- The *Transportation Appeal Tribunal of Canada Act* contains a privative clause in section 21, but that section applies only to a decision “of an appeal panel of the Tribunal”. As we have determined, the Minister could not appeal to an appeal panel in this case. Accordingly,

[50] La norme de la raisonabilité a été appliquée dans *Butterfield c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 894, au paragraphe 70 et dans *Air Nunavut Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [2001] 1 C.F. 138 (1^{re} inst.), au paragraphe 47. Dans l’arrêt *Hudgin c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 102, le juge Evans, au paragraphe 7, était prêt, « mais sans me prononcer sur la question, que la norme applicable en l’espèce est celle du caractère déraisonnable ».

[51] Récemment, la juge Snider dans *Skyward Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [2009] 2 R.C.F. 219 (C.F.) a appliqué la norme de la décision correcte d’une décision d’un comité d’appel du Tribunal lorsque la question en litige était de savoir si le comité d’appel avait erré lorsqu’il a décidé qu’il n’avait pas juridiction d’examiner un avis de suspension. Ma collègue était d’avis que cette question est une question de droit ou une question de l’interprétation des lois s’appuyant sur la décision dans *Nunavut*, précité, au paragraphe 31.

[52] À l’audience de cette demande de contrôle judiciaire, le procureur du demandeur a soutenu que le Tribunal avait commis une erreur de droit; il avait incorrectement interprété les dispositions de l’alinéa 7.1(1)c) de la Loi lorsqu’il a scindé 20 motifs d’annulation invoqués par le ministre à l’appui de l’annulation du certificat d’exploitation de l’unité de formation. Pour sa part, le procureur de Sept-Îles Aviation soutient que la norme de la décision raisonnable s’applique.

[53] Je suis conscient du débat dans *Dunsmuir* à savoir dans quelles circonstances une question de droit peut être assujettie à la norme de la raisonabilité.

[54] J’estime dans les circonstances être obligé d’entreprendre l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

[55] Je constate :

- que la *Loi sur le Tribunal d’appel des transports du Canada* contient une clause privative à l’article 21 mais que celui-ci ne s’applique qu’à une décision « rendue en appel par un comité du Tribunal ». Comme nous l’avons déterminé, le ministre ne pouvait pas dans la décision

no privative clause applies to the member's determination in this case;

- The Tribunal has recognized expertise when deciding a request for review or an appeal on the merits; however, questions of law, including statutory interpretation, do not fall squarely within the expertise of the Tribunal (*Nunavut*, above, at paragraph 47);
- The basic question at issue is a question of law;
- The Tribunal's mandate is to give the aviation public the opportunity to appeal administrative decisions that affect licences or impose penalties under the Act (*Nunavut*, at paragraph 21).

[56] Based on all these factors, I conclude that Parliament intended the correctness standard to apply.

[57] For the reasons that follow, however, I find that the outcome would be the same if the standard of review were reasonableness.

4. Discussion

[58] In my opinion, the main question raised by the AGC is whether the Tribunal misinterpreted paragraph 7.1(1)(c) of the Act when it divided up the 30 grounds for cancellation common to both operator certificates based on its opinion of which grounds related exclusively to each certificate cancelled by the Minister on May 8, 2007.

[59] Subsection 7.1(1) of the Act reads as follows:

7.1 (1) If the Minister decides to suspend, cancel or refuse to renew a Canadian aviation document on the grounds that

qui nous concerne faire appel au comité. En l'espèce, donc, la décision du conseiller n'est pas assujettie à une clause privative;

- le Tribunal a une expertise reconnue lorsqu'il tranche sur le fond d'une demande de réexamen ou lors d'un appel; cependant des questions de droits, tel l'interprétation des lois, ne relèvent pas vraiment de l'expertise du Tribunal (*Nunavut*, précité, au paragraphe 47);
- la question fondamentale en litige est une question de droit;
- le mandat du Tribunal est de donner au secteur du transport aérien la possibilité d'appeler les décisions administratives qui touchent des licences ou imposent des pénalités en vertu de la Loi (*Nunavut*, au paragraphe 21).

[56] L'ensemble de ces facteurs me porte à conclure que le critère de la décision correcte est envisagé par le législateur.

[57] Pour les motifs qui suivront, j'estime, cependant, que le résultat serait le même si la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable.

4. Discussion

[58] J'estime que la question principale soulevée par le PGC est de savoir si le Tribunal a mal interprété l'alinéa 7.1(1)c) de la Loi en partageant les 30 motifs d'annulation communs des deux certificats d'exploitation entre ceux que le Tribunal croyait étaient seulement reliés à chacun des deux certificats d'exploitation qui ont été annulés par le ministre le 8 mai 2007.

[59] Je reproduis les dispositions du paragraphe 7.1(1) de la Loi :

7.1 (1) Le ministre, s'il décide de suspendre, d'annuler ou de ne pas renouveler un document d'aviation canadien pour l'un des motifs ci-après, expédie un avis par signification à personne ou par courrier recommandé ou certifié à la dernière adresse connue du titulaire du document ou du propriétaire, de l'exploitant ou de l'utilisateur de l'aéronef, de l'aéroport ou autre installation que vise le document :

(a) the holder of the document is incompetent,

a) le titulaire du document est inapte;

(b) the holder or any aircraft, airport or other facility in respect of which the document was issued ceases to meet the qualifications necessary for the issuance of the document or to fulfil the conditions subject to which the document was issued, or

b) le titulaire ou l'aéronef, l'aéroport ou autre installation ne répond plus aux conditions de délivrance ou de maintien en état de validité du document;

(c) the Minister is of the opinion that the public interest and, in particular, the aviation record of the holder of the document or of any principal of the holder, as defined in regulations made under paragraph 6.71(3)(a), warrant it.

c) le ministre estime que l'intérêt public, notamment en raison des antécédents aériens du titulaire ou de tel de ses dirigeants — au sens du règlement pris en vertu de l'alinéa 6.71(3)a —, le requiert. [Soulignement ajouté.]

the Minister shall, by personal service or by registered or certified mail sent to the holder or the owner or operator of the aircraft, airport or facility, as the case may be, at their latest known address, notify that person of the Minister's decision. [Emphasis added.]

[60] I will refer to two principles of statutory interpretation. The first was stated by Professor Driedger in his book *Construction of Statutes* [2nd ed., 1983] and has been approved many times by the Supreme Court of Canada. See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21:

[60] Je cite deux principes de l'interprétation des lois. Le premier a été énoncé par le professeur Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* [2^e éd., 1983] et approuvé maintes fois par la Cour suprême du Canada. Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21 :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. [Je souligne.]

[61] The second principle of statutory interpretation was reiterated by Justice Binnie in his concurring reasons in *Dunsmuir*, at paragraphs 150 and 151, where he talked about the nub of the difficulty of determining a decision's reasonableness. He expressed the view "that 'reasonableness' depends on the context. It must be calibrated to fit the circumstances.... The standard ('reasonableness') stays the same, but the reasonableness assessment will vary with the relevant circumstances."

[61] Le deuxième principe relatif à l'interprétation des lois a été repris par le juge Binnie dans ses motifs concourants dans l'arrêt *Dunsmuir*, aux paragraphes 150 et 151, lorsqu'il discutait le nœud du problème de statuer sur la raisonnable d'une décision. Il est d'avis « que la "raisonnabilité" d'une décision tient au contexte. La raisonnable doit être adaptée aux circonstances [...] La norme (celle de la) "raisonnabilité" demeure la même, mais l'appréciation du caractère raisonnable varie selon les faits en cause. »

[62] Since he was of the view [at paragraph 151] that "what is required ... is a more easily applied framework into which the judicial review court and litigants can plug in the relevant context", he stated the following: "No one doubts that in order to overturn an administrative outcome on grounds of substance (i.e. leaving aside errors of fairness or law ...), the reviewing court must

[62] Étant d'avis [au paragraphe 151] « qu'il faut une grille d'analyse que la cour de révision et les parties puissent plus aisément appliquer aux faits en cause », il estime que nul doute que « pour infirmer une décision administrative sur le fond (abstraction faite des erreurs relatives à l'équité ou au droit [...]), la cour de révision doit être convaincue que la décision ne fait pas partie de

be satisfied that the outcome was outside the scope of reasonable responses open to the decision maker under its grant of authority, usually a statute.”

[63] It was at this point in his analysis that Justice Binnie noted the following: “[T]here is always a perspective”, observed Rand J., ‘within which a statute is intended [by the legislature] to operate’: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140.” Justice Binnie asked the following question: “How is that ‘perspective’ to be ascertained?” At paragraph 151, he listed the factors that a reviewing judge “will obviously want to consider”:

- the precise nature and function of the decision maker, including its expertise;
- the terms and objectives of the governing statute (or common law) conferring the power of decision, including the existence of a privative clause; and
- the nature of the issue being decided.

[64] Justice Binnie [at paragraph 151] was of the opinion that “[c]areful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred, for example, the extent to which the decision formulates or implements broad public policy. . . . In some cases, the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced” (emphasis added).

[65] I will now apply these two principles of statutory interpretation to the instant case. The mandate of the Minister of Transport and officials in the Department of Transport is to enforce the law and regulations in the interest of public safety (*Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408 (C.A.) (*Swanson*), at page 424). The public interest to which paragraph 7.1(1)(c) refers is the public interest in aviation safety (*Bancarz*, at paragraph 44). The Minister “bears a heavy responsibility towards the public to ensure that aircraft and air carrier operations are conducted safely. This is especially so for Transport Canada inspectors who are in

celles que pouvait raisonnablement rendre le décideur dans l’exercice du pouvoir que lui confère généralement une disposition législative. »

[63] C’est à ce point dans son analyse que le juge Binnie remarque : « Comme l’a fait observer le juge Rand, [TRADUCTION] “une loi est toujours censée [suivant l’intention du législateur] s’appliquer dans une certaine optique” : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140. » Le juge Binnie pose la question suivante : « Comment doit-on déterminer cette “optique”? » Il énumère au paragraphe 151 les facteurs suivants que la cour de révision « tiendra assurément compte de » :

- la nature et de la fonction précises du décideur, y compris son expertise;
- du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common law) conférant le pouvoir, y compris la présence d’une clause privative, et
- de la nature de la question à trancher.

[64] Le juge Binnie [au paragraphe 151] estime que « [l]’examen attentif de ces éléments révélera l’étendue du pouvoir discrétionnaire, comme la mesure dans laquelle la décision traduit ou met en œuvre une politique publique générale [...] La cour devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d’une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d’autres personnes directement touchées et, d’autre part, l’objectif public poursuivi » (je souligne).

[65] J’applique maintenant les deux principes de l’interprétation des lois à l’instance en cause. Le mandat du ministre des Transports et des fonctionnaires dans son Ministère a pour objectif l’exécution de la loi et des règlements d’application dans l’intérêt de la sécurité publique (*Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408 (C.A.) (*Swanson*), à la page 424). L’intérêt public visé par l’alinéa 7.1(1)c) est l’intérêt public en matière de sécurité aéronautique (*Bancarz*, au paragraphe 44). Le ministre « a la lourde responsabilité envers le public de voir à ce que les opérations liées aux aéronefs et aux transporteurs aériens soient menées en

practice charged with the duty of maintaining safety” (*Sierra Fox Inc. v. Canada (Minister of Transport)* (2007), 308 F.T.R. 219 (F.C.), at paragraph 6), and “the statutory scheme vests broad discretion in the Minister in the interest of public safety” (*Kiss v. Canada (Minister of Transport)* (1999), 172 F.T.R. 229 (F.C.T.D.), at paragraph 31).

[66] As well, Justice Linden wrote the following in *Swanson*, at page 428:

The need for strict compliance with safety standards underscores the obvious importance of passenger safety. The defendant is responsible for the certification of each carrier and their inspection, airworthiness of the equipment and its maintenance. Not only is the granting of the licence the job of this department, but also the need to monitor the airlines to ensure that they remain qualified. One of the warning signs which may alert an inspector that an air carrier is not operating safely, as set out in the *Air Carrier Certification Manual*, is high pilot turnover. Another is inadequate maintenance. Both of these danger signals were abundantly apparent to Transport Canada as they observed Wapiti. [Emphasis added.]

[67] The Federal Court of Appeal’s decision in *Swanson* is important. It was a case in which the widows of three passengers killed in an air crash sued the federal Crown for damages, alleging that the negligence of Department of Transport inspectors had contributed to their loss. Justice Linden, writing for the Federal Court of Appeal, found that the Crown had a civil duty to use reasonable care given that the task of the Department of Transport officials who had issued operating certificates that focussed mainly on the matter of safety “was to enforce the regulations and the ANO’s [Air Navigation Orders] as far as safety was concerned to the best of their ability with the resources at their disposal” (see page 425).

[68] In *Swanson* [at page 426], Justice Linden also held that “the servants of the Crown were negligent in

toute sécurité, cela est particulièrement vrai dans le cas des inspecteurs de Transports Canada qui sont en pratique chargés de maintenir la sécurité » (*Sierra Fox Inc. c. Canada (Ministre des Transports)*, 2007 CF 129, au paragraphe 6) et « le régime législatif accorde au ministre un grand pouvoir discrétionnaire pour protéger l’intérêt public » (*Kiss c. Canada (Ministre des Transports)*, [1999] A.C.F. n° 1187 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 31).

[66] De plus, voici ce que le juge Linden écrit, aux pages 428 et 429 dans *Swanson* :

Le fait qu’il soit essentiel que les normes de sécurité soient rigoureusement respectées met en relief l’importance évidente de la sécurité des passagers. La défenderesse est chargée de la certification et de l’inspection de chaque transporteur, de l’état de navigabilité de l’équipement et de son entretien. Ce ministère est non seulement chargé de délivrer des licences, mais également de surveiller les compagnies aériennes pour s’assurer qu’elles continuent à respecter les conditions requises. Ainsi que le précise le *Manuel de certification des transporteurs aériens*, un des signes avertisseurs qui peut autoriser l’inspecteur à penser que le transporteur aérien n’exerce pas ses activités en toute sécurité est le nombre élevé de changements de pilotes. Un autre signe est l’entretien inadéquat. Ces deux signaux de danger étaient parfaitement évidents pour Transports Canada lorsqu’il observait Wapiti. [Je souligne.]

[67] La décision de la Cour d’appel fédérale dans *Swanson* est importante parce que le juge Linden, au nom de la Cour d’appel fédérale, dans une cause où les veuves de trois passagers tués dans un accident aérien ont poursuivi la Couronne fédérale en dommages-intérêts en alléguant que la négligence des inspecteurs du ministère des Transports avait contribué au préjudice qu’ils avaient subi, a reconnu que la Couronne avait une obligation de nature civile de diligence raisonnable considérant que la mission des fonctionnaires du ministère des Transports qui avaient émis les certificats d’exploitation axés principalement sur la question de la sécurité « consistait à appliquer de leur mieux et avec les ressources qu’ils disposaient les règlements et les ONA [ordonnances sur la navigation aérienne] en tenant compte de la sécurité » (voir la page 425).

[68] Le juge Linden a aussi statué dans *Swanson* [à la page 426] que « les préposés de la Couronne ont fait

their supervision of Wapiti and its pilots.” At pages 427-428 of his reasons, Justice Linden agreed with the Trial Judge, Justice Walsh [[1990] 2 F.C. 619 (T.D.)], who had stated [at page 637] that the plaintiff had to “establish that Transport Canada was negligent with respect to the steps it did not take before the crash” and [at page 635] that the Crown had “plenty of time to remedy this by withdrawing permission” (emphasis added).

[69] At page 429 of *Swanson*, he reviewed the enforcement standards available under the law as well as the practice in this field:

There were also standards set out for enforcement. Four official enforcement techniques were available to Transport Canada: warning, suspension, prosecution and cancellation of a licence. Warnings were used in the case of most first offences. These enforcement techniques could be carried out through four different types of action: referral, administrative, judicial, and joint administrative and judicial. While administrative action was to be used in most cases, the Transport Canada Enforcement Manual stated that it was not to be employed in cases “where it would be clearly ineffective in promoting flight safety and compliance.” The Regional Director had the power to suspend operating certificates, permits, licences and other flight authorization documents.

Contained in ANO series 7 is a guideline of sanctions appropriate to various violations. A first offence of failing to maintain log books could attract a range of punishment varying from a warning to a \$1,000 fine or a 14-day suspension. For the second offence, a 30-60 day suspension or a \$2,500 fine was recommended. This progressive punishment was part of the policy of the Department in treating repeat offences. It is clear that the Department had the responsibility to enforce compliance with the rules as well as performing inspections. [Emphasis added.]

[70] Like Justice Walsh, Justice Linden found at pages 431-432 that “there was plenty of time for them to come to the conclusion that their permission to continue these practices should be withdrawn. Wapiti failed to respond to repeated warnings with anything more than unfulfilled

preuve de négligence dans leur surveillance de Wapiti et de ses pilotes. » Aux pages 427 et 428 de ses motifs, le juge Linden a appuyé les propos du juge Walsh, juge en première instance [[1990] 2 C.F. 619 (1^{re} inst.), à la page 637], que la demanderesse devait « “établir que Transports Canada a été négligent en ne prenant pas les mesures voulues avant l’accident” » et [à la page 635] que la Couronne « “avait tout le temps voulu pour remédier à cette situation en retirant son autorisation” » (je souligne).

[69] À la page 429 de *Swanson*, il revoit les normes de contrainte disponibles dans la loi ainsi que la pratique dans ce domaine :

Il existe également des normes de contrainte. Transports Canada dispose de quatre mesures de contrainte différentes: premièrement, un avertissement; deuxièmement, une suspension; troisièmement, des poursuites; quatrièmement, l’annulation d’une licence. On servait un avertissement dans le cas de la plupart des premières infractions. Ces mesures de contrainte peuvent être exécutées au moyen de quatre types différents de mesures: des mesures de renvoi, des mesures administratives, des mesures judiciaires et des mesures à la fois administratives et judiciaires. On recourait dans la plupart des cas aux mesures administratives, mais le Manuel de l’application des règlements de Transports Canada déclarait qu’on ne devait pas les utiliser lorsque [TRADUCTION] « elles seraient manifestement inefficaces lorsqu’il s’agit de promouvoir la sécurité aérienne et d’encourager le respect des règlements ». Le directeur régional avait le pouvoir de suspendre les certificats, les permis, les licences et les autres documents d’autorisation de vol.

La série 7 des ONA contient des lignes directrices concernant les sanctions appropriées aux diverses infractions. En cas de première infraction, l’omission de tenir des carnets de vol donne lieu à une gamme de sanctions allant d’un avertissement à une amende de 1 000 \$ ou une suspension de 14 jours. En cas de deuxième infraction, une suspension de 30 à 60 jours ou une amende de 2 500 \$ étaient recommandées. Cette progression des peines faisait partie de la politique adoptée par le ministère à l’égard des récidivistes. Le Ministère était manifestement chargé de faire respecter les règlements et de procéder à des inspections. [Je souligne.]

[70] Le juge Linden, comme l’avait statué le juge Walsh, tranche aux pages 431 et 432 que « Transports Canada disposait d’amplement de temps pour en venir à la conclusion qu’il fallait retirer à Wapiti la permission de poursuivre ces pratiques. Wapiti n’a répondu aux

promises to comply with the specifications of their operating certificates. Transport Canada's acceptance of these repeated assurances was entirely inconsistent with its function of promoting passenger safety" (emphasis added). He concluded as follows at page 433 of *Swanson*: "Transport Canada's failure to take any meaningful steps to correct the explosive situation which it knew existed at Wapiti amounted to a breach of the duty of care it owed the passengers" (emphasis added).

[71] Finally, the Transportation Appeal Tribunal of Canada has ruled on the content of public interest under the Act. In *Bancarz*, it wrote [*Bancarz v. Canada (Minister of Transport)*, [2005] C.T.A.T.D. No. 24 (QL), at paragraph 57]:

Subsection 6.71(1) provides another indication of a particular concern which is in the public interest; the aviation record of the applicant, clearly a reference to safety and compliance with aviation. Hence, it is entirely correct for the Department to produce the history or record of the applicant's past contraventions in establishing its concern for the public interest. The public interest as asserted by the Minister is a societal interest that relates to the protection and safety of the public and the users of the system as part of its policy regarding the development, regulation and supervision of all matters connected with aeronautics, and the maintenance of an acceptable level of safety. [Emphasis added.]

[72] In my opinion, this overview of the case law clearly demonstrates the purpose of the Act's provisions authorizing the Minister to refuse to issue or amend an aviation document (subsection 6.71(1) [as enacted by S.C. 1992, c. 4, s. 14; 2001, c. 29, s. 34] of the Act) or to suspend or cancel such a document (subsection 7.1(1) of the Act) on the grounds that "the Minister is of the opinion that the public interest and, in particular, the aviation record of the holder of the document or of any principal of the holder ... warrant it".

[73] The purpose of these two provisions is to provide the Minister with one tool, among others, to promote the objective of the Act, which mandates the Minister and the Minister's officials to ensure public safety in aviation by authorizing the Minister to prevent non-compliance with the Act and regulations. The public interest is

avertissements répétés qu'en formulant des promesses non tenues de respecter les dispositions de ses certificats d'exploitation. En acceptant ces assurances répétées, Transports Canada allait complètement à l'encontre de son rôle de protection de la sécurité des passagers » (je souligne). Il conclut à la page 433 de *Swanson* : « L'omission de Transports Canada de prendre des mesures concrètes pour corriger la situation explosive qu'il savait exister chez Wapiti équivalait à un manquement à l'obligation de diligence à laquelle il était tenu envers les passagers » (je souligne).

[71] Finalement, le Tribunal d'appel des Transports du Canada s'est prononcé sur le contenu de l'intérêt public visé par la loi. Le Tribunal dans *Bancarz* écrit [*Bancarz c. Canada (Ministre des Transports)*, [2005] D.T.A.T.C. n° 24 (QL), au paragraphe 57] :

Le paragraphe 6.71(1) prévoit une autre indication d'une préoccupation particulière qui relève de l'intérêt public; les antécédents aériens du demandeur fait manifestement référence à la sécurité et au respect relié à l'aéronautique. Donc, il est entièrement correct que le ministère présente les antécédents ou le dossier des contraventions antérieures du requérant pour établir ses préoccupations concernant l'intérêt public. L'intérêt public, comme l'a affirmé le ministre, est un intérêt de société qui est relié à la protection et à la sécurité du public et des utilisateurs du système et fait partie de ses politiques concernant le développement, la réglementation et la supervision de toutes affaires reliées à l'aéronautique, de même qu'au maintien d'un niveau acceptable de sécurité. [Je souligne.]

[72] Ce survol de la jurisprudence démontre clairement à mon avis le but visé par les dispositions dans la loi qui autorise le ministre soit de refuser de délivrer ou de modifier un document d'aviation (le paragraphe 6.71(1) [édicte par L.C. 1992, ch. 4, art. 14; 2001, ch. 29, art. 34] de la Loi) ou de suspendre ou d'annuler un tel document (le paragraphe 7.1(1) de la Loi) au motif que « le ministre estime que l'intérêt public, notamment en raison des antécédents aériens du titulaire ou de tel de ses dirigeants [...] le requiert. »

[73] La raison d'être de ses deux dispositions est de mettre à la disposition du ministre un outil, parmi d'autres, afin de promouvoir l'objectif de la Loi qui mandate le ministre et ses fonctionnaires d'assurer la sécurité publique en matière d'aviation en autorisant le ministre de prévenir un non-respect de la Loi et du

engaged when past non-compliance is serious and repeated enough to conclude that there is a risk of further offences and that the operator must therefore stop using the certificate.

[74] The onus is on the Minister to provide such a justification. Here, as already noted, the Minister relied on all the instances in which Sept-Îles Aviation or Jacques Lévesque had failed to comply with the Act and regulations as grounds for cancelling the company's two operator certificates. The documentary and testimonial evidence was the same for both certificates, and everything was debated before the Tribunal in one sitting at Sept-Îles.

[75] This consideration of the public interest to justify a cancellation was not new, nor was the way the Minister's evidence was presented. This procedure was adopted by the Tribunal [at the time the Civil Aviation Tribunal] at the first level in *Spur Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] C.A.T.D. No. 24 (QL). In that case, which was also based on paragraph 7.1(1)(c) of the Act, three operator certificates issued to Spur Aviation by the Minister were cancelled on April 29, 1996. For the three files, the record (non-compliance with the Act and regulations resulting in operator certificate suspensions, violations, fines, suspensions of flight authorities, warnings, inability to comply with conditions for reinstatement, failure of aircraft to meet applicable standards) was the same, and everything was submitted as one case. That common evidence was also used when the Minister, relying again on paragraph 7.1(1)(c), cancelled the aircraft maintenance engineer licence issued to Robert O. Jensen, Spur Aviation's senior manager, [1997] C.A.T.D. No. 49 (QL) [*Jensen v. Canada (Minister of Transport)*].

[76] In *NexJet Aviation Inc. v. Canada (Minister of Transport)*, [2006] C.T.A.T.D. No. 33 (QL), another public interest case under paragraph 7.1(1)(c) of the Act, although there was no double cancellation of operator certificates, the Minister made his case by listing 20

règlement. L'intérêt public est engagé lorsque les non-respects dans le passé sont suffisamment graves et répétitifs permettant de conclure qu'il existe un risque de récidive et, donc, que l'opérateur doit cesser d'exploiter le certificat.

[74] Le fardeau d'une telle justification repose chez le ministre. Tel qu'indiqué, en espèce, le ministre avait invoqué tous les cas de non-respect de la Loi et des règlements d'application commis soit par Sept-Îles Aviation ou par Jacques Lévesque comme motifs d'annulation dans l'annulation des deux certificats d'exploitation que détenait la compagnie. La preuve documentaire et testimoniale étaient identiques pour les deux certificats et le tout a été débattu devant le tribunal durant une même séance à Sept-Îles.

[75] Cette façon de considérer l'intérêt public pour justifier une annulation et de présenter sa preuve de la part du ministre n'était pas nouvelle. Cette procédure a été adoptée par le Tribunal [à l'époque le Tribunal de l'aviation civile] au premier palier dans *Spur Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] D.T.A.C. n° 24 (QL). Dans cette affaire, qui était aussi basée sur l'article 7.1(1)c) de la Loi, il s'agissait de l'annulation le 29 avril 1996 de trois certificats d'exploitation émis à Spur Aviation par le ministre. Pour les trois dossiers, les antécédents (le non-respect de la Loi et des règlements résultant dans des suspensions des certificats d'exploitation, des contraventions, des amendes, des suspensions d'autorités de vols, des avertissements, d'incapacité de conformité aux conditions de remise en vigueur, défaut des aéronefs de répondre aux normes applicables) étaient les mêmes et le tout a été soumis en un seul cas. Cette preuve commune a aussi servi de preuve lorsque le ministre s'appuyant aussi sur le paragraphe 7.1(1)c) a annulé le certificat de technicien d'entretien d'aéronef que détenait Robert O. Jensen, gestionnaire principal de Spur Aviation, [1997] D.T.A.C. n° 49 (QL) [*Jensen c. Canada (Ministre des Transports)*].

[76] Bien qu'il ne s'agissait pas d'une double annulation de certificats d'exploitation, dans *NexJet Aviation Inc. c. Canada (Ministre des Transports)*, [2006] D.T.A.T.C. n° 33 (QL), une autre cause concernant l'intérêt public sous l'article 7.1(1)c) de la Loi, le

grounds for cancellation, the first of which was dated November 20, 2002. The Tribunal concluded as follows, at paragraphs 176 to 178 of its reasons:

The records of NexJet and its principal show a continuing pattern of non-compliance with regulations or its own approved procedures. That is illustrated by the number of suspensions it has incurred in its four-year history. The grounds underlying the suspensions are most often safety related. Several of these suspensions were of short duration as the company took quick action to come into compliance. The troubling factor is that not long after coming into compliance, the company reverts to its former style.

Mr. Kirkpatrick had asked somewhat rhetorically what had happened after October 19, 2005, when that last notice of suspension was rescinded. He pointed out that at that time Transport Canada must be taken to be satisfied that the public interest was being served and that NexJet was a safe operation as it restored the AOC.

What happened next was the company's west coast operation and the litany of unsafe practices that unfolded under Mr. Viridi's stewardship. It could not be said that aviation safety and hence the public interest were being served by allowing NexJet to operate as it did. I concur with the Minister's decision to cancel the AOC. [Emphasis added.]

5. Conclusions

[77] In *Swanson*, Justice Linden rightly noted that: (1) the Act gave the Minister a range of powers for regulating air travel in Canada to ensure public safety; (2) preventing crashes was essential in this context; and (3) in some circumstances, an operator certificate had to be cancelled to put an end to an air carrier's operations.

[78] In paragraph 7.1(1)(c) of the Act, the Parliament of Canada, in clear and precise language, has authorized the Minister to cancel an operator certificate if "the Minister is of the opinion that the public interest and, in particular, the aviation record of the holder of the document or of any principal of the holder . . . warrant it" [emphasis added] (in French: "*le ministre estime que l'intérêt public, notamment en raison des antécédents*

ministre a constitué son dossier par l'énumération de 20 motifs d'annulation dont le premier datait du 20 novembre 2002. Le tribunal a conclu aux paragraphes 176 à 178 de ses motifs :

Les dossiers de NexJet et de son dirigeant démontrent un fonctionnement constant de non respect des règlements ou de ses propres procédures agréées. En témoignent le nombre de suspensions qui ont eu lieu dans le cadre de quatre ans d'existence. Les motifs sous-jacents aux suspensions sont plutôt liés à la sécurité. Plusieurs de ces suspensions ont été de courte durée étant donné que la compagnie a rapidement pris des mesures pour se conformer. Le facteur troublant est que peu après s'être conformé, la compagnie retournait à son ancien mode de fonctionnement.

M. Kirkpatrick avait demandé pour la forme ce qui s'était produit après le 19 octobre 2005, lorsque le dernier avis de suspension avait été annulé. Il a souligné qu'à ce moment-là, Transports Canada devait être considéré satisfait de la façon dont l'intérêt public était pris en compte et que NexJet fonctionnait en toute sécurité, étant donné que l'AOC était de nouveau en vigueur.

Par la suite, les activités de la côte Ouest de la compagnie et la litanie des pratiques non sécuritaires ont été mises en relief sous l'égide de M. Viridi. On ne peut dire que la sécurité aéronautique et donc l'intérêt public étaient respectés lorsque l'on permettait à NexJet de fonctionner comme elle l'a fait. Je souscris à la décision du ministre d'annuler l'AOC. [Je souligne.]

5. Conclusions

[77] Le juge Linden, dans *Swanson*, a signalé à juste titre : 1) que la Loi accordait au ministre une gamme de pouvoirs lui permettant de régir le transport aérien au Canada afin d'assurer la sécurité publique; 2) la prévention d'accidents était essentielle dans ce contexte; et 3) dans certaines circonstances l'annulation d'un certificat d'exploitation dans le but de faire cesser les opérations d'un transporteur aérien était nécessaire.

[78] Le Parlement du Canada, dans un langage clair et précis, à l'alinéa 7.1(1)c) de la Loi a autorisé le ministre d'annuler un certificat d'exploitation s'il « estime que l'intérêt public, notamment en raison des antécédents aériens du titulaire ou de tel de ses dirigeants [...] le requiert » [soulignement ajouté] (en anglais : « *the Minister is of the opinion that the public interest and, in particular, the aviation record of the holder of the*

aériens du titulaire ou de tel de ses dirigeants ... le requiert” [emphasis added]).

[79] The decisions of the Tribunal and this Court have recognized that, where a certificate is cancelled on public interest grounds, the Minister is entitled to look at the entire record of the licensee or its principals, that is, all infractions against the Act or regulations (*Bancarz*, above, at paragraph 46 [F.C.]).

[80] The position taken by the Minister before the Tribunal was that the public interest warranted cancelling the school’s operation because a culture of non-compliance with the Act and regulations had developed at Sept-Îles Aviation. That company was run by Jacques Lévesque, who was in fact operating his school and his air taxi service together and performing several jobs in his company: chief instructor at the school, maintenance manager, chief pilot and operations manager.

[81] The Minister’s justification was also based on the fact that, each time Sept-Îles Aviation met the conditions for reinstatement following a suspension, it then repeatedly failed to comply with the Act and regulations. Moreover, the burden of justification was on the Minister. The Minister had to prove his case.

[82] In my opinion, the word “record” (“*antécédents*” in French) in paragraph 7.1(1)(c) of the Act clearly refers to the contravention history of the holder of an operator certificate. Where serious and repeated contraventions occur, the Minister has the authority to cancel the certificate to prevent non-compliance in the interest of aviation safety rather than waiting for the worst to happen.

[83] In the circumstances of this case, I find that the Tribunal had no power to exclude, as it did, consideration of the 20 grounds for cancellation on which the Minister had relied. That exclusion went to the heart of the circumstances relied on by the Minister in cancelling the certificate. In my view, the exclusion was contrary to the purpose of paragraph 7.1(1)(c), which is to provide a remedy for possible prevention in appropriate circumstances involving public safety.

document or of any principal of the holder [...] warrant it » [soulignement ajouté]).

[79] Il est reconnu par la jurisprudence du Tribunal et de cette Cour que dans un cas d’annulation, au motif de l’intérêt public, le ministre est fondé de considérer le dossier complet du titulaire de la licence ou de ses dirigeants, c’est-à-dire, tous les cas d’un manquement à la Loi ou à un règlement d’application (*Bancarz*, précité, au paragraphe 46 [C.F.]).

[80] La théorie du ministre devant le Tribunal était que l’intérêt public justifiait l’annulation de l’exploitation de l’école parce qu’une culture de non-respect de la Loi et des règlements s’était infiltrée chez Sept-Îles Aviation, dirigé par Jacques Lévesque qui, dans les faits, exploitait son école et son taxi aérien dans un ensemble et qu’il avait cumulé plusieurs fonctions à l’intérieur de sa compagnie : chef instructeur de l’école, gestionnaire de la maintenance, chef pilote, gestionnaire des opérations.

[81] La justification du ministre était aussi axée sur le fait que chaque fois que Sept-Îles Aviation rencontrait les conditions de rétablissement suite à une suspension, le non-respect de la Loi et des règlements survenait à répétition. Qui plus est, le fardeau de justification était sur le ministre. C’était au ministre de faire sa preuve.

[82] Je considère que le langage de l’alinéa 7.1(1)c) de la Loi lorsqu’il dispose des mots « antécédents », en anglais « *aviation record* » se réfère clairement à l’historique des contraventions d’un titulaire d’un certificat d’exploitation et que des contraventions sérieuses et répétées permettaient au ministre, dans l’intérêt de la sécurité aérienne, par annulation, de prévenir un non-respect et de ne pas attendre que le pire se produise.

[83] Dans les circonstances de cette cause, j’estime que le Tribunal n’avait aucun pouvoir d’exclure, comme il l’a fait, la considération de 20 motifs d’annulation que le ministre avait invoqués. Cette exclusion allait au cœur des circonstances invoquées par le ministre pour l’annulation du certificat. Cette exclusion, à mon avis, allait à l’encontre du but visé par l’alinéa 7.1(1)c) — un remède de prévention possible dans des circonstances appropriées à la sécurité publique.

[84] I find that, because of that exclusion, the Tribunal did not consider all the evidence before it; it erred in law and, from the perspective of *Hudgin*, the result of the exclusion was that the Tribunal's decision was unreasonable.

[85] Allowing this application for judicial review means setting aside the Tribunal's determination, which referred the Minister's decision back to the Minister for reconsideration. A new Tribunal will have to reconsider the determination set aside. In this situation, it is unnecessary to rule on the stay of the Minister's decision.

JUDGMENT

THE COURT ORDERS AND ADJUDGES that this application for judicial review is allowed with costs; the Tribunal's determination dated July 24, 2007, is set aside and the matter is referred back to another member for reconsideration.

SCHEDULE 1

1. *Aeronautics Act* [ss. 7.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 1992, c. 4, s. 15; 2001, c. 29, ss. 37, 45(1)(c),(2)(c)(F)), 7.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1; S.C. 2004, c. 15, s. 111)]

7.1 (1) If the Minister decides to suspend, cancel or refuse to renew a Canadian aviation document on the grounds that

- (a) the holder of the document is incompetent,
- (b) the holder or any aircraft, airport or other facility in respect of which the document was issued ceases to meet the qualifications necessary for the issuance of the document or to fulfil the conditions subject to which the document was issued, or

[84] Je considère que du fait même de cette exclusion, le Tribunal n'a pas considéré toute la preuve qu'il avait devant lui; le Tribunal a commis une erreur de droit que, dans la perspective de l'arrêt *Hudgin*, cette exclusion avait comme résultat que la décision du Tribunal était déraisonnable.

[85] Le fait d'accorder ce contrôle judiciaire a comme résultat que la décision du Tribunal est cassée. Cette décision renvoyait au ministre pour examen sa décision. Un nouveau Tribunal doit reconsidérer la décision cassée. Dans cette circonstance, la condition de prononcer la suspension de la décision du ministre n'est plus présente.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE ET ADJUGE que cette demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens; la décision du Tribunal en date du 24 juillet 2007 est annulée et le dossier est renvoyé pour réexamen à un autre conseiller.

ANNEXE 1

1. La *Loi sur l'aéronautique* [art. 7.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 4, art. 15; 2001, ch. 29, art. 37, 45(1)(c),(2)(c)(F)), 7.2 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 2004, ch. 15, art. 111)]

7.1 (1) Le ministre, s'il décide de suspendre, d'annuler ou de ne pas renouveler un document d'aviation canadien pour l'un des motifs ci-après, expédie un avis par signification à personne ou par courrier recommandé ou certifié à la dernière adresse connue du titulaire du document ou du propriétaire, de l'exploitant ou de l'utilisateur de l'aéronef, de l'aéroport ou autre installation que vise le document :

- a) le titulaire du document est inapte;
- b) le titulaire ou l'aéronef, l'aéroport ou autre installation ne répond plus aux conditions de délivrance ou de maintien en état de validité du document;

(c) the Minister is of the opinion that the public interest and, in particular, the aviation record of the holder of the document or of any principal of the holder, as defined in regulations made under paragraph 6.71(3)(a), warrant it.

the Minister shall, by personal service or by registered or certified mail sent to the holder or the owner or operator of the aircraft, airport or facility, as the case may be, at their latest known address, notify that person of the Minister's decision.

(2) A notice under subsection (1) shall be in such form as the Governor in Council may by regulation prescribe and shall, in addition to any other information that may be so prescribed,

(a) indicate, as the case requires,

(ii) the nature of the incompetence of the holder of the Canadian aviation document that the Minister believes exists, the qualifications necessary for the issuance of the document that the Minister believes the holder of the document or the aircraft, airport or facility in respect of which the document was issued ceases to have or the conditions subject to which the document was issued that the Minister believes are no longer being met or complied with, or

(iii) the elements of the public interest on which the decision of the Minister is based; and

(b) state the date, being thirty days after the notice is served or sent, on or before which and the address at which a request for a review of the decision of the Minister is to be filed in the event the holder of the document or the owner or operator concerned wishes to have the decision reviewed.

(2.1) The Minister's decision to suspend or cancel a Canadian aviation document takes effect on the date of receipt of the notice under subsection (1) by the person on whom it is served or to whom it is sent, unless the notice indicates that the decision is to take effect on a later date.

(3) Where the holder of a Canadian aviation document or the owner or operator of any aircraft, airport or other facility in respect of which a Canadian aviation document is issued who is affected by a decision of the Minister referred to in subsection (1) wishes to have the decision reviewed, he shall, on or before the date that is thirty days after the notice is served on or sent to him under that subsection or within such further time as the Tribunal, on application by the holder, owner or operator, may allow, in writing file with the Tribunal at the address set out in the notice a request for a review of the decision.

c) le ministre estime que l'intérêt public, notamment en raison des antécédents aériens du titulaire ou de tel de ses dirigeants — au sens du règlement pris en vertu de l'alinéa 6.71(3)a) —, le requiert.

(2) L'avis est établi en la forme que peut fixer le gouverneur en conseil par règlement. Y sont en outre indiqués :

a) soit la raison fondée sur l'intérêt public à l'origine, selon le ministre, de la mesure, soit la nature de l'inaptitude, soit encore les conditions — de délivrance ou de maintien en état de validité — auxquelles, selon le ministre, le titulaire ou l'aéronef, l'aéroport ou autre installation ne répond plus;

b) le lieu et la date limite, à savoir trente jours après l'expédition ou la signification de l'avis, du dépôt d'une éventuelle requête en révision.

(2.1) La décision du ministre prend effet dès réception par l'intéressé de l'avis ou à la date ultérieure précisée dans celui-ci.

(3) L'intéressé qui désire faire réviser la décision du ministre dépose une requête à cet effet auprès du Tribunal à l'adresse et pour la date limite indiquées dans l'avis, ou dans le délai supérieur éventuellement accordé à sa demande par le Tribunal.

(4) A request for a review of the decision of the Minister under subsection (3) does not operate as a stay of the suspension, cancellation or refusal to renew to which the decision relates.

(5) On receipt of a request filed in accordance with subsection (3), the Tribunal shall forthwith appoint a time, as soon as practicable after the request is filed, and place for the review of the decision referred to in the request and in writing notify the Minister and the person who filed the request of the time and place so appointed.

(6) At the time and place appointed under subsection (5) for the review of the decision, the member of the Tribunal assigned to conduct the review shall provide the Minister and the holder of the Canadian aviation document or the owner or operator affected by the decision, as the case may be, with an opportunity consistent with procedural fairness and natural justice to present evidence and make representations in relation to the suspension, cancellation or refusal to renew under review.

(7) On a review under this section of a decision of the Minister to suspend, cancel or refuse to renew a Canadian aviation document, the member of the Tribunal who conducts the review may determine the matter by confirming the Minister's decision or by referring the matter back to the Minister for reconsideration.

(8) If a decision to suspend or cancel a Canadian aviation document is referred back to the Minister for reconsideration under subsection (7), the decision of the Minister remains in effect until the reconsideration is concluded. However, the member, after considering any representations made by the parties, may grant a stay of the decision until the reconsideration is concluded, if he or she is satisfied that granting a stay would not constitute a threat to aviation safety.

7.2 (1) Within thirty days after the determination,

(a) a person affected by the determination may appeal a determination made under subsection 6.72(4), paragraph 7(7)(a) or subsection 7.1(7) to the Tribunal; or

(b) a person affected by the determination or the Minister may appeal a determination made under subsection 6.9(8) or paragraph 7(7)(b) to the Tribunal.

(4) Le dépôt d'une requête en révision n'a pas pour effet de suspendre la mesure prise par le ministre.

(5) Le Tribunal, sur réception de la requête, fixe aussitôt le lieu et la date de l'audience, laquelle est à tenir dans les meilleurs délais possible suivant le dépôt de la requête, et il en avise par écrit le ministre et l'intéressé.

(6) À l'audience, le conseiller commis à l'affaire donne au ministre et à l'intéressé la possibilité de lui présenter leurs éléments de preuve et leurs observations sur la mesure attaquée, conformément aux principes de l'équité procédurale et de la justice naturelle.

(7) Le conseiller peut confirmer la décision du ministre ou lui renvoyer le dossier pour réexamen.

(8) En cas de renvoi du dossier au ministre, la décision d'annuler ou de suspendre continue d'avoir effet. Toutefois, le conseiller peut, après avoir entendu les observations des parties, prononcer la suspension de la décision jusqu'à ce que le ministre ait réexaminé celle-ci, s'il est convaincu que cela ne constitue pas un danger pour la sécurité aéronautique.

7.2 (1) Le ministre ou toute personne concernée peuvent faire appel au Tribunal de la décision rendue en vertu du paragraphe 6.72(4), de l'alinéa 7(7)a) ou du paragraphe 7.1(7); seule une personne concernée peut faire appel de celle rendue en vertu du paragraphe 6.9(8) ou de l'alinéa 7(7)b). Dans tous les cas, le délai d'appel est de trente jours suivant la décision.

(2) A party that does not appear at a review hearing is not entitled to appeal a determination, unless they establish that there was sufficient reason to justify their absence.

(3) The appeal panel of the Tribunal assigned to hear the appeal may

(a) in the case of a determination made under subsection 6.72(4), paragraph 7(7)(a) or subsection 7.1(7), dismiss the appeal or refer the matter back to the Minister for reconsideration; or

(b) in the case of a determination made under subsection 6.9(8) or paragraph 7(7)(b), dismiss the appeal, or allow the appeal and substitute its own decision. [Emphasis added.]

2. *Transportation Appeal Tribunal of Canada Act*

12. A review shall be heard by a member, sitting alone, who has expertise in the transportation sector to which the review relates. However, a review that concerns a matter of a medical nature shall be heard by a member with medical expertise, whether or not that member has expertise in the transportation sector to which the review relates.

13. (1) Subject to subsection (2), an appeal to the Tribunal shall be heard by an appeal panel consisting of three members.

(2) The Chairperson may, if he or she considers it appropriate, direct that an appeal be heard by an appeal panel consisting of more than three members or, with the consent of the parties to the appeal, of one member.

(3) A member who conducts a review may not sit on an appeal panel that is established to hear an appeal from his or her determination.

(4) With the exception of the Chairperson and Vice-Chairperson, who may sit on any appeal panel, an appeal shall be heard by an appeal panel consisting of members who have expertise in the transportation sector to which the appeal relates.

(5) Despite subsection (4), in an appeal that concerns a matter of a medical nature, at least one member of the appeal panel shall have medical expertise, whether or not that member has expertise in the transportation sector to which the appeal relates.

(6) A decision of a majority of the members of an appeal panel is a decision of the panel. [Emphasis added.]

(2) La partie qui ne se présente pas à l'audience portant sur la requête en révision perd le droit de porter la décision en appel, à moins qu'elle ne fasse valoir des motifs valables justifiant son absence.

(3) Le comité du Tribunal peut :

a) dans le cas d'une décision rendue en vertu du paragraphe 6.72(4), de l'alinéa 7(7)a) ou du paragraphe 7.1(7), rejeter l'appel ou renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen;

b) dans le cas d'une décision rendue en vertu du paragraphe 6.9(8) ou de l'alinéa 7(7)b), rejeter l'appel ou y faire droit et substituer sa propre décision à celle en cause. [Soulignement ajouté.]

2. *La Loi sur le Tribunal d'appel des Transports du Canada*

12. Les requêtes en révision sont entendues par un conseiller agissant seul et possédant des compétences reliées au secteur des transports en cause. Toutefois, dans le cas où la requête soulève des questions d'ordre médical, le conseiller doit posséder des compétences dans ce domaine, qu'il ait ou non des compétences reliées au secteur des transports en cause.

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les appels interjetés devant le Tribunal sont entendus par un comité de trois conseillers.

(2) Le président peut, s'il l'estime indiqué, soumettre l'appel à un comité de plus de trois conseillers ou, si les parties à l'appel y consentent, à un seul conseiller.

(3) Le conseiller dont la décision est contestée ne peut siéger en appel, que ce soit seul ou comme membre d'un comité

(4) Les conseillers qui sont saisis d'un appel doivent, sauf s'il s'agit du président et du vice-président, qui peuvent siéger à tout comité, posséder des compétences reliées au secteur des transports en cause.

(5) Toutefois, dans le cas où l'appel soulève des questions d'ordre médical, au moins un des conseillers doit posséder des compétences dans ce domaine, qu'il ait ou non des compétences reliées au secteur des transports en cause.

(6) Les décisions du comité se prennent à la majorité de ses membres. [Soulignement ajouté.]

SCHEDULE 2

11 The Tribunal considered the following evidence and grounds for cancellation:

[TRANSLATION]

1. On April 5, 1990, Jacques Lévesque did not comply with subsection 39(3) of the *Air Navigation Order*, series VII, No. 3, and he was assessed a penalty of \$125 (Aviation Enforcement file No. 5504-15076).

2. On July 21, 1990, Jacques Lévesque did not comply with section 543 of the *Air Regulations* and he was assessed a penalty of \$100 (Aviation Enforcement file No. 5504-16053).

3. On or about November 14, 1991, a notice of suspension was issued concerning the operating certificate of Entreprises Jacques Lévesque Enr., given the non-compliance with paragraph 5(1)(d) of the *Air Navigation Order*, series VII, No. 3. The suspension came into effect on December 14, 1991. Afterwards, a review hearing was held and the file was referred back to Transport Canada for reconsideration (CAT file No. Q-0289-10).

4. On December 2, 1991, Jacques Lévesque did not comply with paragraph 548(1)(b) of the *Air Regulations* and was assessed a penalty of \$100 (Aviation Enforcement file No. 5504-19732).

5. On November 10, 1995, a notice of suspension was issued concerning the air operator certificate of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), of which Jacques Lévesque was a principal, due to the discovery of several non-compliances in the course of a regulatory audit conducted from October 23 to 27, 1995.

6. On October 6, 2000, Jacques Lévesque did not comply with subsection 602.104(2) of the Canadian Aviation Regulations and he was assessed a penalty of \$175 (Aviation Enforcement file No. 5504-42992).

7. On July 31, 2000, a notice of suspension was issued concerning the air operator certificate of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), of which Mr. Lévesque was a principal, following the discovery of several non-compliances in the course of a regulatory audit conducted from May 16 to 17, 2000.

14. On March 30, 2003, Jacques Lévesque did not comply with section 602.101 of the *Canadian Aviation Regulations* and was assessed a penalty of \$250 (Aviation Enforcement file No. 5504-50442).

ANNEXE 2

11 Les motifs d'annulation et les éléments de preuve considérés par le Tribunal dans le présent dossier sont les suivants :

1. Le 5 avril 1990, M. Jacques Lévesque ne s'est pas conformé au paragraphe 39(3) de l'*Ordonnance sur la navigation aérienne*, série VII, n° 3, et une amende de 125 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi n° 5504-15076).

2. Le 21 juillet 1990, M. Jacques Lévesque ne s'est pas conformé à l'article 543 du *Règlement de l'air* et une amende de 100 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi n° 5504-16053).

3. Le ou vers le 14 novembre 1991, un avis de suspension a été émis concernant le certificat d'exploitation des Entreprises Jacques Lévesque Enr., étant donné la non-conformité à l'alinéa 5(1)d) de l'*Ordonnance sur la navigation aérienne*, série VII, n° 3. La suspension est entrée en vigueur le 14 décembre 1991. Par la suite, une audience en révision a été tenue et le dossier a été renvoyé à Transports Canada pour reconsidération (dossier TAC Q-0289-10).

4. Le 2 décembre 1991, M. Jacques Lévesque ne s'est pas conformé à l'alinéa 548(1)b) du *Règlement de l'air* et une amende de 100 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi n° 5504-19732).

5. Le 10 novembre 1995, un avis de suspension a été émis concernant le certificat d'exploitation aérienne de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, étant donné la découverte de plusieurs non-conformités lors d'une vérification réglementaire effectuée du 23 au 27 octobre 1995.

6. Le 6 octobre 2000, M. Jacques Lévesque ne s'est pas conformé à l'article 602.104(2) du Règlement de l'aviation canadien et une amende de 175 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi n° 5504-42992).

7. Le 31 juillet 2000, un avis de suspension a été émis concernant le certificat d'exploitation de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), dont M. Lévesque était dirigeant, suite à la découverte de plusieurs non-conformités lors d'une vérification réglementaire effectuée les 16 et 17 mai 2000.

14. Le 30 mars 2003, M. Jacques Lévesque ne s'est pas conformé à l'article 602.101 du *Règlement de l'aviation canadien* et une amende de 250 \$ lui a été imposée (dossier de l'Application de la loi n° 5504-50442).

15. On February 13, 2004, a notice of suspension was issued concerning the air operator certificate of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), of which Jacques Lévesque was a principal, because the company no longer met the conditions for issuance, given that it no longer had a qualified chief pilot, as required pursuant to subparagraph 703.07(2)(b)(ii) of the Canadian Aviation Regulations.

16. On July 29, 2004, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr./Eider Aviation), of which Jacques Lévesque was a principal, did not comply with section 103.03 of the *Canadian Aviation Regulations* following two requests to return the cancelled original air operator certificate.

19. On April 20, 2006, a notice of suspension was issued concerning the air operator certificate of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), of which Jacques Lévesque was a principal, because the company no longer met the conditions for issuance, given that it no longer had a qualified chief pilot, as required pursuant to subparagraph 703.07(2)(b)(ii) of the *Canadian Aviation Regulations*. The notice of suspension did not come into effect because he met the requirements before expiry of the allotted time.

20. In November 2006, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) was inspected twice. Several allegations of offences under the Canadian Aviation Regulations and the Aeronautics Act were made against the company, Jacques Lévesque and the company's other pilot, Christophe Vallantin. As a result of these offences, the Aviation Enforcement Branch opened six investigation files, which are at various stages of progress. Notices of assessment of monetary penalty were issued for file nos. 5504-62256 and 5504-62257, while file nos. 5504-61907, 5504-61930, 5504-61937 and 5504-61938 are still at the allegation stage.

21. On December 7, 2006, Transport Canada cancelled the approval of Jacques Lévesque as maintenance manager of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) because he did not fulfill his responsibilities, which included ensuring safe operations.

23. On December 7, 2006, Transport Canada cancelled the approval of Jacques Lévesque as operations manager of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) because he did not fulfill his responsibilities, which included ensuring safe operations. No request to review the Minister's decision was filed with the registrar of the Transportation Appeal Tribunal of Canada, which request would have had to be filed with the Tribunal no later than January 17, 2007, at 11:59 p.m. The cancellation is still in effect.

15. Le 13 février 2004, un avis de suspension a été émis au certificat d'exploitation de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, parce que la compagnie ne rencontrait plus les exigences de délivrance, étant donné qu'elle n'avait plus de chef pilote qualifié tel qu'exigé en vertu du sous-alinéa 703.07(2)(b)(ii) du Règlement de l'aviation canadien.

16. Le 29 juillet 2004, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr. / Eider Aviation), dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, ne s'est pas conformée à l'article 103.03 du *Règlement de l'aviation canadien* suite à deux demandes de retour du certificat d'exploitation original annulé.

19. Le 20 avril 2006, un avis de suspension a été émis au certificat d'exploitation de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, parce que la compagnie ne rencontrait plus les exigences de délivrance, étant donné qu'elle n'avait plus de chef pilote qualifié tel qu'exigé en vertu du sous alinéa 703.07(2)(b)(ii) du *Règlement de l'aviation canadien*. L'avis de suspension n'a pas pris effet car il a rencontré les exigences avant l'expiration du délai.

20. En novembre 2006, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) a fait l'objet de deux inspections. De multiples infractions au Règlement de l'aviation canadien et à la Loi sur l'aéronautique ont été alléguées contre la compagnie, M. Jacques Lévesque et l'autre pilote de la compagnie, M. Christophe Vallantin. La découverte de ces infractions a occasionné l'ouverture de six (6) dossiers d'enquête de la division de l'Application de la loi en aviation qui en sont à différents stades d'avancement. Des avis d'amende ont été émis pour les dossiers n^{os} 5504-62256 et 5504-62257 tandis que les dossiers n^{os} 5504-61907, 5504-61930, 5504-61937 et 5504-61938 en sont encore à l'étape de l'allégation.

21. Le 7 décembre 2006, Transports Canada a annulé l'approbation en tant que gestionnaire de maintenance de M. Jacques Lévesque pour 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) parce que ce dernier ne s'acquittait pas de ses responsabilités qui consistent, entre autres, à assurer une opération sécuritaire.

23. Le 7 décembre 2006, Transports Canada a annulé l'approbation de gestionnaire d'exploitation à 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) de M. Jacques Lévesque parce qu'il ne s'acquittait pas de ses responsabilités qui consistent, entre autres, à assurer une opération sécuritaire. Aucune requête de faire réviser la décision du ministre n'a été déposée auprès du greffier du Tribunal d'appel des transports du Canada, laquelle devait parvenir au Tribunal au plus tard le 17 janvier 2007 à 23 h 59. L'annulation est toujours maintenue.

24. On December 7, 2006, Transport Canada cancelled the approval of Jacques Lévesque as chief pilot for 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) because he did not fulfill his responsibilities, which included ensuring safe operations. No request to review the Minister's decision was filed with the registrar of the Transportation Appeal Tribunal of Canada, which request would have had to be filed with the Tribunal no later than January 17, 2007, at 11:59 p.m. The cancellation is still in effect.

25. On December 7, 2006, Transport Canada suspended the air operator certificate of 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) because the company had not complied with the general conditions of the certificate as required by the *Canadian Aviation Regulations*, sections 702.02 and 703.02. No request to review the Minister's decision was filed with the registrar of the Transportation Appeal Tribunal of Canada, which request would have had to be filed with the Tribunal no later than January 17, 2007, at 11:59 p.m. Documents have since been submitted by Jacques Lévesque with regard to certain issues, in order to meet the conditions for reinstatement of the certificate. However, on March 22, 2007, he was notified by telephone that Transport Canada had reviewed the file and that a notice of cancellation of the air operator certificate was being prepared and would soon be served on him. The suspension is still in effect.

26. On April 25, 2007, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), of which Jacques Lévesque was a principal, still did not comply with section 103.03 of the *Canadian Aviation Regulations*, requiring that the company return the Canadian aviation document, as stipulated in the notice of suspension of the air operator certificate dated December 7, 2006.

27. On July 16, 1998, an inspection finding was issued stating that the maintenance control system was ineffective, namely that aircraft registered as C-GCXF had not been checked against airworthiness directive AD97-01-13.

28. On April 30, 2002, an inspection finding was issued stating that the maintenance control system was ineffective, namely that aircraft registered as C-GUQM had not been maintained in accordance with the approved maintenance schedule No. Q0549.

29. In the course of a regulatory audit conducted in September and October 2003, inspection findings were issued stating that the maintenance control system was ineffective, specifically:

24. Le 7 décembre 2006, Transports Canada a annulé l'approbation de pilote en chef à 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) de M. Jacques Lévesque parce qu'il ne s'acquittait pas de ses responsabilités qui consistent, entre autres, à assurer une opération sécuritaire. Aucune requête de faire réviser la décision du ministre n'a été déposée auprès du greffier du Tribunal d'appel des transports du Canada, laquelle devait parvenir au Tribunal au plus tard le 17 janvier 2007 à 23 h 59. L'annulation est toujours maintenue.

25. Le 7 décembre 2006, Transports Canada a suspendu le certificat d'exploitation aérienne de 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.) parce que la compagnie ne s'était pas conformée aux conditions générales du certificat tel qu'exigé dans le *Règlement de l'aviation canadien* aux sous-parties 702.02 et 703.02. Aucune requête de faire réviser la décision du ministre n'a été déposée auprès du greffier du Tribunal d'appel des transports du Canada, laquelle devait parvenir au Tribunal au plus tard le 17 janvier 2007 à 23 h 59. Depuis, des documents avaient été soumis par M. Jacques Lévesque à certains des points, en vue de rencontrer les conditions de rétablissement à la suspension, cependant, le 22 mars 2007, il a été avisé par téléphone que Transports Canada avait revu le dossier et qu'un avis d'annulation du certificat d'exploitation aérienne était en préparation et lui serait signifié prochainement. La suspension est toujours en vigueur.

26. Le 25 avril 2007, 2431-9154 Québec Inc. (Sept-Îles Aviation Enr.), dont M. Jacques Lévesque était dirigeant, ne s'est toujours pas conformée à l'article 103.03 du *Règlement de l'aviation canadien*, de retourner le document d'aviation canadien tel que stipulé à l'avis de suspension au certificat d'exploitation aérienne du 7 décembre 2006.

27. Le 16 juillet 1998, une constatation d'inspection a été émise à l'effet que le système de contrôle de la maintenance était inefficace, soit l'aéronef immatriculé C-GCXF n'ayant pas été vérifié selon la consigne de navigabilité AD97-01-13.

28. Le 30 avril 2002, une constatation d'inspection a été émise à l'effet que le système de contrôle de la maintenance était inefficace, soit l'aéronef immatriculé C-GUQM n'avait pas été maintenu selon le calendrier de maintenance approuvé #Q0549.

29. Lors d'une vérification réglementaire effectuée en septembre et octobre 2003, des constatations d'inspection ont été émises à l'effet que le système de contrôle de la maintenance était inefficace, soit :

- aircraft registered as C-GCXF had not been maintained in accordance with the approved maintenance schedule No. Q0628R4.

- aircraft registered as C-GNEV had not been maintained in accordance with the approved maintenance schedule No. Q0549 and airworthiness directives AD98-02-08, AD94-06-09 and AD93-11-11 had not been checked.

- aircraft C-GUQM had not been checked against airworthiness directives AD89-24-09, AD85-05-02 and AD78-16-06.

30. On October 26, 2004, an inspection finding was issued stating that the maintenance control system was ineffective, namely that aircraft registered as C-GCXF had not been maintained in accordance with the approved maintenance schedule No. Q0628R4, and airworthiness directive AD97-26-16 had not been checked. [Emphasis added.]

- l'aéronef immatriculé C-GCXF n'avait pas été maintenu selon le calendrier de maintenance approuvé #Q0628R4.

- l'aéronef immatriculé C-GNEV n'avait pas été maintenu selon le calendrier de maintenance approuvé #Q0549 et les consignes de navigabilité AD98-02-08, AD94-06-09 et AD93-11-11 n'ont pas été vérifiées.

- l'aéronef C-GUQM n'avait pas été vérifié selon les consignes de navigabilité AD89-24-09, AD85-05-02 et AD78-16-06.

30. Le 26 octobre 2004, une constatation d'inspection a été émise à l'effet que le système de contrôle de la maintenance était inefficace, soit l'aéronef immatriculé C-GCXF n'avait pas été maintenu selon le calendrier de maintenance approuvé #Q0628R4 et la consigne de navigabilité AD97-26-16 n'avait pas été vérifiée. [Soulignement ajouté.]

T-1158-07
2008 FC 1200

T-1158-07
2008 CF 1200

Helmut Oberlander (*Applicant*)

Helmut Oberlander (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

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

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

Federal Court, Phelan J.—Toronto, May 26; Ottawa, October 27, 2008.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 26 mai; Ottawa, 27 octobre 2008.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of Governor in Council (Cabinet) order revoking applicant's citizenship on basis obtained by knowingly concealing fact former auxiliary of Nazi death squad (EK 10a) — Citizenship revocation policy providing person complicit if aware of commission of war crimes or crimes against humanity, contributing directly, indirectly to occurrence thereof — Membership in organization responsible for committing atrocities sufficient to establish complicity if organization having limited brutal purpose — Policy indicating presumption of awareness rebuttable, but not referring to rebuttable presumption of "shared common purpose" — Minister concluding applicant complicit in activities of EK 10a given evidence of membership, involvement, knowledge of activities of limited brutal purpose organization — Cabinet having right to embrace some, all, none of existing law on complicity; establish what is sufficient evidence to suspect person's complicity in war crimes and what rebuttable presumptions will be allowed — Cabinet's decision reasonable, justified, transparent, intelligible, defensible — Issues relating to impact of deportation irrelevant — Overwhelming policy consideration that Canada's "no safe haven" policy be enforced — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Contrôle judiciaire du décret adopté par le gouverneur en conseil (le Cabinet) pour révoquer la citoyenneté du demandeur au motif qu'elle a été acquise par dissimulation intentionnelle du fait que le demandeur a été un auxiliaire d'un escadron de la mort nazi (l'unité EK 10a) — La politique concernant l'annulation de la citoyenneté précise qu'une personne est complice si, tout en sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ont été commis, elle a contribué directement ou indirectement à leur perpétration — Le fait d'être membre d'une organisation responsable d'atrocités peut, si l'organisation ne vise que la violence, suffire pour que l'on considère qu'une personne est complice — Il est indiqué dans la politique que la présomption de connaissance est réfutable, mais la politique ne contient aucune mention de présomption réfutable à l'égard de l'« intention commune » — Le ministre a conclu que le demandeur avait été complice des activités de l'unité EK 10a parce qu'il existait une preuve de son appartenance à l'unité, de sa participation dans celle-ci et de sa connaissance des fins brutales de l'unité — Le Cabinet pouvait décider d'appliquer tout ou partie des règles de droit en vigueur concernant la complicité ou de ne pas les appliquer et d'établir ce qu'il considérait comme preuve suffisante pour qu'une personne soit soupçonnée d'avoir été complice de crimes de guerre et quelle présomption réfutable il accepterait — La décision du Cabinet était raisonnable, justifiée, transparente, intelligible et pouvait se justifier — Les questions sur les conséquences de l'expulsion étaient non pertinentes — L'évidente considération d'intérêt public portait sur le fait que le Canada doit appliquer sa politique d'exclusion — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of an order by the Governor in Council (Cabinet) revoking the applicant's citizenship on the basis that he obtained it by knowingly concealing material circumstances, i.e. the fact that he had been an auxiliary of the Einsatzkommando 10A (EK 10a), a

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du décret adopté par le gouverneur en conseil (le Cabinet) pour révoquer la citoyenneté du demandeur au motif qu'elle a été acquise par dissimulation intentionnelle de faits essentiels, tel que le fait qu'il a été un auxiliaire de l'Einsatzkommando 10A (l'unité

Nazi death squad, during World War II where he served as an interpreter.

The government's citizenship revocation policy provides that, for World War II matters, a person may be considered complicit if the person is aware of the commission of war crimes or crimes against humanity and contributes directly or indirectly to their occurrence. In addition, membership in an organization responsible for committing the atrocities can be sufficient to establish complicity if the organization in question is one with a limited brutal purpose, such as a death squad. The policy notes that while it may be presumed that a person who is involved with an organization is aware of the brutal nature of this organization, that presumption is rebuttable. There is no reference made in the policy to the rebuttable presumption of "shared common purpose".

In his report to Cabinet recommending the revocation of the applicant's citizenship, the Minister concluded that the applicant was complicit in the activities of EK 10a as there was evidence of his membership in EK 10a, his involvement therein and his knowledge of EK 10a's brutal purpose and murderous activities.

The issues were whether the Cabinet erred: (1) in finding that there were reasonable grounds to believe the applicant was complicit in war crimes or crimes against humanity and, as a consequence, was subject to Canada's "no safe haven" policy for such individuals; (2) in ignoring or failing to consider relevant factors in balancing the applicant's personal interests and the public interest; and (3) in relying on the allegedly flawed Minister's report recommending the citizenship revocation and in doing so, raised a reasonable apprehension of bias.

Held, the application should be dismissed.

(1) The Cabinet had the right to establish as a matter of policy what it accepted as sufficient evidence to suspect a person of being complicit in war crimes and what rebuttable presumptions it would allow. In setting that policy, the Cabinet was entitled to embrace some, all, or none of the existing law on complicity.

The Cabinet did not ignore the evidence raised to rebut the presumption that the applicant shared a common purpose with EK 10a. It was not fatal that the Cabinet did not refer directly to the presumption so long as it dealt with the substance in the context of what the applicant raised. The Minister addressed

EK 10a), un escadron de la mort nazi, au cours de la Seconde Guerre mondiale où il a travaillé comme interprète.

La politique du gouvernement concernant l'annulation de la citoyenneté précise, en ce qui concerne les affaires ayant trait à la Seconde Guerre mondiale, qu'une personne est considérée être complice si, tout en sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ont été commis, elle a contribué directement ou indirectement à leur perpétration. En outre, le fait d'être membre d'une organisation responsable d'atrocités peut, si l'organisation en question ne vise que la violence, comme un escadron de la mort, suffire pour que l'on considère qu'une personne est complice. Il est indiqué dans la politique que l'on peut présumer que si une personne participe à une organisation elle en connaît la nature brutale, mais cette présomption est réfutable. La politique ne contient aucune mention de présomption réfutable à l'égard de l'« intention commune ».

Dans son rapport au Cabinet dans lequel il recommandait l'annulation de la citoyenneté canadienne du demandeur, le ministre a conclu que le demandeur avait été complice des activités de l'unité EK 10a parce qu'il existait une preuve de son appartenance à l'unité EK 10a, de sa participation dans cette unité et de sa connaissance des fins brutales et des activités meurtrières de l'unité EK 10a.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si le Cabinet a commis une erreur en : 1) concluant qu'il détenait des motifs raisonnables de croire que le demandeur s'était rendu complice de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité et qu'il était, en conséquence, assujéti à la politique canadienne d'exclusion des criminels de guerre; 2) ne tenant pas compte d'éléments pertinents dans sa pondération des intérêts personnels du demandeur et de l'intérêt public; et 3) se fondant sur le rapport du ministre recommandant l'annulation de la citoyenneté que le demandeur considérait entaché de lacunes et suscitant, de ce fait, une crainte raisonnable de partialité.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) Le Cabinet avait le droit d'établir, en principe, ce qu'il considérait comme preuve suffisante pour qu'une personne soit soupçonnée d'avoir été complice de crimes de guerre et quelle présomption réfutable il accepterait. En établissant cette politique, le Cabinet pouvait décider d'appliquer tout ou partie des règles de droit en vigueur concernant la complicité ou de ne pas les appliquer.

Le Cabinet n'a pas omis de tenir compte de la preuve réfutant la présomption selon laquelle le demandeur et l'unité EK 10a avaient une intention commune. Le fait que le Cabinet n'a pas renvoyé directement à cette présomption n'était pas fatal à condition qu'il ait traité du fond de la question soulevée

all the relevant aspects of the “suspicion of complicity” analysis and found that the applicant could be suspected of being complicit in the activities of a limited and brutal purpose organization. The Minister went further, and need not have, to find complicity.

The Cabinet’s decision could be said to be reasonable because there was justification, it was made in a transparent manner, the reasons were intelligible and the results fell within a range of possible acceptable outcomes that were defensible on the facts and law.

(2) It was clear from the portion of the report concerning the balancing of interests that issues relating to the impact of deportation were properly considered irrelevant to the issue of whether citizenship should be revoked. In considering the personal interests versus the public interest, the overwhelming policy consideration, as found by the Minister, was that Canada must enforce its “no safe haven” policy in respect of those who through their deceit gained Canadian citizenship by virtue of hiding the fact of their involvement in war crimes. The Minister’s reasons as to why the submissions regarding personal interests were rejected could be said to be reasonable on the same grounds as in respect of the issue of complicity. There was justification rendered in a transparent manner, the reasons were intelligible, and the conclusion fell within a range of possible acceptable outcomes.

(3) Given the Court’s finding on the reasonableness of the Cabinet’s decision, and therefore of the Minister’s report, this process was not tainted by bias or by reasonable apprehension of bias. The *Citizenship Act* creates a particular path for the conduct of revocation proceedings, and to the extent that one may be concerned that a referral back to the Minister has a certain element of inevitability, any reasonable apprehension of bias or other infirmity has been sanctioned by the legislative framework.

par le demandeur. Le ministre a traité de tous les aspects pertinents à l’égard du « soupçon de complicité » et a conclu que le demandeur pouvait être soupçonné d’avoir été complice des activités d’une organisation dont la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité. Le ministre a poursuivi son analyse pour arriver à conclure à la complicité, mais il n’était pas tenu de le faire.

La décision du Cabinet pouvait être considérée raisonnable parce qu’elle était justifiée, le processus décisionnel était transparent, les motifs étaient intelligibles et la décision appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

2) Il ressortait clairement de la partie du rapport qui traitait de la pondération des intérêts que les questions portant sur les conséquences de l’expulsion étaient considérées, à juste titre, non pertinentes à la question de savoir si la citoyenneté devrait être révoquée. Dans l’analyse des intérêts personnels par rapport aux intérêts publics, l’évidente considération d’intérêt public, selon l’appréciation du ministre, portait sur le fait que le Canada doit appliquer sa politique d’exclusion à l’égard de ceux qui ont obtenu par tromperie la citoyenneté canadienne en cachant leur participation à des crimes de guerre. Les motifs présentés par le ministre pour expliquer pourquoi les observations sur les intérêts personnels ont été rejetées pouvaient être qualifiés de raisonnables pour les mêmes raisons que celles qui concernaient la question de la complicité. La décision était justifiée, le processus décisionnel était transparent, les motifs étaient intelligibles et la décision appartenait aux issues possibles et acceptables.

3) Vu la conclusion de la Cour sur le caractère raisonnable de la décision du Cabinet et, par conséquent, du rapport du ministre, le processus n’était pas entaché de partialité ou d’une crainte raisonnable de partialité. La *Loi sur la citoyenneté* établit la voie bien définie à suivre quant au déroulement des procédures de révocation et, dans la mesure où une personne pourrait craindre qu’un renvoi de l’affaire devant le ministre comporte le risque d’une issue inévitable, il ne faut pas oublier que toute crainte raisonnable de partialité ou toute autre invalidité a été sanctionnée par le cadre législatif.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 7, 10, 18.

Order in Council P.C. 2007-801.

Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, Control Council Law No. 10, December 20, 1945, Art. II.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2007-801.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 7, 10, 18.

Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, Loi n° 10 du Conseil de contrôle, 20 décembre 1945, art. II.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, [2008] 1 S.C.R. 761; (2008), 292 D.L.R. (4th) 193; 72 Admin. L.R. (4th) 30; 2008 SCC 23.

CONSIDERED:

Oberlander v. Canada (Attorney General), [2005] 1 F.C.R. 3; (2004), 241 D.L.R. (4th) 146; 320 N.R. 366, 2004 FCA 213; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander* (2000), 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.); *United States of America vs. Otto Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case)*, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. IV, Case No. 9 (1948); *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)* (2008), 237 O.A.C. 71; 2008 ONCA 436.

REFERRED TO:

Oberlander v. Canada (Attorney General) (2003), 238 F.T.R. 35; 2003 FC 944; *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 231 F.T.R. 33; 2003 FCT 309; *Pharmascience Inc. v. Canada (Attorney General)* (2008), 68 C.P.R. (4th) 459; 382 N.R. 101; 2008 FCA 258; *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Citizenship and Immigration. *Canada's War Crimes Program. Annual Report*, online: <<http://www.justice.gc.ca/eng/pi/wc-cg/ar-ra.html>>.
Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*, Chapter ENF 18 : War crimes and crimes against humanity, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf18-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of an order by the Governor in Council revoking the applicant's citizenship on the basis that he obtained it by knowingly concealing the fact that he had been an auxiliary of a Nazi death squad during World War II. Application dismissed.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761; 2008 CSC 23.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Oberlander c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.F. 3; 2004 CAF 213; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander*, [2000] A.C.F. n° 229 (1^{re} inst.) (QL); *United States of America vs. Otto Ohlendorf et al. (The Einsatzgruppen Case)*, Procès des criminels de guerre par les tribunaux militaires de Nuremberg, tenus conformément à la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, vol. IV, affaire 9 (1948); *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)* (2008), 237 O.A.C. 71; 2008 ONCA 436.

DÉCISIONS CITÉES :

Oberlander c. Canada (Procureur général), 2003 CF 944; *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 309; *Pharmascience Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 258; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Citoyenneté et Immigration. *Programme canadien sur les crimes de guerre. Rapport annuel*, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pi/cg-wc/ra-ar.html>>.
Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'exécution de la Loi (ENF)*. Chapitre ENF 18 : Crimes de guerre et crimes contre l'humanité, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf18-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire du décret adopté par le gouverneur en conseil pour révoquer la citoyenneté du demandeur au motif qu'elle a été acquise par dissimulation intentionnelle de faits essentiels, tel que le fait qu'il a été un auxiliaire d'un escadron de la mort nazi au cours de la Seconde Guerre mondiale. Demande rejetée.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman for applicant.
Donald A. MacIntosh and *Catherine C. Vasilaros*
 for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jackman & Associates, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for
 respondent.

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

PHELAN J.:

I. INTRODUCTION

[1] This is a further decision in the continuing dispute between Oberlander and the Government of Canada with respect to the revocation of his citizenship. The particular matter before the Court is the judicial review of Order in Council P.C. 2007-801 by the Governor in Council (Cabinet) dated May 17, 2007, revoking the applicant's citizenship on the basis that he obtained it by knowingly concealing material circumstances, i.e. the fact that he had been an auxiliary of the Einsatzkommando 10A (EK 10a), a Nazi death squad, during World War II where he served as an interpreter.

[2] This is the second attempt by the Government of Canada to revoke Oberlander's citizenship as a result of his misrepresentations in obtaining that citizenship. The first attempt was ultimately quashed by the Federal Court of Appeal in *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 F.C.R. 3 (*Oberlander* 2004), pertinent details of which will be discussed further.

[3] There are two central issues in this judicial review. The first is whether the Cabinet erred in finding that there were reasonable grounds to believe Oberlander was complicit in war crimes or crimes against humanity and as a consequence, was subject to Canada's "no safe

ONT COMPARU :

Barbara L. Jackman pour le demandeur.
Donald A. MacIntosh et *Catherine C. Vasilaros*
 pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Jackman & Associates, Toronto, pour le
 demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le
 défendeur.

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

LE JUGE PHELAN :

I. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une nouvelle décision dans le conflit de longue date entre M. Oberlander et le gouvernement du Canada quant à la révocation de sa citoyenneté. L'affaire particulière dont la Cour est saisie porte sur le contrôle judiciaire du décret C.P. 2007-801 adopté par le gouverneur en conseil (le Cabinet) le 17 mai 2007, lequel révoque la citoyenneté du demandeur au motif qu'elle a été acquise par dissimulation intentionnelle de faits essentiels, tel que le fait qu'il a été un auxiliaire de l'Einsatzkommando 10A (l'unité EK 10a), un escadron de la mort nazi, au cours de la Seconde Guerre mondiale où il a travaillé comme interprète.

[2] Il s'agit de la deuxième tentative du gouvernement du Canada de révoquer la citoyenneté de M. Oberlander en raison des fausses déclarations qu'il a faites pour obtenir sa citoyenneté. La première tentative a été, en fin de compte, rejetée par la Cour d'appel fédérale dans *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.F. 3 (*Oberlander* 2004), dont les détails pertinents seront examinés davantage.

[3] Le présent contrôle judiciaire soulève deux questions principales. La première consiste à se demander si le Cabinet a commis une erreur en concluant qu'il détenait des motifs raisonnables de croire que M. Oberlander s'était rendu complice de crimes de

haven” policy for such individuals. The second issue is whether the Cabinet properly considered Oberlander’s personal interests in its revocation of citizenship.

II. FACTS

[4] The Court need only summarize the most important circumstances of *Oberlander’s* case as the whole of his circumstances have been set out fully in Mr. Justice MacKay’s decision (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander* (2000), 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.)) in which Justice MacKay found Oberlander to have made knowing concealment of his Nazi death squad past.

[5] On January 27, 1995, pursuant to subsection 18(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the Act), the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) gave notice of his intention to make a report to the Cabinet recommending that Oberlander’s citizenship be revoked. The notice alleged that Oberlander had been admitted to Canada as a permanent resident and ultimately obtained Canadian citizenship by false pretences or fraud or by knowingly concealing material circumstances “in that he failed to divulge to Canadian immigration and citizenship officials his membership in the German Sicherheitspolizei und SD and Einsatzkommando 10A (EK 10a) during the Second World War and his participation in the execution of civilians during that period of time”. Oberlander requested that the Minister refer the matter to the Court pursuant to subsection 18(1) of the Act.

[6] The reference case was heard by Justice MacKay, who rendered his determination on February 28, 2000. In accordance with subsection 18(3) of the Act and as confirmed by the Federal Court of Appeal in *Oberlander* 2004, Justice MacKay’s factual findings are final and non-reviewable. As the Federal Court of Appeal noted at paragraph 40, *Oberlander*, the Minister and the Cabinet

guerre ou de crimes contre l’humanité et qu’il était, en conséquence, assujetti à la politique canadienne d’exclusion des criminels de guerre. La deuxième question vise à déterminer si le Cabinet a adéquatement examiné les intérêts personnels de M. Oberlander relativement à la révocation de sa citoyenneté.

II. LES FAITS

[4] La Cour n’a qu’à résumer les circonstances les plus importantes de l’affaire *Oberlander* puisque l’ensemble des circonstances ont été exposées par le juge MacKay (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Oberlander*, [2000] A.C.F. n° 229 (1^{re} inst.) (QL)) dans sa décision où il a conclu que M. Oberlander a intentionnellement dissimulé son appartenance passée à un escadron de la mort nazi.

[5] Le 27 janvier 1995, conformément au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi), le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le ministre) a avisé de son intention de procéder à l’établissement d’un rapport au Cabinet recommandant l’annulation de la citoyenneté de M. Oberlander. Dans l’avis, il était allégué que M. Oberlander avait été admis au Canada à titre de résident permanent et qu’il avait finalement acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels [TRADUCTION] « en ce sens qu’il n’avait pas divulgué aux fonctionnaires canadiens de l’Immigration et de la Citoyenneté son appartenance à la Sicherheitspolizei und SD et au Einsatzkommando 10A (l’unité EK 10a) allemands durant la Seconde Guerre mondiale et sa participation aux exécutions de civils durant cette période ». Conformément au paragraphe 18(1) de la Loi, M. Oberlander a demandé au ministre de renvoyer l’affaire devant la Cour.

[6] Le renvoi a été instruit par le juge MacKay qui a rendu sa décision le 28 février 2000. Conformément au paragraphe 18(3) de la Loi et tel que la Cour d’appel fédérale le confirme dans l’affaire *Oberlander* 2004, les conclusions de fait du juge MacKay sont définitives et non susceptibles d’appel. Comme l’a indiqué la Cour d’appel fédérale au paragraphe 40, *M. Oberlander*, le

must accept as indisputable facts that Oberlander had wartime experience with EK 10a, that he falsely represented his background or knowingly concealed material circumstances when interviewed by a security officer, and that he was admitted to Canada for permanent residence and eventually was granted citizenship by false representations.

[7] The facts relevant to the present application are as follows:

- The applicant was born in Halbstadt (a.k.a. Molochansk), Ukraine in 1924. He and his family were Volksdeutsch (ethnic Germans) whose ancestors settled in Halbstadt some 250 years ago.
- He completed secondary school in 1941 (when he was 17 years old) and was fluent in German and Russian. In September or the beginning of October of that year when German troops arrived in Halbstadt, he and his family were freed from a holding camp where they had been detained by Russians. He was later directed to assist in registration of Volksdeutsch in the area and to assist in repairing buildings and roads in the town. In late 1941 or early 1942, he was ordered by local authorities to report to German occupying forces to serve as an interpreter. The applicant maintains that he did so not by free choice, but out of fear of harm if he refused.
- He was assigned to EK 10a (a.k.a. Sonderkommando 10a), a police unit of the Sicherheitspolizei (Sipo) and Sicherheitsdienst (SD). Both organizations were security police forces of the Schutzstaffel (SS), which directed their operations from Berlin.
- EK 10a was one of the squads of Einsatzgruppe D (EG D), which in turn was one of four Einsatzgruppen, designated A, B, C and D. These were special police task forces operating behind the German army's front line in the eastern occupied territories in the years 1941-

ministre et le Cabinet doivent reconnaître que M. Oberlander avait incontestablement une expérience de guerre auprès de l'unité EK 10a, qu'il a fait une fausse déclaration quant à ses antécédents ou qu'il a dissimulé intentionnellement des faits essentiels lors de son entrevue avec un agent de sécurité et qu'il a été admis au Canada à titre de résident permanent et qu'il a finalement acquis la citoyenneté par de fausses déclarations.

[7] Les faits pertinents pour la présente demande sont les suivants :

- Le demandeur est né à Halbstadt (aussi connu sous le nom de Molochansk), en Ukraine, en 1924. Sa famille faisait partie des Volksdeutsche (d'origine ethnique allemande) dont les ancêtres s'étaient installés à Halbstadt il y a à peu près 250 ans.
- En 1941, à l'âge de 17 ans, il avait terminé l'école secondaire et il parlait couramment l'allemand et le russe. En septembre, ou au début d'octobre, les troupes allemandes sont arrivées à Halbstadt et l'ont libéré, lui et sa famille, d'un camp d'attente où les Russes les retenaient. Par la suite, on lui a ordonné d'apporter son aide à l'enregistrement des Volksdeutsche de la région ainsi que de participer à la réparation des immeubles et des routes de la ville. À la fin de l'année 1941 ou au début de l'année 1942 les autorités locales lui ont ordonné de se rapporter aux forces allemandes d'occupation en qualité d'interprète. C'est ce qu'il a fait, mais il soutient que ce n'était pas par libre choix, mais bien par peur de représailles s'il refusait.
- Il a été affecté à l'unité EK 10a, connue aussi sous le nom de Sonderkommando 10a, une unité de police allemande faisant partie de la Sicherheitspolizei (Sipo) et de la Sicherheitsdienst (SD). Ces deux organisations jouaient le rôle de police de sécurité pour les Schutzstaffel (SS), qui contrôlaient leurs opérations à partir de Berlin.
- L'unité EK 10a était l'une des équipes de l'Einsatzgruppe D (EG D), qui faisait partie d'un des quatre Einsatzgruppen, désignés comme A, B, C et D. C'étaient des groupes opérationnels spéciaux de police qui opéraient derrière la ligne de front de l'armée allemande

1944 to further the objectives of Nazi Germany. One of their roles was to operate as mobile killing units and it is estimated that the Einsatzgruppen and the Security Police were responsible for the execution of over two million people, mostly civilians (Jews, Communists, Roma, disabled and other so-called “undesirables”).

- Reports from EG D show that by mid-December 1941 more than 55 000 people had been killed and by April 1942 more than 91 000. EK 10a, by its own reports to police headquarters in Germany, had carried out substantial execution activities in Melitopol, Berdjansk, Mariupol and Taganrog, and then in the summer and fall of 1942 at Rostov and Krasnodar, and in the area of Novorossiysk, among other places. By the time there was a change of commanders of EK 10a in August 1942, its operational area, extending east to Rostov, was said to be “free of Jews”. Only later did EK 10a move south from Rostov to Krasnodar, where large-scale executions were committed, and then on to Novorossiysk. While the unit was at Krasnodar it is reported by a post-war German judicial inquiry that some 7 000 civilians were executed.

- The SS and the SD were declared to be criminal organizations in 1946, by decision of the International Military Tribunal and Article II of Control Council Law No. 10 [*Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, December 20, 1945]. In subsequent trials before the Nuremberg Military Tribunals in 1949, the former commander of EG D was convicted of war crimes, crimes against humanity and membership in a criminal organization, the SS.

- EK 10a included some members from other German police forces and a number of auxiliary personnel, including interpreters, drivers, and guards, from among Volksdeutsch and Russian POWs.

dans les territoires occupés de l’Est entre 1941 et 1944 afin d’assurer la réalisation des objectifs de l’Allemagne nazie. Parmi leurs fonctions, ils servaient d’unités mobiles d’exécution et il est estimé que les Einsatzgruppen et la police de sécurité sont responsables de l’exécution de plus de deux millions de personnes, en majorité des civils (des Juifs, des communistes, des Roms, des personnes souffrant d’une incapacité et d’autres personnes soi-disant indésirables).

- Les rapports rédigés par EG D démontrent qu’à la mi-décembre 1941, plus de 55 000 personnes avaient été exécutées et qu’en avril 1942, ce chiffre était passé à plus de 91 000. Dans ses rapports au quartiers généraux de la police en Allemagne, l’unité EK 10a indique avoir pratiqué un grand nombre d’exécutions à Melitopol, à Berdjansk, à Mariupol et à Taganrog, ainsi qu’à Rostov et Krasnodar à l’été et à l’automne 1942, et dans la région de Novorossiysk, parmi d’autres. Au moment où le commandant de l’unité EK 10a a été remplacé en août 1942, il avait été dit que la zone où l’unité opérait, qui allait à l’est jusqu’à Rostov, avait été « épurée de Juifs ». Ce n’est que plus tard que l’unité EK 10a s’est déplacée vers le sud, de Rostov jusqu’à Krasnodar, où les exécutions ont été menées sur une grande échelle, et ensuite jusqu’à Novorossiysk. Une enquête judiciaire entreprise par les Allemands après la guerre a fait état de l’exécution d’à peu près 7 000 civils au moment où l’unité était à Krasnodar.

- Les SS et la SD ont été déclarés être des organisations criminelles en vertu d’une décision du Tribunal militaire international et de l’article II de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle [*Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 décembre 1945]. Dans des procès subséquents tenus en 1949 devant le Tribunal militaire de Nuremberg, l’ancien commandant de l’EG D a été trouvé coupable de crimes de guerre, de crimes contre l’humanité et d’avoir été membre d’une organisation criminelle, les SS.

- L’unité EK 10a comprenait des membres qui venaient d’autres services de police allemands, ainsi que du personnel auxiliaire, notamment des interprètes, des chauffeurs et des gardiens, qui étaient recrutés parmi les Volksdeutsche ou les prisonniers de guerre russes.

- Oberlander was not officially a member of the SD or Sipo, though he wore the uniform of the SD from the summer of 1942 until EK 10a was merged with army units in late 1943 or 1944. In some documents, he is described as “SS-mann”, but that description and the uniform were not determinative of formal membership in the SD or the SS, as he was not a German citizen at the time, a circumstance which would have precluded him from formal SD or Sipo membership.
- He was, however, a member of EK 10a, serving as an auxiliary and as an interpreter for the SD from the time he was ordered to report until the remnants of that unit were absorbed in a regular army unit in late 1943 or 1944, after which he served as an infantryman.
- Oberlander was moved with EK 10a through eastern Ukraine to Melitopol, Mariupol, and Taganrog, thence to Rostov and south to Krasnodar and Novorossiysk. There, the unit (including Oberlander) was engaged in anti-partisan missions, as it later was in the Crimea, Belarus, Poland and Yugoslavia. He was moved later to Torgau, a town south of Berlin, to help guard the capital. As the war was ending, he and others moved west to surrender to American forces and then marched westward again, to Hannover, where he was held in a British POW camp from May to July 1945.
- There is no evidence that Oberlander participated in any of the atrocities committed against civilians by EK 10a. However, Justice MacKay found that Oberlander’s claims that he did not know the name of the unit until 1970 and that he only came to know of EK 10a action against Jews when he was at Krasnodar and Novorossiysk in the fall of 1942 were not credible. Justice MacKay held that the applicant was aware of the nature of EK 10a and its activities during his service.
- M. Oberlander n’était pas un membre de la SD ou de la Sipo, même s’il a porté l’uniforme de la SD de l’été 1942 jusqu’à ce que l’unité EK 10a soit absorbée dans des unités de l’armée vers la fin de 1943 ou en 1944. Certains documents de l’époque décrivent M. Oberlander comme un « SS-mann », mais cette description et l’uniforme qu’il portait n’indiquent pas nécessairement qu’il était membre de plein droit de la SD ou des SS. On ne pouvait être membre de la SD ou de la Sipo à moins d’être citoyen allemand et M. Oberlander n’était pas un citoyen allemand à ce moment.
- Toutefois, il était membre de l’unité EK 10a, où il servait à titre d’auxiliaire et comme interprète pour la SD, du moment où on lui a ordonné de se présenter jusqu’au moment où ce qui restait de son unité a été absorbé dans une unité de l’armée régulière vers la fin de l’année 1943 ou en 1944. Il a alors continué son service comme soldat dans l’infanterie.
- Au sein de l’unité EK 10a, M. Oberlander s’est déplacé à travers l’est de l’Ukraine jusqu’à Melitopol, Mariupol et Taganrog, pour ensuite se rendre à Rostov et au sud jusqu’à Krasnodar et Novorossiysk. Oberlander et son unité ont alors participé à des missions contre les partisans, ce qu’ils ont aussi fait plus tard en Crimée, au Bélarus, en Pologne et en Yougoslavie. Il a été ensuite envoyé à Torgau, une ville au sud de Berlin, pour participer à la défense de la capitale allemande. Vers la fin de la guerre, il est allé vers l’ouest avec d’autres personnes pour se rendre aux forces américaines. Il a ensuite continué sa marche vers l’ouest, jusqu’à Hanovre, où il a été interné dans un camp britannique pour prisonniers de guerre de mai à juillet 1945.
- Rien dans la preuve ne démontre que M. Oberlander aurait participé personnellement aux atrocités infligées aux civils par l’unité EK 10a. Toutefois, le juge MacKay a conclu que les allégations de M. Oberlander selon lesquelles il ne connaissait pas le nom de son unité avant 1970 et qu’il avait été mis au courant des actes commis contre les Juifs par l’unité EK 10a seulement lorsqu’il était à Krasnodar et à Novorossiysk à l’automne 1942, ne sont pas crédibles. Le juge MacKay a estimé que le demandeur avait pris conscience de la nature de l’unité EK 10a et de ses activités durant son service.

• Oberlander’s registration form, provided for under the law of 5 March 1946 (regarding Liberation from National Socialism and Militarism adopted by the Allied Control Council for Germany), contains, in response to a question about “Membership in the Wehrmacht [Armed Forces], police formations, Reich Labour Service” and “Exact designation or formation”, the entry “Infantry Regiment 159” and states his highest rank attained as “O.Gefr.”, indicating (according to translation) about the rank of lance corporal.

• Oberlander was released from the POW camp to be engaged in farm labour and a certificate of discharge from the German army was completed. Thereafter he continued to reside in then-West Germany at Hannover and later at Korntal, where he was reunited with his family and where he met and married his wife in 1950.

• The couple immigrated to Canada on 13 May 1954 and became citizens on 12 April 1960. They have two daughters, one of whom suffers from a mental illness and is dependent on her parents.

• Over the years since coming to Canada, Oberlander’s work in commercial, apartment and housing development has apparently made a major contribution to the Kitchener-Waterloo region.

[8] Following the reference case heard by Justice MacKay, the Cabinet continued its efforts to revoke Oberlander’s citizenship. In so doing, the Minister sent a formal report to the Cabinet recommending the revocation of his citizenship. The Cabinet concluded that the citizenship should be revoked.

[9] On judicial review, this Court confirmed the Cabinet’s decision and denied judicial review (*Oberlander v. Canada (Attorney General)* (2003), 238 F.T.R. 35 (F.C.)).

[10] The applicant appealed this first judicial review decision to the Federal Court of Appeal, which allowed

• Le formulaire d’enregistrement de M. Oberlander, produit en vertu de la Loi du 5 mars 1946 (portant sur la libération du national-socialisme et du militarisme, loi qui avait été adoptée par le Conseil de contrôle interallié pour l’Allemagne) comprend, à la question portant sur le statut de [TRADUCTION] « Membre de la Wehrmacht [les forces armées], des services de police et du service de travail du Reich » et sur [TRADUCTION] « Le titre exact ou la formation » la mention [TRADUCTION] « Régiment d’infanterie 159 » et précise que son rang le plus élevé était celui de « O.Gefr. », que le traducteur indique correspondre au rang de caporal suppléant.

• M. Oberlander a été libéré de ce camp pour travailler comme ouvrier agricole. À sa libération, on lui a remis un certificat de démobilisation de l’armée allemande. Par la suite, il a continué à résider en Allemagne de l’Ouest, d’abord à Hanovre et, plus tard, à Korntal, où il a retrouvé sa famille et où il a rencontré la future M^{me} Oberlander qu’il a épousée en 1950.

• Le 13 mai 1954, M. Oberlander et son épouse ont immigré au Canada et le 12 avril 1960 ils ont obtenu la citoyenneté canadienne. Ils ont deux filles dont une souffre de maladie mentale et est à la charge de ses parents.

• Depuis son arrivée, il semble que par son travail dans les divers projets commerciaux, résidentiels, et de logements multiples, M. Oberlander aurait fait une contribution importante au développement de la région de Kitchener-Waterloo.

[8] À la suite du renvoi instruit par le juge MacKay, le Cabinet a continué de faire des efforts pour annuler la citoyenneté de M. Oberlander. Le ministre a envoyé au Cabinet un rapport officiel dans lequel il recommandait l’annulation de sa citoyenneté canadienne. Le Cabinet a conclu que la citoyenneté devait être annulée.

[9] Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, la Cour a confirmé la décision du Cabinet et a rejeté la demande de contrôle judiciaire (*Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944).

[10] Le demandeur a interjeté appel de cette décision à l’égard de la première demande de contrôle judiciaire

the appeal and granted judicial review. Since the subsequent Order in Council is a response, in part, to the Federal Court of Appeal's decision, it is important to note the basis upon which the Federal Court of Appeal concluded that the initial decision by the Cabinet was in error. The concluding words of the Court are significant in that they set the background for the subsequent Order in Council which is under judicial review in this proceeding. The Federal Court of Appeal's judgment also touches upon the nature of the process of the second Cabinet decision and has relevance to the issues of bias alleged by the applicant. The concluding words of the Court, at paragraph 61, are as follows:

I would allow the appeal with costs here and below, set aside the decision of the Federal Court, allow the application for judicial review, set aside the decision of the Governor in Council and remit the matter back to the Governor in Council for a new determination. In practice, this order means that the Minister of Citizenship and Immigration, should she decide to again seek the revocation of the citizenship of Mr. Oberlander, is expected to present the Governor in Council with a new report which will address the concerns expressed by the Court in these reasons.

[11] The Federal Court of Appeal noted a number of matters relevant to this judicial review:

- The Federal Court of Appeal noted that while Justice MacKay did not find Oberlander credible on certain issues (many of those issues related to Oberlander's knowledge and participation in the activities of EK 10a), Justice MacKay did not make any finding of non-credibility with respect to Oberlander's claim that he had been conscripted. Justice MacKay did not find that EK 10a had a single and brutal purpose. That is a matter which the Federal Court of Appeal ultimately held is an issue for the Cabinet to decide.
- The Federal Court of Appeal noted that it was open to the Cabinet not to establish policy guidelines and perhaps not to follow them. However, once the Cabinet opted to adopt guidelines and to apply them to this case,

devant la Cour d'appel fédérale qui a accueilli l'appel et la demande de contrôle judiciaire. Étant donné que le décret en conseil subséquent constitue en partie une réponse à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, il est important de souligner le fondement de la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la décision initiale du Cabinet était erronée. La conclusion de la Cour est importante parce qu'elle a établi le contexte du décret en conseil subséquent qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire. Le jugement de la Cour d'appel fédérale aborde également la question de la nature du processus par lequel le Cabinet a rendu sa deuxième décision et il est pertinent à l'égard des questions de la partialité que le demandeur a soulevées. La conclusion de la Cour est énoncée au paragraphe 61 comme suit :

J'accueillerais l'appel, les dépens étant adjugés dans la présente instance et dans l'instance inférieure, j'annulerais la décision de la Cour fédérale, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du gouverneur en conseil et je renverrais l'affaire au gouverneur en conseil pour qu'il prenne une nouvelle décision. En pratique, cette ordonnance veut dire que la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, si elle décidait de demander encore une fois l'annulation de la citoyenneté de M. Oberlander, devrait présenter au gouverneur en conseil un nouveau rapport portant sur les questions mentionnées par la Cour dans les présents motifs.

[11] La Cour d'appel fédérale a souligné un certain nombre de questions importantes dans le cadre du présent contrôle judiciaire et ce, comme suit :

- La Cour d'appel fédérale a souligné que le juge MacKay a conclu à la non-crédibilité de M. Oberlander sur certains points (dont bon nombre à l'égard de sa connaissance des activités et de sa participation aux activités de l'unité EK 10a), mais il n'a pas tiré une telle conclusion au sujet de l'allégation selon laquelle il était un conscrit. Le juge MacKay n'a pas conclu que l'unité EK 10a ne visait que la violence. Il s'agit d'une question que le Cabinet devait trancher selon la conclusion finale de la Cour d'appel fédérale.
- La Cour d'appel fédérale a observé qu'il était loisible au Cabinet de ne pas établir de lignes directrices et, peut-être, de ne pas suivre les lignes directrices établies. Toutefois, puisque dans ce cas-ci il a choisi d'adopter les

the Cabinet was required to put its mind to determining whether Oberlander came within the scope of the “no safe haven” policy.

- The Court also concluded that the report by the Minister constitutes part of the reasons of the Cabinet in deciding the basis for the revocation of Oberlander’s citizenship.
- In conducting the standard of review analysis at the time, prior to the *Dunsmuir* decision (*Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190), the Court concluded that the case was complicated by the fact that there were two standards of review in play. In respect of the determination that a person might be a “suspected war criminal” within the policy, the standard of review was reasonableness *simpliciter* whereas the Cabinet’s weighing of personal interests and the public interest would have attracted a standard of patent unreasonableness.

[12] The Federal Court of Appeal, with respect to Oberlander being suspected of war crimes, said as follows, at paragraph 59:

The Minister’s report does refer to the “no safe haven” policy but does not analyse why it is that Mr. Oberlander fits within the policy which, the report fails to mention, applies only to suspected war criminals. In face of the express finding by Mr. Justice MacKay that no evidence was presented about any personal involvement of Mr. Oberlander in war crimes, one would expect the Governor in Council to at least explain why, in its view, a policy which, by its very—and underlined—words applied only to suspected war criminals, applied to someone who served only as an interpreter in the German army. I note that neither the Minister in her report nor the reviewing Judge even refer to the fact that Mr. Oberlander had asserted that he had not joined the German army voluntarily and that Mr. Justice MacKay has not made a definite finding as to whether Mr. Oberlander had been conscripted or not.

[13] On the issue of the reasonableness of weighing private interest and public interest, the Federal Court of Appeal concluded as follows, at paragraph 60:

lignes directrices et de les appliquer, le Cabinet était tenu de se demander si la politique d’exclusion des criminels de guerre s’appliquait à M. Oberlander.

- La Cour a également conclu que le rapport du ministre faisait partie des motifs du Cabinet lorsqu’il a décidé d’annuler la citoyenneté de M. Oberlander.
- En effectuant l’analyse de la norme de contrôle judiciaire à l’époque, avant l’arrêt *Dunsmuir* (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190), la Cour a conclu que l’affaire était compliquée par l’existence de deux normes de contrôle applicables. À l’égard de la décision selon laquelle un individu pourrait bien être [TRADUCTION] « un criminel de guerre présumé » au sens de la politique sur les criminels de guerre, la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter* alors que l’évaluation des intérêts personnels et des intérêts publics effectuée par le Cabinet pouvait bien entraîner l’application de la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[12] La Cour d’appel fédérale a énoncé à l’égard du fait que M. Oberlander était soupçonné d’avoir commis des crimes de guerre ce qui suit, au paragraphe 59 :

Le rapport de la ministre fait bien mention de la politique d’« absence de havre » [politique d’exclusion des criminels de guerre], mais sans renfermer d’analyse expliquant pourquoi M. Oberlander est visé par la politique qui ne s’applique qu’aux individus soupçonnés d’avoir commis des crimes de guerre, soit un élément dont il n’est pas fait mention dans le rapport. Étant donné la conclusion expresse tirée par le juge MacKay, à savoir qu’aucun élément de preuve n’a été présenté au sujet de la participation personnelle de M. Oberlander à des crimes de guerre, on s’attendrait à ce que le gouverneur en conseil explique du moins pourquoi, à son avis, une politique qui, par son libellé même, et la chose est soulignée, s’appliquait uniquement aux individus soupçonnés d’avoir commis des crimes de guerre, s’appliquait à quelqu’un qui avait uniquement agi à titre d’interprète dans l’armée allemande. Je note que ni la ministre dans son rapport ni le juge qui a procédé à la révision ne mentionnent que M. Oberlander a affirmé qu’il n’avait pas joint l’armée allemande volontairement et que le juge MacKay n’a pas tiré de conclusion précise au sujet de la question de savoir si M. Oberlander était un conscrit.

[13] Dans l’examen du caractère raisonnable de l’évaluation des intérêts personnels et des intérêts publics, la Cour d’appel fédérale a conclu, au paragraphe 60 ce qui suit :

The Governor in Council could not reasonably come to the conclusion that the policy applied to Mr. Oberlander without first forming an opinion as to whether there was evidence permitting a finding (not made by the reference Judge) that Mr. Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of an organization with a single, brutal purpose. The reviewing Judge took upon himself to decide what the Governor in Council had omitted to examine and decide, that EK 10a was an organization with a single, brutal purpose and that Mr. Oberlander was complicit in the organization's activities. The decision of the Governor in Council in that regard cannot be supplemented by that of the reviewing Judge. The decision of the Governor in Council is not reasonable as it fails to make the appropriate findings and relate them to the person whose citizenship was at issue.

[14] Given the clear indication by the Federal Court of Appeal of the defects in the initial report and conclusions of the Cabinet, it is important to analyse the nature of the second report which forms the basis of the Cabinet's decision to again revoke the citizenship of Oberlander.

A. Minister's Report

[15] The Minister's report, having set out the legislative scheme of the Act, deals directly with the findings of Justice MacKay. Those findings include a description of the Einsatzgruppe D (EG D) and their structure and function. EK 10a was part of Einsatzgruppe D. Justice MacKay noted [at paragraph 193] that "[a]mong their roles they operated as mobile killing units and it is estimated that the Einsatzgruppen and the Security Police were responsible for the execution of more than two million people, mostly civilians, primarily Jews and communists, and also Gypsies, handicapped and others considered unacceptable for Nazi Germany's interests."

[16] Justice MacKay noted, and the Minister's report found, that EK 10a carried out numerous atrocities against many thousands of civilians including repeated mass shootings of children, women and men as well as gassings. Nevertheless, Justice MacKay had concluded

Le gouverneur en conseil ne pouvait pas raisonnablement conclure que la politique s'appliquait à M. Oberlander sans d'abord se faire une opinion au sujet de la question de savoir s'il existait une preuve permettant de conclure (conclusion que le juge chargé du renvoi n'a pas tirée) que M. Oberlander pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité. Le juge saisi en révision s'est chargé de décider ce que le gouverneur en conseil avait omis d'examiner et de décider, à savoir que l'unité Ek 10a était une organisation dont la raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité et que M. Oberlander avait été complice des activités de l'organisation. La décision du gouverneur en conseil sur ce point ne peut pas être complétée par celle du juge saisi en révision. La décision du gouverneur en conseil n'est pas raisonnable puisqu'elle ne renferme pas les conclusions appropriées et qu'elle n'établit pas de lien entre les conclusions tirées et la personne dont la citoyenneté est en cause.

[14] Étant donné que la Cour d'appel fédérale a précisé clairement les défauts du rapport initial et des conclusions du Cabinet, il est important d'examiner la nature du deuxième rapport qui constitue le fondement de la décision par laquelle le Cabinet a annulé la citoyenneté de M. Oberlander.

A. Le rapport du ministre

[15] Après avoir précisé le cadre législatif établi par la Loi, le rapport du ministre traite directement des conclusions du juge MacKay. Ces conclusions comprennent une description de l'Einsatzgruppe D (EG D), de son rôle et de ses fonctions. L'unité EK 10a était l'une des équipes de l'Einsatzgruppe D. Le juge MacKay a observé [au paragraphe 193] que « [p]armi leurs fonctions, ils servaient d'unités mobiles d'exécution. On estime que les Einsatzgruppen et la police de sécurité sont responsables de l'exécution de plus de deux millions de personnes, en majorité des civils. Il s'agissait surtout de Juifs et de communistes, mais il y avait aussi des Tsiganes, des personnes souffrant d'une incapacité et d'autres personnes dont l'existence était estimée être contraire aux intérêts de l'Allemagne [nazie]. »

[16] Le juge MacKay a souligné, tout comme le rapport du ministre, que l'unité EK 10a avait infligé un grand nombre d'atrocités à des milliers de civils, y compris des exécutions massives d'enfants, de femmes et d'hommes ainsi que des opérations de gavage.

that there was no evidence that Oberlander participated in any of the atrocities committed against civilians by EK 10a. However, Justice MacKay did find that Oberlander, despite his protestations, must have been aware of those atrocities.

[17] The Minister’s report goes on to capture the summary of facts made by Justice MacKay. The pertinent summary of facts has been set out in paragraph 7 of these reasons.

[18] The Minister’s report then goes on to discuss the citizenship revocation policy for World War II cases. The Minister’s report specifically noted that the policy in regard to complicity in war crimes was as follows:

For World War II matters, the government has publicly stated that it will pursue only those cases for which there is evidence of direct involvement or complicity in war crimes or crimes against humanity. A person may be considered complicit if the person is aware of the commission of war crimes or crimes against humanity and contributes directly or indirectly to their occurrence. In addition, membership in an organization responsible for committing the atrocities can be sufficient to establish complicity if the organization in question is one with a limited brutal purpose, such as a death squad. [Emphasis added.]

[19] The Minister then noted that in the Federal Court of Appeal’s decision, the Court had held that the Cabinet could not reasonably come to the conclusion that the World War II citizenship revocation policy applied to Oberlander without first forming an opinion as to whether there was evidence permitting a finding that Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of a limited and brutal purpose organization. It is perhaps telling that the Federal Court of Appeal and the Cabinet have used the words “could be suspected of being complicit” as opposed to requiring a finding of actual complicity. I note that the Federal Court of Appeal refers to an “organization with one single, brutal purpose” while the Minister’s report tends to refer to a “limited brutal purpose organization”. In the context of this case, I see no significant difference between the two descriptions. An SS death squad fits both.

Néanmoins, le juge MacKay a conclu que rien dans la preuve ne démontrait qu’Oberlander avait participé aux atrocités que l’unité EK 10a avait infligées aux civils. Le juge MacKay a conclu cependant qu’en dépit du fait qu’il affirme le contraire, M. Oberlander devait être au courant de ces atrocités.

[17] Le rapport du ministre expose ensuite le résumé des faits réalisé par le juge MacKay. Un résumé pertinent des faits a été fait au paragraphe 7 des présents motifs.

[18] La suite du rapport du ministre porte sur l’analyse de la politique concernant l’annulation de la citoyenneté à l’égard des cas de la Seconde Guerre mondiale. Le rapport souligne particulièrement que la politique visant la complicité de crimes de guerre prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les affaires ayant trait à la Deuxième Guerre mondiale, le gouvernement a déclaré publiquement qu’il n’engage des poursuites que dans les cas où il possède une preuve de complicité ou de participation directe à des crimes de guerre ou à des crimes contre l’humanité. On considère qu’une personne est complice si, tout en sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité ont été commis, elle a contribué directement ou indirectement à leur perpétration. Le fait d’être membre d’une organisation responsable d’atrocités peut, si l’organisation en question ne vise que la violence, comme un escadron de la mort, suffire pour que l’on considère qu’une personne est complice. [Non souligné dans l’original.]

[19] Le ministre fait observer par la suite que la Cour d’appel fédérale avait jugé que le Cabinet ne pouvait raisonnablement conclure que la politique d’annulation de la citoyenneté ayant trait à la Seconde Guerre mondiale s’appliquait à M. Oberlander, sans d’abord se faire une opinion au sujet de la question de savoir s’il existait une preuve permettant de conclure que M. Oberlander pouvait être soupçonné d’avoir été complice des activités d’une organisation dont la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité. Il est peut-être révélateur que la Cour d’appel fédérale et le Cabinet ont employé l’énoncé « pouvait être soupçonné d’avoir été complice » plutôt que d’exiger une conclusion sur la complicité réelle. Je souligne que la Cour d’appel fédérale fait référence à « une organisation dont la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité » alors que le rapport du ministre parle plutôt d’une

[20] The report goes on to examine, in establishing the criteria that may be applicable to this consideration of complicity, the Citizenship and Immigration, *Enforcement Manual (ENF)*, Chapter ENF 18 (War Crimes and Crimes Against Humanity). The Minister's report then sets out the findings that show EK 10a was a limited and brutal purpose organization. Those factors are the following:

- EK 10a operated as a mobile civilian-killing unit.
- It is estimated that the Einsatzgruppen and the Security Policy were responsible for the execution of more than two million people, mostly civilians, primarily Jews and communists, and also Gypsies, handicapped and others considered unacceptable for Nazi Germany's interests.
- The five EK units of Einsatzgruppen D, to which EK 10a belonged, executed 55 000 civilians between June 1941 and mid-December 1941, another 46 000 by April 1942 and many more thereafter.
- By August 1942, EK 10a had executed so many thousands of Jews that its operational area was declared *Judenrein* (Jew-free).
- Thereafter, EK 10a moved south from Rostov to Krasnodar and carried out further mass executions in this new operational area, e.g. murdering 7 000 civilians in Krasnodar.
- As noted above, Mr. Justice MacKay referred to the Einsatzgruppen judgment of the Nuremberg Tribunal, which, he remarked, "describes in graphic terms the enormity of the crimes committed by the Einsatzgruppen A, B, C and D". The introductory paragraph of that

[TRANSLATION] « organisation visant des fins limitées et brutales ». En l'espèce, je ne vois aucune différence importante entre les deux énoncés descriptifs. Tous les deux s'appliquent à un escadron de la mort des SS.

[20] Le rapport continue ensuite par l'examen du chapitre ENF 18 du *Guide de l'exécution de la loi (ENF)* de la Citoyenneté et de l'Immigration, « Crimes de guerre et crimes contre l'humanité », en vue d'établir les critères qui pourraient s'appliquer à la question de la complicité. Le rapport du ministre établit par la suite les facteurs qui démontrent que l'unité EK 10a constituait une organisation qui visait des fins limitées et brutales. Ces facteurs sont les suivants :

- L'unité EK 10a opérait comme unité mobile d'exécution des civils.
- On estime que les Einsatzgruppen et la police de sécurité sont responsables de l'exécution de plus de deux millions de personnes, en majorité des civils. Il s'agissait surtout de Juifs et de communistes, mais il y avait aussi des Tsiganes, des personnes souffrant d'une incapacité et d'autres personnes dont l'existence était estimée être contraire aux intérêts de l'Allemagne nazie.
- Les cinq unités Ek qui appartenaient à l'Einsatzgruppen D, dont la EK 10a, ont exécuté 55 000 civils entre juin 1941 et la mi-décembre 1941, encore 46 000 jusqu'en avril 1942 et beaucoup d'autres par la suite.
- Jusqu'en août 1942, EK 10a avait exécuté des milliers de Juifs et la zone où l'unité opérait avait été ainsi déclarée *Judenrein* (épurée de Juifs).
- Plus tard, l'unité EK 10a s'est déplacée vers le sud de Rostov jusqu'à Krasnodar, où les exécutions ont été menées sur une grande échelle, par exemple 7 000 civils ont été assassinés à Krasnodar.
- Comme il est mentionné précédemment, M. le juge MacKay a renvoyé au jugement rendu par le Tribunal de Nuremberg à l'égard des Einsatzgruppen qui « décrit de façon crue l'énormité des crimes commis par les Einsatzgruppen A, B, C et D ». Le paragraphe introductif

Nuremberg opinion and judgment, found at Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. IV, October 1946-April 1949 (Case No. 9, *United States of America vs. Otto Ohlendorf, et al. (The Einsatzgruppen Case)*), at page 414, reads:

When the German armies, without any declaration of war, crossed the Polish frontier and smashed into Russia, there moved with and behind them a unique organization known as the Einsatzgruppen. As an instrument of terror in the museum of horror, it would be difficult to find an entry to surpass the Einsatzgruppen in its blood-freezing potentialities. No writer of murder fiction, no dramatist steeped in macabre lore, can ever expect to conjure up from his imagination a plot which will shock sensibilities as much as the stark drama of these sinister bands.

In the same judgment, the Nuremberg Tribunal also wrote [at pages 411-412] that:

Although the principal accusation is murder and, unhappily, man has been killing man ever since the days of Cain, the charge of purposeful homicide in this case reaches such fantastic proportions and surpasses such credible limits that believability must be bolstered with assurance a hundred times repeated.

and [at page 412]:

If what the prosecution maintains is true [the Tribunal found that in fact it was], we have here participation in a crime of such unprecedented brutality and of such inconceivable savagery that the mind rebels against its own thought image and the imagination staggers in the contemplation of a human degradation beyond the power of language to adequately portray. The crime did not exclude the immolation of women and children, heretofore regarded as the special object of solicitude even on the part of an implacable and primitive foe.

B. Complicity

[21] On the issue of complicity, the Minister referred to the Citizenship and Immigration Manual. In respect of whether an individual's involvement with a limited and brutal purpose organization constitutes complicity, the Minister noted that active or formal membership in

de l'avis et jugement du Procès des criminels de guerre par les tribunaux militaires de Nuernberg, tenus conformément à la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, vol. IV, octobre 1946-avril 1949 (affaire 9, *United States of America vs. Otto Ohlendorf, et al. (The Einsatzgruppen Case)*), à la page 414, est formulé comme suit :

[TRADUCTION] Lorsque l'armée allemande, sans avoir fait aucune déclaration de guerre, a franchi la frontière de la Pologne et a envahi la Russie, une organisation particulière, connue sous le nom de Einsatzgruppen suivait ses arrières. Il serait difficile de trouver un instrument de terreur dans un musée des horreurs pire que l'Einsatzgruppen pour faire glacer le sang. Aucun auteur de romans policiers, aucun auteur dramatique imprégné du domaine du macabre ne pourrait jamais s'attendre à imaginer une intrigue qui choque la conscience autant que le drame atroce provoqué par ces bandes sinistres.

Dans le même jugement, le Tribunal de Nuremberg a noté également ce qui suit [aux pages 411 et 412] :

[TRADUCTION] Il est vrai que la principale accusation portée est le meurtre, et que, malheureusement, l'être humain tue son proche depuis l'aube de l'humanité, mais l'homicide intentionnel reproché en l'espèce atteint des proportions si incroyables et dépasse de si loin les limites de l'entendement qu'on a grand peine à croire qu'il a été commis même après les récits relatés par centaines.

et encore [à la page 412] :

[TRADUCTION] Si les prétentions du poursuivant sont vraies [le Tribunal ayant d'ailleurs conclu en ce sens], nous sommes les témoins d'une participation à des crimes d'une brutalité sans précédent et d'une barbarie si inimaginable que la raison refuse de l'accepter, et l'imagination reste sidérée devant un tel portrait de la déchéance humaine si impossible à décrire. L'immolation des femmes et des enfants, devant laquelle même l'ennemi implacable depuis des temps immémoriaux a éprouvé de la sollicitude jusqu'à maintenant, n'a pas été exclue.

B. La complicité

[21] Au regard de la question de la complicité, le ministre a fait référence au Guide de la Citoyenneté et de l'Immigration. Pour ce qui est de l'établissement de la complicité à partir de la participation d'une personne au sein d'une organisation visant des fins brutales et

the organization responsible for committing the atrocities is not required.

In order to establish involvement, one or more of the following elements must be present:

- Person has devoted themselves full time or almost full time to the activities of the organization;
- Person is associated with the members of the organization (the longer the period of time, the stronger the involvement); **or**
- Person joins voluntarily and remains in the group to add their personal efforts to the group's cause.

The quote from the policy also indicates that the person must have knowledge of the limited and brutal purpose of the organization and that that knowledge may be inferred from the types of activities the organization is involved with. The policy does note that while it may be presumed that a person who is involved with an organization is aware of the brutal nature of this organization, that presumption is rebuttable. There is no reference made to the rebuttable presumption of "shared common purpose".

[22] As noted in paragraph 47 *et seq.* of these reasons, the policy is not required to follow established case law. In any event, the policy (and the Minister's report) is consistent with the law set forth in *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 231 F.T.R. 33 (F.C.T.D.).

[23] Having outlined the criteria to be followed, the Minister then concluded, based on the findings from Justice MacKay, that Oberlander was complicit in the activities of EK 10a:

Membership

- Mr. Justice MacKay conclusively found that Mr. Oberlander was a member of EK 10a. (Membership usually suffices to establish complicity in a limited brutal purpose organization.)

limitées, le ministre a fait valoir qu'il n'est pas nécessaire d'avoir été membre en règle ou membre actif d'une organisation responsable d'atrocités.

Afin d'établir la participation au sein de l'organisation, un ou plusieurs des éléments suivants doivent être présents :

- la personne consacre tout son temps ou presque aux activités de l'organisation;
- la personne est associée à des membres de l'organisation (l'importance de la participation s'accroît en fonction de la période de temps); **ou**
- la personne adhère volontairement au groupe et y reste dans le but d'ajouter ses efforts personnels à ceux des autres pour la cause du groupe.

Selon la politique susmentionnée, la personne doit être au courant des fins brutales et limitées de l'organisation et cette connaissance peut se déduire du type d'activités auxquelles participe l'organisation. Il est effectivement indiqué dans cette politique que l'on peut présumer que si une personne participe à une organisation elle en connaît la nature brutale, mais qu'il s'agit d'une présomption réfutable. Il n'y a aucune mention de présomption réfutable à l'égard de « l'intention commune ».

[22] Comme il est mentionné au paragraphe 47 et suiv. des présents motifs, cette politique n'est pas tenue de respecter la jurisprudence. Quoi qu'il en soit, la politique et le rapport du ministre sont conformes au principe de droit établi dans la décision *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 309.

[23] Après avoir énoncé les critères à appliquer, le ministre a conclu, en se fondant sur les conclusions du juge MacKay, que M. Oberlander avait été complice des activités de l'unité EK 10a :

[TRADUCTION]

Appartenance

- Monsieur le juge MacKay a conclu de façon définitive que M. Oberlander était membre de l'unité EK 10a (l'appartenance à l'organisation visant des fins brutales et limitées suffit habituellement à établir la complicité.

Involvement

- Mr. Oberlander asserted that he had not joined EK 10a voluntarily. As the Federal Court of Appeal noted, “Mr. Justice MacKay has not made a definite finding as to whether Mr. Oberlander had been conscripted or not.”
- Mr. Justice MacKay conclusively found, however, that Mr. Oberlander served full time with Ek 10a for at least 1.5 years.
- Mr. Justice MacKay also found that during that time, Mr. Oberlander lived, ate and travelled with Ek 10a, serving it, and its members and its purposes.

Knowledge

- Mr. Justice MacKay conclusively found that at the time Mr. Oberlander was a member of Ek 10a, he had been well aware of its brutal purpose and murderous activities.

The above findings would support a conclusion that Helmut Oberlander falls within the scope of the Government’s revocation policy, and in particular that there was evidence permitting a finding that Mr. Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of a limited brutal purpose organization.

[24] The Minister’s report responds to the submissions by Oberlander’s counsel that the government’s policy was only to seek revocation in respect of persons who had participated directly in war crimes and that it was necessary to find direct criminal conduct before Oberlander could be subject to citizenship revocation. The Minister noted that the long-standing and public policy of the Government of Canada was to seek denaturalization not only in cases where there was evidence of direct involvement in war crimes but in cases where there is “evidence of complicity in such crimes”.

[25] It is noteworthy that in the discussion of complicity and the requirements for a finding of having grounds to suspect a person’s complicity, the Minister

Participation

- M. Oberlander a affirmé qu’il n’avait pas joint l’unité EK 10a volontairement. Comme la Cour d’appel fédérale l’a mentionné, « le juge MacKay n’a pas tiré de conclusion précise au sujet de la question de savoir si M. Oberlander était un conscrit ».
- Monsieur le juge MacKay a conclu de façon définitive que M. Oberlander a exercé ses fonctions au sein de l’unité EK 10a à temps plein pendant au moins un an et demi.
- Monsieur le juge MacKay a conclu également que lors de cette période, M. Oberlander vivait, mangeait et voyageait avec l’unité et était au service de ses membres et de ses objectifs.

Connaissance

- Monsieur le juge MacKay a conclu de façon définitive que lors de la période où M. Oberlander était membre de l’unité EK10a, il en connaissait bien les fins brutales et les activités meurtrières.

Les conclusions susmentionnées permettraient de conclure que la politique gouvernementale d’annulation de la citoyenneté s’applique à Helmut Oberlander et particulièrement qu’il existe une preuve permettant de conclure que M. Oberlander peut être soupçonné d’avoir été complice des activités d’une organisation dont la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité.

[24] Le rapport du ministre répond aux observations formulées par l’avocate de M. Oberlander selon lesquelles la politique du gouvernement servait uniquement à demander l’annulation de la citoyenneté des personnes qui avaient contribué directement à la perpétration de crimes de guerre et qu’il fallait conclure à l’existence d’une participation directe à la conduite criminelle avant que M. Oberlander soit exposé à la révocation de sa citoyenneté. Le ministre a fait valoir que la politique publique de longue date du gouvernement du Canada visait à demander l’annulation de la citoyenneté non seulement dans les cas où la preuve établit la participation directe aux crimes de guerre, mais aussi dans les cas où la preuve établit « la complicité dans de tels crimes ».

[25] Il convient de souligner que dans l’analyse de la complicité et des critères à respecter afin de pouvoir soupçonner la complicité, le ministre a renvoyé non

referred not only to Canadian and international law on this issue but also to the departmental policy manual and the government's own policy in respect of the annual reports of Canada's War Crimes Program. (See comments in paragraphs 21 and 47.)

[26] The Minister, in coming to the conclusion with respect to Oberlander's complicity, noted Justice MacKay's conclusions that Oberlander was a member of EK 10a and that the unit, to Oberlander's own knowledge, carried out systemic and widespread wartime mass murders of civilians on racial and political grounds. The Minister also noted that Justice MacKay found that, whether or not Oberlander had been conscripted, he served with EK 10a, lived and travelled with the unit, and served its purposes. Those purposes were the commission of war crimes, and particularly heinous ones at that.

[27] The Minister then concluded that Oberlander was aware of the commission of war crimes, and, by helping EK 10a to function, contributed indirectly to their occurrence. These conclusions were found to flow directly from the findings of Justice MacKay; those findings also made it clear that any reference to the absence of evidence that Oberlander participated in any of these atrocities addressed not the issue of complicity but the issue of direct participation.

[28] The Minister then further concluded that the findings of Justice MacKay make it clear that EK 10a, during the time Oberlander was a member, was a limited and brutal purpose organization, and in particular was a death squad.

[29] On the issue of Oberlander's voluntary participation in EK 10a, an issue directly related to the shared common purpose of the organization, while Justice MacKay made no definite finding as to whether Oberlander had been conscripted or not, the Federal Court of Appeal had indicated that this point had to be addressed by the Minister. Addressing that issue, the

seulement au droit canadien et au droit international sur cette question, mais aussi au guide de la politique ministérielle et à la politique du gouvernement relativement aux rapports annuels du Programme canadien sur les crimes de guerre. (Voir les observations formulées aux paragraphes 21 et 47 des présents motifs.)

[26] Dans son raisonnement le menant à sa conclusion concernant la complicité de M. Oberlander, le ministre a souligné les conclusions du juge MacKay, selon lesquelles M. Oberlander était membre de l'unité EK 10a et que ladite unité, dont M. Oberlander connaissait les activités, a pratiqué de manière systémique et répandue des exécutions massives durant la guerre en raison de la race des personnes visées et de leur appartenance politique. Le ministre a souligné également que le juge MacKay a conclu que, conscrit ou non, M. Oberlander a servi au sein de l'unité EK 10a, a vécu et voyagé avec les membres de l'unité et il a servi l'atteinte de ses objectifs. Ces objectifs étaient de commettre des crimes de guerre particulièrement odieux.

[27] Le ministre a conclu par la suite que M. Oberlander était au courant des crimes de guerre commis et qu'en servant l'atteinte des objectifs de l'unité EK 10a, il a contribué indirectement à la perpétration de ces crimes. Ces conclusions découlaient directement de la conclusion du juge MacKay; par ailleurs, elles indiquaient clairement que toute mention de l'absence de preuve établissant que M. Oberlander aurait participé à ces atrocités ne vise pas la question de la complicité, mais celle de la participation directe.

[28] Le ministre a conclu ensuite que les conclusions du juge MacKay indiquent clairement que, pendant que M. Oberlander était membre de l'unité EK 10a, celle-ci constituait une organisation visant des fins limitées et brutales, notamment un escadron de la mort.

[29] En ce qui concerne la participation volontaire de M. Oberlander aux activités de l'unité EK 10a, question directement liée à l'intention commune des membres de cette organisation, il est vrai que le juge MacKay n'a pas tiré de conclusion précise au sujet de la question de savoir si M. Oberlander était un conscrit, mais la Cour d'appel fédérale a indiqué qu'il s'agissait d'un point que

Minister concluded that complicity could be shown if one or more of the following elements are present:

(a) the person has devoted themselves full-time or almost full-time to the activities of the organization;

(b) the person is associated with the members of the organization (the longer the period of time, the stronger the involvement); or

(c) the person joins voluntarily and remains in the group to add their personal efforts to the cause.

[30] Both elements (a) and (b) are clearly and conclusively established by Justice MacKay's findings.

[31] The Minister then specifically addressed the issue of conscription, and concluded that:

Conscription is not a barrier to complicity. If that were so, no draftee could ever be found complicit in his unit's activities. Such a position is untenable.

[32] The Minister specifically rejected as inapt the analogical reference of Oberlander's counsel to forced labour by concentration camp inmates. The Minister's report ultimately concludes with a finding that there was ample evidence in the form of Justice MacKay's final and binding findings of fact to meet the tests set out by the Federal Court of Appeal, that Oberlander could be suspected of being complicit (and in fact was complicit) in the activities of a limited and brutal purpose organization. That finding concludes the Minister's attempt at addressing the criticisms of the Federal Court of Appeal in its first revocation matter.

[33] The Minister's report then turns to the issue of personal interests considerations, which involves weighing Oberlander's personal interests in maintaining

seul le ministre devait trancher. Se prononçant sur ce point, le ministre a conclu que la complicité peut être établie si un ou plusieurs des éléments suivants sont présents :

a) la personne consacre tout son temps ou presque aux activités de l'organisation;

b) la personne est associée à des membres de l'organisation (l'importance de la participation s'accroît en fonction de la période de temps); ou

c) la personne adhère volontairement au groupe et y reste dans le but d'ajouter ses efforts personnels à ceux des autres pour la cause du groupe.

[30] Les facteurs a) et b) sont établis clairement et de façon concluante par les conclusions du juge MacKay.

[31] Le ministre a ensuite abordé expressément la question du service obligatoire et a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Le service obligatoire ne constitue pas un obstacle à la complicité. Le cas échéant, aucun conscrit ne pourrait jamais être considéré complice des activités de son unité. Cette thèse est indéfendable.

[32] L'estimant peu appropriée, le ministre a rejeté expressément l'analogie formulée par l'avocate de M. Oberlander relativement au travail forcé effectué par des prisonniers dans un camp de concentration. Le rapport du ministre conclut en dernière analyse que les conclusions de fait obligatoires et définitives du juge MacKay constituent une preuve suffisante permettant de satisfaire aux critères établis par la Cour d'appel fédérale, preuve selon laquelle M. Oberlander pouvait être soupçonné d'avoir été complice (ce qu'il était d'ailleurs) des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité. Cette conclusion met un terme à la tentative du ministre de répondre à la critique de la Cour d'appel fédérale dans la première affaire de révocation.

[33] Le rapport du ministre traite ensuite des considérations liées aux intérêts personnels, lesquelles requièrent de mettre en balance l'intérêt personnel de

his citizenship against the public interest in its revocation.

C. Personal Interests Considerations

[34] The Minister, having referred to the written submissions made, noted that both the Department of Justice and Oberlander's counsel agreed that the sole issue is whether citizenship should be revoked and further that the issue of possible subsequent deportation is irrelevant. It was also noted that revocation does not necessarily result in deportation. A deportation depends on a host of post-revocation decisions, some of which are discretionary, others of which are adjudicative, and one of which involves the Governor in Council. Therefore, those aspects of the personal interests submissions made which relate to the impact of deportation of both Oberlander and his family are not germane. From this I take it that such issues as the dependence of a family member on Oberlander were not considered relevant as that was an issue related to the effects of deportation.

[35] The Minister then addressed the personal interests considerations raised on behalf of Oberlander, which include those related to the length of time (now 51 years) that he has spent in the country and his irreproachable life during that period. The Minister concluded as follows:

As favourable, even "overwhelmingly favourable", as these considerations may be to Mr. Oberlander, they are plainly outweighed by the powerful and vital public interest in revoking the citizenship of a person who hid his membership in a Nazi death squad in order to be admitted to Canada.

To fail to revoke citizenship in such circumstances would debase the valuable privilege of Canadian citizenship and would seriously infringe the fundamental principle that Canada must not be a safe haven for persons who have been complicit in war crimes or other reprehensible acts during times of conflict, regardless of time or place.

M. Oberlander de garder sa citoyenneté et l'intérêt public de la révoquer.

C. Les considérations liées aux intérêts personnels

[34] Après avoir mentionné les observations écrites, le ministre a souligné que le ministère de la Justice et l'avocate de M. Oberlander ont tous deux convenu que l'unique question est de savoir si la citoyenneté devrait être révoquée et que la question de l'expulsion éventuelle n'est pas pertinente. Il a été souligné également que la révocation de la citoyenneté n'entraînait pas nécessairement l'expulsion. La mesure d'expulsion dépend d'une série de décisions prises après la révocation de la citoyenneté, dont certaines sont discrétionnaires, certaines autres judiciaires, et une autre concerne le gouverneur en conseil. Par conséquent, les éléments des observations présentées à l'égard des intérêts personnels portant sur les conséquences de l'expulsion sur M. Oberlander et sa famille ne sont pas pertinents. Je conclus de ce qui précède que les questions comme celle du lien de dépendance existant entre M. Oberlander et un membre de sa famille n'étaient pas pertinentes puisqu'il s'agissait de questions concernant les effets de l'expulsion.

[35] Le ministre a examiné ensuite les considérations liées aux intérêts personnels soulevées au nom de M. Oberlander, dont la période de temps passée au Canada (51 ans à présent) et l'existence irréprochable qu'il a menée. Le ministre a conclu comme suit :

[TRADUCTION] Si favorables, même « fortement favorables », que soient ces considérations dans le cas de M. Oberlander, elles ne l'emportent manifestement pas sur le puissant et l'essentiel intérêt public de révoquer la citoyenneté d'une personne qui n'a pas divulgué son appartenance à un escadron de la mort nazi afin d'être admise au Canada.

Ne pas parvenir à révoquer la citoyenneté dans de telles circonstances aurait pour effet de compromettre le précieux privilège que la citoyenneté canadienne constitue et contreviendrait fortement au principe fondamental selon lequel le Canada ne devait pas devenir un refuge sûr pour les personnes qui étaient complices de crimes de guerre et de tout autre acte condamnable en temps de conflit sans égard au moment ou à l'endroit de la perpétration de ces actes.

...

[...]

I conclude that the personal interests considerations raised by Mr. Oberlander are strongly outweighed by the seriousness of the deceit regarding his particular wartime service, by which deceit he gained admission to Canada and Canadian citizenship, and by the public interest in revoking that citizenship.

Je conclus que les considérations liées aux intérêts personnels soulevées par M. Oberlander ne l'emportent certainement pas sur la gravité d'avoir caché son service en temps de guerre, tromperie à l'aide de laquelle il a été admis au Canada et a obtenu la citoyenneté canadienne ainsi que sur l'intérêt public de révoquer la citoyenneté en question.

[36] On the basis of all of the above, the Minister's recommendation was for the revocation of citizenship and the Cabinet adopted that recommendation.

[36] Compte tenu de tout ce qui précède, la recommandation du ministre visait la révocation de la citoyenneté et le Cabinet a donné suite à cette recommandation.

III. ISSUES

III. LES QUESTIONS EN LITIGE

[37] Against this report and decision of the Cabinet, the applicant has raised the following issues:

[37] Au regard du rapport du ministre et de la décision du Cabinet, le demandeur a soulevé les questions suivantes :

1. Did the Cabinet err in its finding of complicity?

1. Le Cabinet a-t-il commis une erreur dans sa conclusion de complicité?

2. Did the Cabinet err in ignoring or failing to consider relevant factors in balancing the applicant's personal interests and the public interest?

2. Le Cabinet a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte d'éléments pertinents dans sa pondération des intérêts personnels du demandeur et de l'intérêt public?

3. Did the Cabinet err in relying on the alleged flawed Minister's report and in doing so, raise a reasonable apprehension of bias?

3. Le Cabinet a-t-il commis une erreur en se fondant sur le rapport du ministre qu'il considère entaché de lacunes et, de ce fait, a-t-il suscité une crainte raisonnable de partialité?

IV. ANALYSIS

IV. L'ANALYSE

A. Standard of Review

A. La norme de contrôle judiciaire

[38] In *Oberlander* 2004, the Federal Court of Appeal conducted a "pragmatic and functional" analysis to determine the standard of review. It concluded that in respect of the issue of finding that a person is a suspected war criminal, the standard is reasonableness *simpliciter*. On the balancing of personal interest and public interest, the standard was patent unreasonableness.

[38] Dans l'affaire *Oberlander* 2004, la Cour d'appel fédérale a effectué une analyse « pragmatique et fonctionnelle » afin d'établir la norme de contrôle applicable. La Cour a conclu qu'en ce qui concerne la question de savoir si une personne est soupçonnée d'avoir commis des crimes de guerre, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. La pondération des intérêts personnels et des intérêts publics entraîne la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable.

[39] In this post-*Dunsmuir* era, the Court is to determine whether the standard of review is correctness or reasonableness. As held in *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)* (2008), 237 O.A.C. 71 (Ont. C.A.), cited with approval by the Federal Court of Appeal in *Pharmascience Inc. v. Canada (Attorney General)* (2008), 68 C.P.R. (4th) 459, a court, when examining reasonableness, must do so in the context of the particular dispute [at paragraphs 21-22].

The “revised system” established in *Dunsmuir* was designed in part to make the approach to judicial review of administrative decisions “simpler and more workable” (para. 45). An analysis of the varying degrees of deference to be accorded to the tribunal within the reasonableness standard, as submitted by the appellant, fails to comply with this objective.

My conclusion does not signal that factors such as the nature and mandate of the decision-maker and the nature of the question being decided are to be ignored. Applying the reasonableness standard will now require a contextual approach to deference where factors such as the decision-making process, the type and expertise of the decision-maker, as well as the nature and complexity of the decision will be taken into account. Where, for example, the decision-maker is a minister of the Crown and the decision is one of public policy, the range of decisions that will fall within the ambit of reasonableness is very broad. In contrast, where there is no real dispute on the facts and the tribunal need only determine whether an individual breached a provision of its constituent statute, the range of reasonable outcomes is, perforce, much narrower.

[40] *Dunsmuir* requires that existing jurisprudence be examined to determine if the “degree of deference” to be accorded a particular type of question has already been determined. In *Oberlander* 2004, the Federal Court of Appeal determined the standard of review. More deference is owed to the weighing of interests, less deference is owed in respect of a complicity finding.

[41] I have also considered the factors listed by the Supreme Court, at paragraphs 55 and 64 of *Dunsmuir*. It is important to note that in this present case, there is no privative clause, the nature of the question is one of the application of a policy established at the highest level of

[39] Depuis l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour est tenue d’établir si la norme de contrôle est celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. Comme il a été statué dans *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)*, 2008 ONCA 436, cité et approuvé par la Cour d’appel fédérale dans *Pharmascience Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 258, lors de l’examen du caractère raisonnable, le tribunal est tenu d’établir la norme de contrôle dans le contexte d’un litige particulier [aux paragraphes 21 et 22].

[TRADUCTION] La « nouvelle approche » établie dans l’arrêt *Dunsmuir* vise en partie à rendre la démarche applicable au contrôle judiciaire d’une décision administrative « plus simple et plus facile à appliquer » (par. 45). L’examen de différents degrés de déférence qui s’impose au tribunal à l’égard de la norme de la décision raisonnable, comme le soutient l’appelant, ne se conforme pas à cet objectif.

Ma conclusion ne signifie pas que des éléments tels la nature et la fonction du décideur et la nature de la question à trancher ne doivent pas être pris en considération. L’application de la norme de la décision raisonnable exigera désormais une démarche contextuelle à adopter en matière de déférence qui tiendra compte d’éléments tels le processus décisionnel, la catégorie à laquelle appartient le décideur et son expertise ainsi que la nature et la complexité de la question à trancher. Lorsque le décideur est un ministre, par exemple, et que sa décision vise l’intérêt public, une très grande variété de telles décisions seront visées par la norme de raisonnabilité. Par contre, lorsque les faits ne sont pas vraiment contestés et que le tribunal doit seulement déterminer si un individu a contrevenu à une disposition de sa loi constitutive, la gamme des issues raisonnables devient nécessairement beaucoup plus limitée.

[40] L’arrêt *Dunsmuir* exige que la jurisprudence actuelle soit examinée pour décider si le « degré de déférence » dont doit faire l’objet une question en particulier a déjà été établi. Dans l’affaire *Oberlander* 2004, la Cour d’appel fédérale a établi la norme de contrôle judiciaire. Il faut faire preuve d’un degré de déférence plus élevé à l’égard de l’évaluation des intérêts et moins élevé à l’égard de la conclusion sur la complicité.

[41] J’ai également examiné les éléments présentés par la Cour suprême, aux paragraphes 55 et 64 de l’arrêt *Dunsmuir*. Il est important de souligner que, en l’espèce, il n’existe pas de clause privative et que la nature de la question en litige vise l’application d’une politique

the executive; the Cabinet and the Minister have the expertise and duty with respect to citizenship revocation, the issue of complicity is a matter of mixed law, fact and policy, and the issue of balancing of interests is highly discretionary and largely policy driven. Considering all of these factors, the standard of review is reasonableness with a greater range of reasonable decisions in the case of the weighing of interests than in respect of the issue of complicity.

[42] I note in passing that, at paragraph 64 of *Dunsmuir*, the Supreme Court recognizes that the reasonableness standard may be applicable to certain issues of law where the tribunal has developed particular expertise in the application of a general rule in relation to a specific statutory context or where the question of law does not rise to the level of “central importance to the legal system” and is not outside the decision maker’s “specialized area of expertise”.

[43] As the Federal Court of Appeal noted in *Oberlander* 2004, the Cabinet need not have a policy on revocation, but if it does and purports to follow it, it must follow it properly. The Federal Court of Appeal recognized that what is primarily at issue here is a matter of policy and its application. In my view, this conclusion solidifies the standard of review of reasonableness, both specifically and as to the decision as a whole, with recognition accorded to the function of the Cabinet in policy making and application.

B. Error in Complicity Conclusions

[44] The applicant’s principal contention is that the Cabinet erred in law in its complicity conclusions. The applicant contends that these errors arise from an expansive definition of complicity in the “no safe haven” policy and from the failure to consider evidence that rebuts the presumption of “shared common purpose”.

établie au plus haut niveau du pouvoir exécutif : le Cabinet et le ministre ont l’expertise et l’obligation en matière de révocation de citoyenneté, la question de la complicité constitue une question mixte de droit, de fait et de politique et la question de la pondération des intérêts est de nature hautement discrétionnaire et repose grandement sur des considérations de politique générale. Compte tenu de tous ces facteurs, la norme de contrôle judiciaire est celle de la décision raisonnable, les décisions raisonnables visant la pondération des intérêts étant plus nombreuses que celles visant la question de la complicité.

[42] Je note, en passant, qu’au paragraphe 64 de l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême reconnaît que la norme de la décision raisonnable peut s’appliquer à certaines questions de droit lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l’application d’une règle générale dans son domaine spécialisé ou lorsque la question de droit ne revêt pas « une importance capitale pour le système juridique » et n’est pas « étrangère au domaine d’expertise » du décideur administratif.

[43] Comme l’a souligné la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Oberlander* 2004, le Cabinet n’est pas tenu d’avoir une politique de révocation, cependant, si cette politique existe et que le Cabinet entend la suivre, il doit le faire convenablement. La Cour d’appel fédérale a reconnu que ce qui est principalement en litige en l’espèce est une question concernant une politique et son application. À mon avis, cette conclusion vient consolider la norme de contrôle de la décision raisonnable, tant sur cette question précise qu’à l’égard de la décision dans son ensemble, tout en reconnaissant le rôle du Cabinet dans l’élaboration et l’application des politiques.

B. L’erreur commise dans les conclusions sur la complicité

[44] La principale prétention du demandeur porte sur le fait que le Cabinet a commis une erreur dans les conclusions sur la complicité. Le demandeur soutient que cette erreur découle d’une définition trop large de la notion de complicité prévue dans la politique d’exclusion des criminels de guerre et de l’omission d’examiner la preuve réfutant la présomption de « l’intention commune ».

[45] The applicant's basic position, both in its memorandum and its oral argument, was that the issue of complicity in the "no safe haven" policy is a question of law to be decided on the basis of correctness.

[46] With great respect to the forceful arguments of counsel, I cannot agree. The applicant's submissions would turn this matter into a trial of whether Oberlander was in fact complicit in war crimes, whereas the matter before the Cabinet was the application of its policy.

[47] As the Federal Court of Appeal noted in *Oberlander* 2004, the Cabinet was engaged in the application of its policy. In setting that policy, the Cabinet was entitled to embrace some, all, or none of the existing law on complicity. It is noteworthy that it set forth its position on what constitutes complicity.

For World War II matters, the government has publicly stated that it will pursue only those cases for which there is evidence of direct involvement or complicity in war crimes or crimes against humanity. A person may be considered complicit if the person is aware of the commission of war crimes or crimes against humanity and contributes directly or indirectly to their occurrence. In addition, membership in an organization responsible for committing the atrocities can be sufficient to establish complicity if the organization in question is one of a limited brutal purpose, such as a death squad. [Emphasis added.]

[48] The policy refers to the existence of "evidence of complicity". The Federal Court of Appeal described the policy as requiring a finding that [at paragraph 60] "Mr. Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of an organization with a single, brutal purpose" (emphasis added). It is against this policy criterion that Oberlander's activities must be assessed. The issue of complicity is the complicity established by the policy, whatever else domestic or international law may hold.

[45] Le demandeur soutient essentiellement, tant dans son mémoire que dans son plaidoyer, que la question de la complicité visée par la politique d'exclusion des criminels de guerre constitue une question de droit qui doit être tranchée selon la décision correcte.

[46] Malgré tous les égards dus aux arguments solides de l'avocate du demandeur, je ne suis pas de cet avis. Les prétentions du demandeur nous invitent à trancher la question à savoir si M. Oberlander était effectivement complice de crimes de guerre alors que la question dont le Cabinet était saisi visait l'application de sa politique.

[47] Comme la Cour d'appel fédérale l'a souligné dans l'affaire *Oberlander* 2004, le Cabinet était soucieux d'appliquer sa politique. En établissant cette politique, le Cabinet pouvait décider d'appliquer tout ou partie des règles de droit en vigueur concernant la complicité ou de ne pas les appliquer. Il faut souligner que le Cabinet a précisé comment il définit la complicité.

[TRANSLATION] En ce qui concerne les affaires ayant trait à la Deuxième Guerre mondiale, le gouvernement a déclaré publiquement qu'il n'engage des poursuites que dans les cas où il possède une preuve de complicité ou de participation directe à des crimes de guerre ou à des crimes contre l'humanité. On considère qu'une personne est complice si, tout en sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ont été commis, elle a contribué directement ou indirectement à leur perpétration. Le fait d'être membre d'une organisation responsable d'atrocités peut, si l'organisation en question ne vise que la violence, comme un escadron de la mort, suffire pour que l'on considère qu'une personne est complice. [Non souligné dans l'original.]

[48] La politique requiert une « preuve de complicité ». La Cour d'appel fédérale présente la politique en cause comme exigeant une conclusion selon laquelle [au paragraphe 60] « M. Oberlander pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité » (non souligné dans l'original). C'est à la lumière de ces critères que les activités de M. Oberlander doivent être évaluées. La question de la complicité doit être examinée conformément à la politique, quelles que soient les dispositions de droit interne ou international.

[49] There is no issue with the finding that EK 10a was a limited and brutal purpose organization—it is difficult to conceive of a better example of that dubious accolade. It is hard to imagine that one could reach any other conclusion with respect to EK 10a, given that their sole function was as a mobile killing unit of innocent civilians. One would not have thought that that conclusion could be at all challengeable. The respondent relies on *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), to establish that, if the organization has a limited and brutal purpose, membership, together with knowledge of its criminal purposes and acts, is sufficient to demonstrate complicity.

[50] The respondent concedes that there are several rebuttable presumptions involved, but focuses its submissions on the basis that the only one in issue in this case is “knowledge” (or in Oberlander’s case his lack of knowledge). However, even if the respondent was correct that it was open to the Cabinet to accept only “knowledge” as a rebuttable presumption, that is not what occurred. Because of this, the consideration of “shared common purpose” must be examined as well.

[51] The applicant contends that the Cabinet erred by ignoring the right to the rebuttable presumption of “shared common purpose” and ignored the evidence on this issue. In my view, the Cabinet had the right to establish as a matter of policy what it accepted as sufficient evidence to suspect a person of being complicit in war crimes and what rebuttable presumptions it would allow. Moreover, it did not ignore the evidence raised to rebut the finding that Oberlander shared a common purpose with EK 10a.

[52] The applicant seems to rest this part of his case on the basis that in law there are at least two rebuttable presumptions arising from membership in a limited and brutal purpose organization; (1) that the person did not share the common purpose of the organization (i.e. established by efforts to transfer out of the organization) or (2) the person had no knowledge of the actions of the

[49] La conclusion selon laquelle l’unité EK 10a constituait une organisation visant des fins brutales et limitées n’est pas contestée — il est difficile d’imaginer un meilleur exemple pour ce triste renom. Il est difficile d’imaginer une conclusion différente à l’égard de l’unité EK 10a, étant donné qu’elle servait uniquement d’unité mobile d’exécution de civils innocents. Personne n’aurait cru que cette conclusion serait contestable. Le défendeur s’appuie sur la décision *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), pour établir que, si l’organisation vise des fins brutales et limitées, l’appartenance à l’organisation ainsi que la connaissance de ses fins criminelles et de ses modes d’action suffisent à établir la complicité.

[50] Le défendeur admet l’existence de plusieurs présomptions réfutables, mais il met l’accent dans ses arguments sur le fait que la seule présomption dont il est question en l’espèce porte sur la « connaissance » (ou dans le cas de M. Oberlander plutôt sur son ignorance). Toutefois, même si le défendeur avait raison d’affirmer qu’il était loisible au Cabinet d’accepter seulement la « connaissance » en tant que présomption réfutable, il en a été autrement. Compte tenu de ce fait, le facteur relatif à « l’intention commune » doit également être pris en compte.

[51] Le demandeur soutient que le Cabinet a commis une erreur en ne tenant pas compte du droit de réfuter la présomption relative à « l’intention commune » et qu’il n’a pas pris en considération la preuve relative à cette question. À mon avis, le Cabinet avait le droit d’établir, en principe, ce qu’il considère comme preuve suffisante pour qu’une personne soit soupçonnée d’avoir été complice de crimes de guerre et quelle présomption réfutable il accepterait. En outre, le Cabinet n’a pas omis de tenir compte de la preuve réfutant la conclusion selon laquelle M. Oberlander et l’unité EK 10a avaient une intention commune.

[52] Le demandeur semble fonder cette partie de sa thèse sur le motif qu’en droit il existe au moins deux présomptions réfutables découlant de la participation aux activités d’une organisation aux fins brutales et limitées : 1) la personne et l’organisation n’avaient pas une intention commune (par exemple en faisant la preuve que la personne a tenté d’être mutée) ou 2) la personne

organization. The applicant relies on the fact that the Minister's report refers directly to "knowledge" but makes no reference to "shared common purpose".

[53] Despite the absence of reference to "shared common purpose", the Minister's report does address the principal elements of the presumption as raised by the applicant. In addition, the extensive reference to Justice MacKay's judgment shows that the Minister, and Cabinet, were well aware of all aspects of the "shared common purpose" issue.

[54] To the extent that the Cabinet had to address this rebuttable presumption, it is not fatal that it does not refer directly to the presumption so long as it deals with the substance in the context of what is raised by the applicant. The legality of the Cabinet's conclusion cannot rise or fall on some formalistic evaluation which does not mirror real substance.

[55] As a rebuttable presumption, it is incumbent on the applicant to so rebut. The Minister's procedure was to provide the applicant with a copy of the draft report and invite submissions to address any parts in contention. In that regard, reference must be made to the applicant's submissions to the Minister's draft report.

[56] A considerable part of those submissions attacked the findings of Justice MacKay and the alleged error of the Cabinet in relying on the Minister's report of Justice MacKay's findings. Given that the findings are non-reviewable, significant portions of those submissions were of little assistance.

[57] While the applicant does not address the rebuttable presumption of "shared common purpose" by name, he does address the presumption in substance. On that issue, a fair reading of the submissions is (a) that Oberlander was conscripted against his will; and (b) that Oberlander had no personal involvement in the criminal activities or war crimes.

n'était pas au courant des activités de l'organisation. Le demandeur s'appuie sur le fait que le rapport du ministre renvoie expressément à la « connaissance », mais il ne fait aucune référence à « l'intention commune ».

[53] Malgré l'absence de référence à « l'intention commune », le rapport du ministre examine toutefois les principaux éléments de la présomption soulevée par le demandeur. En outre, la référence constante au jugement rendu par le juge MacKay montre que le ministre et le Cabinet connaissaient bien tous les aspects de la question relative à « l'intention commune ».

[54] Dans la mesure où le Cabinet était tenu d'examiner cette présomption réfutable, le fait qu'il ne renvoie pas directement à cette présomption n'est pas fatal pourvu qu'il traite du fond de la question soulevée par le demandeur. La légalité de la conclusion du Cabinet ne peut pas dépendre d'une évaluation formaliste qui ne reflète pas la question de fond.

[55] Il incombe au demandeur de réfuter une présomption réfutable. Les mesures prises par le ministre étaient de fournir au demandeur une copie du projet de son rapport et de l'inviter à présenter ses observations à l'égard des points contestés. À cet égard, il y a lieu de faire référence aux observations que le demandeur a présentées en ce sens.

[56] Une grande partie de ces observations visaient les conclusions tirées par le juge MacKay et l'erreur que le Cabinet aurait commise en se fondant sur le rapport du ministre qui traitait des conclusions du juge MacKay. Vu que les conclusions en question ne sont pas susceptibles de contrôle, bon nombre de ces observations ne sont guère utiles.

[57] Le demandeur ne désigne pas la présomption réfutable relative à « l'intention commune » par son nom, cependant il fait référence à son fondement. Sur ce point, une lecture objective de ces observations permet de constater que a) M. Oberlander avait été conscrit contre son gré et que b) M. Oberlander n'avait pas personnellement participé aux activités criminelles ou aux crimes de guerre.

[58] On the issue of conscription, the Minister specifically addressed the criteria for establishing involvement in a limited and brutal purpose organization. As referred to earlier in paragraph 21, the Minister indicated that voluntarily joining was only one aspect of involvement and that involvement could be established by a person devoting themselves virtually full-time to the organization and the person was associated with the organization (the longer the period of time, the stronger the involvement).

[59] The Minister specifically addressed the rebuttal evidence of conscription. Aside from noting earlier that Justice MacKay neither found for nor denied that Oberlander was conscripted, the Minister held that:

Conscription is not a barrier to complicity. If that were so, no draftee could ever be found complicit in his unit's activities. Such a position is untenable.

[60] In respect of conscription, the Minister had reached the conclusion that conscription itself was not a conclusive factor. The Minister's reasons refer specifically to the fact that Oberlander had not been mistreated after he joined EK 10a, that there is no evidence Oberlander found EK 10a's activities abhorrent, nor was there evidence he even sought to be relieved of his duties.

[61] Earlier in the report, the Minister acknowledged Oberlander's lack of personal involvement in committing the atrocities.

[62] For these reasons, it cannot be fairly said that the Minister ignored the evidence used by the applicant in an effort to rebut the presumption that Oberlander shared a common purpose with the organization he served.

[63] Other issues which may be relevant to rebut the presumption, such as his youth and limited formal education, were not particularly stressed by the applicant. The Minister clearly considered the submissions made,

[58] En ce qui concerne la question de la conscription, le ministre a abordé expressément les critères permettant d'établir la participation aux activités d'une organisation aux fins brutales et limitées. Comme il est indiqué plus haut, au paragraphe 21, le ministre a fait valoir que l'adhésion volontaire à l'organisation ne constitue qu'un seul élément relativement à la participation et que cette dernière peut être établie si la personne consacre pratiquement tout son temps aux activités de l'organisation et si la personne est associée à des membres de l'organisation (l'importance de la participation s'accroît en fonction de la période de temps).

[59] Le ministre a traité expressément de la contre-preuve au sujet de la conscription. Outre le fait susmentionné selon lequel le juge MacKay n'a tiré aucune conclusion au sujet de la conscription de M. Oberlander, le ministre a relevé ce qui suit :

[TRADUCTION] Le service obligatoire ne constitue pas un obstacle à la complicité. Le cas échéant, aucun conscrit ne pourrait jamais être considéré complice des activités de son unité. Cette thèse est indéfendable.

[60] Au sujet de la conscription, le ministre avait conclu que celle-ci ne constituait pas en soi un élément déterminant. Les motifs du ministre traitent en particulier du fait que M. Oberlander n'avait pas été maltraité après être devenu membre de l'unité EK 10a, que rien ne prouve qu'il avait trouvé odieuses les activités de l'unité EK 10a ni même qu'il avait tenté d'être démis de ses fonctions.

[61] Le ministre a admis antérieurement dans son rapport que M. Oberlander n'avait pas personnellement participé aux atrocités perpétrées par l'organisation.

[62] Pour ces motifs, on ne saurait dire à juste titre que le ministre n'a pas tenu compte de la preuve présentée par le demandeur afin de tenter de réfuter la présomption selon laquelle M. Oberlander et l'organisation qu'il servait avaient une intention commune.

[63] Le demandeur n'a pas souligné en particulier d'autres questions susceptibles de pertinence pour réfuter cette présomption, telles sa jeunesse et son faible niveau de scolarité. Le ministre a de toute évidence tenu

and addressed the ones which the applicant emphasized. The Minister was not required to give reasons for each and every factor or point raised by Oberlander.

[64] In *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, [2008] 1 S.C.R. 761, an extradition case, the Supreme Court of Canada addressed the issue of the adequacy of reasons and outlined the basic duty in the provision of reasons. Paragraph 46 of the decision reads:

As for the adequacy of the Minister's reasons, while I agree that the Minister has a duty to provide reasons for his decision, those reasons need not be comprehensive. The purpose of providing reasons is twofold: to allow the individual to understand why the decision was made; and to allow the reviewing court to assess the validity of the decision. The Minister's reasons must make it clear that he considered the individual's submissions against extradition and must provide some basis for understanding why those submissions were rejected. Though the Minister's *Cotroni* analysis was brief in the instant case, it was in my view sufficient. The Minister is not required to provide a detailed analysis for every factor. An explanation based on what the Minister considers the most persuasive factors will be sufficient for a reviewing court to determine whether his conclusion was reasonable.

[65] In my view, the Minister's reasons meet the criteria laid down by the Supreme Court of Canada in *Lake* even where they do not specifically address every submission made. Oberlander can understand why the decision was made and this Court can assess the validity of the decision.

[66] The end result of the Minister's complicity analysis was a finding that Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of a limited and brutal purpose organization. The Minister went further, and need not have, to find complicity. Since the Minister addressed all the relevant aspects of the "suspicion of complicity" (a lower standard than actual complicity), the issue is whether the conclusion, as adopted by the Cabinet, is reasonable.

compte des observations présentées et a répondu à celles que le demandeur a soulignées. Le ministre n'est pas tenu de présenter des motifs pour chaque aspect soulevé par M. Oberlander.

[64] Dans l'arrêt *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, une affaire d'extradition, la Cour suprême du Canada a traité de la question de la suffisance des motifs et a énoncé l'obligation élémentaire de motiver toute décision. Le paragraphe 46 de l'arrêt énonce ce qui suit :

Par ailleurs, je conviens que le ministre est tenu de motiver sa décision, mais ses motifs ne doivent pas être exhaustifs pour être suffisants. Deux objectifs sous-tendent son obligation : permettre à l'intéressé de comprendre la décision et à la cour de révision d'apprécier le bien-fondé de celle-ci. Les motifs doivent clairement indiquer que le ministre a pris en considération les arguments défavorables à l'extradition présentés par l'intéressé et permettre de comprendre pourquoi il les a rejetés. En l'espèce, malgré son caractère succinct, l'analyse du ministre fondée sur l'arrêt *Cotroni* suffisait. Le ministre n'est pas tenu d'analyser chacun des facteurs dans le détail. Une justification axée sur les facteurs jugés plus décisifs permet à la cour de révision de statuer sur la raisonnable de la conclusion.

[65] À mon avis, les motifs formulés par le ministre satisfont aux conditions énoncées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lake* même s'ils ne traitent pas expressément de chacune des observations présentées. M. Oberlander peut comprendre les raisons de cette décision et la Cour peut évaluer la validité de celle-ci.

[66] L'analyse du ministre au sujet de la complicité la mené à conclure que M. Oberlander pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité. Le ministre a poursuivi son analyse pour arriver à conclure à la complicité, mais il n'était pas tenu de le faire. Étant donné que le ministre a traité de tous les aspects pertinents à l'égard de « soupçon de complicité » (une norme moins rigoureuse que celle qui s'applique à la complicité en tant que telle), la question à trancher est de savoir si la conclusion adoptée par le Cabinet est raisonnable.

[67] At paragraph 47 of *Dunsmuir*, the Court lays out some guidance as to what is the reasonableness standard and how it is applied:

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[68] From this perspective, the Cabinet's decision can be said to be reasonable because:

1. there was justification;
2. it was made in a transparent manner;
3. the reasons are intelligible; and
4. the results fall within a range of possible acceptable outcomes that are defensible on the facts and law.

There was a clear justification for the conclusions. As found by Justice MacKay, Oberlander was aware of the war crimes and crimes against humanity. Oberlander contributed to their commission, even indirectly, by acting as an interpreter. Finally, he was a member of EK 10a, as found by Justice MacKay, and EK 10a was an organization with a limited and brutal purpose. Indeed, its purpose was the very epitome of brutal.

[69] I find no real suggestion that there is any lack of transparency in the reasons or in the process. The applicant had notice of the Minister's intention to submit a report as well as the opportunity to make submissions prior to the submission of the report. He had already had a full trial on the critical facts which form the

[67] Au paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour donne quelques précisions sur la norme de la décision raisonnable et la manière de l'appliquer :

La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[68] Selon cette approche, la décision du Cabinet peut être considérée raisonnable en raison des éléments suivants :

1. la décision était justifiée;
2. le processus décisionnel était transparent;
3. les motifs sont intelligibles;
4. la décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Les conclusions étaient justifiées avec clarté. Comme l'a conclu le juge MacKay, M. Oberlander savait que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité avaient été commis. M. Oberlander a contribué à leur perpétration, ne serait-ce qu'indirectement, en agissant à titre d'interprète. Enfin, il était membre de l'unité EK 10a, comme l'a conclu le juge MacKay, et l'unité EK 10a était une organisation visant des fins brutales et limitées. En effet, son objet était la brutalité elle-même.

[69] J'estime que rien ne permet véritablement de conclure à l'absence de transparence dans les motifs ou dans le processus décisionnel. Le demandeur était informé de l'intention du ministre de présenter un rapport et il a eu la possibilité de présenter des observations avant le dépôt du rapport. Les faits

underpinnings for that report. The applicant was also well aware of the government's "no safe haven" policy, which had been in existence for a considerable period of time.

[70] It is also possible, in terms of the intelligibility of the decision, to understand the line of reasoning in the Minister's report which led to the conclusion of complicity (and the balancing of interests which will be addressed later) even if the decision was less expansive on certain points than the applicant would have liked.

[71] As indicated in *Lake*, above, notwithstanding the brevity or lack of apparent detail in the reasons, as long as those reasons make it clear that the submissions made by a party were taken into account and there is a basis for understanding why those submissions were rejected, the decision is sufficiently intelligible. For the reasons earlier stated, it was evident that the Minister took account of the rebuttable presumptions and considered the key points raised, and there is a basis for understanding why those matters were rejected.

[72] Having concluded that conscription was not determinative, and in addition to the factors referred to in paragraph 63, the Minister put emphasis on the fact that Oberlander devoted himself full-time to his activities within EK 10a, and that those activities assisted the main work of EK 10a of which Oberlander had knowledge, a knowledge which Oberlander had denied, and the denial of which was found not to be credible by Justice MacKay.

[73] The conclusion is inescapable that notwithstanding the applicant's submissions, the presumption of complicity had not been rebutted and certainly had not been sufficiently rebutted to remove grounds for suspecting that Oberlander had been complicit in war crimes.

[74] With respect to the question of whether the result falls within "a range of possible acceptable outcomes that are defensible on the facts and law", the facts as

essentiels qui constituent le fondement de ce rapport avaient déjà fait l'objet d'un débat de fond en justice. Le demandeur était également au courant de la politique du gouvernement relative à l'exclusion des criminels de guerre, en vigueur depuis longtemps.

[70] Il est aussi possible, à la lumière de l'intelligibilité de la décision, de comprendre le raisonnement du rapport du ministre qui a mené à la conclusion sur la complicité (et à la pondération des intérêts qui sera examinée plus loin) même si la décision en question n'examinait pas certains aspects avec autant de détails que le demandeur l'aurait voulu.

[71] Comme l'indiquait l'arrêt *Lake*, précité, malgré la concision des motifs ou l'absence de détails frappants, dans la mesure où ces motifs montrent clairement que les observations présentées par une des parties ont été prises en considération et qu'il y a lieu de comprendre pourquoi elles ont été rejetées, la décision est suffisamment intelligible. Pour les motifs exposés précédemment, il est évident que le ministre a tenu compte des présomptions réfutables, qu'il a examiné les points essentiels soulevés, et qu'il y a lieu de comprendre pourquoi ces observations ont été rejetées.

[72] Ayant conclu que la conscription ne constituait pas un facteur pertinent et en plus des aspects mentionnés au paragraphe 63 des présents motifs, le ministre a insisté sur le fait que M. Oberlander a consacré tout son temps à ses fonctions au sein de l'unité EK 10a et que ces fonctions portaient sur les principales activités de l'unité EK 10a que M. Oberlander connaissait; et sur le fait que celui-ci a nié en avoir eu connaissance sans toutefois être jugé crédible par le juge MacKay à cet égard.

[73] La conclusion est incontournable : malgré les observations présentées par le demandeur, la présomption de complicité n'a pas été réfutée et n'a certes pas été suffisamment réfutée au point de faire disparaître les motifs de soupçonner que M. Oberlander avait été complice de crimes de guerre.

[74] En ce qui concerne la question de savoir si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », les

established before Justice MacKay provided the strongest reasons for the defensibility of the result. While Justice MacKay was not required to make a finding of complicity (and had he done so his conclusion would likely have been *ultra vires*), his findings form an evidentiary basis upon which a reasonable person could reach the conclusion that the Minister reached.

[75] While some may find the conclusions harsh, given the role of Oberlander within EK 10a and no doubt somewhat influenced by his personal circumstances now, that does not in any way lessen the reasonableness of the Minister's conclusions. Those conclusions are defensible on the facts as established by Justice MacKay, on the law to the extent that it is applicable, and on the "no safe haven" policy of the War Crimes and Crimes Against Humanity Program of the Government of Canada.

C. Balancing of Interests

[76] In *Oberlander 2004* the Federal Court of Appeal was particularly concerned that the Cabinet had not engaged in a fair balance of interests. The Cabinet was mindful of that concern, as is evident from the report itself.

[77] It is clear from the portion of the report concerning the balancing of interests that issues relating to the impact of deportation are properly considered irrelevant. The issue of deportation is subject to a number of other factors referred to earlier in this decision at paragraph 34.

[78] In considering the personal interests versus the public interest, that discussion is found, at page 13 of the report:

The pertinent personal interests considerations raised on behalf of Mr. Oberlander are the length of time (now 51 years) that he has spent in this country and his "irreproachable life in Canada", as the Federal Court of Appeal put it, during that period. His submissions and letters of support describe his

faits établis devant le juge MacKay constituent les motifs les plus impérieux pour justifier l'issue. Le juge MacKay n'était pas tenu de conclure à la complicité (l'eût-il fait, sa conclusion aurait probablement été *ultra vires*), cependant ses conclusions constituent des preuves tangibles qui permettraient à une personne raisonnable de tirer la même conclusion que le ministre.

[75] Certains trouveront, certes, ces conclusions sévères, vu le rôle joué par M. Oberlander au sein de l'unité EK 10a et l'opinion qu'ils peuvent adopter à l'égard de sa situation personnelle actuellement, mais cela ne diminue aucunement le caractère raisonnable des conclusions tirées par le ministre. Ces conclusions peuvent se justifier au regard des faits, comme l'a établi le juge MacKay, au regard du droit, dans la mesure où ce critère s'applique, et au regard de la politique d'exclusion des criminels de guerre du Programme sur les crimes de guerre et crimes contre l'humanité du Gouvernement du Canada.

C. La pondération des intérêts en jeu

[76] Dans la décision *Oberlander 2004*, la Cour d'appel fédérale était particulièrement préoccupée par le fait que le Cabinet n'a pas pondéré d'une manière équitable les intérêts en jeu. Le Cabinet était conscient de cet aspect, comme il ressort du rapport lui-même.

[77] Il ressort clairement de la partie du rapport qui traite de la pondération des intérêts que les questions portant sur les conséquences de l'expulsion étaient considérées, à juste titre, non pertinentes. La question de l'expulsion dépend de plusieurs autres éléments dont il a été question plus haut dans les présents motifs, au paragraphe 34.

[78] L'analyse des intérêts personnels par rapport aux intérêts publics est formulée à la page 13 du rapport comme suit :

[TRADUCTION] Les considérations liées aux intérêts personnels soulevées au nom de M. Oberlander portent sur la période de temps passée au Canada (51 ans à présent) et son « vécu [...] irréprochable au Canada », selon les termes de la Cour d'appel fédérale, durant cette période. Les observations de

generosity to his family and community and how he has been notably hardworking and productive.

As favourable, even “overwhelmingly favourable”, as these considerations may be to Mr. Oberlander, they are plainly outweighed by the powerful and vital public interest in revoking the citizenship of a person who hid his membership in a Nazi death squad in order to be admitted to Canada.

To fail to revoke citizenship ... would debase the valuable privilege of Canadian citizenship and would seriously infringe the fundamental principle that Canada must not be a safe haven for persons who have been complicit in war crimes ...

[79] Although brief, the reasons given by the Minister plainly disclose why the submissions in respect of personal interests were rejected. The overwhelming policy consideration, as found by the Minister, is that Canada must enforce its “no safe haven” policy in respect of those who through their deceit gained Canadian citizenship by virtue of hiding the fact of their involvement in war crimes.

[80] Those reasons of the Minister can be said to be reasonable on the same grounds as in respect of the issue of complicity. There is justification rendered in a transparent manner, the reasons are intelligible, and the conclusion falls within a range of possible acceptable outcomes.

[81] The applicant contends that the personal interests analysis was simply lip-service consisting of five lines on page 13 out of a 22-page report. Particularly, it is alleged that the Minister ignored the circumstances of the mentally ill daughter, the age of Oberlander and his spouse, the impacts on his family, and the government’s inaction for 25 years in dealing with Oberlander.

[82] With respect, the age of Oberlander and his spouse is clearly wrapped into the consideration of the length of time of his irreproachable life in Canada of 51 years. The existence of a mentally ill daughter and

M. Oberlander et ses lettres d’appui présentent sa générosité envers sa famille et sa collectivité, et à quel point il a travaillé fort et a été productif.

Si favorables, même « fortement favorables », que soient ces considérations dans le cas de M. Oberlander, elles ne l’emportent manifestement pas sur le puissant et l’essentiel intérêt public de révoquer la citoyenneté d’une personne qui n’a pas divulgué son appartenance à un escadron de la mort nazi afin d’être admise au Canada.

Ne pas parvenir à révoquer la citoyenneté [...] aurait pour effet de compromettre le précieux privilège que la citoyenneté canadienne constitue et contreviendrait fortement au principe fondamental selon lequel le Canada ne devait pas devenir un refuge sûr pour les personnes qui étaient complices de crimes de guerre [...]

[79] Malgré leur brièveté, les motifs présentés par le ministre montrent clairement la raison pour laquelle les observations au sujet des intérêts personnels ont été rejetées. L’évidente considération d’intérêt public, selon l’appréciation du ministre, porte sur le fait que le Canada doit appliquer sa politique d’exclusion à l’égard de ceux qui ont obtenu par tromperie la citoyenneté canadienne en cachant leur participation à des crimes de guerre.

[80] Ces motifs du ministre pourraient être qualifiés de raisonnables pour les mêmes raisons que celles qui concernaient la question de la complicité. La décision est justifiée, le processus décisionnel est transparent, les motifs sont intelligibles et la décision appartient aux issues possibles acceptables.

[81] Le demandeur soutient que l’analyse des intérêts personnels, réalisée uniquement pour la forme, correspond à cinq lignes de la page 13 du rapport qui comprenait 22 pages. Plus particulièrement, il prétend que le ministre n’a pas tenu compte des circonstances liées à la maladie mentale dont la fille de M. Oberlander souffre, à l’âge avancé de ce dernier et de son épouse, aux conséquences de son expulsion sur sa famille et à l’inaction de l’État pendant 25 ans à l’égard de la situation de M. Oberlander.

[82] En toute déférence, l’âge avancé de M. Oberlander et de son épouse est nécessairement lié à la période de 51 ans durant laquelle ils ont vécu d’une façon irréprochable au Canada. L’existence d’une fille qui

the impacts on his family are matters more appropriate to consideration on deportation and may well form the basis for some deferral or permanent stay in Canada—an issue not relevant to this consideration as discussed in paragraph 34 above.

[83] As to the allegation that Canada has shown so little action against Oberlander for 25 years, while it may be truly troubling, both from a public perspective as well as from the perspective of Oberlander’s own interest, there is no statute of limitations on war crimes or on citizenship revocation. Any lapses by the government would not, in and of itself, give rise to a right to retain a citizenship which was otherwise falsely obtained.

[84] Although the reasons are brief, those reasons plainly disclose why the submissions were rejected and as a matter of policy, the Cabinet considered the very important public interest in the enforcement of the “no safe haven” policy.

[85] While again the consequences may seem to some to be unjust (a view which this Court does not necessarily share), it is not for the Court to impose its views of the relative importance of Oberlander’s personal situation versus that of the enforcement of the “no safe haven” policy even on events which occurred more than 50 years ago.

[86] The Court therefore concludes that the Minister’s analysis or the balancing of interests meets the standard of reasonableness appropriate to these circumstances.

D. Bias

[87] The applicant has raised the issue of bias in this context in part because the Cabinet relied upon the

souffre d’une maladie mentale et les conséquences de l’expulsion sur sa famille constituent des facteurs beaucoup plus pertinents à l’égard de l’expulsion et qui pourraient éventuellement constituer le fondement justifiant un sursis à l’exécution d’une mesure d’expulsion ou une autorisation de séjour permanent au Canada, question non pertinente en l’espèce, comme nous l’avons expliqué au paragraphe 34 des présents motifs.

[83] Pour ce qui est de l’affirmation selon laquelle l’État n’a pris aucune mesure contre M. Oberlander pendant 25 ans, bien qu’il s’agisse d’un fait vraiment troublant, à la fois du point de vue de l’intérêt public et des intérêts personnels de M. Oberlander, il n’y a pas de prescription à l’égard des crimes de guerre ni à l’égard de la révocation de la citoyenneté. Toute défaillance de l’État ne donnerait pas, en soi, le droit à l’intéressé de conserver la citoyenneté qu’il avait obtenue d’ailleurs à tort.

[84] Même si les motifs sont succincts, ils communiquent clairement les raisons pour lesquelles les observations présentées ont été rejetées et, sur le plan de la politique, celles pour lesquelles le Cabinet a pris en compte l’intérêt public fort important dans la mise en application de la politique d’exclusion des criminels de guerre.

[85] Encore une fois, les conséquences peuvent sembler injustes aux yeux de certains — opinion que la Cour ne partage pas forcément — cependant il n’appartient pas à la Cour d’imposer son point de vue quant à l’importance relative de la situation personnelle de M. Oberlander et quant à l’application de la politique d’exclusion des criminels de guerre à des événements qui ont eu lieu il y a plus de 50 ans.

[86] La Cour conclut donc que l’analyse du ministre ou la pondération des intérêts en jeu satisfait à la norme du caractère raisonnable applicable à ces circonstances.

D. La partialité

[87] Le demandeur a soulevé la question de la partialité dans ce contexte, en partie parce que le Cabinet s’est

Minister's report; alleging that the Minister was clearly dedicated to depriving Oberlander of his citizenship. It is the applicant's contention that the result of that process was inevitable. The applicant further contends that any relief which this Court may grant by way of a referral back for a further consideration will likewise be tainted with inevitability.

[88] Given the Court's finding on the reasonableness of the decision by the Cabinet, and therefore of the Minister's report, it is difficult to see how this process has been tainted by bias or by reasonable apprehension of bias. This is particularly so given the findings by the Federal Court of Appeal, which invited the very process engaged in.

[89] The Act creates a particular path for the conduct of revocation proceedings, and to the extent that one may be concerned that a referral back to the Minister has a certain element of inevitability, any reasonable apprehension of bias or other infirmity has been sanctioned by the legislative framework. The only alternative would be to stay proceedings against Oberlander, an order which the Federal Court of Appeal findings did not invite.

[90] The applicant contends that the Court ought to exercise its discretion to grant judicial review. To the extent that there is a residual discretion in this Court to grant judicial review (a proposition which I doubt, given my findings that the Cabinet's decision is reasonable and legally sustainable), I would not be prepared to exercise that discretion. What is at issue here is whether a person who hid his involvement in a Nazi death squad and therefore gained the benefits of Canadian citizenship on which he launched a productive life, should be deprived of his ill-gotten citizenship. While Oberlander's personal circumstances may be personally compelling and the factors of time and good works are on his side, the importance of preserving the integrity of Canadian citizenship from deceit and a recognition of Canada's obligation to ensure that there is no safe haven for those involved in horrendous historical events inclines me to reject any exercise of discretion to grant a judicial review in this instance.

fondé sur le rapport du ministre, en alléguant que le ministre avait manifestement pour but de priver M. Oberlander de la citoyenneté canadienne. Le demandeur soutient que le résultat de ce processus était inévitable. Il soutient également que toute réparation que la Cour pourrait accorder en renvoyant l'affaire pour nouvel examen sera également vouée à la même issue.

[88] Vu la conclusion de la Cour sur le caractère raisonnable de la décision du Cabinet et, par conséquent, du rapport du ministre, il est difficile de voir comment le processus en question a été entaché de partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité, et ce, compte tenu des conclusions tirées par la Cour d'appel fédérale qui ont entraîné le processus même examiné en l'espèce.

[89] La Loi établit la voie bien définie à suivre quant au déroulement des procédures de révocation et, dans la mesure où une personne pourrait craindre qu'un renvoi de l'affaire devant le ministre comporte le risque d'une issue inévitable, rappelons-nous que toute crainte raisonnable de partialité ou toute autre invalidité a été sanctionnée par le cadre législatif. La seule possibilité serait de suspendre les procédures engagées contre M. Oberlander, ordonnance que les conclusions de la Cour d'appel fédérale ne sauraient justifier.

[90] Le demandeur soutient que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'accueillir le contrôle judiciaire. Dans la mesure où la Cour a un pouvoir discrétionnaire résiduel d'accueillir la demande de contrôle judiciaire (ce dont je doute, vu mes conclusions selon lesquelles la décision du Cabinet est raisonnable et conforme au droit), je ne serais pas disposé à exercer ce pouvoir discrétionnaire. La question en litige en l'espèce est celle de savoir si une personne qui n'a pas divulgué son appartenance à un escadron de la mort nazi et a obtenu par conséquent les avantages de la citoyenneté canadienne à partir desquels elle a commencé une vie productive, devrait se voir privée de sa citoyenneté mal acquise. Il est vrai que la situation personnelle de M. Oberlander mérite d'être considérée, que le temps qui s'est écoulé et le travail honnête sont des facteurs qui penchent en sa faveur; mais l'importance de protéger l'intégrité de la citoyenneté canadienne contre la fraude et de reconnaître l'obligation de l'État canadien de

s'assurer qu'il n'y a aucune possibilité de refuge sûr pour ceux qui ont participé à des événements historiques épouvantables me portent à rejeter tout pouvoir discrétionnaire d'accueillir la demande de contrôle judiciaire en l'espèce.

V. CONCLUSIONS

[91] For these reasons, this judicial review will be dismissed with costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this application for judicial review is dismissed with costs.

ANNEX

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29

7. A person who is a citizen shall not cease to be a citizen except in accordance with this Part.

...

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

- (a) the person ceases to be a citizen, or
- (b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

V. CONCLUSIONS

[91] Pour ces motifs, le présent contrôle judiciaire sera rejeté avec dépens.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

ANNEXE

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29

7. Le citoyen ne peut perdre sa citoyenneté que dans les cas prévus à la présente partie.

[...]

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée :

- a) soit perd sa citoyenneté;
- b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

...

[...]

18. (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

18. (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée :

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.

IMM-4652-07
2008 FC 1243

IMM-4652-07
2008 CF 1243

Jose Fernando Rodriguez Diaz (*Applicant*)

Jose Fernando Rodriguez Diaz (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: RODRIGUEZ DIAZ v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : RODRIGUEZ DIAZ c. CANADA (MINISTRE DE
LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)**

Federal Court, O'Keefe J.—Toronto, May 12, 2008;
Ottawa, November 6, 2008.

Cour fédérale, juge O'Keefe—Toronto, 12 mai 2008;
Ottawa, 6 novembre 2008.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division decision applicant not Convention refugee, person in need of protection — Whether Board erred in internal flight alternative analysis by failing to consider applicant's HIV-positive status — Board failing to adequately consider evidence negative stigmas towards HIV-positive Mexicans, barriers to employment affecting access to health care, amounting to persecution — Board also not sufficiently addressing applicant's submission he would experience persecution, risk as HIV-positive Mexican without meaningful family support — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger — Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur dans son analyse de la possibilité de refuge intérieur en ne tenant pas compte de la séropositivité du demandeur — La Commission a omis d'examiner de manière adéquate la preuve donnant à penser que des jugements moraux négatifs envers les Mexicains séropositifs et les barrières à l'emploi ayant une incidence sur l'accès aux soins de la santé équivalaient à de la persécution — En outre, la Commission n'a pas suffisamment examiné les arguments du demandeur selon lesquels il serait persécuté et exposé à des risques en tant que Mexicain séropositif ne disposant d'aucune aide familiale — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) which found that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection. The applicant, a Mexican citizen, was claiming refugee protection based on his fear that his brothers would kill him and that he would be persecuted by Mexican society because of his sexual orientation and his HIV-positive status.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) portant que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger. Le demandeur, un citoyen du Mexique, demandait l'asile parce qu'il craignait d'être tué par ses frères et d'être persécuté par la société mexicaine en raison de son orientation sexuelle et du fait qu'il est séropositif.

The Board determined the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection because of the availability of adequate state protection and a viable internal flight alternative (IFA) to Mexico City. The issue was whether the Board erred in its analysis of a viable IFA by failing to consider the applicant's HIV-positive status.

La Commission a statué que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger parce qu'il disposait d'une protection adéquate de l'État et d'une possibilité de refuge intérieur (PRI) à Mexico. La question en litige était celle de savoir si la Commission a commis une erreur dans son analyse d'une PRI viable en ne tenant pas compte de la séropositivité du demandeur.

Held, the application should be allowed.

To find that a viable and safe IFA exists, the two-pronged test developed in *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* by the Federal Court of Appeal must be applied: the Board must be satisfied on a balance of probabilities that there is no serious possibility of the claimant being persecuted in the proposed IFA; and conditions in the proposed IFA must be such that it would not be unreasonable, upon consideration of all the circumstances, for the claimant to seek refuge there.

In finding that the applicant's sexual orientation did not undermine Mexico City as a reasonable IFA, the Board failed to adequately consider the documentary evidence suggesting that negative stigmas towards HIV-positive Mexicans affect the delivery of medical treatment and medications by medical staff in Mexico, thereby placing the applicant at risk. While an applicant may not establish a refugee claim merely on the basis that medical treatment he or she could or is receiving in the asylum state is superior to that in the country of origin, particular social groups such as HIV-positive individuals have established a foundation for successful refugee claims. The documentary evidence also suggested that testing for HIV status for employment purposes is prevalent in Mexico. The Board did not adequately address whether the applicant had proven that systemic barriers associated with HIV testing and employment amounted to persecution. The interrelated aspects of the applicant's socio-economic and HIV-positive status were important considerations that the Board overlooked. Finally, as systemic barriers to employment may preclude access to private health care, and public medical care in Mexico is potentially inadequate, the families of HIV-positive Mexicans play an important role in caring them. The Board did not sufficiently address the applicant's submission that meaningful family support was not available to him and that as such, he would experience persecution and risk as an HIV-positive Mexican. For these reasons, the Board's decision was set aside.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Pour conclure que le demandeur dispose d'une PRI viable et sûre, le critère à deux volets élaboré par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* doit être appliqué : la Commission doit être convaincue selon la prépondérance des probabilités que le demandeur ne risque pas sérieusement d'être persécuté dans la partie du pays où il existe une PRI et la situation dans la partie du pays où il existe une PRI doit être telle que, compte tenu de toutes les circonstances, il ne serait pas déraisonnable pour le demandeur de s'y réfugier.

En concluant que l'orientation sexuelle du demandeur ne permettait pas d'exclure Mexico comme PRI raisonnable, la Commission a omis d'examiner de manière adéquate la preuve documentaire donnant à penser que des jugements moraux négatifs envers des Mexicains séropositifs ont une incidence sur la fourniture du traitement et des médicaments par le personnel médical au Mexique, exposant ainsi le demandeur à des risques. Bien qu'un demandeur ne puisse pas fonder une demande d'asile sur le simple motif que le traitement médical qu'il reçoit ou qu'il pourrait recevoir dans le pays d'accueil est supérieur à celui qui existe dans le pays d'origine, des groupes sociaux particuliers, comme les personnes séropositives, ont établi un fondement permettant d'obtenir l'asile. En outre, la preuve documentaire donnait à penser que les tests de dépistage du VIH aux fins d'emploi sont pratique courante au Mexique. La Commission n'a pas examiné adéquatement la question de savoir si le demandeur avait prouvé que des barrières systémiques associées au test de dépistage du VIH et à l'emploi équivalaient à de la persécution. Les aspects interdépendants du statut socio-économique du demandeur et de sa séropositivité étaient des facteurs importants dont la Commission a omis de tenir compte. Enfin, comme des barrières systémiques à l'emploi peuvent empêcher l'accès à des soins de santé privés et comme le système de santé public au Mexique peut être inadéquat, les familles de Mexicains séropositifs jouent un rôle important dans les soins apportés à ces derniers. La Commission n'a pas suffisamment examiné les arguments du demandeur selon lesquels il ne disposait d'aucune aide familiale importante et qu'il serait donc persécuté et exposé à des risques en tant que Mexicain séropositif. Pour ces motifs, la décision de la Commission a été annulée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 96, 97.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 96, 97.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9; *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.).

CONSIDERED:

Ortiz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FC 1365; *Ako v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 647; *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 450; *Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125 (F.C.T.D.); *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 169; (2006), 148 C.R.R. (2d) 45; 56 Imm. L.R. (3d) 178; 2006 FCA 365.

REFERRED TO:

Tolu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002), 218 F.T.R. 205; 20 Imm. L.R. (3d) 60; 2002 FCT 334; *Packiam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 649; *Armson v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150; 101 N.R. 372 (F.C.A.); *Camacho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 830; *Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164; (2000), 266 N.R. 380 (C.A.); *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 211; 87 F.T.R. 46 (T.D.); *Nwokomah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1535; *Chorny v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 289; 2003 FC 999; *Nakhuda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 698; *Soosaipillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1040.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the applicant's claim for refugee status on the basis that there existed an internal flight alternative to Mexico City and adequate state protection for the applicant. Application allowed.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ortiz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 1365; *Ako c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 647; *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 450; *Xie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125 (C.F. 1^{re} inst.); *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 169; 2006 CAF 365.

DÉCISIONS CITÉES :

Tolu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 334 ; *Packiam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 649; *Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n^o 800 (C.A.) (QL); *Camacho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 830; *Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.); *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.); *Nwokomah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1535; *Chorny c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 999; *Nakhuda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 698; *Soosaipillai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1040.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur parce qu'il y avait une possibilité de refuge intérieur à Mexico et que le demandeur disposait d'une protection adéquate de l'État. Demande accueillie.

APPEARANCES

Robert I. Blanshay for applicant.
Jennifer Dagsvik for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Robert I. Blanshay for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] O'KEEFE J.: This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the Board), dated October 9, 2007, which found that the applicant was neither a Convention refugee [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] nor a person in need of protection.

[2] The applicant requested that the decision be set aside and the matter referred back to a newly constituted panel of the Board for redetermination.

Background

[3] Jose Fernando Rodriguez Diaz (the applicant) is a citizen of Mexico. He claims refugee protection based on his fear that his brothers will kill him and that he will be persecuted by Mexican society because of his sexual orientation and because he is HIV positive.

[4] The applicant alleged that as a child he was sexually abused by his stepfather. He claimed that his brothers also assaulted him once they learned that his biological father was a previous lover of their mother's. The applicant also described instances where he was detained and assaulted by the Mexican police.

ONT COMPARU

Robert I. Blanshay pour le demandeur.
Jennifer Dagsvik pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Robert I. Blanshay pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire déposée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) à l'égard d'une décision rendue par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) le 9 octobre 2007 dans laquelle celle-ci a conclu que le demandeur était ni un réfugié au sens de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] ni une personne à protéger.

[2] Le demandeur a demandé l'annulation de la décision et son renvoi à un tribunal différemment constitué de la Commission pour qu'il rende une nouvelle décision.

L'historique

[3] Jose Fernando Rodriguez Diaz (le demandeur) est un citoyen du Mexique. Il demande l'asile parce qu'il craint d'être tué par ses frères et d'être persécuté par la société mexicaine en raison de son orientation sexuelle et en raison du fait qu'il est séropositif.

[4] Le défendeur a prétendu que lorsqu'il était enfant il a été agressé sexuellement par son beau-père. Il a prétendu que ses frères l'ont agressé lorsqu'ils ont appris que son père biologique était un ancien amant de leur mère. Le demandeur a également décrit des situations où il a été détenu et agressé par la police mexicaine.

[5] Starting in 1985 and continuing for approximately two years, the applicant travelled to Miami returning every six months to Mexico in order to renew his visitor visa status. In 1991, the applicant was diagnosed HIV positive. At this time he was living in Mexico. The applicant claimed that his employer discovered his illness and offered him a severance package or he would be fired. The applicant also submitted that he was fired again from another job in 1995 because his employer discovered his sexual orientation and illness. The applicant attempted to start his own business, but it subsequently closed.

[6] When the applicant's stepfather passed away, he shared equally in the estate which included a sugar plantation, a coffee plantation and a house. The applicant claimed that in 1996, one of his brothers threatened to kill him if he did not leave Mexico. As a result, the applicant claims to have given his sister power of attorney to deal with the family properties and left for the United States where he remained for approximately nine years without returning to Mexico. The applicant returned to Mexico in April 2005, remained for a matter of days and then travelled to Canada. Shortly after his arrival in Canada, the applicant applied for refugee protection. In a decision dated October 9, 2007, the Board found that the applicant was neither a Convention refugee, nor a person in need of protection. This is the judicial review of the Board's decision.

Board's Decision

[7] The Board's determination was that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection because of the availability of adequate state protection and a viable internal flight alternative (IFA) to Mexico City.

[8] The Board began its analysis by stating the two-part test to be applied in determining whether there was an IFA: (1) there is no serious possibility of the claimant being persecuted or subjected personally, on a balance of probabilities, to a danger of torture or to a risk to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment in

[5] À partir de 1985, et pendant environ deux ans, le demandeur se rendait à Miami à tous les six mois afin de renouveler son visa de visiteur puis il retournait au Mexique. En 1991, le demandeur a appris qu'il était séropositif. À cette époque, il vivait au Mexique. Le demandeur a prétendu que son employeur a découvert qu'il était séropositif et lui a offert d'accepter une indemnité de départ sinon il serait congédié. Le demandeur a également prétendu avoir été congédié d'un autre emploi en 1995 parce que son employeur avait appris qu'il était homosexuel et qu'il était séropositif. Le demandeur a lancé sa propre entreprise mais il a dû la fermer.

[6] Lorsque son beau-père est décédé, le demandeur a reçu une part de sa succession, laquelle comprenait une plantation de canne à sucre, une plantation de café et une maison. Le demandeur a prétendu que, en 1996, l'un de ses frères a menacé de le tuer s'il ne quittait pas le Mexique. C'est ainsi que le demandeur prétend avoir donné à sa sœur une procuration l'autorisant à s'occuper des biens familiaux et il est parti pour les États-Unis où il est demeuré pendant environ neuf ans avant de retourner au Mexique. Le demandeur est retourné au Mexique en avril 2005. Il y est resté quelques jours, puis il s'est rendu au Canada. Peu de temps après son arrivée au Canada, le demandeur a demandé l'asile. Dans une décision datée du 9 octobre 2007, la Commission a conclu que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger. Le présent contrôle judiciaire vise la décision de la Commission.

La décision de la Commission

[7] La Commission a décidé que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger parce qu'il disposait d'une protection adéquate de l'État et d'une possibilité de refuge intérieur (PRI) à Mexico.

[8] La Commission a commencé son analyse en énonçant le critère à deux volets servant à déterminer s'il existait une PRI : 1) selon la prépondérance des probabilités, le demandeur ne risque pas sérieusement d'être persécuté ou d'être soumis à la torture ou à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines

the proposed IFA area; and (2) conditions in the IFA area must be such that it would not be unreasonable in all the circumstances, for the claimant to seek refuge there. Related to the first prong, the Board first assessed the fear from the applicant's brothers. The Board accepted that the applicant had provided evidence suggesting that his brothers had harassed and assaulted him, but noted that there was no documentary evidence to show that he had sought medical attention. Also, the applicant had not claimed refugee protection during his years in the United States as a result of the harassment and assaults. The Board also noted that when asked if handing over his share of the family property would eliminate the problems with his family, the applicant responded "yes". The Board found that "it is not unreasonable to expect the claimant to dispose of his portion of the inheritance if by doing so he could stop the alleged agent of persecution from harming him". The Board went on to state that in any event it questioned "the likelihood that the claimant's brother would carry through with the alleged threat to kill him". The Board discussed how even after the death threat was made towards the applicant, there were numerous instances of contact between the applicant and his brothers and as such, they have had numerous opportunities to kill him. The Board found that "while the threats are doubtlessly unsettling for the claimant" the applicant did not face a serious possibility of persecution at the hands of his brothers.

[9] The Board then turned its attention to whether the applicant's sexual orientation undermined Mexico City as an IFA. The Board reviewed the documentary evidence and found that "in weighing all the evidence, ... the most current documentation persuades the panel that laws and efforts of the state have had a positive impact for shortcomings that may have occurred in the past". The Board went on to state that the applicant had the burden of providing "clear and convincing proof" of the state's inability to protect. The Board noted that the last incident in which the police targeted the applicant occurred in 1989 and the documentary evidence showed that since then much had changed in Mexico City.

cruels et inusités dans la partie du pays où il existe une PRI; 2) la situation dans la partie du pays où il existe une PRI doit être telle que, compte tenu de toutes les circonstances, il ne serait pas déraisonnable pour le demandeur, de s'y réfugier. Quant au premier volet, la Commission a d'abord apprécié la crainte du demandeur à l'égard de ses frères. La Commission a reconnu que le demandeur a présenté des éléments de preuve permettant de croire que ses frères l'avaient harcelé et l'avaient agressé, mais elle a souligné qu'aucune preuve documentaire ne confirme qu'il a demandé des soins médicaux. De plus, le demandeur n'a pas demandé l'asile pendant les années où il a vécu aux États-Unis en raison du harcèlement et des agressions. La Commission a également souligné que lorsqu'on lui a demandé si la cession de sa part des biens familiaux éliminerait les problèmes avec sa famille, le demandeur a répondu par l'affirmative. La Commission a conclu ce qui suit : « Il n'est pas déraisonnable de s'attendre à ce que le demandeur d'asile renonce à sa part de l'héritage si, ce faisant, il pouvait faire cesser les préjudices qu'il subit de la part des présumés agents de persécution ». La Commission a ensuite affirmé qu'elle s'interrogeait de toute façon sur « la probabilité que les frères du demandeur d'asile exécutent la présumée menace de mort à son endroit ». La Commission a mentionné que, même après que le demandeur eut reçu les menaces de mort, il a rencontré ses frères à de nombreuses reprises et ceux-ci ont par conséquent eu de nombreuses occasions de le tuer. La Commission a conclu que « même si les menaces perturb[aient] assurément le demandeur d'asile », il n'existait pas de possibilité sérieuse qu'il soit persécuté aux mains de ses frères.

[9] La Commission s'est ensuite penchée sur la question de savoir si l'orientation sexuelle du demandeur compromettrait l'existence d'une PRI à Mexico. La Commission a examiné la preuve documentaire et a conclu que ce qui était déterminant, « dans l'ensemble des éléments de preuve analysés, c'[était] que les documents les plus récents [la] convainqu[aient] que les lois et les efforts de l'État [avaient] eu des répercussions positives sur les lacunes possibles relevées dans le passé ». La Commission a ensuite affirmé qu'il incombait au demandeur de produire une « preuve claire et convaincante » de l'incapacité de l'État d'assurer sa protection. La Commission a souligné que le dernier

[10] The Board then discussed whether the applicant's HIV-positive status undermined Mexico City as an IFA. The Board stated that the documentary evidence on HIV-positive status indicated that in August 2003, then-president Vicente Fox, announced that the government would subsidize medication costs. The Board stated that this was "a major initiative that was not available to the claimant when he was diagnosed as HIV positive in 1991".

[11] Related to the second prong of the IFA test, the Board stated "given that the claimant is an educated person who has worked, while he was in Mexico, both in the private sector and as a business owner, and given the existence of anti-discriminatory legislation in the Federal District the panel determines that it is not unreasonable, under the circumstances, for him to live in Mexico City".

[12] The Board's final conclusion was that there existed an IFA to Mexico City and adequate state protection for the applicant. As such, the Board rejected his claim for refugee status.

Issues

[13] The applicant submitted the following issues for consideration:

1. Did the Board err in law by assessing the applicant's refugee claim solely on the basis of his sexual orientation and fail to assess and consider the fact of the applicant's HIV-positive status when determining if he has a viable IFA in Mexico City?

2. Did the Board make numerous critical findings of fact, including those on objective country conditions in

incident dans lequel la police a ciblé le demandeur d'asile est survenu en 1989 et que la preuve documentaire indiquait que les choses avaient beaucoup changé à Mexico depuis ce temps.

[10] La Commission a ensuite examiné la question de savoir si la séropositivité du demandeur compromettrait l'existence d'une PRI à Mexico. La Commission a déclaré que la preuve documentaire concernant la séropositivité indiquait que, en août 2003, le président Vicente Fox a annoncé que le gouvernement subventionnerait les coûts des médicaments pour tous les citoyens atteints du sida. La Commission a déclaré qu'il s'agissait « d'une importante initiative qui n'existait pas lorsque le demandeur d'asile a reçu son diagnostic de séropositivité en 1991 ».

[11] Quant au deuxième volet du critère relatif à la PRI, la Commission a déclaré ce qui suit : « étant donné que le demandeur d'asile est une personne instruite qui a travaillé pendant qu'il vivait au Mexique, tant dans le secteur privé qu'à titre de propriétaire d'entreprise, et compte tenu de l'existence de lois antidiscriminatoires dans le district fédéral, le tribunal détermine qu'il n'est pas déraisonnable, dans les circonstances, qu'il vive à Mexico ».

[12] La Commission a finalement conclu qu'il existait une PRI à Mexico et qu'une protection de l'État adéquate était à la disposition du demandeur d'asile. La Commission a donc rejeté sa demande d'asile.

Les questions en litige

[13] Le demandeur a soumis à l'examen de la Cour les questions suivantes :

1. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en appréciant la demande d'asile du demandeur en se fondant uniquement sur son orientation sexuelle et a-t-elle omis d'apprécier et de prendre en compte la séropositivité du demandeur pour savoir s'il disposait d'une PRI viable à Mexico?

2. La Commission a-t-elle tiré de nombreuses conclusions de fait importantes, notamment les conclusions portant

Mexico City, without a clear evidentiary basis and thus amounting to sheer speculation?

3. Did the Board err in law by stating key evidence in the applicant's claim?

[14] I would rephrase the issues as follows:

1. What is the appropriate standard of review?

2. Did the Board err in finding that the trauma described in the psychological report was not exclusively related to issues identified in the claim?

3. Did the Board err in finding that the applicant's brothers' hatred was based on the inheritance and not the applicant's sexual orientation? Moreover, did the Board err in finding that it was not unreasonable to expect the applicant to dispose of his portion of the inheritance in order to avoid the alleged persecution?

4. Did the Board err in finding that the applicant did not face a serious possibility of persecution at the hands of his brothers?

5. Did the Board err in stating key evidence in the applicant's claim?

6. Did the Board err in its analysis of a viable IFA by failing to consider the applicant's HIV-positive status?

Applicant's Written Submissions

[15] The applicant submitted that the Board failed to address the applicant's claim that his HIV-positive status would inevitably lead to incidents of stigmatization, severe discrimination and cumulative harassment amounting to persecution. The applicant submitted that he provided ample evidence to show that since his

sur la preuve objective concernant la situation qui règne à Mexico, sans preuve claire à l'appui, se livrant ainsi à de la pure spéculation?

3. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en mentionnant des éléments de preuve essentiels figurant dans la demande du demandeur?

[14] Je reformulerais ainsi les questions en litige :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?

2. La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que le choc décrit dans le rapport psychologique n'était pas exclusivement lié aux questions mentionnées dans la demande?

3. La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que la haine des frères avait été engendrée par l'héritage et non pas par l'orientation sexuelle du demandeur? En outre, la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant qu'il n'était pas déraisonnable de s'attendre à ce que le demandeur cède sa partie de l'héritage afin de se soustraire à la présumée persécution?

4. La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'était pas exposé à une possibilité sérieuse d'être persécuté par ses frères?

5. La Commission a-t-elle commis une erreur en mentionnant des éléments de preuve importants figurant dans la demande du demandeur?

6. La Commission a-t-elle commis une erreur dans son analyse d'une PRI viable en ne tenant pas compte de la séropositivité du demandeur?

Les observations écrites du demandeur

[15] Le demandeur a prétendu que la Commission a omis d'examiner sa prétention selon laquelle sa séropositivité mènerait inévitablement à des incidents de stigmatisation, de grave discrimination et à des actes cumulatifs de harcèlement équivalant à de la persécution. Le demandeur a prétendu qu'il a fourni de nombreux

diagnosis, he has faced severe discrimination and harassment amounting to cumulative harassment and persecution (*Tolu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 218 F.T.R. 205 (F.C.T.D.); *Packiam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 649). The applicant claimed that in applying the two-pronged test for an IFA, the Board failed to consider the kind of life the applicant has as an HIV-positive person living in Mexico City. It was submitted that the Board erred in only considering the availability of medicine for HIV-positive individuals. The Board should have considered all the circumstances feared by people in the applicant's position such as physical abuse, extortion and denial of proper employment, housing and services. The applicant also submitted that in analysing whether an IFA existed the Board erred in relying on evidence from 2003 and then stating that "the most current documentation persuades the panel that laws and efforts of the state have had a positive impact for shortcomings that may have occurred in the past". The applicant alleged that the Board has a duty to seek out the most current information.

[16] The applicant submitted that a number of the Board's findings were baseless and made without providing reasons. It is trite law that all critical findings made by the Board must be supported with a clear evidentiary basis. Failure to lay out a clear and specific evidentiary basis is patently unreasonable and renders each of the findings to nothing more than sheer speculation (*Armson v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (F.C.A.)). The applicant argued that the Board erred in finding that the trauma affirmed in the psychological report was not "exclusively related to issues identified in [the] claim". The applicant submitted that there was no evidence upon which to base this finding and the Board failed to give reasons for it. The applicant also submitted that the Board erred in finding that it was not unreasonable to expect the applicant to give up his

éléments de preuve démontrant que, depuis son diagnostic, il a souffert de discrimination et de harcèlement importants équivalant à des actes cumulatifs de harcèlement et de persécution (*Tolu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 334; *Packiam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 649). Le demandeur a prétendu que, en appliquant le critère à deux volets applicable lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe une PRI, la Commission a omis de prendre en considération le genre de vie que mène le demandeur à titre de personne séropositive vivant à Mexico. Il a prétendu que la Commission a commis une erreur en ne tenant compte que du fait que les personnes séropositives pouvaient se procurer des médicaments. La Commission aurait dû tenir compte de toutes les situations redoutées par les personnes qui se trouvent dans la situation du demandeur comme la violence physique, l'extorsion et l'impossibilité de trouver un emploi, un logement et des services convenables. Le demandeur a également prétendu que, en analysant s'il existe une PRI, la Commission a commis une erreur en se fiant à des éléments de preuve datant de 2003 et en déclarant que « les documents les plus récents [la] convainqu[ai]ent que les lois et les efforts de l'État [avaient] eu des répercussions positives sur les lacunes possibles relevées dans le passé ». Le demandeur a prétendu que la Commission doit rechercher les documents les plus récents.

[16] Le demandeur a prétendu que certaines des conclusions de la Commission n'étaient pas fondées et ont été tirées sans que celle-ci ne fournisse de motifs. Il est bien établi en droit que toutes les conclusions importantes tirées par la Commission doivent être étayées par une preuve claire. Le défaut de produire des éléments de preuve clairs et précis est manifestement déraisonnable et rend chacune des conclusions à l'état de pures hypothèses (*Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 800 (C.A.) (QL)). Le demandeur a prétendu que la Commission a commis une erreur en concluant que le choc psychologique confirmé dans le rapport psychologique n'était pas « exclusivement lié [...] aux questions soulevées [dans la demande] ». Le demandeur a prétendu qu'aucun élément de preuve ne permettait de tirer cette conclusion et la Commission n'a pas expliqué

inheritance to eliminate the possibility of persecution from his brothers. The applicant argued that there was no evidence before the Board to support that the reason and motive for the applicant's brothers' hatred of him was due to his receiving a portion of his stepfather's property. Moreover, the evidence showed that the problems with the applicant's brothers began before his stepfather passed away. And finally, the applicant submitted that the Board erred in finding that the applicant was not at risk of being persecuted by his brothers. It was argued that the Board found that the applicant's brothers may assault him, but they would not go as far as to kill him. The applicant submitted that this is nonetheless persecution.

[17] And finally, the applicant argued that the Board misunderstood the applicant's testimony during the hearing. The Board in its reasons stated that when asked if giving up his share in the inheritance would end his brothers' hatred of him, the applicant responded "yes". The applicant submitted that to the best of his knowledge, he responded "no" and reaffirmed that nothing would change his brothers' feelings and actions towards him.

Respondent's Written Submissions

[18] The respondent submitted that the errors alleged by the applicant, namely that the Board failed to consider whether cumulative harassment amounted to persecution, gave too little weight to the psychological report, and misunderstood the applicant's evidence, are immaterial given the Board's finding on state protection and a reasonable IFA. The respondent submitted that the applicant can only be successful on judicial review if he convinces the Court that the Board erred in its analysis of state protection and IFA.

pourquoi elle l'avait tirée. Le demandeur a également prétendu que la Commission a commis une erreur en concluant qu'il n'était pas déraisonnable de s'attendre à ce que le demandeur cède sa part d'héritage afin d'éliminer la possibilité de persécution de la part de ses frères. Le demandeur a prétendu que la Commission n'était saisie d'aucun élément de preuve indiquant que la haine des frères du demandeur envers lui était due au fait qu'il avait reçu sa part des biens de son beau-père. En outre, la preuve a démontré que les problèmes du demandeur avec ses frères ont commencé avant le décès de son beau-père. Enfin, le demandeur a prétendu que la Commission a commis une erreur en concluant qu'il ne risquait pas d'être persécuté par ses frères. Il a prétendu que la Commission a conclu qu'il se pouvait que ses frères l'agressent, mais ils n'iraient pas jusqu'à le tuer. Le demandeur a prétendu qu'il s'agit cependant de persécution.

[17] Enfin, le demandeur a prétendu que la Commission a mal compris le témoignage qu'il a rendu à l'audience. Dans ses motifs, la Commission a déclaré que lorsqu'on lui a demandé si sa cession de sa part de l'héritage mettrait fin à la haine de ses frères envers lui, le demandeur a répondu par l'affirmative. Le demandeur a prétendu que, autant qu'il sache, il avait répondu par la négative et a affirmé de nouveau que rien ne changerait les sentiments et les gestes de ses frères envers lui.

Les observations écrites du défendeur

[18] Le défendeur a prétendu que les erreurs alléguées par le demandeur, à savoir que la Commission ne s'est pas demandée si les actes cumulatifs de harcèlement équivalaient à de la persécution, qu'elle n'a pas accordé assez d'importance au rapport psychologique et qu'elle a mal compris le témoignage du demandeur, ne sont pas importantes compte tenu de la conclusion de la Commission relative à l'existence de la protection de l'État et d'une PRI raisonnable. Le défendeur a prétendu que la demande de contrôle judiciaire du demandeur ne peut être accueillie que s'il convainc la Cour que la Commission a commis une erreur dans son analyse de la protection de l'État et de la PRI.

[19] With regard to the Board's findings on IFA and state protection, the respondent submitted that these are factual determinations and the Court ought not to intervene so long as the Board followed the proper analysis and made a factual determination that was open to it based on the evidence (*Ortiz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1365, at paragraphs 34 and 35). The respondent submitted that the Board correctly articulated the two-part legal test to be applied for an IFA.

[20] With regard to the state protection portion of the IFA test, the respondent stated that the applicant failed to show that he had made any attempts to seek the protection of Mexican authorities in 2005 and as such, the burden was on the applicant to adduce clear and compelling evidence to show that it was objectively unreasonable to expect him to approach the state for protection. In a functioning democracy with the apparatus and the willingness to provide its citizens with some measure of protection, a failure to pursue state protection opportunities within the home state will usually be fatal to a refugee claim (*Camacho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 830, at paragraph 11). The respondent submitted that the applicant's argument that the Board failed to assess the protection available for HIV-positive persons (with the exception of the availability of medicine) cannot be accepted because the evidence upon which the applicant relies is not sufficiently material to contradict the Board's state-protection finding. The respondent submitted that the portions of country documentation cited by the applicant in the memorandum speak generally of discrimination against people who are HIV positive and not whether state protection is available. Therefore, the evidence presented was far from the "clear and convincing" evidence required to rebut the well-established presumption that the Board considered all the evidence.

[19] En ce qui concerne les conclusions de la Commission quant à la PRI et quant à la protection de l'État, le défendeur a prétendu que celles-ci sont des conclusions de fait et que la Cour ne devrait pas intervenir tant et aussi longtemps que la Commission a effectué l'analyse adéquate et a tiré une conclusion de fait qu'il lui était loisible de tirer compte tenu de la preuve (*Ortiz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1365, aux paragraphes 34 et 35). Le défendeur a prétendu que la Commission a correctement formulé le critère à deux volets applicable à la question de l'existence d'une PRI.

[20] En ce qui concerne le volet de la protection de l'État du critère applicable à la PRI, le défendeur a déclaré que le demandeur n'a pas démontré qu'il avait tenté de demander la protection des autorités mexicaines en 2005 et, à ce titre, il incombait au demandeur de prouver de façon claire et convaincante qu'il n'était pas objectivement raisonnable de s'attendre à ce qu'il demande à l'État de le protéger. Le fait de ne pas solliciter la protection de l'État au sein du pays d'origine sera habituellement fatal pour une demande d'asile si, dans l'État en question, le fonctionnement de la démocratie n'est pas remis en question et si cet État est disposé à assurer un certain degré de protection à ses citoyens et possède les ressources nécessaires à cette fin (*Camacho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 830, au paragraphe 11). Le défendeur a prétendu que l'argument du demandeur selon lequel la Commission n'a pas évalué la protection dont pouvaient se prévaloir les personnes séropositives (sauf en ce concerne la possibilité de se procurer des médicaments) ne peut pas être accepté parce que les éléments de preuve invoqués par le demandeur ne sont pas assez importants pour contredire la conclusion de la Commission relativement à la protection de l'État. Le défendeur a prétendu que les parties des documents d'information sur le pays invoquées par le demandeur dans le mémoire traite d'une manière générale de la discrimination contre les personnes qui sont séropositives et ne traitent pas de la question de la protection de l'État. Par conséquent, la preuve présentée était loin d'être la preuve « claire et convaincante » exigée pour réfuter la présomption bien établie que la Commission a pris en compte tous les éléments de preuve.

[21] With regard to the second prong of the IFA test, the respondent submitted that the applicant has failed to show that the discrimination HIV-positive persons face in Mexico City amounts to persecution. The respondent submitted that the applicant must show “actual and concrete” evidence that his life and safety would be jeopardized by travelling or relocating to Mexico City (*Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164 (C.A.)). The respondent submitted that the Board clearly considered the availability of HIV/AIDS treatment in Mexico City and possible job opportunities for the applicant.

Applicant’s Written Reply

[22] The applicant submitted that the Board’s IFA analysis cannot stand if it is not sound. It was submitted that in failing to address the reasonability of a life in Mexico City for an HIV-positive individual such as the applicant, the Board’s analysis and findings on IFA cannot stand. The applicant submitted that the Board’s analysis was limited to the availability of medical supplies. Further, the Board conducted a superficial analysis of discrimination laws without considering the effectiveness of this legislation at the operational level.

Analysis and Decision

Issue 1

What is the appropriate standard of review?

[23] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190 collapsed the standard of reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness for a more straightforward standard of reasonableness. *Dunsmuir*, above, also streamlined the steps to take in establishing the appropriate standard of review, which was previously referred to as the

[21] En ce qui concerne le deuxième volet du critère applicable à la PRI, le défendeur a prétendu que le demandeur n’a pas démontré que la discrimination dont les personnes séropositives sont victimes à Mexico équivaut à de la persécution. Le défendeur a prétendu que le demandeur doit prouver de façon « réelle et concrète » que sa vie et sa sécurité seraient compromises s’il se rendait ou s’il allait vivre à Mexico (*Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.)). Le défendeur a prétendu que la Commission a manifestement tenu compte de la question de la possibilité pour le demandeur de recevoir un traitement du VIH/sida à Mexico et de la possibilité pour le demandeur de se trouver un emploi.

La réponse écrite du demandeur

[22] Le demandeur a prétendu que l’analyse de la PRI faite par la Commission ne peut pas être acceptée si elle n’est pas solide. Il a prétendu que, en omettant de se demander s’il était raisonnable qu’une personne séropositive comme lui aille vivre à Mexico, l’analyse et les conclusions de la Commission quant à la PRI ne peuvent pas être acceptées. Le demandeur a prétendu que l’analyse de la Commission n’a porté que sur la possibilité de se procurer des médicaments. De plus, la Commission a analysé de manière superficielle les lois en matière de discrimination. Elle n’a pas examiné la question de l’efficacité de ces lois sur le plan opérationnel.

L’analyse et la décision

La question en litige n° 1

Quelle est la norme de contrôle applicable en l’espèce?

[23] Dans l’arrêt *Dunsmuir c. New Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a fusionné la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et la norme de la décision manifestement déraisonnable en une norme plus simple, c’est-à-dire la norme de la raisonabilité. Dans cet arrêt, la Cour suprême a également rationalisé la démarche à suivre pour arrêter

“pragmatic and functional” approach. The Supreme Court proposed a two-step process, at paragraph 62:

First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

[24] Critical to this judicial review, is the standard of review with respect to viable IFA determinations for applicants. *Ortiz* [at paragraph 34] summarizes the features of IFA determinations in judicial review discussed in *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741 (T.D.) [at page 764]: “[Justice Richard] held at paragraph 26 that Board determinations with respect to an IFA deserve deference because the question falls squarely within the special expertise of the Board. The determination involves both an evaluation of the circumstances of the applicants, as related by them in their testimony, and an expert understanding of the country conditions.” In light of these issues, this Court has found the standard of review to be patent unreasonableness pre-*Dunsmuir*, above. See for instance: *Nwokomah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1535; *Chorny v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 289 (F.C.); *Nakhuda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 698. As Justice de Montigny stated in *Ako v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 647, at paragraph 20:

It is trite law that questions of fact falling within a tribunal’s area of expertise are generally reviewed against a standard of patent unreasonableness. More particularly, this Court has consistently found that this is the proper standard to apply with respect to the existence of a viable internal flight alternative....

Thus, it was well settled that this Court should not disturb the Board’s finding of a viable IFA unless that

la bonne norme de contrôle, ce qu’on qualifiait auparavant d’analyse « pragmatique et fonctionnelle ». La Cour suprême a proposé (au paragraphe 62) un processus se déroulant en deux étapes :

Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

[24] La norme de contrôle applicable aux conclusions relatives à une PRI viable pour les demandeurs est très importante pour le présent contrôle judiciaire. La décision *Ortiz* [au paragraphe 34], résume les éléments des conclusions relatives à une PRI en contrôle judiciaire examinés dans la décision *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.) [à la page 764] : « [Le juge Richard] a statué au paragraphe 26 qu’il faut faire preuve de retenue à l’égard de ces décisions rendues par la Commission parce que cette question relève directement du champ d’expertise de celle-ci. Ces décisions exigent l’appréciation de la situation des demandeurs, telle qu’ils l’ont expliquée dans leur déposition, et une compréhension experte de la situation existant dans le pays ». Compte tenu de ces questions, la Cour a conclu que la norme de contrôle applicable est la norme de la décision manifestement déraisonnable qui existait avant l’arrêt *Dunsmuir*, susmentionné. Voir par exemple : *Nwokomah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1535; *Chorny c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 999; *Nakhuda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 698. Le juge de Montigny a déclaré ce qui suit dans *Ako c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 647, au paragraphe 20 :

Il est bien établi en droit que la norme de contrôle applicable aux questions de fait relevant du champ d’expertise d’un tribunal est généralement celle de la décision manifestement déraisonnable. Plus particulièrement, la Cour a conclu à maintes reprises que c’est la norme qu’il convient d’appliquer relativement à l’existence d’une possibilité de refuge intérieur viable [...]

Par conséquent, la jurisprudence est fixée : la Cour ne doit modifier la conclusion de la Commission concernant

finding was patently unreasonable. The standard of review, therefore, is reasonableness as a result of *Dunsmuir*, above.

[25] Two other important issues at play in this review involved the evaluation of the evidence as it related to the persecution of the applicant. Justice Tremblay-Lamer in *Liang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 450 [at paragraph 12] quoted the long-held view that “the identification of persecution behind incidents of discrimination or harassment is not purely a question of fact but a mixed question of law and fact, legal concepts being involved” (*Sagharichi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 796 ... and is reviewable on the standard of reasonableness *simpliciter* (*Herczeg v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 2000, [2007] F.C.J. No. 1434 ...; *Hitti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1256, [2006] F.C.J. No. 1580”). In light of *Dunsmuir*, above, the standard of review is reasonableness.

[26] The remaining issue involved a strictly factual finding based on testimonial evidence. Factual findings attract a high standard of deference. In numerous pre-*Dunsmuir* decisions, this Court has held that the appropriate standard of review was patent unreasonableness (*Soosaipillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1040), which has collapsed to the standard of reasonableness.

[27] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir*, above, at paragraph 47, took the occasion to enunciate the elements of a decision on the standard of reasonableness which is salient to the case at hand:

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to

la question de la PRI que si cette conclusion est manifestement déraisonnable. Par conséquent, à la suite de l’arrêt *Dunsmuir*, susmentionné, la norme de contrôle applicable est la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[25] Deux autres questions importantes en litige dans le présent contrôle comportaient l’évaluation de la preuve concernant la persécution du demandeur. La juge Tremblay-Lamer, dans la décision *Liang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 450 [au paragraphe 12], a cité l’opinion défendue depuis longtemps selon laquelle « [I]l est établi depuis longtemps que “la question de l’existence de la persécution dans les cas de discrimination ou de harcèlement n’est pas simplement une question de fait, mais aussi une question mixte de droit et de fait, et que des notions juridiques sont en cause” (*Sagharichi c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 796 [...]) Il est également établi depuis longtemps que cette question est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter* (*Herczeg c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 2000, [2007] A.C.F. n° 1434 [...]; *Hitti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1256, [2006] A.C.F. n° 1580 ». Compte tenu de l’arrêt *Dunsmuir*, susmentionné, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable.

[26] La dernière question en litige comportait une conclusion strictement de fait fondée sur une preuve testimoniale. Un degré élevé de retenue s’applique aux conclusions de fait. Dans de nombreuses décisions qui ont précédé *Dunsmuir*, la Cour a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la norme de la décision manifestement déraisonnable (*Soosaipillai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 1040), laquelle a été fondue dans la norme de la raisonabilité.

[27] Dans l’arrêt *Dunsmuir*, susmentionné, au paragraphe 47, la Cour suprême du Canada a saisi l’occasion pour énoncer les éléments d’une décision selon la norme de la décision raisonnable, ce qui est pertinent en l’espèce :

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le

the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[28] I propose to first deal with issue 6.

Issue 6

Did the Board err in its analysis of a viable IFA by failing to consider the applicant's HIV-positive status?

[29] The applicant submitted that the Board erred in its IFA analysis by failing to consider the applicant's HIV status with the exception of the availability of medication in Mexico City. The Board's analysis of discrimination laws was also challenged as being superficial.

[30] The Federal Court of Appeal dealt with the issue of internal flight in *Rasaratnam* [*Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706] and stated [at page 710] that "the IFA concept is inherent in the Convention Refugee definition." In order for the Board to find that a viable and safe IFA exists for the applicant, the following two-pronged test, as in *Rasaratnam*, above, must be applied:

(1) the Board must be satisfied on a balance of probabilities that there is no serious possibility of the claimant being persecuted in the proposed IFA; and

(2) conditions in the proposed IFA must be such that it would not be unreasonable, upon consideration of all the circumstances, including consideration of a claimant's personal circumstances, for the claimant to seek refuge there.

caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[28] Je vais d'abord traiter de la question en litige n° 6.

La question en litige n° 6

La Commission a-t-elle commis une erreur dans son analyse d'une PRI viable en ne tenant pas compte de la séropositivité du demandeur?

[29] Le demandeur a prétendu que la Commission a commis une erreur dans son analyse de la PRI en ne tenant pas compte de la question de la séropositivité du demandeur à l'exception de la question de la possibilité pour le demandeur de se procurer des médicaments à Mexico. L'analyse des lois en matière de discrimination a été contestée au motif qu'elle était superficielle.

[30] La Cour d'appel fédérale a traité de la question du refuge intérieur dans l'arrêt *Rasaratnam* [*Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706] et elle a déclaré ce qui suit : « le concept de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est inhérent à la définition de réfugié au sens de la Convention ». Pour que la Commission puisse conclure que le demandeur dispose d'une PRI viable et sûre, le critère à deux volets suivant, qui a été énoncé et appliqué dans l'arrêt *Rasaratnam*, susmentionné, doit être satisfait :

1) la Commission doit être convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur ne risque pas sérieusement d'être persécuté dans la partie du pays où il existe une PRI;

2) la situation dans la partie du pays où il existe une PRI doit être telle que, compte tenu de toutes les circonstances y compris de sa situation personnelle, il ne serait pas déraisonnable pour le demandeur, de s'y réfugier.

[31] In this case, the Board found that the applicant's sexual orientation did not undermine Mexico City as a reasonable IFA for the applicant. They pointed to anti-discrimination laws in the Federal District of Mexico City and "an increasingly vocal and visible subculture" to rebut the applicant's claim that it was unreasonable for him to approach authorities and seek protection. In addition, in 2003, Mexico's president (at the time), Vicente Fox, announced that the government would subsidize medication costs for its citizens diagnosed as HIV positive.

[32] I find that there are two issues that were not adequately considered that relate to a reasonable finding of a viable IFA for the applicant. The applicant suggests that negative stigmas towards HIV-positive Mexicans affect the delivery of the treatment and medications by medical staff in Mexico. This documentary evidence suggests that this is where HIV-positive Mexicans, such as the applicant, are at risk. The Board did not address this issue particular to the applicant's circumstances as an HIV-positive Mexican.

[33] Furthermore, while the respondent is correct in pointing out that lack of employment is generally not a sufficient reason to determine that an IFA is unreasonable, barriers to employment affect an HIV-positive Mexican in a uniquely discriminatory way. The documentary evidence submitted by the applicant suggests that medical testing for HIV status for employment purposes is prevalent in Mexico from factories to professional positions. Despite the fact that the applicant has been successful in obtaining positions in the past, the documentary evidence suggests that the applicant may face restrictions in earning a livelihood because of his HIV status. In *Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125 (F.C.T.D.) systemic governmental inference with the opportunity to find work was found to be a serious restraint on an individual. In this case, the Board did not adequately address whether the applicant had proven that systemic barriers associated with HIV testing and employment

[31] En l'espèce, la Commission a conclu que l'orientation sexuelle du demandeur ne permettait pas d'exclure Mexico comme PRI raisonnable pour le demandeur. La Commission a souligné l'existence de lois antidiscriminatoires dans le district fédéral de Mexico et d'« une sous-culture homosexuelle [qui] s'exprime de plus en plus et [qui] est de plus en plus visible » pour réfuter la prétention du demandeur selon laquelle il était déraisonnable de s'attendre à ce qu'il s'adresse aux autorités et demande leur protection. De plus, en 2003, Vicente Fox, qui était alors président du Mexique, a annoncé que le gouvernement subventionnerait le coût des médicaments pour ses citoyens séropositifs.

[32] Je conclus qu'on a omis d'examiner de manière adéquate deux questions qui ont trait à une conclusion raisonnable selon laquelle le demandeur dispose d'une PRI viable. Le demandeur fait valoir que des jugements moraux négatifs envers les Mexicains séropositifs ont une incidence sur la fourniture du traitement et des médicaments par le personnel médical au Mexique. Cette preuve documentaire donne à penser que c'est là où les Mexicains séropositifs, comme le demandeur, sont exposés à des risques. La Commission ne s'est pas penchée sur cette question particulière à la situation du demandeur en tant que mexicain séropositif.

[33] De plus, même si le défendeur a raison de souligner que l'absence d'emploi n'est généralement pas une raison suffisante pour déterminer qu'une PRI est déraisonnable, les obstacles à l'emploi frappent particulièrement durement les Mexicains séropositifs. La preuve documentaire soumise par le demandeur donne à penser que les tests de dépistage du VIH aux fins d'emploi sont pratique courante au Mexique, qu'il s'agisse d'emploi de travailleur d'usine ou d'emploi de professionnel. Malgré le fait que le demandeur a réussi à obtenir des emplois dans le passé, la preuve documentaire donne à penser que le demandeur aurait de la difficulté à gagner sa vie en raison de sa séropositivité. Dans la décision *Xie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125 (C.F. 1^{re} inst.), on a conclu que l'ingérence systématique du gouvernement dans les possibilités d'emploi constituait une atteinte importante à la liberté d'une personne à la recherche d'un emploi. En l'espèce, la Commission n'a

amounted to persecution on a balance of probabilities. The interrelated aspects of the applicant's socio-economic status and HIV-positive status are important considerations that the Board overlooked.

[34] The Federal Court of Appeal established, however, that there is a very narrow foundation for a refugee claim based on access to medical treatment. An applicant may not establish a refugee claim merely on the basis that medical treatment he or she could or is receiving in the asylum state is superior to that in the country of origin (*Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 169 (F.C.A.)). This is where nevertheless, in the domain of refugee law, that particular social groups such as HIV-positive individuals have established a foundation for successful refugee claims.

[35] The issue of discrimination is particularly important because of the potential for the applicant to experience ostracism from friends and family if returned to Mexico. As stated above, systemic barriers to employment may preclude access to private health care. The applicant may have to depend upon public medical care which can be inadequate. Inadequate health care in itself, is not a foundation for a claim (if it is delivered in a non-discriminatory manner, as above). However, the documentary evidence suggests that in Mexico, families of HIV-positive Mexicans play an important role in caring for people in the position of the applicant because of societal discrimination. The documentary evidence provides instances where HIV-positive people living in Mexico had to rely on family to get medical insurance because of barriers to employment or had to rely on family to pay for medications on the black market.

[36] The applicant does not appear to have this option. The applicant testified that no one in his family knows that he is HIV positive and that their reaction would be

pas examiné adéquatement la question de savoir si le demandeur avait prouvé que les barrières systémiques associées au test de dépistage du VIH et à l'emploi équivalaient, selon la prépondérance des probabilités, à de la persécution. Les aspects interdépendants du statut socio-économique du demandeur et de sa séropositivité sont des facteurs importants dont la Commission a omis de tenir compte.

[34] La Cour d'appel fédérale a toutefois établi qu'une demande d'asile fondée sur l'accès à des soins médicaux repose sur un faible fondement. Un demandeur ne peut fonder une demande d'asile sur le simple motif que le traitement médical qu'il reçoit ou qu'il pourrait recevoir dans le pays d'asile est supérieur à celui qui existe dans le pays d'origine (*Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 169 (C.A.F.)). C'est sur ce point cependant que, dans le domaine du droit des réfugiés, des groupes sociaux particuliers, comme les personnes séropositives, ont établi un fondement permettant d'obtenir l'asile.

[35] La question de la discrimination est particulièrement importante en raison de la possibilité que le demandeur soit ostracisé par ses amis et par sa famille s'il retournait au Mexique. Comme je l'ai déjà mentionné, des barrières systémiques à l'emploi peuvent empêcher l'accès à des soins de santé privés. Le demandeur dépendra peut-être du système de santé public, lequel peut être inadéquat. Des soins de santé inadéquats, en soi, ne peuvent pas servir de fondement à une demande (s'ils sont fournis sans discrimination, comme je l'ai déjà dit). Toutefois, la preuve documentaire donne à penser que, au Mexique, les familles des Mexicains séropositifs jouent un rôle important dans les soins apportés aux personnes qui sont dans la même situation que le demandeur en raison de la discrimination sociale. La preuve documentaire comprend des exemples de personnes séropositives vivant au Mexique qui dépendaient de leur famille pour obtenir une assurance médicale en raison des barrières à l'emploi ou qui dépendaient de leur famille pour acheter des médicaments sur le marché noir.

[36] Le demandeur ne semble pas disposer de ce choix. Le demandeur a affirmé dans son témoignage qu'aucun membre de sa famille ne sait qu'il est

very negative with the exception of his sister. The applicant has been threatened and assaulted by his brothers related to property holdings as well as his sexual orientation. Further, his relationship with them prevents his mother and sister from contact with him because of the threat of retaliation. There is a police report documenting an assault against the sister from one of the brothers related to the brother's conflict with the applicant. Further, when the applicant last returned to Mexico City, the mother was not able to see her son because of his brothers. Despite the close relationship with his sister, she is a single mother of two children with little money and does not live in Mexico City. Discrimination because of the applicant's HIV status has the potential for far more devastating and serious consequences. While the Board must assess the applicant's claim objectively, it must be individualized and in this issue, it turns on its own set of facts.

[37] While I acknowledge that the Board does not have to canvass every piece of evidence in its decision, *Dunsmuir*, above, suggests that there are qualities that make a decision reasonable. In this case, the applicant's submissions that he would experience persecution and risk as an HIV-positive Mexican without meaningful family support, with the potential for systemic barriers to employment, and with the potential for discrimination in health care delivery was not sufficiently addressed by the Board.

[38] Because of my finding on this issue, I need not deal with the remaining issues.

[39] As a result, the application for judicial review must therefore be allowed, the decision of the Board set aside and the matter referred to a newly constituted panel of the Board for redetermination.

[40] Neither party wished to submit a proposed serious question of general importance for my consideration for certification.

séropositif et que, s'ils le savaient, leur réaction, à l'exception de celle de sa sœur, serait très négative. Le demandeur a été menacé et agressé par ses frères en raison de biens immobiliers et en raison de son orientation sexuelle. De plus, la relation qu'il entretient avec eux empêche sa mère et sa sœur d'entrer en communication avec lui parce qu'elles ont peur de représailles. Il existe un rapport de police faisant état d'une agression commise par l'un des frères du demandeur contre sa sœur en raison du conflit entre le demandeur et son frère. De plus, la dernière fois que le demandeur est retourné à Mexico, sa mère n'a pas pu le voir en raison de ses frères. Il entretient une relation étroite avec sa sœur, mais celle-ci est mère monoparentale de deux enfants, dispose de peu d'argent et ne vit pas à Mexico. La discrimination occasionnée par la séropositivité du demandeur peut entraîner des conséquences beaucoup plus dévastatrices et beaucoup plus importantes. Non seulement la Commission doit apprécier la demande du demandeur d'un point de vue objectif, mais elle doit également l'apprécier d'un point de vue subjectif, eu égard aux faits qui lui sont propres.

[37] Je reconnais que la Commission n'a pas à examiner dans sa décision chacun des éléments de preuve en détail, mais l'arrêt *Dunsmuir*, susmentionné, donne à penser qu'il y a des qualités qui font qu'une décision est raisonnable. En l'espèce, les arguments du demandeur selon lesquels il serait persécuté et exposé à des risques en tant que Mexicain séropositif ne disposant d'aucune aide familiale importante, il serait possiblement confronté à des barrières systémiques en matière d'emploi et il serait possiblement victime de discrimination en matière de prestation de soins de santé n'ont pas été suffisamment examinés par la Commission.

[38] En raison de ma conclusion sur cette question, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres questions.

[39] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, la décision de la Commission doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée à un tribunal différemment constitué de la Commission pour qu'il rende une nouvelle décision.

[40] Aucune des parties n'a soumis à mon attention une question grave de portée générale en vue de sa certification.

JUDGMENT

[41] IT IS ORDERED that the application for judicial review be allowed, the decision of the Board set aside and the matter referred to a newly constituted panel of the Board for redetermination.

ANNEX

Relevant Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are set out in this section.

The *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA)

96. A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

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

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

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

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

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

JUGEMENT

[41] LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie, que la décision de la Commission soit annulée et que l'affaire soit renvoyée à un tribunal différemment constitué de la Commission pour qu'il rende une nouvelle décision.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives pertinentes sont énumérées dans la présente section.

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR)

96. A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne 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 :

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

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

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

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

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

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

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

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

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

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

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

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

ACCESS TO INFORMATION

Appeals from Federal Court judgment ([2009] 2 F.C.R. 86) dismissing judicial review of refusal by Prime Minister of Canada, Minister of National Defence, Minister of Transport to follow Information Commissioner's recommendation to release records requested under *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1—Meaning of “government institution” as defined in Act, s. 3—Act drafted on basis of convention Prime Minister's Office institution of government separate from Privy Council Office, offices of Ministers institutions separate from departments over which Ministers preside—That understanding of government structure forming important part of factual context in which Act drafted and should be interpreted—Document under government institution control if contents relate to departmental matter, relevant government institution can reasonably expect to obtain copy upon request—Open to trial Judge to answer questions at issue by drawing reasonable inferences from evidence—Appeals dismissed.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (A-378-08, A-379-08, A-380-08, 2009 FCA 175, Sharlow J.A., judgment dated May 27, 2009, 7 pp.)

Appeal, cross-appeal from portion of Federal Court judgment ([2009] 2 F.C.R. 86) concluding records under control of RCMP, Privy Council Office (PCO) containing Prime Minister's agenda subject to disclosure under *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1—RCMP, PCO government institutions—Disclosure of records under government institution control subject to statutory exception found in Act, s. 19(1), precluding disclosure of personal information as defined in *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3—Trial Judge erring in law in importing into *Privacy Act* definitions of “public officer” from statutes using term in different contexts—*Access to Information Act*, *Privacy Act* drafted on basis of convention Prime Minister's office institution of government separate from PCO—Inconsistent with intention of Parliament to interpret *Privacy Act* in way including Prime Minister within scope of “officer of a government institution” as used in definition of “personal information” in *Privacy Act*, s. 3(j)—Appeal, cross-appeal allowed.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (A-413-08, A-379-08, 2009 FCA 181, Sharlow J.A., judgment dated May 29, 2009, 5 pp.)

ANIMALS

Judicial review of Review Tribunal's decision (Agriculture and Agri-Food) that applicant violated *Health of Animals Regulations*, C.R.C., c. 296, s. 138(2)(a), prohibiting transportation of animal when transportation may cause animal undue suffering—Should not be concluded from *Canada (Attorney General) v. Porcherie des Cèdres Inc.*, [2005] 3 F.C.R. 539 (F.C.A.) that slightest suffering existing before transportation will necessarily lead to violation of s. 138(2)(a) if suffering animal transported—Through its *actus reus*, s. 138(2)(a) not prohibiting transportation of suffering animal to slaughterhouse or permitting transportation of healthy animal in conditions that would cause undue suffering—Tribunal erring in applying *Samson v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2005 FCA 235, when assuming that, if suffering at time of loading proven, transportation necessarily resulting in greater, undue suffering—Tribunal ignoring relevant evidence, failing to assess weaknesses, contradictions in prosecution's evidence;

ANIMALS—Concluded

failing to analyse evidence to establish a necessary causal link between transportation, undue suffering—Causal link may be broken if, as in present case, anticipated journey changed by necessity or third party—Tribunal's verdict unreasonable—Application allowed.

DOYON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-513-08, 2009 FCA 152, Létourneau J.A., judgment dated May 13, 2009, 22 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible persons

Security Certificate

Request for access to employment records of former Canadian Security Intelligence Service (CSIS) intelligence officer involved in investigation of Mohamed Harkat—Former officer allegedly developing relationship with person of interest to CSIS in context of Harkat investigation—Access request based on fact reliability, credibility of information provided for issue of security certificate questioned—Employment records of former CSIS officer not necessary to verify accuracy, reliability of allegations in relation to reasonableness of certificate in which Harkat named—However report studying reliability, veracity of information, primarily reported by individual who had encounter with person of interest to CSIS constituting necessary record before Federal Court when examining, verifying accuracy of information to justify reasonableness of certificate—Such information assisting Federal Court to assess information provided to CSIS intelligence officer—Access request denied but report relating to reliability, veracity of information ordered produced.

HARKAT (RE) (DES-5-08, 2009 FC 203, Noël J., judgment dated November 28, 2008, 7 pp.)

Reasons for order appointing individual to provide administrative assistance to special advocates in this file—Special advocates seeking ability to communicate, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 85.4 with administrative support person to assist with organization of documents to be disclosed—IRPA, s. 85(3) requiring Minister of Justice provide special advocates adequate support, resources, including limited human support—This requirement, in conjunction with requirement Court hear, determine certificate proceeding in expeditious, fair manner, giving Court implicit authority to appoint administrative support person in present circumstances—Disclosure of confidential information by Court for administrative support purposes not injuring national security, endangering safety of any individual herein.

HARKAT (RE) (DES-5-08, 2009 FC 173, Noël J., order dated February 18, 2009, 8 pp.)

Removal of Refugees

Judicial review of decision by pre-removal risk assessment (PRRA) officer rejecting PRRA application—Whether officer erred in finding applicant not presenting new evidence—Legal meaning of “new” evidence discussed in *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, as that which might have affected outcome of Refugee Protection Division hearing, adopted—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 113(a) asking, expressly and by implication, questions about new evidence including credibility, relevance, newness, materiality—Officer not treating as new evidence relevant Personal Information Form of applicant's daughter, accepted as refugee in Canada since Immigration and Refugee Board's 2003 decision—No finding of absence of credibility, no analysis of materiality of new evidence—Letters from applicant's other daughter in Columbia material in light of other evidence—Unreasonable for officer not to assess or analyse additional evidence presented by applicant—Application allowed.

DE TORRES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3238-08, 2009 FC 208, O'Keefe J., judgment dated February 26, 2009, 25 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division member's conclusion applicant's allegations lacking credibility on basis of negative finding in husband's 2004 refugee claim—Error in law for same board member to base credibility finding on determination with respect to applicant's husband in earlier hearing, even if allegations substantially similar—Applicant having right to refugee hearing by member with open mind concerning claim—Fact reasons not disclosing clear analysis for not believing applicant's story concerning events occurring in her country after husband seeking refuge in Canada also constituting reviewable error—Application allowed.

HAQ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3953-08, 2009 FC 297, Lutfy C.J., judgment dated March 20, 2009, 3 pp.)

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence in Canada under skilled worker class—Applicant obtaining 64 points, 3 points short of minimum requirement—Requested substituted evaluation under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 76(3) but officer satisfied points awarded reflected applicant's "settlement ability"—S. 76(3) allowing visa officer to substitute evaluation of likelihood of skilled worker becoming economically established in Canada for criteria if number of points awarded approximating 67 points, visa officer determining number of points awarded not sufficient indicator of skilled worker's ability to become economically established—Officer correct in not seeking concurring evaluation of second officer after assessing substituted evaluation of applicant's case—Under Regulations, s. 76(4), concurring opinion required only if officer deciding to substitute own evaluation in lieu of points assessment—Discretion under s. 76(3) "clearly exceptional"—Visa officer's conclusion reasonably open thereto—Application dismissed.

REQUIDAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3889-08, 2009 FC 237, Kelen J., judgment dated March 4, 2009, 18 pp.)

Humanitarian and Compassionate Considerations

Judicial review of Citizenship and Immigration Canada officer's denial of applicant's humanitarian and compassionate application based on *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25—Applicant, elderly person, residing in Greece alone without family support—Many years ago, applicant's sister immigrating to Canada after marrying Canadian citizen but applicant remained in Greece to take care of aging, infirm aunt—Applicant requesting consideration of Act, s. 3(1)(d) dealing with family reunification in Canada—Officer misunderstanding scope of Act, s. 3(1)(d) when stating law's objective being to reunite parents with children or children with parents or spouses—Misinterpretation leading officer to wrongly exclude application of s. 3(1)(d) to applicant's case—Wrongly determined applicant's coming to Canada permanently matter of convenience, that applicant not *de facto* family member left behind—Officer also mischaracterizing separation of applicant's family; entirely disregarding applicant's complete emotional, human dependency on family in Canada—Application allowed.

KOROMILA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3499-08, 2009 FC 393, Russell J., judgment dated April 22, 2009, 27 pp.)

Judicial review of immigration officer's refusal of request by father, two adult sons (the applicants) for exemption to make in-Canada humanitarian and compassionate application under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25—Principal applicant, sons arriving in Canada with visas—Family eventually living without legal status because principal applicant unable to renew Korean passport—Whether officer properly considering best interests of children—*Naredo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 192 D.L.R. (4th) 373 (F.C.T.D.), wherein two adult children aged 20, 22 considered entitled to "best interests of child" analysis since would be adversely affected by parents' removal, followed—Principal applicant's sons deserving of best interests of child analysis because father undertaking responsibility for children's

care; sons financially dependent; younger son continuously in school while other son returning thereto after brief hiatus—Application allowed.

YOO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2824-08, 2009 FC 343, Mandamin J., judgment dated April 2, 2009, 16 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appeal from 1995 reassessment under *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15—Appellant acquiring all undertakings, property, assets, rights of Edmonton Telephones Corporation (Ed Tel)—As purchaser, paying for supplies including GST contracted for by Ed Tel prior to acquisition—Tax Court’s conclusion that only Ed Tel, as recipient of supplies, entitled to claim input tax credits in respect of GST payments not challenged—Whether appellant entitled to rebate or refund of net tax pursuant to Act, s. 261(1)—Act, s. 261(1) not applying to payment made on account of someone else’s tax—Appellant not obligated to pay tax under Act when paying suppliers—Analogy to decision of Tax Court in *2955-4201 Québec Inc. v. Canada*, [1997] G.S.T.C. 100 (F.C.A.), wherein Act, s. 261(1) held inapplicable as payment for supplies and related GST forming part of purchase price—Appeal dismissed.

TELUS COMMUNICATIONS (EDMONTON) INC. V. CANADA (A-117-08, 2009 FCA 49, Noël J.A., judgment dated February 18, 2009, 18 pp.)

ENERGY

Arbitration—Costs—Appeal from Federal Court decision (2008 FC 12) dismissing appeal brought pursuant to *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 101 from decision of Pipeline Arbitration Committee (PAC) to award legal costs incurred in Alberta Court of Queen’s Bench and costs of arbitration proceedings commenced before previous panel of PAC—First panel not rendering decision—Trial Judge, second panel erring in law in concluding litigation costs recoverable as those costs not incurred by respondent in asserting claim for compensation pursuant to Act, s. 99(1)—Damages caused by company’s activities compensable only if directly related to matters enumerated in Act, ss. 84(1)(a)(i),(ii),(iii), which was not the case here—As to second panel’s determination regarding costs of first arbitration proceedings, power of PAC to award costs premised on issuance of award, costs only relating to proceedings before same members who made award—Costs incurred in first proceedings not within ambit of Act, s. 99(1), could not be awarded by second panel—Appeal allowed.

ALLIANCE PIPELINE LTD. V. SMITH (A-56-08, 2009 FCA 110, Nadon and Pelletier JJ.A., judgment dated April 8, 2009, 27 pp.)

HUMAN RIGHTS

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 904) dismissing judicial review of Canadian Human Rights Commission’s dismissal of complaint—Appellant alleging retaliation by previous employer Export Development Canada (EDC) contrary to *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 14.1 after pay equity complaint filed—Commission undertaking investigation pursuant to Federal Court order (2006 FC 814) issued after initial dismissal of complaint quashed—In reasons for order, Federal Court identifying deficiencies in Commission’s investigation—Allegations of reprisal relating to incidents occurring before filing of pay equity complaint—*Dubois v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 127, in which Act, s. 14.1 interpreted as applying only to acts occurring after complaint filed, not brought to Federal Court’s attention before order issued—No basis for reconsidering *Dubois*—Federal Court order restricted to Act, s. 14.1—Not open to appellant to argue EDC’s conduct breached Act’s other provisions given limited scope of investigation Commission ordered to undertake—Appellant also precluded from relying on s. 14.1 regarding alleged retaliation occurring after complaint filed since not previously raised, not coming within narrow scope of investigation ordered—Appeal dismissed.

GAINER V. CANADA (EXPORT DEVELOPMENT) (A-468-08, 2009 FCA 154, Evans J.A., judgment dated May 13, 2009, 4 pp.)

INCOME TAX

CORPORATIONS

Four appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions (2007 TCC 286) confirming Minister of National Revenue's assessments adding surpluses generated during corporate appellants' 1987 taxation year in computation of income—Individual appellants devising, implementing elaborate tax plan in 1987, intended to produce capital gains in hands of series of corporations to create capital dividend accounts (CDA), transfer tax benefit to unrelated third-party companies—Corporate appellants accumulated surpluses generated when third-party corporations paid premiums to subscribe to preferred shares thereof—Corporate appellants paying dividends elected to have dividends deemed capital dividends under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 83(2)—Concepts of “sham”, “abuse” different—Concept of “sham” not needed to determine whether premiums paid by third-party corporations properly included in corporate appellants' income—“Premium” described as difference between share redemption value, price paid by third-party corporations—Premiums paid for access to CDAs, corporate appellants' undertaking to make s. 83(2) elections—T.C.C. correctly concluding additional amounts collected by corporate appellants constituting business income—Fact transactions leading to payment of dividends potentially resulting in abuse of Act insufficient to conclude transactions shams—However, transactions that generated alleged capital gains misrepresented; resulting s. 83(2) elections constituting “shams”—T.C.C. correctly relying on real transactions, which produced no capital gains, to conclude dividends received by individual appellants not capital dividends, therefore taxable—Appeals dismissed.

FARAGGI V. CANADA (A-297-07, A-298-07, A-299-07, A-300-07, 2008 FCA 398, Noël J.A., judgment dated December 12, 2008, 35 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision (2008 TCC 236) funds received from clients should be included in appellant's “taxable capital”, “taxable capital employed in Canada” as advance under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 181.2(3)(c) for 2001 taxation year—Appellant providing integrated payroll services, payroll tax services for processing fee—Appellant's clients required to provide sums due in advance—Tax Court erring in finding funds received constituting “advance”—Wrongly relying on *Oerlikon Aérospatiale Inc. v. Canada* (1997), 97 D.T.C. 962; affd (1999), 99 D.T.C. 5318 (F.C.A.) since decision distinguishable—Act not defining “advance”—Funds provided herein constituting goods to be transferred—Not payment made before due, amount to be applied against price of service paid before service rendered, or amount paid for expenditure of appellant—Processing fees only amount due to appellant—Appellant's use of funds as financial resource for investment purposes not changing legal nature thereof—Appeal allowed.

SUCCESSOR TO CANADIAN AUTOMATIC DATA PROCESSING SERVICES LTD. V. CANADA (A-293-08, 2009 FCA 117, Létourneau J.A., judgment dated April 17, 2009, 17 pp.)

INCOME CALCULATION

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2008 T.C.C. 322) dismissing appeal against reassessment of 1999 taxation year including settlement payment in income, as income from business pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 9(1)—T.C.C. holding settlement payment intended to compensate appellant for cost award and expenses incurred in seeking reduction thereof—Interpretation, application of *surrogatum* principle—Where payment intended to replace monies expended by recipient, tax treatment of payment determined by reference to tax treatment of expenditures—T.C.C. correctly applied *surrogatum* principle—Settlement payment intended to replace capital expenditures which were deductible—Appellant required to include settlement payment in income—Appeal dismissed.

GOFF CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (A-344-08, 2009 FCA 60, Ryer J.A., judgment dated February 27, 2009, 9 pp.)

Capital Gains and Losses

Appeal from Tax Court of Canada decision (2007 TCC 1730) allowing appeal from determination of loss under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 40(3.3),(3.4),(3.5) for 2000 taxation year—Judge erring in her interpretation of these subsections and in finding respondent entitled to claim capital loss realized on sale of shares of affiliated company, later merged and also affiliated, in computing its taxable income—Presumption in s. 40(3.5)(c) that corporation formed on merger deemed to own share while affiliated with transferor applying, three conditions of ss. 40(3.3)(a),(b),(c), therefore met; s. 40(3.4) setting out that

INCOME TAX—Concluded

transferor's loss from disposition of shares deemed nil applying—Judge erring in considering intent of Cascades Inc. (respondent) in her analysis because stop-loss rule in those subsections applying regardless of taxpayer's intent—Appeal allowed.

CASCADES INC. V. CANADA (A-8-08, 2009 FCA 135, Nadon, J.A., judgment dated April 30, 2009, 18 pp.)

Terminal loss

Appeal and cross-appeal from Tax Court of Canada decision (2008 TCC 274) allowing respondent's appeal from reassessment issued by M.N.R. denying deduction of terminal loss in computing income—Respondent subscribing for partnership unit in limited partnership—Real estate prices declining, fair market value of condominium units standing below undepreciated capital cost—Assets transferred to new limited partnership at fair market value, triggering terminal loss—Respondent selling unit, deducting pro rata share of terminal loss—M.N.R. relying on general anti-avoidance rule (GAAR) set out in *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 245—Tax Court Judge concluding transaction in issue not giving rise to misuse, abuse of provisions of Act—Object, spirit, purpose of terminal loss provision (Act, s. 20(16)) being to adjust aggregate of annual deductions of capital cost allowance taken by taxpayer on depreciable property when property undepreciated, taxpayer no longer owning property of that class at end of taxation year—Flowing of terminal loss to limited partners herein according with purpose of partnership rules embodied in Act, s. 96—Stop-loss provisions (anti-avoidance rules) in Act (including Act, s. 85(5.1) of limited scope) not applicable on present facts—Tax Court Judge correctly holding tax benefit arising as consequence of interaction of s. 20(16) with s. 96(1), not s. 85(5.1)—M.N.R. not establishing abusive tax avoidance—Transactions not frustrating object of s. 20(16), not resulting in misuse, abuse—As to cross-appeal, evidence supporting conclusion transactions primarily motivated by tax benefit—Appeal, cross-appeal dismissed.

LANDRUS V. CANADA (A-265-08, 2009 FCA 113, Noël J.A., judgment dated April 16, 2009, 30 pp.)

REASSESSMENT

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2007 TCC 657) allowing appeal of Minister of National Revenue's assessment under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160(1) whereby taxpayer jointly, severally liable for spouse's tax debt—Assessment based on transfer of joint legal title of matrimonial home to sole title in taxpayer for no consideration—Transfer of title made to avoid spouse's potential business creditor, not existing tax debt with Canada Revenue Agency—T.C.C. committing palpable, overriding error when concluding spouse retaining beneficial interest in house, taxpayer becoming resulting trustee—Despite witnesses' credibility, evidence indicating spouse had transferred beneficial interest in property in entirety to taxpayer to avoid having lien placed thereon by business creditor—Appeal allowed.

ROSE V. CANADA (A-554-07, 2009 FCA 93, Evans J.A., judgment dated March 20, 2009, 12 pp.)

INJUNCTIONS

Motion seeking interim order enjoining respondents from denying George Gallaway (applicant) entry to Canada on basis of *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)—Applicant on speaking tour—Personal views, open sympathies for Palestinians matter of public record—Seeking judicial review of actions set out in High Commission of Canada, Immigration section letter advising that, according to preliminary assessment of Canada Border Services Agency, applicant inadmissible to Canada on security grounds—Evidence of irreparable harm appearing speculative as applicant can be heard by other technical means if remaining out of Canada—Only in clear cases will Court grant mandatory injunction relief against enforcement of law before full hearing of application for judicial review—No final determination made by officer pursuant to IRPA, ss. 15, 18 regarding applicant—Proper factual record, full legal argument lacking—Elements of test for issuance of interim order, interlocutory injunction, not met—Motion dismissed.

TORONTO COALITION TO STOP THE WAR V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-1474-09, 2009 FC 326, Martineau J., order dated March 30, 2009, 12 pp.)

MARITIME LAW

CARRIAGE OF GOODS

Appeal from Federal Court decision ([2009] 2 F.C.R. 496) answering four questions raised in action for damages resulting from loss of logs transported on deck of barge—Federal Court determining insurer precluded from asserting subrogated claim against all parties—Appellant selling, exporting logs—Respondents including purchaser, time charterer of tug, barge from which cargo lost, owners of tug, barge, employees—Appellant’s marine cargo insurance contract containing general waiver of subrogation—Also expressly waiving subrogation against persons against whom appellant had waived right of recovery before loss or damage—Bill of lading, as part of contract of carriage, indicating all goods carried on deck at shipper’s risk, referring to specific clause—Clause read in light of contractually defined terms; in conjunction with other clause entitled “Beneficiary of Contract”—Bill of lading defining “carrier” as including “ship, shipowner, operator”, etc.—When clauses read together, “carrier” including barge, tug, respective owners thereof, owners’ employees—Such persons within definition of “carrier” entitled, to “all defences” of carrier under bill of lading—Appellant clearly waived right to make claim against all named respondents for loss of cargo of logs—Appeal dismissed.

TIMBERWEST FOREST CORP. v. *SEA COMMANDER* (THE) (A-363-08, 2009 FCA 119, Sharlow J.A., judgment dated April 17, 2009, 17 pp.)

PRACTICE

Motion for summary judgment to dismiss parts of counterclaim—Bill of lading, clause 6 providing for exclusion or forfeiture of right or cause of action in respect of loss or damage to goods, unless suit brought within one year after delivery of goods—Counterclaim filed three weeks after expiry of one-year period—Clause 6 not pleaded in defence to counterclaim, contrary to practice and *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 183—Definition of “pleading” in Rules, r. 2, broad enough to include motion for summary judgment setting out reliance on terms of bill of lading—Giving rise to anomalous situation of limitation defence being properly before Court on motion and potentially successful, but if proceeding to trial and no amended defence to counterclaim, argument of untimeliness would be inadmissible—Motion allowed.

HAPAG-LLOYD CONTAINER LINE GMBH v. MOO TRANSPORT & COMMODITIES INC. (T-826-05, 2009 FC 201, Hugessen J., order dated February 27, 2009, 12 pp.)

PATENTS

INFRINGEMENT

Application under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 to restrain Apotex from obtaining notice of compliance (NOC) to sell generic version of antibiotic drug until expiry of Canadian Patent No. 1298288 ('288 patent)—Apotex alleging invalidity of certain '288 patent claims—After receiving notice of allegation, applicant filing disclaimer as to patent claims 1, 2 one day before filing notice of application herein—Disclaimer may save overly broad claim in patent not yet adjudged to be invalid if filed in timely way—In NOC proceedings, Federal Court can only determine whether allegations of invalidity justified—Once disclaimer made, patentee must accept inherent possibility of litigation as to effect of disclaimer—Claims construed for purposes of NOC proceeding, as of date notice of allegation served—While disclaimer valid, not affecting construction of claim 2 as existing before disclaimer filed—Pre-disclaimer claim 2, claim 3 of '288 patent not anticipated, not ambiguous—However, both invalid for obviousness having regard to relevant state of art—Legal principles regarding anticipation, obviousness reviewed—Application dismissed.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA CO. v. APOTEX INC. (T-891-07, 2009 FC 137, Hughes J., judgment dated February 10, 2009, 95 pp.)

PRACTICE

Application by patentee first person to prohibit issuance of notice of noncompliance (NOC) to respondent Novopharm Ltd., second person intending to market generic version of drug—Whether invalidity, on grounds of obviousness, lack of utility, whether infringement of patent—Burden of proof in NOC proceedings—*Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 137,

PATENTS—Concluded

not intended to change burden of proof stated in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2008] 4 F.C.R. 189 (F.C.)—Burden of proof on balance of probabilities that allegations of non-infringement by generic in NOC not justified borne by first party, as such allegations presumed to be true—Approach to obviousness in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2009), 72 C.P.R. (4th) 141 (F.C.A.), adopted—Allegation of non-infringement justified on balance of probabilities—Allegation of invalidity justified, as utility of promised invention not described nor soundly predictable based on description provided—Application dismissed.

ELI LILLY CANADA INC. V. NOVOPHARM LTD. (T-1562-07, 2009 FC 235, Hughes J., judgment dated March 19, 2009, 47 pp.)

PUBLIC SERVICE

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 202) allowing application for judicial review of Director of Organization and Classification Directorate of Royal Canadian Mounted Police's decision regarding classification grievance—As Strategic Planning Analyst with Royal Canadian Mounted Police, respondent requested position be reclassified from AS-04 to AS-05 but grievance dismissed—After application for judicial review commenced, Director's decision regarding classification rescinded, new hearing ordered—Judicial review proceedings not moot where application commenced before purported rescission—Although Federal Court correct in deciding issue not moot, wrongly relying on *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 96(3) to reach result—Federal Court should refer matter back for reconsideration when grants judicial review application with respect to decision following Classification Grievance Committee recommendation—Appeal allowed in part.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. GILBERT (A-113-08, 2009 FCA 76, Richard C.J., judgment dated March 11, 2009, 6 pp.)

GRIEVANCE

Judicial review of decision not to grant corrective action at final level of grievance process—Applicants grieving decisions taken during their integration to employer represented by Treasury Board on basis having negative financial consequences—Arguing procedural fairness breached—Public law duty of fairness attaching to *Public Service Labour Relations Act* (PSLRA), S.C. 2003, c. 22, s. 209 grievance process—Strong indications finding in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190 public sector employee cannot invoke duty of fairness not extending beyond context of dismissal from public employment—Degree of procedural fairness herein at low end of spectrum—Duty to conduct in-person hearing not arising from PSLRA, policy documents—Reasons provided not merely *pro forma*, explaining why grievances dismissed—Decision maker not failing to consider relevant policies, regulations, but found they did not contemplate situation before him—Decision reasonable—Application dismissed.

HAGEL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1984-07, 2009 FC 329, Zinn J., judgment dated March 31, 2009, 21 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Application challenging Order in Council terminating applicant's designation as president of the Canadian Nuclear Safety Commission (Commission)—Applicant resigning as permanent member of Commission—Respondent arguing mootness—Court accepting to review case: possibility of future claim, issue having broader application upon others appointed to government positions—*Nuclear Safety and Control Act* (Act), S.C. 1997, c. 9 silent as to whether designation as president "during good behaviour" or "at pleasure"—*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 23 providing public officer deemed to hold office during pleasure unless otherwise expressed in enactment or commission—In construction of statute such as Act where membership in Commission during good behaviour but designation as president silent, designation at pleasure (*Houle v. Canada*, [1987] 2 F.C. 493 (T.D.))—Commission as granted by Her Majesty clearly stating applicant's appointment as member for five years during good behaviour, designation as president during pleasure—Applicant afforded procedural fairness contemplated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190 (notice of intention, opportunity to make submissions) before action taken to dismiss her—Application dismissed.

KEEN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-246-08, 2009 FC 353, Hugues J., judgment dated April 7, 2009, 41 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

ACCÈS À L'INFORMATION

Appels de la décision ([2009] 2 R.C.F. 86) de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus du premier ministre du Canada, du ministre de la Défense nationale et du ministre des Transports de se plier à la recommandation du commissaire à l'information de communiquer les documents demandés conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1—Sens attribué à l'expression « institution fédérale » à l'art. 3 de la Loi—La Loi a été rédigée en fonction de la convention selon laquelle le Cabinet du Premier ministre est une institution fédérale distincte du Bureau du Conseil privé et que les bureaux des ministres sont des institutions distinctes des ministères qu'ils dirigent—Cet entendement de la structure gouvernementale constitue un élément essentiel du contexte des faits dans lequel la Loi a été rédigée et devrait être interprétée—Un document relève du contrôle d'une institution fédérale si son contenu est rattaché aux affaires ministérielles et l'institution fédérale peut raisonnablement s'attendre à en obtenir une copie sur demande—Il était loisible au juge de première instance de répondre aux questions litigieuses en tirant des inférences raisonnables de la preuve—Appels rejetés.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (A-378-08, A-379-08, A-380-08, 2009 CAF 175, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 27 mai 2009, 7 p.)

Appel et appel incident à l'encontre d'une tranche de la décision ([2009] 2 R.C.F. 86) par laquelle la Cour fédérale a conclu que des documents relevant de la GRC et du Bureau du Conseil privé (BCP) contenant l'agenda du premier ministre étaient susceptibles de communication selon la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1—La GRC et le BCP sont des institutions fédérales—La communication de documents relevant d'une institution fédérale fait l'objet de l'exception prévue à l'art. 19(1) de la Loi pour faire obstacle à la communication de renseignements personnels visés à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21—Le juge de première instance a commis une erreur de droit en ajoutant à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* les définitions de « fonctionnaire public » tirées d'autres lois qui utilisent cette expression dans des contextes différents—La *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ont été rédigées en fonction de la convention selon laquelle le bureau du premier ministre est une institution fédérale qui est distincte du BCP—Il serait incompatible avec l'intention du législateur d'interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de façon à inclure le premier ministre dans la portée de l'expression « cadre d'une institution fédérale », telle qu'elle est utilisée dans la définition de « renseignements personnels » à l'art. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*—Appel et appel incident accueillis.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (A-413-08, A-379-08, 2009 CAF 181, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 29 mai 2009, 5 p.)

ANIMAUX

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de révision (agriculture et agroalimentaire) à l'effet que le demandeur a violé l'art. 138(2)a) du *Règlement sur la santé des animaux*, C.R.C., ch. 296, qui interdit le transport d'un animal pouvant lui occasionner des souffrances indues—Il ne faut pas conclure de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Porcherie des Cèdres Inc.*,

ANIMAUX—Fin

[2005] 3 R.C.F. 539 (C.A.F.), que la moindre souffrance existante de l'animal avant le transport engendre nécessairement une violation de l'art. 138(2)a s'il y a eu transport—De par son *actus reus*, l'art. 138(2)a n'interdit pas le transport à l'abattoir d'un animal souffrant, tout comme il n'y permet pas le transport d'un animal en santé, dans des conditions qui lui occasionnent des souffrances indues—La Commission a commis une erreur quant à la portée de l'arrêt *Samson c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2005 CAF 235, en tenant pour acquis que si une preuve de souffrance au moment du chargement était faite, il résultait nécessairement du transport une souffrance accrue et indue—Elle a ignoré de la preuve pertinente, omis d'apprécier les faiblesses et contradictions dans la preuve de la poursuite, et omis d'analyser la preuve pour établir un lien de causalité nécessaire entre le transport et les souffrances indues—Il peut y avoir rupture du lien de causalité si, comme en l'espèce, le transport prévu est modifié par nécessité ou par l'intervention d'un tiers—Le verdict de la Commission était déraisonnable—Demande accueillie.

DOYON C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-513-08, 2009 CAF 152, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13 mai 2009, 22 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Demande présentée en application du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 pour empêcher Apotex d'obtenir un avis de conformité pour vendre la version générique d'un antibiotique jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 1298288 (le brevet '288)—Apotex prétendait que certaines revendications du brevet '288 étaient invalides—Après avoir reçu l'avis d'allégation, la demanderesse a déposé une renonciation quant aux revendications 1 et 2 du brevet avant de soumettre l'avis de demande en l'espèce—La renonciation peut permettre à une revendication ayant une portée excessive d'un brevet qui n'a pas encore été déclaré invalide de subsister si elle est présentée en temps opportun—Dans des instances relatives à un avis de conformité, la Cour fédérale peut seulement établir si des allégations d'invalidité sont justifiées—Dès qu'il y a une renonciation, le breveté doit accepter la possibilité inhérente d'un litige quant à l'effet de la renonciation—Pour l'application d'une instance relative à un avis de conformité, les revendications sont interprétées à la date de signification de l'avis d'allégation—Bien que la renonciation soit valide, elle n'influe pas sur l'interprétation de la revendication 2, telle qu'elle existait avant le dépôt de la renonciation—Il n'y a pas d'antériorité ou d'ambiguïté à l'égard des revendications 2 et 3 du brevet '288 avant la renonciation—Cependant, les deux revendications sont invalides pour évidence relativement à l'état actuel des connaissances—Des principes de droit concernant l'antériorité et l'évidence ont été examinés—Demande rejetée.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA CO. C. APOTEX INC. (T-891-07, 2009 CF 137, juge Hughes, jugement en date du 10 février 2009, 95 p.)

PRATIQUE

Requête présentée par le breveté (la première personne) pour faire interdire la délivrance d'un avis de conformité à l'intimée Novopharm Ltd., la seconde personne, qui entendait commercialiser la version générique du médicament—Il s'agissait de savoir si le brevet était invalide au motif d'évidence et d'absence d'utilité et s'il y avait contrefaçon de brevet—Fardeau de la preuve dans le cadre d'instances relatives à un avis de conformité—L'affaire *Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 137, n'avait pas pour objet de modifier le fardeau de la preuve énoncé dans l'affaire *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2008] 4 R.C.F. 189 (C.F.)—Le fardeau de la preuve, soit d'établir selon la prépondérance des probabilités que les allégations d'absence de contrefaçon par le fabricant de médicaments génériques dans l'avis de conformité ne sont pas justifiées, incombe à la première partie, ces allégations étant présumées véridiques—Adoption de l'approche à l'évidence énoncée dans l'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 8—L'allégation d'absence de contrefaçon est justifiée selon la prépondérance des probabilités—L'allégation d'invalidité est justifiée, l'utilité de l'invention promise n'ayant pas été décrite ni fait l'objet d'une prédiction valable selon la description fournie—Demande rejetée.

ELI LILLY CANADA INC. C. NOVOPHARM LTD. (T-1562-07, 2009 CF 235, juge Hughes, jugement en date du 19 mars 2009, 47 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Certificat de sécurité

Demande d'accès au relevé d'emploi de l'ancienne agente du renseignement du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) qui a participé à l'enquête visant Mohamed Harkat—L'ancienne agente aurait noué une relation avec une personne ciblée par le SCRS dans le cadre de l'enquête visant M. Harkat—La demande d'accès reposait sur le fait que la fiabilité et la crédibilité des renseignements fournis pour délivrer le certificat de sécurité ont été remises en question—Les relevés d'emploi de l'ancienne agente du SCRS n'étaient pas nécessaires pour vérifier l'exactitude et la fiabilité des allégations par rapport au caractère raisonnable du certificat dans lequel M. Harkat est nommé—Cependant, le rapport portant sur la fiabilité et la véracité des renseignements qui est établi par un particulier qui a eu une aventure avec une personne ciblée par le SCRS constitue un document nécessaire devant la Cour fédérale lorsque celle-ci examine et vérifie l'exactitude des renseignements pour justifier le caractère raisonnable du certificat—Ces renseignements aident la Cour fédérale à évaluer les renseignements fournis à l'agent du renseignement du SCRS—La demande d'accès a été rejetée, mais la production du rapport sur la fiabilité et la véracité des renseignements a été ordonnée.

HARKAT (RE) (DES-5-08, 2009 CF 203, juge Noël, jugement en date du 28 novembre 2008, 7 p.)

Motifs relatifs à l'ordonnance nommant un particulier pour qu'il fournisse un soutien administratif aux avocats spéciaux en l'espèce—Les avocats spéciaux sollicitaient, conformément à l'art. 85.4 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), L.C. 2001, ch. 27, l'autorisation de communiquer avec la personne chargée de leur fournir un soutien administratif pour les aider à organiser les documents à communiquer—L'art. 85(3) de la LIPR dispose que le ministre de la Justice veille à ce que soient fournis aux avocats spéciaux un soutien et des ressources adéquats, y compris des ressources humaines limitées—Cette obligation, de concert avec l'obligation de la Cour d'instruire et de trancher l'instance relative au certificat de façon rapide et équitable, confèrent à la Cour l'autorité implicite de nommer une personne chargée de fournir un soutien administratif en l'occurrence—La communication de renseignements confidentiels par la Cour aux fins du soutien administratif ne porte pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

HARKAT (RE) (DES-5-08, 2009 CF 173, juge Noël, ordonnance en date du 18 février 2009, 8 p.)

Renvoi de réfugiés

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté la demande d'ERAR—Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur en concluant que la demanderesse n'avait pas présenté de preuve nouvelle—Adoption du sens juridique de la preuve « nouvelle » établi dans l'affaire *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 385, comme étant des preuves qui auraient pu conduire la Section de la protection des réfugiés à statuer autrement—L'art. 113a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, pose plusieurs questions, certaines explicitement et d'autres implicitement, concernant les preuves nouvelles, à savoir si celles-ci sont crédibles, pertinentes, nouvelles et substantielles—L'agent n'a pas traité comme preuve nouvelle le Formulaire de renseignements personnels pertinent de la fille de la demanderesse, qui a été jugée être une réfugiée depuis la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en 2003—L'agent n'a pas conclu qu'il y avait absence de crédibilité et n'a pas analysé le caractère substantiel de la preuve nouvelle—Les lettres de l'autre fille de la demanderesse en Colombie étaient importantes à la lumière des autres éléments de preuve—L'agent a agi de façon déraisonnable en n'évaluant pas et en n'analysant pas la preuve supplémentaire produite par la demanderesse—Demande accueillie.

DE TORRES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3238-08, 2009 CF 208, juge O'Keefe, jugement en date du 26 février 2009, 25 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision du commissaire de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que les allégations de la demanderesse n'étaient pas crédibles sur le fondement de la décision défavorable rendue en 2004 relativement à la demande d'asile de son mari—Le commissaire a commis une erreur de droit en fondant sa conclusion en matière de crédibilité sur la décision rendue relativement au mari de la demanderesse dans une instance antérieure, même si les allégations étaient essentiellement semblables—La demanderesse avait droit à une audience sur la demande d'asile devant un commissaire ayant une ouverture d'esprit quant à la demande—Le fait que les motifs ne présentent pas d'analyse claire pour ne pas croire le récit de la demanderesse quant aux événements survenus dans son pays après que son mari a demandé l'asile au Canada constitue aussi une erreur susceptible de révision—Demande accueillie.

HAQ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3953-08, 2009 CF 297, juge en chef Lutfy, jugement en date du 20 mars 2009, 3 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente dans la catégorie des travailleurs qualifiés—Le demandeur a obtenu 64 points, soit 3 points de moins que le minimum requis—Le demandeur a demandé à ce que l'on procède à une substitution de l'évaluation en application de l'art. 76(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, mais l'agent était convaincu que les points accordés reflétaient la « capacité d'établissement » du demandeur—L'art. 76(3) permet à l'agent des visas de substituer son évaluation de l'aptitude du travailleur qualifié à réussir son établissement économique au Canada aux critères prévus si le nombre de points obtenu s'approche de 67 points; l'agent des visas a statué que le nombre de points obtenus ne reflétait pas l'aptitude du travailleur qualifié de réussir son établissement économique—L'agent n'a pas demandé, à juste titre, le concours d'un deuxième agent après s'être prononcé sur la substitution de l'évaluation dans le cas du demandeur—Selon l'art. 76(4) du Règlement, la confirmation n'est requise que si l'agent décide de substituer son évaluation à l'évaluation des points—Le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 76(3) est « manifestement exceptionnel »—L'agent des visas pouvait raisonnablement tirer la conclusion à laquelle il est arrivé—Demande rejetée.

REQUIDAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3889-08, 2009 CF 237, juge Kelen, jugement en date du 4 mars 2009, 18 p.)

Motifs d'ordre humanitaire

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent de Citoyenneté et Immigration Canada a refusé la demande présentée pour des motifs d'ordre humanitaire par la demanderesse en application de l'art. 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La demanderesse, une aînée, vit seule en Grèce sans soutien familial—La sœur de la demanderesse a immigré au Canada il y a longtemps après avoir épousé un citoyen canadien, mais la demanderesse est demeurée en Grèce pour s'occuper d'une tante vieillissante et atteinte d'une incapacité—La demanderesse a demandé que soit pris en compte l'art. 3(1)d) de la Loi qui traite de la réunification des familles au Canada—L'agent a mal compris la portée de l'art. 3(1)d) lorsqu'il a déclaré que l'objet de la loi consiste à réunir des parents avec des enfants ou des enfants avec des parents ou des conjoints—Cette interprétation erronée a amené l'agent à exclure à tort l'application de l'art. 3(1)d) au cas de la demanderesse—Il a statué à tort que la venue de la demanderesse au Canada en permanence était une question de convenance et que la demanderesse n'était pas un membre de la famille de fait qui a été laissée en Grèce—De même, l'agent a mal caractérisé la séparation de la famille de la demanderesse et a fait abstraction de la dépendance émotive et humaine de la demanderesse sur les membres de sa famille au Canada—Demande accueillie.

KOROMILA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3499-08, 2009 CF 393, juge Russell, jugement en date du 22 avril 2009, 27 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de dispense présentée par un père et ses deux fils adultes (les demandeurs) en vue de déposer au Canada une demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire en application de l'art. 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Le demandeur principal et ses fils sont arrivés au Canada grâce à des visas—En fin de compte, la famille vivait sans statut juridique parce que le demandeur n'a pu renouveler son passeport coréen—Il s'agissait de savoir si l'agent a tenu compte à juste titre de l'intérêt supérieur des enfants—L'arrêt *Naredo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1250 (1^{re} inst.) (QL), où il a été établi que deux enfants adultes âgés de 20 et 22 ans pouvaient bénéficier de l'analyse relative à l'« intérêt supérieur de l'enfant » puisque le renvoi de leurs parents aurait un effet défavorable sur eux, a été suivi—Les fils du demandeur principal méritaient l'analyse relative à l'« intérêt supérieur de l'enfant » parce que leur père avait assumé la responsabilité relative aux soins à leur prodiguer; les fils dépendaient financièrement de leur père; le fils cadet avait étudié sans interruption alors que l'autre fils était retourné aux études après un court temps d'arrêt—Demande accueillie.

YOO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2824-08, 2009 CF 343, juge Mandamin, jugement en date du 2 avril 2009, 16 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel interjeté contre une nouvelle cotisation établie en 1995 en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15—L'appelante a acquis l'entreprise, les biens, les actifs et les droits d'Edmonton Telephones Corporation (Ed Tel) dans leur totalité—En tant qu'acheteur, elle a payé le prix d'achat des fournitures, y compris la TPS, commandées par Ed Tel avant l'acquisition—La conclusion de la Cour de l'impôt portant que seule Ed Tel, en sa qualité d'acquéreur des fournitures, pouvait demander des crédits de taxe sur des intrants à l'égard des paiements effectués au titre de la TPS n'était pas contestée—Il s'agissait de savoir si l'appelante avait droit à un remboursement ou à une réduction de la taxe nette suivant l'art. 261(1) de la Loi—L'art. 261(1) de la Loi ne s'applique pas au paiement effectué au titre de la taxe d'un tiers—L'appelante n'était pas tenue d'acquitter la taxe en vertu de la Loi lorsqu'elle a payé les fournisseurs—Analogie à la décision de la Cour de l'impôt dans l'affaire *2955-4201 Québec Inc. c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1536 (C.A.) (QL), où la Cour a statué que l'art. 261(1) de la Loi était inapplicable parce que le paiement versé au titre des fournitures et de la TPS connexe faisait partie du prix d'achat—Appel rejeté.

TELUS COMMUNICATIONS (EDMONTON) INC. C. CANADA (A-117-08, 2009 CAF 49, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 18 février 2009, 18 p.)

DROIT MARITIME

PRATIQUE

Requête en jugement sommaire pour faire rejeter des parties de la demande reconventionnelle—La clause 6 du connaissance prévoit l'exclusion ou la déchéance d'un droit ou d'une cause d'action relativement à la perte de marchandises ou à des dommages causés à celles-ci, à moins que l'action ait été intentée dans l'année suivant la livraison des marchandises—La demande reconventionnelle a été déposée trois semaines après l'expiration de la période d'un an—La clause 6 n'a pas été invoquée comme moyen de défense à la demande reconventionnelle, contrairement à la pratique et à la règle 183 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—La définition attribuée à l'expression « acte de procédure » à la règle 2 des Règles est assez large pour inclure une requête en jugement sommaire précisant que le requérant s'en tenait aux modalités du connaissance—Cela entraîne une situation anormale où la défense fondée sur la prescription a été régulièrement invoquée devant la Cour dans le cadre d'une requête et pourrait éventuellement réussir, mais où l'argument quant à l'inobservation des délais impartis serait irrecevable en cas de procès et s'il n'y a pas de défense modifiée à la demande reconventionnelle—Requête accueillie.

HAPAG-LLOYD CONTAINER LINIE GMBH C. MOO TRANSPORT & COMMODITIES INC. (T- 826-05, 2009 CF 201, juge Hugessen, ordonnance en date du 27 février 2009, 12 p.)

DROIT MARITIME—Fin

TRANSPORT DE MARCHANDISES

Appel de la décision ([2009] 2 R.C.F. 496) par laquelle la Cour fédérale a répondu à quatre questions soulevées dans le cadre d'une action en dommages-intérêts découlant de la perte de billes de bois transportées sur le pont d'une barge—La Cour fédérale a statué que l'assureur ne pouvait se prévaloir d'une action subrogatoire contre toutes les parties—L'appelante vend et exporte des billes de bois—Les intimés comprennent l'acheteur, l'affrèteur à temps du remorqueur, la barge à partir de laquelle la cargaison a été perdue, les propriétaires et employés du remorqueur et de la barge—L'assurance tous risques pour le fret maritime de l'appelante contenait une renonciation générale à la subrogation—Elle renonçait aussi expressément à la subrogation à l'égard des personnes relativement auxquelles l'appelante avait renoncé au droit de recouvrement avant la perte ou les dommages—Le connaissement, faisant partie du contrat de transport, précisait que toutes les marchandises étaient transportées sur le pont au risque du transporteur et faisait référence à la clause précise—La clause doit être lue à la lumière des termes définis au contrat et de concert avec l'autre clause intitulée « Bénéficiaire du contrat »—Le connaissement définit le « transporteur » comme comprenant « le navire, son propriétaire, l'exploitant », etc.—Lorsque les clauses sont lues ensemble, le « transporteur » comprend la barge, le remorqueur, leurs propriétaires respectifs et les employés des propriétaires—Ces personnes étant visées par la définition de « transporteur », elles avaient droit à tout moyen de défense du transporteur en vertu du connaissement—L'appelante a manifestement renoncé à son droit d'intenter une action contre tous les intimés désignés au titre de la perte des billes de bois—Appel rejeté.

TIMBERWEST FOREST CORP. c. *SEA COMMANDER* (LE) (A-363-08, 2009 CAF 119, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 17 avril 2009, 17 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Appel de la décision (2008 CF 904) par laquelle la Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire du rejet de la plainte par la Commission canadienne des droits de la personne—L'appelante soutenait qu'elle avait fait l'objet de représailles de la part de son ancien employeur Exportation et développement Canada (EDC), en violation de l'art. 14.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, après avoir déposé une plainte d'équité salariale—La Commission a entamé une enquête suivant l'ordonnance de la Cour fédérale (2006 CF 814) rendue après l'annulation du premier rejet de la plainte—Dans les motifs de l'ordonnance, la Cour fédérale a dégagé les lacunes de l'enquête de la Commission—Les allégations de représailles avaient trait à des incidents survenus avant le dépôt de la plainte d'équité salariale—L'arrêt *Dubois c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 127, dans le cadre duquel l'art. 14.1 de la Loi a été interprété comme ne s'appliquant qu'aux actes survenus après le dépôt de la plainte n'a pas été porté à l'attention de la Cour fédérale avant que l'ordonnance ait été rendue—Il n'y avait pas lieu d'examiner de nouveau l'arrêt *Dubois*—L'ordonnance de la Cour fédérale est limitée à l'art. 14.1 de la Loi—Il n'était pas loisible à l'appelante d'affirmer que le comportement d'EDC contrevenait aux autres dispositions de la Loi compte tenu de la portée limitée de l'enquête que la Commission avait reçu l'ordre de mener—L'appelante ne pouvait pas non plus invoquer l'art. 14.1 à l'égard des représailles qui auraient été exercées après le dépôt de la plainte parce qu'elles n'avaient pas été soulevées auparavant et n'étaient pas visées par la portée étroite de l'enquête demandée—Appel rejeté.

GAINER c. CANADA (EXPORTATION ET DÉVELOPPEMENT) (A-468-08, 2009 CAF 154, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 13 mai 2009, 4 p.)

ÉNERGIE

Arbitrage—Dépens—Appel de la décision (2008 CF 12) par laquelle la Cour fédérale a rejeté l'appel interjeté, conformément à l'art. 101 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, à l'encontre de la décision du comité d'arbitrage sur les pipelines (CAP) d'adjudger les dépens engagés devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et les frais se rattachant à la procédure d'arbitrage devant le premier CAP—Aucune décision n'a été rendue à la première audience—Le juge de première instance et le deuxième CAP ont commis une erreur de droit en statuant que les frais afférents au litige étaient recouvrables puisqu'ils n'avaient pas été engagés par l'intimé dans l'exercice du recours en vertu de l'art. 99(1) de la Loi—Les dommages causés par les activités d'une entreprise ne peuvent faire l'objet d'une indemnité que s'ils sont directement rattachés aux questions énumérées aux art. 84(1)a)(i),(ii) et (iii) de la Loi, ce qui n'était pas le cas en l'espèce—S'agissant de la décision du deuxième CAP quant aux frais de la première procédure d'arbitrage, le pouvoir du CAP d'adjudger les frais était fondé sur l'octroi d'une indemnité et ces frais ne peuvent se rattacher qu'aux procédures devant les mêmes membres qui ont octroyé l'indemnité—Les

ÉNERGIE—Fin

frais engagés dans le cadre de la première procédure ne relevant pas de l'art. 99(1) de la Loi, le deuxième CAP ne pouvait pas les adjuger—Appel accueilli.

ALLIANCE PIPELINE LTD. C. SMITH (A-56-08, 2009 CAF 110, juges Nadon et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 8 avril 2009, 27 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Appel de la décision de la Cour fédérale (2008 CF 202) accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision du directeur de la Direction de l'organisation et de la classification de la Gendarmerie royale du Canada quant au grief de classification—En tant qu'analyste de la planification stratégique au sein de la Gendarmerie royale du Canada, l'intimée a demandé que son poste soit classé AS-05 plutôt que AS-04, mais son grief a été rejeté—Après l'introduction de la demande de contrôle judiciaire, la décision du directeur quant à la classification a été infirmée et une nouvelle audience a été demandée—La demande de contrôle judiciaire n'avait pas perdu sa raison d'être parce que la demande avait été introduite avant la prétendue annulation—Bien que la Cour fédérale ait déclaré à juste titre que la question avait sa raison d'être, elle a invoqué à tort l'art. 96(3) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, pour obtenir ce résultat—La Cour fédérale doit renvoyer l'affaire pour réexamen lorsqu'elle accueille une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision qui fait suite à une recommandation formulée par un comité de règlement des griefs de reclassification—Appel accueilli en partie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. GILBERT (A-113-08, 2009 CAF 76, juge en chef Richard, jugement en date du 11 mars 2009, 6 p.)

FIN D'EMPLOI

Demande contestant le décret de destitution de la demanderesse, qui faisait fonction de présidente de la Commission canadienne de sûreté nucléaire (la Commission)—La demanderesse a démissionné à titre de membre permanent de la Commission—Le défendeur a invoqué le caractère théorique—La Cour a accepté d'examiner l'affaire : il y avait une possibilité de réclamation future et le point litigieux pouvait avoir une portée plus large et viser d'autres fonctionnaires—La *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires* (la Loi), L.C. 1997, ch. 9 ne précise pas si le président est nommé « à titre inamovible » ou « à titre amovible »—L'art. 23 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, dispose que les fonctionnaires publics sont réputés avoir été nommés à titre amovible, sauf disposition contraire du texte ou de l'acte prévoyant la nomination—Dans l'interprétation d'un texte législatif comme la Loi où la nomination à titre de membre de la Commission est à titre inamovible, mais qu'il n'y a aucune mention de la nomination du président, celui-ci est nommé à titre amovible (*Houle c. Canada*, [1987] 2 C.F. 493 (1^{re} inst.))—La commission, telle que conférée par Sa Majesté, indique clairement que la demanderesse est nommée comme membre pendant cinq ans à titre inamovible et comme présidente à titre amovible—La demanderesse a bénéficié de l'équité procédurale dont il est question dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190 (avis d'intention, possibilité de présenter des observations) avant que les mesures soient prises en vue de sa destitution—Demande rejetée.

KEEN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-246-08, 2009 CF 353, juge Hugues, jugement en date du 7 avril 2009, 41 p.)

GRIEF

Contrôle judiciaire de la décision de ne pas accorder le redressement demandé au dernier palier de la procédure de règlement des griefs—Les demandeurs ont déposé un grief contre des décisions prises pendant leur intégration à l'employeur représenté par le Conseil du Trésor au motif qu'elles avaient des répercussions financières négatives—Ils soutiennent qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale—Une obligation d'équité de droit public s'attache à la procédure de règlement des griefs prévue à l'art. 209 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP), L.C. 2003, ch. 22—Il y a de fortes indications que la conclusion dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190 selon laquelle les employés de la fonction publique ne peuvent pas invoquer l'obligation d'équité ne s'applique pas au-delà du contexte particulier du renvoi de la fonction publique—Le degré d'équité procédurale en l'espèce se situe à l'extrémité inférieure du registre—L'obligation de tenir une audience en personne ne découle pas de la LRTFP ou d'autres documents de politique—Les motifs fournis n'étaient pas simplement des motifs *pro forma*, ils expliquaient pourquoi les griefs ont été rejetés—Le décideur n'a pas omis de prendre en

FONCTION PUBLIQUE—Fin

considération les politiques et règlements pertinents; il a conclu qu'ils ne visaient pas la situation dont il était saisi—Décision raisonnable—Demande accueillie.

HAGEL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1984-07, 2009 CF 329, juge Zinn, jugement en date du 31 mars 2009, 21 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appel de la décision (2008 CCI 322) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a rejeté l'appel contre la nouvelle cotisation établie relativement à l'année d'imposition 1999 pour inclure le montant d'un règlement dans le revenu au motif qu'il s'agissait d'un revenu tiré d'une entreprise au sens de l'art. 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—La C.C.I. a statué que le montant du règlement visait à dédommager l'appelante pour les dépens auxquels elle avait été condamnée et les frais qu'elle avait engagés pour chercher à faire réduire le montant des dépens—Interprétation et application du principe de la substitution—Lorsque le paiement vise à remplacer les sommes d'argent que le bénéficiaire a déboursées, le traitement fiscal à accorder à ce paiement est tributaire du traitement fiscal des dépenses—La C.C.I. a appliqué à bon droit le principe de la substitution—Le montant du règlement visait à remplacer les dépenses en capital qui étaient déductibles—L'appelante était tenue d'inclure le montant du règlement dans son revenu—Appel rejeté.

GOFF CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (A-344-08, 2009 CAF 60, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 27 février 2009, 9 p.)

Gain et perte en capital

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2007 CCI 1730) accueillant l'appel à l'égard d'une détermination de perte établie en vertu des art. 40(3.3),(3.4),(3.5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, pour l'année d'imposition 2000—La juge a erré dans son interprétation de ces articles, et en concluant que l'intimée avait le droit de déclarer la perte en capital réalisée à la vente des actions d'une société affiliée, subséquemment fusionnée et aussi affiliée, dans le calcul de son revenu imposable—La présomption de l'art. 40(3.5)c), à l'effet que la société issue de la fusion est réputée être propriétaire de l'action tant qu'elle est affiliée au cédant de l'action, s'appliquait, les trois conditions des art. 40(3.3)a),b),c) étaient donc remplies, et l'art. 40(3.4), qui prévoit que la perte du cédant résultant d'une disposition d'action est réputée nulle, s'appliquait—La juge a également erré en considérant l'intention de Cascades Inc. (l'intimée) dans son analyse, car la règle sur la minimisation des pertes contenue dans ces articles s'applique peu importe l'intention du contribuable—Appel accueilli.

CASCADES INC. C. CANADA (A-8-08, 2009 CAF 135, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 30 avril 2009, 18 p.)

Perte finale

Appel et appel incident à l'encontre de la décision (2008 CCI 274) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le M.R.N. refusant la déduction de la perte finale dans le calcul du revenu—L'intimé a souscrit une unité d'une société en commandite—Les prix des immeubles ont chuté et la juste valeur marchande des unités condominiales était inférieure à la fraction non amortie du coût en capital—Les actifs ont été transférés à une nouvelle société en commandite à leur juste valeur marchande, déclenchant la perte finale—L'intimé a vendu l'unité et a déduit sa part proportionnelle de la perte finale—Le M.R.N. a invoqué la règle générale anti-évitement (GRAE) énoncée à l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Le juge de la Cour de l'impôt a statué que l'opération en question n'avait pas entraîné d'abus dans l'application des dispositions de la Loi—L'objet et l'esprit de la disposition régissant la perte finale (art. 20(16) de la Loi) étant de rajuster l'ensemble des déductions annuelles effectuées au titre de la déduction pour amortissement utilisée par un contribuable à l'égard de biens amortissables lorsque les biens font l'objet d'un amortissement insuffisant et lorsque le contribuable ne possède plus de biens de cette catégorie à la fin d'une année d'imposition—Le transfert de la perte finale aux commanditaires est conforme à l'objet des règles applicables aux sociétés de personnes contenues à l'art. 96 de la Loi—Les dispositions de minimisation des pertes (règles anti-évitement) de la Loi (y compris l'art. 85(5.1) de la Loi de portée restreinte) sont inapplicables aux faits de l'affaire—Le juge de la Cour de l'impôt a statué à juste titre que l'avantage fiscal découle de l'interaction des art. 20(16) et 96(1), pas de l'art. 85(5.1)—Le M.R.N. n'a pas démontré qu'il y avait eu évitement fiscal

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

abusif—Les opérations ne contrecarraient pas l’objet de l’art. 20(16) et n’entraînaient pas d’abus dans l’application des dispositions—S’agissant de l’appel incident, la preuve étaye la conclusion portant que les opérations ont été principalement effectuées afin d’obtenir un avantage fiscal—Appel et appel incident rejetés.

LANDRUS C. CANADA (A-265-08, 2009 CAF 113, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 16 avril 2009, 30 p.)

NOUVELLES COTISATIONS

Appel de la décision de la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) (2007 CCI 657) accueillant l’appel à l’encontre de la cotisation établie par le ministre du Revenu national en vertu de l’art. 160(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, selon laquelle la contribuable était solidairement responsable de la dette d’impôt de son conjoint—La cotisation reposait sur le transfert du titre légal conjoint de la maison matrimoniale à la contribuable, qui devenait seule propriétaire, sans contrepartie—Le transfert du titre a été effectué pour éviter le créancier commercial potentiel de son conjoint, pas pour le soustraire à sa dette d’impôt existante envers l’Agence du revenu du Canada—La C.C.I. a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que le conjoint avait conservé un intérêt bénéficiaire dans la maison et que la contribuable est devenue fiduciaire—Malgré la crédibilité des témoins, la preuve démontrait que le conjoint avait transféré la totalité de l’intérêt bénéficiaire dans la propriété à la contribuable pour éviter que le créancier commercial enregistre un privilège sur la propriété—Appel accueilli.

ROSE C. CANADA (A-554-07, 2009 CAF 93, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 20 mars 2009, 12 p.)

SOCIÉTÉS

Quatre appels à l’encontre de décisions de la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) (2007 CCI 286) confirmant les cotisations émises par le ministre du Revenu national ajoutant dans le calcul du revenu des sociétés appelantes pour leur année d’imposition 1987 les excédents générés au cours de l’année—Les particuliers appelants ont conçu et mis en oeuvre en 1987 une planification fiscale très élaborée, qui avait comme but de produire des gains en capital entre les mains d’une série de sociétés afin de constituer des comptes de dividendes en capital (CDC) et de transmettre l’avantage fiscal à des sociétés non liées—Les sociétés appelantes ont cumulé des excédents lorsque les tierces sociétés ont payé une prime pour souscrire aux actions privilégiées de ces sociétés—Les sociétés appelantes qui ont versé des dividendes ont fait le choix prévu à l’art. 83(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, de sorte que les dividendes étaient réputés être des dividendes en capital—Les notions de frime et d’abus ne sont pas les mêmes—Il n’était pas nécessaire d’avoir recours à la notion de frime pour trancher la question de savoir si les primes prélevées auprès de tierces sociétés ont été incluses à juste titre dans le revenu des sociétés appelantes—La « prime » est définie comme étant la différence entre la valeur de rachat des actions et le prix payé par les tierces sociétés—Les primes ont été payées pour l’accès aux CDC, particulièrement l’engagement pris par les sociétés appelantes pour effectuer le choix en vertu de l’art. 83(2)—La C.C.I. a conclu à bon droit que les montants additionnels constituaient un revenu d’entreprise—Le fait que les transactions qui ont mené au paiement des dividendes aient pu donner lieu à un abus des dispositions de la Loi n’était pas suffisant pour conclure à l’existence d’une frime—Cependant, les transactions qui ont généré les prétendus gains en capital ont été faussement représentées et les choix effectués en vertu de l’art. 83(2) constituaient une « frime »—C’est à bon droit que la C.C.I. s’en est tenue aux vraies transactions, qui n’ont produit aucun gain en capital, pour conclure que les dividendes reçus par les particuliers appelants n’étaient pas des dividendes en capital et étaient par conséquent imposables—Appels rejetés.

FARAGGI C. CANADA (A-297-07, A-298-07, A-299-07, A-300-07, 2008 CAF 398, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 12 décembre 2008, 35 p.)

Appel à l’encontre de la décision (2008 CCI 236) de la Cour canadienne de l’impôt portant que les fonds reçus de clients doivent être inclus dans le « capital imposable » et le « capital imposable utilisé au Canada » de l’appelante au titre d’avance conformément à l’art. 181.2(3)c) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, pour l’année d’imposition 2001—L’appelante fournit des services intégrés de paie et de versement de charges sociales moyennant une rétribution—Les clients de l’appelante sont tenus de verser les sommes dues à l’avance—La Cour de l’impôt a commis une erreur en concluant que les fonds reçus constituaient une « avance »—Elle a invoqué à tort l’affaire *Oerlikon Aérospatiale Inc. c. Canada*, (1997), 97 DTC 694; conf. par [1999] A.C. F. n° 496 (C.A.) (QL) puisque cette décision pouvait être différenciée—La Loi ne définit

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

pas le terme « avance »—Les fonds fournis en l'espèce constituaient des biens à transférer—Il ne s'agissait pas d'un paiement effectué avant terme, d'une somme à affecter au prix d'un service payé avant la prestation du service ou d'une somme versée à l'égard d'une dépense de l'appelante—Les frais de traitement représentaient la seule somme revenant à l'appelante—L'utilisation des fonds par l'appelante comme ressource financière à des fins de placement n'en modifiait pas la nature juridique—Appel accueilli.

SOCIÉTÉ REMPLAÇANT CANADIAN AUTOMATIC DATA PROCESSING SERVICES LTD. C. CANADA (A-293-08, 2009 CAF 117, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 17 avril 2009, 17 p.)

INJONCTIONS

Requête visant l'obtention d'une injonction provisoire enjoignant aux intimés de refuser l'entrée au Canada à George Gallaway (le demandeur) sur le fondement de l'art. 34(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), L.C. 2001, ch. 27—Le demandeur faisait une tournée de conférences—Son point de vue personnel et sa sympathie ouverte à l'endroit des Palestiniens étaient notoires—Demande de contrôle judiciaire des mesures énoncées dans la lettre du Haut-Commissariat du Canada, section de l'immigration, précisant que le demandeur, selon l'évaluation préliminaire de l'Agence des services frontaliers du Canada, était interdit de territoire pour raison de sécurité—La preuve faisant état de torts irréparables semblait être conjecturale parce que le demandeur peut être entendu au moyen d'autres modes techniques s'il reste à l'étranger—Ce n'est que dans des cas clairs que la Cour accordera une injonction à l'encontre de l'exécution de la loi avant l'instruction approfondie de la demande de contrôle judiciaire—Aucune décision finale n'a été rendue par l'agent en vertu des art. 15 et 18 de la LIPR à l'égard du demandeur—Absence d'un dossier factuel en bonne et due forme et d'une argumentation juridique complète—Les éléments du critère applicable pour la délivrance d'une ordonnance provisoire ou d'une injonction interlocutoire n'ont pas été remplis—Requête rejetée.

TORONTO COALITION TO STOP THE WAR C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-1474-09, 2009 CF 326, juge Martineau, ordonnance en date du 30 mars 2009, 12 p.)